

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

MEDENÎ USÛL HUKUKU AÇISINDAN
TAŞINMAZ MÜLKİYETİNE ELATMANIN
ÖNLENMESİ DAVASI

AZİZ ÇELİK

2501181387

TEZ DANIŞMANI

PROF. DR. MURAT ATALI

İSTANBUL-2021

ÖZ

Medenî Usûl Hukuku Açısından Taşınmaz Mülkiyetine Elatmanın Önlenmesi Davası

Aziz Çelik

Bu çalışmanın özünü elatmanın önlenmesi davasının medenî usûl hukuku açısından incelenmesi oluşturmaktadır. Bu bağlamda ilk bölümde elatmanın önlenmesi davasının korumayı hedeflediği hukukî değer olan mülkiyet hakkına dair açıklamalar yapılmıştır. Ardından özellikle elatmanın önlenmesi davası üzerinde durularak mülkiyet hakkını koruyan davalar, maddî hukuk boyutuyla açıklanmış ve bu davaların elatmanın önlenmesi davasından farkı ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Bu bölümde son olarak elatmanın önlenmesi davasının konusuna, türüne ve taraflarına dair açıklamalar yapılmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde elatmanın önlenmesi davası medenî usûl hukukunun kurumları açısından incelenmiştir. Bu kapsamda görev ve yetki üzerinde durulmuştur. Ardından paylı mülkiyet ilişkisi içeren uyuşmazlıklarda taşıdığı önem sebebiyle derdestlik üzerinde özellikle durulmuştur. Devamında elatmanın önlenmesi davasında ileri sürülebilecek itiraz ve def'ilere dair açıklamalar yapılmıştır. Ardından ispat meselesine dair açıklamalar yapılmıştır. Bu bölümde ayrıca elatmanın önlenmesi davasının gittikçe uygulama alanı genişleyen tahkim ve arabuluculuğa elverişliliği de incelenmiştir.

Son bölümde ise elatmanın önlenmesi davasında verilen hükme dair açıklamalar yapılmıştır. Yine paylı mülkiyet ilişkisi içeren uyuşmazlıklarda taşıdığı önem sebebiyle kesin hüküm meselesi üzerinde özellikle durulmuştur. Ardından kanun yollarına değinilmiştir. Son olarak elatmanın önlenmesi kararlarının icrası açıklanmıştır. Çalışma boyunca açıklanan konular hakkında yakın tarihli yüksek mahkeme kararlarına yer verilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Medenî Usûl Hukuku, Mülkiyet, Elatmanın Önlenmesi Davası.

ABSTRACT

Actio Negatoria For Immovable Property Ownership In Terms Of Civil Procedure Law

Aziz Çelik

The essence of this study is the examination of Actio Negatoria in terms of civil procedure law. In this context, in the first part, explanations have been made about the right to property, which is the legal interest that the Actio Negatoria aim to protect. Then, the cases that protect the property right are explained in terms of substantive law, with particular emphasis on the Actio Negatoria. The difference between these actions and the Actio Negatoria will also be revealed. Finally, in this section, explanations on the subject, the type of Actio Negatoria and the parties of the case are made.

In the second part of the study, the Actio Negatoria are examined in terms of the foundations of civil procedure law. In this context, competence and the place of jurisdiction are emphasized. Then, due to the importance it carries in disputes involving co-ownership, pendency is particularly emphasized. Subsequently, explanations were made regarding the objections and defenses that could be brought forward in Actio Negatoria. Then, explanations were made about the issue of proof. Also in this section, the suitability of the Actio Negatoria to arbitration and mediation, in which the area of application is gradually expanding, is examined.

In the last part, explanations are provided about the verdict given in the Actio Negatoria. Again, in disputes involving co-ownership, the issue of definitive judgment has been particularly emphasized due to its importance. Then, appeal avenues are mentioned. Finally, the execution of verdicts of Actio Negatoria are explained. Recent high court decisions were tried to be included about the issues explained throughout the study.

Key Words: Civil Procedure Law, Ownership, Actio Negatoria.

ÖNSÖZ

Elatmanın önlenmesi davası maddî hukuk yönüyle daha önce incelenmiş ve bu çalışmalarda usulî konulara dair açıklamalar yapılmış olsa da usûl hukuku temel alınarak incelenmemiştir. Bu çalışmada elatmanın önlenmesi davası, konunun altından kalkabilmiş olmak ümidiyle, medenî usûl hukuku açısından incelenmiştir. İnceleme kapsamında çalışmanın maddî hukuk yönünün taşıdığı önem sebebiyle ilk olarak elatmanın önlenmesi davasının bu yönü açıklanmıştır. Ardından, konu medenî usûl hukuku kavram ve kurumları bağlamında ele alınmıştır. Son olarak elatmanın önlenmesi davasında elde edilen hükmün icrasına dair açıklamalar yapılarak çalışma nihayete erdirilmiştir.

Akademik hayattaki yolcuğumun başlangıcı olan bu çalışma gerek çıkılması gereken “ilk” basamak olması sebebiyle gerekse de hayatın getirdiği beklenmedik olaylar sebebiyle tek başına üstesinden gelinmeyecek zorlu bir sürecin sonunda tamamlanmıştır. Bu sürecin başlangıcında çalışmanın konusunu tez konusu olarak öneren, çalışma boyunca desteğini esirgemeyip çıkmaza düştüğüm noktalarda yapıcı eleştirisiyle yolumu aydınlatan tez danışmanım Sayın Hocam Prof. Dr. Murat Atalı’ya ne kadar teşekkür etsem azdır. Hayata karşı pozitif tutumuyla ihtiyaç duyduğum moral ve motivasyonu sağlamama vesile olan ve desteğini her an hissettiğim Sayın Hocam Prof. Dr. Seda Özmunucu’ya en içten teşekkürlerimi sunarım.

Göreve başladığım ilk günden beri yardımını esirgemeyen, değerli tavsiyeleriyle çalışma hayatımı kolaylaştıran ve bu çalışmayı okuma zahmetine katlanıp eleştirileriyle çalışmanın tamamlanmasına yardımcı olan Sayın Dr. Öğr. Üyesi Vildan Peksöz Sürme’ye teşekkürü borç bilirim. Aynı şekilde çalışmayı okuma zahmetine katlanıp eleştirileriyle katkı sağlayan Sayın Araş. Gör. Emine Aslı Küçükaydın’a ve kıymetli değerlendirmeleriyle çalışma sürecini kolaylaştıran Sayın Araş. Gör. Mehmet Köle’ye teşekkür ederim.

Bugünlere gelmem için her türlü fedakârlığı gösteren, beni her zaman destekleyen ve yardımını esirgemeyen çok değerli aileme ne kadar teşekkür etsem azdır. Sevgili annem Müzeyyen Çelik’e, sevgili babam Ramazan Çelik’e, çok kıymetli ablam Zeynep Çalık’a ve abilerime her şey için çok teşekkür ederim.

Lisans eğitimimin en başlarında tanıdığım kıymetli dostlarım Av. Ömer Yaşlı'ya, Av. Bedirhan Çelik'e ve Araş. Gör. Ahmet Özsoy'a destekleri için teşekkür ederim.

Son olarak, her zaman en büyük destekçilerimden biri olan, bana her zaman inanıp güvenen, gösterdiği fedakârlığın karşılığını asla veremeyeceğim nişanlım Hilâl'e her şey için teşekkür ederim. İyi ki varsın.

Aziz Çelik

İstanbul, 2021



İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	ii
ABSTRACT	iii
ÖNSÖZ.....	iv
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xi
GİRİŞ	1

Birinci Bölüm

Elatmanın Önlenmesi Davasının Diğer Davalardan Farkı, Konusu, Hukukî Niteliği ve Tarafları

I. Mülkiyet Hakkı ve Mülkiyet Hakkının Korunması.....	5
A. Mülkiyet Hakkı	5
1. Mülkiyet Hakkının Hukukî Niteliği	7
2. Mülkiyet Hakkının Konusu	10
a. Taşınır Mülkiyeti	10
b. Taşınmaz Mülkiyeti	11
3. Mülkiyet Hakkına Getirilen Sınırlamalar	13
B. Mülkiyet Hakkının Korunması	15
1. Genel Olarak.....	15
2. Uluslararası Düzeyde AİHS Kapsamında Koruma	16
3. Anayasa Kapsamında Koruma	18
4. Türk Medenî Kanunu Kapsamında Koruma	21
a. Genel Olarak	21
b. İstihkak Davası	23
(1) Genel Olarak İstihkak Davası, Davanın Amacı ve Hukukî Niteliği	23
(2) İstihkak Davasının Şartları	24
i. Davayı Dolaysız Zilyet Olmayan Malik Açabilir	24
ii. Dava Malik Olmayan Dolaysız Zilyede Karşı Açılabilir	27
iii. Malik Olmayan Dolaysız Zilyet Haksız Zilyet Olmalıdır	32
c. Elatmanın Önlenmesi Davası.....	32

(1) Genel Olarak Elatmanın Önlenmesi Davası, Davanın Amacı ve Hukukî Niteliği.....	32
(2) Elatmanın Önlenmesi Davasının Şartları	33
i. Mülkiyet Hakkına Yapılmış Müdahale Olmalıdır.....	33
ii. Müdahale Haksız Olmalıdır	37
iii. Haksız Müdahale Zilyetliği Sona Erdirecek Biçimde Olmamalıdır.	38
(3) Elatmanın Önlenmesi Davası ile İstihkak Davasının Karşılaştırılması	40
d. Tapu Kaydının Düzeltilmesi Davası.....	40
(1) Yolsuz Tescil ve Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Yolları	40
(2) Tapu Kaydının Düzeltilmesi Davasının Amacı ve Şartları	42
(3) Elatmanın Önlenmesi Davası ile Tapu Kaydının Düzeltilmesi Davasının Karşılaştırılması	44
e. Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu	45
(1) Genel Olarak.....	45
(2) Mülkiyetin Sorumluluk Doğuracak Biçimde Kullanılması.....	45
(3) Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu Halinde Açılabilir Davalar ...	47
(4) Elatmanın Önlenmesi Davası ile Taşınmaz Malikinin Sorumluluğunun Karşılaştırılması.....	49
f. Haksız Yapı.....	50
(1) Genel Olarak.....	50
(2) Haksız Yapı Kavramı ve Hükümleri	51
(3) Elatmanın Önlenmesi Davası ile Haksız Yapı Hükümlerinin Karşılaştırılması.....	56
5. Mülkiyet Hakkının Diğer Kanunlarla Korunması	58
II. Zilyetlik ve Zilyetliğin Korunması	59
A. Zilyetlik Kavramı ve Niteliği	60
B. Zilyetliğin Korunması	60
1. Genel Olarak.....	60
2. Zilyedin Kuvvet Kullanma Hakkı	62
3. Zilyetlik Davaları	63
4. Taşınır Davası.....	66
5. Zilyetliğin İdari Yoldan Korunması	70

6. Elatmanın Önlenmesi Davası ile Zilyetliğin Korunması Yolların Karşılaştırılması	72
III. Elatmanın Önlenmesi Davasının Konusu, Dava Konusunun Değeri, Hukukî Niteliği ve Tarafları.....	74
A. Elatmanın Önlenmesi Davasının Konusu	74
B. Elatmanın Önlenmesi Davasında Dava Konusunun Değeri	77
C. Elatmanın Önlenmesi Davasının Hukukî Niteliği.....	80
1. Genel Olarak.....	80
2. Talep Edilen Hukukî Korumanın Niteliğine Göre Elatmanın Önlenmesi Davası	81
3. Talep Edilen Hukukî Korumanın Niceliğine Göre Elatmanın Önlenmesi Davası	86
4. Dava Konusunun Dayandığı Hakkın Niteliğine Göre Elatmanın Önlenmesi Davası	90
D. Elatmanın Önlenmesi Davasının Tarafları.....	92
1. Davacı.....	92
a. Malik.....	92
b. Paylı Mülkiyet Açısından Davacı	94
c. Elbirliği Mülkiyet Açısından Davacı	98
d. Sınırlı Aynî Hak Sahipleri	101
e. Aynî Hak Sahibi Olmayan Kişiler	101
f. Kat Mülkiyetinde Davacı Olabilecek Kişiler.....	104
2. Davalı	106
a. Müdahalede Bulunan Kişi	106
b. Paylı Mülkiyet Açısından Davalı.....	108
c. Elbirliği Mülkiyet Açısından Davalı.....	110

İkinci Bölüm

Elatmanın Önlenmesi Davasında Yargılama

I. Yargı Yolu	112
A. Genel Olarak Yargı Yolu	112
B. Kamulaştırmасız Elatma ve Tabi Olduğı Yargı Yolu	114

II. Elatmanın Önlenmesi Davasında Görev, Tahkim ve Arabuluculuğa Elverişlilik	118
A. Görev.....	118
B. Tahkime Elverişlilik.....	122
C. Arabuluculuğa Elverişlilik	125
III. Elatmanın Önlenmesi Davasında Yetki	128
IV. Elatmanın Önlenmesi Davasında Derdestlik	130
A. Genel Olarak Derdestlik.....	130
B. Derdestliğin Unsurları.....	131
1. Aynı Davanın İkinci Defa Açılması	131
2. Birinci Davanın Görülmeye Devam Ediyor Olması	131
3. Birinci Dava ile İkinci Davanın Aynı Olması	132
a. Taraf Unsuru Açısından.....	132
b. Konu Unsuru Açısından.....	137
c. Sebep Unsuru Açısından.....	142
V. Elatmanın Önlenmesi Davasına Müdahale.....	142
A. Fer'î Müdahale	142
B. Aslî Müdahale	144
VI. Elatmanın Önlenmesi Davasında Savunmanın Özellik Arz Ettiği Durumlar	147
A. Genel Olarak	147
B. İtirazlar	148
C. Def'iler	152
D. Karşı Dava.....	157
1. Taşkın Yapıya Katlanma Yükümlülüğünün Karşı Dava Olarak İleri Sürülmesi	157
a. Taşkın Yapı.....	157
b. Karşı Dava Açılması.....	159
2. Tapu Kaydının Düzeltilmesi Davasının Karşı Dava Olarak Açılması.....	162
VII. İspat ve Deliller	164
A. İspat.....	164
1. Elatmanın Önlenmesi Davasında İddia ve Somutlaştırma Yükü	165
2. Elatmanın Önlenmesi Davasında İspat Yükü.....	168
a. İspat Yükü Kavramı.....	168

b. Davacının İspat Yüğü	170
c. Davalının İspat Yüğü	173
B. Deliller.....	175
VIII. Elatmanın Önlenmesi Davasında Dava Konusunun Devri	177

Üçüncü Bölüm

Elatmanın Önlenmesi Davasında Geçici Hukukî Koruma Tedbirleri, Hüküm, Kanun Yolları ve Hükümün İcrası

I. Elatmanın Önlenmesi Davasında Geçici Hukukî Korumalar	182
II. Elatmanın Önlenmesi Davasında Hüküm.....	187
A. Davanın Kabulü	187
B. Davanın Reddi.....	194
III. Elatmanın Önlenmesi Davasında Kesin Hüküm.....	196
A. Şeklî Anlamda Kesin Hüküm	196
B. Maddî Anlamda Kesin Hüküm	197
1. Genel Olarak Maddî Anlamda Kesin Hüküm	197
2. Kesin Hükümün Unsurları.....	198
a. Tarafların Aynı Olması	198
b. Sebeplerin Aynı Olması.....	205
c. Konuların Aynı Olması.....	209
C. Ceza Mahkemesi Kararlarının Elatmanın Önlenmesi Davasına Etkisi.....	214
IV. Elatmanın Önlenmesi Davasında Kanun Yolları	217
A. İstinaf.....	217
B. Temyiz.....	218
C. Yargılamanın İadesi	220
V. Hükümün İcrası.....	221
A. Genel Olarak Elatmanın Önlenmesi Kararının İcrası	221
B. Taşınmaz Mal Teslimine İlişkin İlâmların İcrası	224
C. Bir Şeyin Yapılması veya Yapılmamasına İlişkin İlâmların İcrası.....	226
SONUÇ	230
KAYNAKÇA	239

KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e. : Adı geçen eser

a.g.m. : Adı geçen makale

AİHM: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHS: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

b. : Bent

BAM: Bölge Adliye Mahkemesi

Bkz. : Bakınız

c. : Cümle

C. : Cilt

dpn. : Dipnot

E. : Esas

E.T. : Erişim tarihi

f. : Fıkra

HD. : Hukuk Dairesi

HGK : Hukuk Genel Kurulu

HMK : 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

İBK : İçtihadı birleştirme kararı

İİK : 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu

İYUK : 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu

K. : Karar

Karş. : Karşılaştırınız

KMK : 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu

m. : Madde

s. : Sayfa

S. : Sayı

sa. : Sayfa aralığı

T. : Tarih

TBK : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

TMK : 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu

TTK : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

vd. : Ve diğerleri

vdm. : Ve devamı

GİRİŞ

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun¹ 683. maddesi “*Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.*” (TMK m. 683/f. 1) diyerek mülkiyet hakkının içeriğindeki korunan menfaatleri düzenler. Takip eden fıkra ise “*Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir.*” (TMK m. 683/f. 2) diyerek hak sahibine tanınan korunmadan yararlanma yetkisini düzenler².

¹ 08.12.2001 tarihli 24607 sayılı Resmî Gazete.

² Hak kavramını açıklamak için çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Hakkı iradeye dayandırarak açıklayan *irade teorisine* göre, bir kimse ancak başkalarını kendi iradesine göre hareket etmeye zorlayabilecek yetkiye sahip olduğunda hakkın varlığından bahsedilir. Tanım için bkz.: Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 26. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 144; Selâhattin Sulhi Tekinay, **Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, 6. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 127 (Kısaca Medenî Hukuk); Mustafa Dural, Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medenî Hukukun Başlangıç Hükümleri**, 16. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, s. 149; Bülent Köprülü, **Medenî Hukuk: Genel Prensipler – Kişinin Hukuku**, 2. Bası, İstanbul, Acar Matbaacılık, 1984, s. 15; Turhan Esener, Ender Demir, **Hukuka Giriş**, 12. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 162; Mehmet Ayan, Nürşen Ayan, **Medenî Hukuka Giriş: Kaynaklar, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri**, 13. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s. 121.

Hakkın tanımını menfaate dayandıran ikinci görüşe göre, hak, hukuken korunan menfaattir. Tanım için bkz.: Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 144; Tekinay, **Medenî Hukuk**, s. 128; Dural, Sarı, **a.g.e.**, s. 149; Köprülü, **a.g.e.**, s. 16; Esener, Demir, **a.g.e.**, s. 162; Ayan, Ayan, **a.g.e.**, s. 121. *Menfaat teorisi* olarak adlandırılan bu görüşte hakkın varlığı için hukuk düzeni tarafından korunan bir menfaatinin olması yeterli görülür; hak sahibinin, iradesini karşı tarafa kabul ettirmesini sağlayacak, korumadan yararlanma yetkisinin olması aranmaz.

İrade teorisi, hakkın tanımını yalnızca hak sahibi dışındaki kişilere ileri sürülmesine dayandırdığı ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülecek, hukuken korunan, hakkın içeriğine önem vermediği için eleştirilmiştir. Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 144; Dural, Sarı, **a.g.e.**, s. 149. Menfaat teorisi ise, sadece hakkın içeriğini dikkate aldığı ve bu menfaatin kullanılmasına yönelik iradeyi dikkate almadığı için eleştirilmiştir. Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 144; Dural, Sarı, **a.g.e.**, s. 149, 150.

Bu eleştiriler sonucunda, hakkı tanımlamak için günümüzde, çoğunluk görüşü olarak, karma görüş kabul görür. Karma görüşe göre, hak, hukuken korunan ve sahibine korumadan yararlanma yetkisi tanınan menfaat olarak tanımlanır. Tanım için bkz.: Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 144. Yazar aynı sonuca menfaat teorisi ile de varılacağı belirtmiştir. Zira hukuk düzeni bir menfaati koruyorsa hak sahibine bu korumadan yararlanma yetkisi de verecektir. Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 145; Tekinay, **Medenî Hukuk**, s. 129; Zahit İmre, **Medeni Hukuka Giriş: Temel Kavramlar, Medeni Hukukun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku**, 3. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 241; Bilge Öztan, **Medenî Hukuk'un Temel Kavramları**, 45. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 66; Köprülü, **a.g.e.**, s. 16; Aytekin Ataay, **Medenî Hukukun Genel Teorisi: Temel Bilgiler ve Kavramlar**, 3. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 25, 363 (Kısaca Medenî Hukuk); Ergun Özsunay, **Medenî Hukuka Giriş**, 5. Bası, İstanbul, Güray Matbaacılık, 1986, s. 236; Esener, Demir, **a.g.e.**, s. 164; Ayan, Ayan, **a.g.e.**, s. 122; Hasan Erman, **Medenî Hukuk Dersleri: Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku**, 7. Baskı, İstanbul, Der Yayınları, 2020, s. 83 (Kısaca Medenî Hukuk Dersleri); Turgut Akıntürk, Derya Ateş, **Medenî Hukuk**, 26. Baskı, İstanbul, Beta

TMK m. 683/f. 1’de belirtilen, mülkiyet hakkının verdiği kullanma (*usus*), yararlanma (*fructus*) ve tüketme (*abusus*) yetkileri zorunlu olarak bir sosyal çevreyi gerektirir. Zira tek bir kişinin olduğu yerde mülkiyet hakkının eşya üzerinde verdiği egemenliği belirli eşya ile sınırlandırmak veya her eşya üzerinde mülkiyetin varlığını tespit etmek anlamsız olur. Böylelikle mülkiyet sosyal çevre içinde anlam kazanır. Bu durumda ise sınırlı olan eşya üzerinde mülkiyet hakkına kimin, nasıl sahip olacağı, bu hakkı nasıl kullanacağı gibi sorunlar meydana gelir.

Sınırlı olan eşya üzerinde hak sahibine kullanma, yararlanma ve tasarrufla bulunma imkânı vererek kişi ve/veya kişilere bu eşya üzerinde egemenlik tanıyan mülkiyet, ekonomik bir gücü de ifade eder³. Mülkiyet hakkının içeriğindeki yetkilerin sağladığı ekonomik gücün ve bunun dolayısıyla toplum içerisinde edinilen hâkim rolün korunması kadar toplumdaki zayıf kişiler üzerinde bir baskı aracı olarak kullanılmasının engellenmesi de önemlidir.

Mülkiyetin toplum içindeki bu önemi, mülkiyet hakkının hukuk normlarıyla düzenlenmesini gerekli kılar. Bu gereklilik üzerine, mevzuatımızda, normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alan 2709 sayılı Anayasa⁴ m. 35 ile mülkiyet temel bir hak olarak tanınmış ve mülkiyetin bir kurum olarak korunması güvence altına alınmıştır. Mülkiyet hakkına dair temel düzenlemelere yer veren Türk Medenî Kanunu’nda ise mülkiyet hakkının kapsam, konu ve içeriğine (TMK m. 684-687, 704, 718-730, 762), mülkiyet hakkının kısıtlamasına (TMK m. 731-761), birden fazla kişinin birlikte mülkiyet hakkına sahip olmasına (TMK m. 688-703), mülkiyetin kazanılmasına ve kaybedilmesine (TMK m. 705-717, 763-778) dair ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir. Konunun öneminden dolayı bu alanda yazılmış çokça genel eser, monografi ve makaleye rastlamak mümkündür⁵.

Yayınçılık, 2020, s. 30; Serap Helvacı, Fulya Erlüle, **Medeni Hukuk: Medeni Hukuka Giriş, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku**, 6. Bası, İstanbul, Legal Yayınçılık, 2020, s. 21; Dural, Sarı, **a.g.e.**, s. 150. Böylelikle hakkın varlığı için korunan menfaatin ve bu korumadan yararlanma imkânının kural olarak birlikte olması gerekir. TMK m. 683 hükmü de mülkiyet hakkını karma görüşe uygun olarak düzenlemiştir.

³ Adnan Güriz, **Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu**, 2. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2018, s. XV.

⁴ 09.11.1982 tarihli 17863 sayılı Resmî Gazete.

⁵ Örnek olarak şu eserler gösterilebilir: Genel eser olarak: Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, 22. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu, Atilla Altop, **Eşya Hukuku: Giriş, Zilyedlik, Tapu Sicili, Mülkiyet**, 5.

Mülkiyet hakkı eşya üzerindeki en geniş yetkileri vermiş olsa da bu hakkın hukukî, ekonomik ve sosyal karşılığının tam olarak sağlanabilmesi için içeriğindeki yetkilerin korunması gerekir. Nitekim sosyal çevre içerisinde anlam kazanacağı belirtilen mülkiyet hakkı her zaman müdahalelere açıktır. Bu müdahaleler hakkın verdiği kullanma, yararlanma ve tüketme yetkilerinin tamamen engellenmesi şeklinde olabileceği gibi bu yetkilerin kısıtlanması şeklinde de olabilir. Böyle bir durumda mülkiyet hakkından beklenen menfaat sağlanamaz. Mevzuatımızda, mülkiyet hakkını dolaylı olarak koruyan çeşitli düzenlemeler olsa da mülkiyete yapılacak müdahaleleri engellemeye yönelik genel davalar olan istihkak ve elatmanın önlenmesi davalarına dair hükme, TMK m. 683/f. 2’de yer verilmekle yetinilmiştir. Mülkiyet hakkının içeriğine dair düzenlemeler oldukça ayrıntılı olmasına rağmen mülkiyet hakkının korunmasına yönelik TMK m. 683/f. 2 hükmü açıklayıcı olmayıp sadece istihkak ve elatmanın önlenmesi davalarının açılabilceğini düzenler.

Mülkiyet hukuku alanındaki çalışmalara bakıldığında, mülkiyet hakkının içeriği, konusu, kullanımı, kazanılması ve kaybedilmesi gibi konuların üzerinde çokça durulmasına rağmen mülkiyet hakkının müdahalelere karşı korunmasına dair çalışmalara aynı ağırlık verilmediği görülmektedir. Gerçekten de bu konuda açılabilir olan davalar olan istihkak davası ve elatmanın önlenmesi davası üzerine yazılmış az sayıda eser vardır. Genel eserler içerisinde ise bu konulara birkaç sayfa ayrılmakla yetinilmiştir. Bu eserlerde yer alan değerlendirmeler de konuyu, çoğunlukla, maddî hukuk yönüyle ele almıştır; şeklî hukuk bakımından konunun değerlendirmesi oldukça azdır. Çalışmamızda, uygulamada da sıklıkla

Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989; Kemal Tahir Gürsoy, Fikret Eren, Erol Cansel, **Türk Eşya Hukuku: Zilyetlik, Tapu Sicili, Mülkiyet, Sınırlı Aynî Haklar**, 2. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1984. Monografi olarak: Aytekin Ataay, **Kendi Malzemesi ile Başkasının Gayrimenkulünde Haksız İnşaat: Doktrin-İçtihatlar-Mevzuat**, İstanbul, Baha Matbaası, 1959; Sahir Çörtoğlu, **Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılması: Kavram, Unsurlar, Uygulama Alanı**, Ankara, Kadioğlu Matbaası, 1988; Zekeriya Kurşat, **Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi**, İstanbul, Arıkan Yayınevi, 2008. Makale olarak: Jale Akipek, “*Mülkiyet Kavramı Üzerine Bir İnceleme*”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 5, S. 1, 1969, sa. 1-15; Aydın Zevkliler, “*Mülkiyetin Yapısı ve Mülkiyetten Doğan Ödevler*”, **Prof. Dr. Bülent N. Esen’e Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1977, sa. 563-605; Rona Serozan, “*Komşunun Arsasına Taşın Yapı*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 42, S. 1-4, 1976, sa. 359-375. Eşya hukuku alanında yazılmış eserlerin bibliyografyası için bkz.: İlhan Helvacı, Efe Can Yıldırım, **Medenî Hukuk ve Borçlar Hukuku Bibliyografyası**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 180-293.

karşılaşılmasına rağmen, yeterince üzerinde durulmadığı tespit edilen elatmanın önlenmesi davası incelenmeye çalışılmıştır.

Çalışmamızda esasını oluşturan elatmanın önlenmesi davası, dava sonunda verilen hükmün icrası da değerlendirilerek, Medenî Usûl Hukuku açısından incelenmiştir. Ayrıca çalışmamızın konusu, uygulamada da sıklıkla karşılaşılan, taşınmaz mülkiyetine yapılan müdahalelerle sınırlı tutulmuştur. Bu kapsamda ilk olarak, mülkiyet hakkını doğrudan ve dolaylı olarak koruyan çeşitli davalar açıklanmış ve bu davalar ile elatmanın önlenmesi davasının farkları ortaya koyulmuştur. Elatmanın önlenmesi davasını diğer davalardan ayırdıktan sonra bu davanın konusu, hukukî niteliği ve tarafları açıklanmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise görev, yetki, derdestlik, itiraz ve defiler, ispat gibi Medenî Usûl Hukuku kavram ve kurumları çerçevesinde elatmanın önlenmesi davasının özellik arz eden durumları açıklanmıştır. Bu başlıklar altında özellikle Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına çokça konu olan yargı yoluna ilişkin değerlendirmelere, derdestlik meselesine ve ispatı gereken hususlar ile delillere ilişkin açıklamalar yapılmıştır. Ayrıca elatmanın önlenmesi davasının, hukukumuzda gün geçtikçe uygulama alanı genişleyen, tahkime ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine elverişliliğine de değinilmiştir.

Son bölümde ise, elatmanın önlenmesi davasının sona ermesi ile verilecek hüküm ele alınmış, hükmün sınırları ve etkisi incelenmiştir. Son olarak elatmanın önlenmesi davasında verilen hükmün icrasına dair açıklamalar yapılarak çalışmaya son verilmiştir.

Birinci Bölüm

Elatmanın Önlenmesi Davasının Diğer Davalardan Farkı, Konusu, Hukukî Niteliği ve Tarafları

I. Mülkiyet Hakkı ve Mülkiyet Hakkının Korunması

A. Mülkiyet Hakkı

Türk Medenî Kanunu'nun eşya hukukuyla ilgili olan dördüncü kitabı mülkiyet hakkını düzenleyerek başlamıştır. Bu düzenlemeye göre, *“Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içerisinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir.”* (TMK m. 683).

Mülkiyet hakkının tanımı ise, doktrinde, en geniş yetkileri veren hak olarak yapılmıştır¹. En geniş yetki veren hak olarak tanımlanmasının nedeni TMK m. 683'te belirtildiği üzere kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkilerinin bütünüdür. Ayrıca, mülkiyet hakkına yapılan müdahalelere karşı da istihkak davası ve elatmanın önlenmesi davası açma yetkisi tanınmıştır. Bununla birlikte kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkilerinden bir ya da birkaçının verilmesiyle

¹ Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, 22. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020, s. 312; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu, Atilla Altop, **Eşya Hukuku: Giriş, Zilyedlik, Tapu Sicili, Mülkiyet**, 5. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989, s. 467; Kemal Tahir Gürsoy, Fikret Eren, Erol Cansel, **Türk Eşya Hukuku: Zilyetlik, Tapu Sicili, Mülkiyet, Sınırlı Aynî Haklar**, 2. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1984, s. 329; Jale Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş, **Eşya Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2018, s. 19; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, **Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1991, s. 24; Aydın Aybay, Hüseyin Hatemi, **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 115; Mehmet Ayan, **Eşya Hukuku II: Mülkiyet**, 10. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s. 25 (Kısaca Mülkiyet); Hasan Erman, **Eşya Hukuku Dersleri**, 9. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2020, s. 59 (Kısaca Eşya Hukuku Dersleri); Lale Sirmen, **Eşya Hukuku**, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 259; Fikret Eren, **Mülkiyet Hukuku**, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 4, 16, 21; Turhan Esener, Kudret Güven, **Eşya Hukuku**, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 62; Halûk Nami Nomer, Mehmet Serkan Ergüne, **Eşya Hukuku: Zilyetlik, Tapu Sicili, Mülkiyetin Genel Hükümleri, Taşınır Mülkiyeti, Rehin Hakları**, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 8. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2020, s. 3, 189 (Yazar bazı ödevler yükleyen hak olduğunu da tanıma eklemiştir.).

oluşturulan haklar ise sınırlı aynî hakları oluşturur². Örnek olarak eşya üzerinde kullanma ve/veya yararlanma yetkisinin verilmesiyle irtifak hakları; şartlarının oluşmasıyla, alacağı tahsil etmek amacıyla, eşya üzerinde paraya çevirme suretiyle kısmî tasarrufta bulunma hakkının verilmesiyle rehin hakkı kurulur³.

Mülkiyet hakkının verdiği kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkileri aktif yetki; mülkiyete karşı yapılan müdahaleleri önlemeye yönelik davaları açma yetkisi ise koruyucu yetki olarak isimlendirilir⁴. Bu yetkilerden kullanma yetkisi, malikin eşyayı fiilen kullanmasını ifade eder. Malikin konutunu mesken olarak kullanması buna örnektir⁵. Yararlanma yetkisi, eşyanın maddi ve/veya hukukî semerelerinden yararlanmayı ifade eder. Meyve bahçesindeki meyvelerin toplanması maddi semerelerden yararlanmaya; bir taşınmazı kiraya vererek kira geliri elde etmek hukukî semereden yararlanmaya örnek gösterilebilir⁶. Son olarak tasarrufta bulunma yetkisi ise, mal üzerinde yapılan fiili ve hukukî tasarrufları ifade eder. Bir binanın yıkılması maddi tasarrufa; aynı binanın mülkiyetinin devredilmesi ya da üzerinde hak kurulması ise hukukî tasarrufu ifade eder⁷.

² Bir görüşe göre, sınırlı aynî haklar, verdiği yetkilerin mülkiyet hakkından ayrılması ve ayrı bir hak olarak özgülmesi sonucunda oluşmuştur. Mehmet Ayan, **Eşya Hukuku III: Sınırlı Aynî Haklar**, 9. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s. 23 (Kısaca Sınırlı Aynî Haklar); Erman, **Eşya Hukuku Dersleri**, s. 157. Karşı görüşe göre ise, sınırlı aynî hakkın verdiği yetkiler mülkiyet hakkından ayrılmamıştır. Mülkiyet hakkı aynı kalmakla beraber, sınırlı aynî haklar malikin eşya üzerinde kurduğu hâkimiyeti sınırlandırır. Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 25.

³ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 897, 1021; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 20, 613, 621, 622; Şeref Ertaş, **Eşya Hukuku**, 15. Baskı, İzmir, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 2020, s. 14, 15; Ayan, **Sınırlı Aynî Haklar**, s. 29, 30; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 3.

⁴ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 313. Bu yetki grupları için aktif yetki – pasif yetki, iç içerik – dış içerik ve olumlu içerik – olumsuz içerik ifadeleri de kullanılmıştır. Bu ifadeler için bakınız: Jale Akipek, **Türk Eşya Hukuku: Aynî Haklar, Zilyetlik ve Tapu Sicili**, 2. Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, 1972, s. 8 (Kısaca Zilyetlik ve Tapu Sicili); Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 8, 380; Jale Akipek, **Türk Eşya Hukuku: Aynî Haklar, Mülkiyet**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1971, s. 10,11 (Kısaca Mülkiyet); Ferit Hakkı Saymen, Halid Kemal Elbir, **Türk Eşya Hukuku Dersleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1963, s. 203; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 478; Ertaş, **a.g.e.**, s. 216; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 68; Ayan, **Mülkiyet**, s. 27, 28; Erman, **Eşya Hukuku Dersleri**, s. 60; Sirmen, **a.g.e.**, s. 261; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 341, 342; Eren, **a.g.e.**, s. 16, 18; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 3, 190; Duygu Koçak Diker, **Gayrimenkul Hukuku Davaları**, 2 Cilt, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, Cilt 1, s. 92 vdm.; Aydın Zevkliler, “*Mülkiyetin Yapısı ve Mülkiyetten Doğan Ödevler*”, **Prof. Dr. Bülent N. Esen’e Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1977, sa. 563-605, s. 590.

⁵ Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 478.

⁶ Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 478.

⁷ Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 479.

Söz konusu bu yetkiler dışında, mülkiyet hakkının eşyayı fiili ve hukukî hâkimiyet altında bulundurma yetkisini de verdiği belirtilmiştir. Buna göre malik, eşyayı zilyetliğinde bulundurarak mülkiyet hakkının ona sağlamış olduğu yetkileri başkasının bir edimi yerine getirmesine, aracılık yapmasına gerek olmadan doğrudan doğruya kullanır⁸.

Mülkiyet hakkının verdiği koruyucu yetkiler ise, malikin malı haksız olarak elinde bulunduran kişilere karşı istihkak davası açabilmesi veya her türlü haksız elatmanın önlenmesini dava edebilmesidir. Aşağıda bu davalar ayrıntılı olarak incelendiğinden, bu başlık altında mülkiyet hakkının içerisinde koruyucu yetkiler olduğu belirtilmekle yetinilmiştir.

1. Mülkiyet Hakkının Hukukî Niteliği

Haklar, para ile ölçülebilen değeri bulunup bulunmaması açısından mal varlığı hakları ve kişi varlığı hakları olarak ayrılır. Para ile ölçülebilen değeri olan haklar “*mal varlığı hakları*” olarak; para ile ölçülebilen değeri olmayan, kişinin manevi dünyasına yönelik hakları ise “*kişi varlığı hakları*” olarak isimlendirilir⁹. Alacak hakları, aynı haklar, maddi değeri olan yenilik doğuran haklar ve fikrî haklar¹⁰ mal varlığı haklarını oluşturur.

⁸ Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 8, 9, 380.

⁹ Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 147, 162; İmre, **a.g.e.**, s. 246, 247; Özsunay, **a.g.e.**, s.238, 239; Tekinay, **Medenî Hukuk**, s. 129, 130; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 37; Erman, **Medenî Hukuk Dersleri**, s. 86, 87; Helvacı, Erlüle, **a.g.e.**, s. 21, 27; Dural, Sarı, **a.g.e.**, s. 172, 173; Öztan, **a.g.e.**, s. 70; Köprülü, **a.g.e.**, s. 64; Ataay, **Medenî Hukuk**, s. 366; Ayan, Ayan, **a.g.e.**, s. 128.

¹⁰ Fikrî haklar, para ile ölçülebilen bir değer taşıması sebebiyle mal varlığı hakları arasında yer alır. Bu değer karşılığında fikrî hakkın konusu eser, buluş, ayırt edici isim, işaret vb. üzerinde üçüncü kişiye hak tanınabilir. Ancak fikrî haklar sadece parasal bir değere sahip değildir. Fikrî hak sahibi ile hakkın konusu arasında manevi bir bağ söz konusudur. Bu bağ fikrî hakkın, hak sahibinin kişiliğini ilgilendiren, manevi yönünü oluşturur. Mal varlığı değeri yönüyle fikrî hak konusu üzerinde üçüncü kişiye hak tanınabilirken; manevi boyutuyla da fikrî hak konusu üzerinde değişiklik yapılması, ona zarar verilmesi vb. engellenebilir. Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 161.

Konumuz bakımından önem arz eden aynî hakların tanımı tartışmalıdır. Klasik görüşe¹¹ göre, aynî hak eşya¹² üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlayan haktır¹³. Bu hâkimiyet gereği, hak sahibi eşyayı kendi iktidar alanında bulundurur ve başkasının aracılık etmesine ihtiyaç duymadan kullanır. Bu görüş, eşya ile hak sahibi arasında ilişki kurduğu için eleştirilmiştir. Zira hukukî ilişki ancak kişiler arasında kurulabilir; eşya ile kişi arasında hukukî ilişki söz konusu olamaz¹⁴. Klasik görüşe yapılan eleştirilerden doğan şahısçı görüşe göre ise, aynî hak bir şey üzerinde herkese karşı ileri sürülebilen hak olarak tanımlanmıştır¹⁵. Bu görüş kendi içinde de ikiye ayrılır. Şahısçı görüşü savunan bir kısım yazarlar¹⁶, aynî hakkın hak sahibi ile diğer herkes arasında bir hukukî ilişki kurduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre, aynî hak, hak sahibi dışındaki kişileri bu hakkı ihlal etmeme biçiminde menfi borç altına sokar. Bir hakkın, hak sahibi ile diğer tüm kişiler arasında hukukî ilişki kuracağı fikri mantığa ve gerçekliğe aykırı¹⁷ bulunarak eleştirilmiştir. Şahısçı görüş içinde yer alan bir diğer görüş ise aynî hak sahibi ile hukukî ilişkiye giren diğer tarafın bu hak ihlal edilmedikçe belirsiz olduğu savunur. Hukukî ilişkinin tarafı ancak hakkın ihlal edilmesi üzerine belli olur. Şahısçı görüş içerisinde yer alan bu görüş de bir hakkın sadece etkileri

¹¹ Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 9.

¹² Hukukî olarak eşya kavramı, fiziki varlığı olan, sınırları belirlenmiş, üzerinde hâkimiyet kurmaya elverişli, mal varlığı değeri bulunan, kişilik hakkı unsuru olmayan, hayvan dışı varlıkları ifade eder. Ancak bu özellikleri taşımayan bazı istisnalar da kanun tarafından eşya olarak değerlendirilmiştir. Fiziki varlığı olmamasına rağmen edinmeye elverişli olan doğal güçler, tapu kütüğünde ayrı sayfa açılmış bağımsız ve sürekli haklar bunlara örnek gösterilebilir. Eşya olarak değerlendirilmeyen hayvanlar hakkında ise eşyaya dair hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağı kabul edilmiştir. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 5 vdm.; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 19 vdm.; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 6 vdm.

¹³ Tanım için bakınız: Nuşin Ayiter, **Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968, s. 104; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 2; Akipek, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 3; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 4; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 6; Sirmen, **a.g.e.**, s. 2; Mehmet Ayan, **Eşya Hukuku I: Zilyetlik ve Tapu Sicili**, 14. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s. 28 (Kısaca Zilyetlik ve Tapu Sicili); Esener, Demir, **a.g.e.**, s. 189.

¹⁴ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 2; Akipek, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 4, 5; Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 4; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 5; Sirmen, **a.g.e.**, s. 2, 3.

¹⁵ Tanım için bakınız: Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 3; Akipek, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 5, 6; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 5; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 7; Sirmen, **a.g.e.**, s. 2; Esener, Demir, **a.g.e.**, s. 189; Ayan, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 28.

¹⁶ Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 6, 13, 14; Jale Akipek, **Gayrimenkul Malikinın Mesuliyetinin Hukukî Neticeleri**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1955, s.1 (Kısaca Mesuliyet). Yazar sonraki eserlerinde (Bkz. Birinci Bölüm dpn. 14, 18) klasik ve şahısçı görüşleri birleştiren üçüncü görüşün Türk Medenî Kanunu'nun yapısına uygun olduğunu belirtip diğer iki görüşe olan eleştirilerini belirtse de bu eserinde mülkiyet hakkını şahısçı görüşe göre tanımlamış ve üçüncü kişileri hakkın pasif süjesi olarak nitelendirmiştir.

¹⁷ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 3; Ayan, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 29.

üzerinden tanımlanmasının doğru olmadığı ve hukukî ilişkisinin tarafının belli olmaması sebebiyle eleştirilmiştir. Keza, aynî hak ihlal edilene kadar hak sahibi ile diğer bir kişi arasında hukukî ilişki olmayacağından bu görüşün, ihlal edilene kadar aynî hakkın varlığının inkâr edilmesine yol açtığı da belirtilmiştir¹⁸. Nihayet iki görüşü birleştiren görüşe göre ise, aynî hak eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen hak olarak tanımlanmıştır¹⁹. Bu görüşü savunan yazarların bir kısmına göre²⁰, aynî hakkın herkese karşı ileri sürülebilmesi eşya üzerinde doğrudan doğruya sağlanan hâkimiyetin sonucudur. Zira eşya üzerinde hâkimiyet sağlanırken belirli bir kişi ile hukukî ilişki kurulmaması ve hak sahibinin eşya üzerindeki hakkını kimse araya girmeden, kimsenin rıza göstermesine gerek olmadan kullanması sebebiyle aynî hakkın etkisi herkese karşı ileri sürülebilir. Ayrıca bir hakkın varlığı için bu hak karşısında yükümlülük altına girmesi gereken bir kişinin bulunması zorunlu olmadığı için hak sahibinin karşısında hukukî ilişkinin tarafı olan bir kişinin bulunmamasının, aynî hakkın varlığını etkilemeyeceği savunulmuştur. Keza eşya üzerinde kurulan hâkimiyet de eşyayı hakkın yükümlüsü haline getirmez²¹. Birleştirici görüşü savunan diğer yazarlara göre ise²², aynî hakkın eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlama ile herkese karşı ileri sürülebilme nitelikleri birbirinden bağımsızdır.

Aynî hakların tanımına ilişkin bu tartışmalar göz önünde bulundurulduğunda mülkiyet hakkının da bir aynî hak olduğu sonucuna varılır. Nitekim mülkiyet hakkının konusu eşyadır²³. Hak sahibi, yani malik, eşya üzerinde doğrudan doğruya kurduğu hâkimiyet sonucunda da eşya üzerindeki hakkını kimse araya girmeden, aracısız olarak

¹⁸ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 3; Akipek, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s.7; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 7; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 9; Sirmen, **a.g.e.**, s. 3; Ayan, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 29.

¹⁹ Tanım için bakınız: Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 3; Akipek, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 8; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 7; Sirmen, **a.g.e.**, 3; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 1; Esener, Demir, **a.g.e.**, s. 189; Ayan, **Mülkiyet**, s. 25; Ayan, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 30; Erman, **Eşya Hukuku Dersleri**, s. 2; Erman, **Medenî Hukuk Dersleri**, s. 89.

²⁰ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 4; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 149; Helvacı, Erlüle, **a.g.e.**, s. 22; Dural, Sarı, **a.g.e.**, s. 155; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 9, 14; Nuşin Ayiter, **Eşya Hukuku: Kısa Ders Kitabı**, 3. Baskı, Ankara, Savaş Yayınları, 1987, s. 2 (Kısaca Eşya Hukuku); Ertaş, **a.g.e.**, s. 3; Sirmen, **a.g.e.**, s. 4; Ayan, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 30.

²¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 4; Sirmen, **a.g.e.**, s. 2.

²² Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Galip Esmer, **Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı**, 2. Bası, İstanbul, İstanbul Matbaacılık, 1956, s. 24, 25.

²³ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 326.

kullanabilir²⁴. Son olarak, malik istihkak davası veya elatmanın önlenmesi davası ile hakkını ihlal eden herkese karşı mülkiyet hakkını ileri sürebilir. Böylelikle mülkiyet hakkı eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen bir aynî hak olarak mal varlığı hakları arasında yer alır.

Aynî hak sahibi, karşısında hukukî ilişkiye girdiği bir kimse olmadan eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlar; hakkın verdiği yetkileri kullanmak için başkasının aracılık etmesine, izin vermesine ihtiyaç duymaz. Eşya üzerinde sağlanan bu doğrudan hâkimiyet sonucunda, ayni hak sahibi belli bir kişiden değil; herkesten bu hakkına uygun davranılmasını isteyebilir. Mülkiyet hakkı açısından bu talep, malı haksız elinde bulunduranlara karşı istihkak davası; yapılan haksız müdahalelere karşı ise elatmanın önlenmesi davası olarak karşımıza çıkar. Böylelikle, aynî haklar içerisinde yer alan mülkiyet hakkı, sağladığı yetkilerin ihlal edilmemesi talebi herkese karşı ileri sürülebileceği için bir mutlak haktır²⁵.

2. Mülkiyet Hakkının Konusu

Mülkiyet hakkının konusu eşyadır²⁶. Konuyu oluşturan eşyaya göre mülkiyet hakkı taşınır mülkiyeti ve taşınmaz mülkiyeti olarak ayrılır. Taşınmaz mülkiyeti TMK'da m. 704-761; taşınır mülkiyeti ise m. 762-778 arasında düzenlenerek farklı hükümlere bağlanmıştır. Bu sebeple taşınır-taşınmaz eşya ile mülkiyet ayrımları önemlidir.

a. Taşınır Mülkiyeti

Taşınır eşya, özüne zarar verilmeden bir yerden bir yere taşınabilen eşyadır. Eşyanın yer değiştirmesi kendiliğinden olabileceği gibi dışardan uygulanan güç ile de

²⁴ Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 3; Ayan, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 34.

²⁵ Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 156. Yazarın ifadesi ile “*Her aynî hak aynı zamanda bir mutlak haktır; ama her mutlak hak, aynî hak değildir!*”. Ayiter, **Mamelek Kavramı**, s. 104; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 25; Hüseyin Hatemi, **Medeni Hukuk’a Giriş**, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 124, 125. (Kısaca Medeni Hukuk’a Giriş); Akipek, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 10, 12; Ayan, **Mülkiyet**, s. 31; Ayiter, **Eşya Hukuku**, s. 1; Sirmen, **a.g.e.**, s. 26.

²⁶ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 326. Hukukî anlamda eşya kavramı için bkz.: Sanem Aksoy Dursun, **Eşya Kavramı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 5 vdm.; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 5 vdm.

olabilir. Bu durum eşyanın taşınır olması özelliğini değiştirmez²⁷. Bazı durumlarda, niteliği gereği taşınır olan eşyalar için kanunların açık düzenlemesi ile taşınmazlara dair hükümler uygulanabilir. Bu hükümler eşyanın taşınır ya da taşınmaz olma niteliğini değiştirmez; sadece açıkça düzenlenen alanlarda belirtilen hükümler uygulanır²⁸. Bu duruma örnek olarak, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun²⁹ gemi siciline kayıtlı bütün gemilerin taşınmaz malların satış hükümlerine göre paraya çevrilmesini düzenleyen 136. maddesi örnek gösterilebilir³⁰.

Taşınır mülkiyetinin kapsamı, taşınır eşyalar ile sınırlı tutulmamıştır. TMK m. 762'ye göre, nitelikleri itibarıyla taşınabilir maddî şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyeti kapsamına girmeyen doğal güçler taşınır mülkiyetinin konusunu oluşturur. Böylelikle taşınmaz mülkiyeti kapsamına girmeyen edinmeye elverişli doğal güçler de taşınır mülkiyeti kapsamına alınmıştır.

b. Taşınmaz Mülkiyeti

Taşınmaz eşya zarar verilmeden bir yerden bir yere taşınması mümkün olmayan eşyadır³¹. Taşınmaz eşyayı oluşturan esas şey ise sınırları belirlenmiş yeryüzü parçası olan arazidir. Arazinin sınırlarının belirlenmiş olması eşya sayılması açısından önem arz etmektedir. Nitekim arazinin hukukî anlamda eşya sayılabilmesi için sınırlarının belirlenerek diğer yeryüzü parçasından ayırt edilmesi ve üzerinde hâkimiyet kurulacak şekilde bağımsızlaştırılması gerekir. Taşınır eşyada bu ayrım, eşyanın niteliği gereği

²⁷ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 14; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 32; Akipek, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 40; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 23; Murat Topuz, **Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2020, s. 20, 21; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 666, 667; Eren, **a.g.e.**, s. 489, 490; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 52; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 11, 274; Ayan, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 42; Ayan, **Mülkiyet**, s. 669; Erman, **Eşya Hukuku Dersleri**, s. 4; Sirmen, **a.g.e.**, s. 533; Mert Namlı, **İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 17 (Kısaca Haciz).

²⁸ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 405; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 12.

²⁹ 19.06.1932 tarihli 2128 sayılı Resmî Gazete.

³⁰ Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 12.

³¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 14; Topuz, **a.g.e.**, s. 21; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 32; Akipek, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 40; Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 7; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 23; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 666; Eren, **a.g.e.**, s. 489; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 52; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 11; Ayan, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 42; Erman, **Eşya Hukuku Dersleri**, s. 4.

kendiliğinden varken, taşınmaz eşyada sınırlama faaliyeti belirlenecek usûllerce insanlar tarafından yapılır³².

Taşınır eşyalarda olduğu gibi, bazı durumlarda, kanun niteliği gereği taşınmaz olan eşyaları açık düzenleme ile taşınmaz hükümlerinin kapsamı dışına çıkarabilir. Bu hükümler eşyanın taşınır ya da taşınmaz olma niteliğini değiştirmez; sadece açıkça düzenlenen alanlarda belirtilen hükümler uygulanır. Bu duruma örnek olarak İİK m. 84 gösterilebilir. Yetişmemiş mahsul, bütünleyici parça olarak bağlı bulunduğu arazi ile birlikte taşınmaz hükümlerine tabi tutulması gerekirken İİK m. 84 yetişmemiş mahsullerin haczini taşınmaz malın haczinden ayrı tutmuştur.

Taşınmaz mülkiyetinin kapsamı da taşınmaz mallarla sınırlı değildir. Nitekim, TMK m. 704'e göre, arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar, kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler taşınmaz mülkiyetinin konusunu oluşturur.

Taşınmaz eşya olan ve taşınmaz mülkiyeti kapsamında olan arazinin taşınması gereken özellikleri hemen yukarıda ifade edildi. Tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilmiş olan bağımsız ve sürekli haklar ise, esasında bir hak olsa da Kanun tarafından belirli şartlarla taşınmaz mülkiyetine tabi tutulmuştur³³. Tapu Sicili Cumhurbaşkanınca Çıkarılan Yönetmelik³⁴ m. 10/f. 1'e göre, "*Süresiz veya en az otuz yıl süreli olan ve tasarrufları kısıtlanmayan ve izne tâbi kılınmayan bağımsız ve sürekli irtifak hakları, hak sahibinin yazılı istemi üzerine tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına taşınmaz olarak tescil edilir.*". Tapu kütüğünde ayrı bir sayfada kaydedilecek olan hakkın, Yönetmelik'te belirtildiği üzere, sınırlı aynî haklar içerisindeki irtifak hakkı olması gerekir. Bu irtifak hakkı bağımsız olmalıdır. İrtifak hakkı, bir taşınmaz lehine kurulduğunda taşınmazın mülkiyetine tabi olur. Mülkiyetin geçirilmesi ile irtifak hakkı da yeni malike geçer. Bu sebeple taşınmaz lehine kurulan irtifaklar bağımsız hak niteliğinde değildir. İrtifak hakkının kişi lehine kurulduğu hallerde ise bu hakkın

³² Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 6, 14, 182.

³³ Topuz, **a.g.e.**, s. 61.

³⁴ 17.08.2013 tarihli 28738 sayılı Resmî Gazete. Tüzüğün adı 07.07.2018 tarihli 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararname m. 139 ile "Tapu Sicili Cumhurbaşkanınca Çıkarılan Yönetmelik" olarak değiştirilmiştir.

bağımsız nitelikte olup olmaması hakkın devredilebilmesine bağlıdır³⁵. İntifa ve oturma hakkı, lehine kuruldukları kişiden başkasına devredilemez, mirasçılara geçmez. Bu sebeple, intifa ve oturma hakları bağımsız hak niteliğinde değildir. Üst hakkı ve kaynak irtifakı ise, kural olarak, devredilebileceği ve mirasçılara geçebileceği için bağımsız hak niteliğindedir. Ancak devredilmemesi ve mirasçılara geçmemesi kararlaştırılabilir. Bu durumda, bağımsız hak niteliğini kaybeder. TMK m. 838’de düzenlenen diğer irtifaklar ise, kural olarak, başkasına devredilemez ve mirasçılara geçmez. Aksinin kararlaştırılması halinde diğer irtifaklar da bağımsız hak niteliğinde olur. İrtifak hakkının sürekli sayılması için ise süresiz veya en az 30 yıllık süreyle hakkın kurulması gerekir (TMK m. 998/f. 3, Tapu Sicil Yönetmeliği m. 10). Ancak üst hakkının ve kaynak hakkının süresiz sayılabilmesi için mutlaka en az 30 yıl süreyle kurulması gerekir (TMK m. 826/f. 3, 837/f. 3).

Kat mülkiyeti kurulmuş bağımsız bölüm de kat mülkiyeti kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilir ve taşınmaz hükümlerine tabi olur.

Çalışmamızda incelenmiş olan elatmanın önlenmesi davası taşınmaz mülkiyeti kapsamında ele alınmıştır. Ancak ilk bölümde ele alınacak mülkiyet hakkını koruyan davalar, konunun daha iyi anlaşılabilmesi için, hem taşınırlar hem de taşınmazlar göz önüne alarak incelenmiştir.

3. Mülkiyet Hakkına Getirilen Sınırlamalar

Mülkiyet hakkının kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisi olarak verdiği aktif yetkiler malik tarafından sınırsız biçimde kullanılamaz. Mülkiyet hakkının verdiği bu yetkiler çeşitli şekillerde sınırlandırılmıştır³⁶. Şöyle ki Anayasa m.

³⁵ Topuz, **a.g.e.**, s. 61; Namlı, **Haciz**, s. 22.

³⁶ Bir görüşe göre, mülkiyet hakkı yalnızca mutlak yetkilerden oluşur. Haliyle mülkiyeti sınırlayan haller, mülkiyet hakkına yabancı olan müdahalelerdir. Karşı görüşe göre ise, malikin çevresinin ve kamunun menfaatlerini gözeterek mülkiyet hakkının kullanımını sınırlandıran kanuni düzenlemeler bu hakkın bir parçası haline gelmiştir. Hakkın ayrılmaz bir parçası haline gelen bu sınırlamalar sebebiyle mülkiyet hakkı sadece yetki vermez, aynı zamanda bu sınırlamalardan kaynaklanan ödevler de yükler. Ancak ödevlere nazaran mülkiyet hakkının verdiği yetkiler hâlâ eşya üzerindeki en geniş yetkiler olacağı için mülkiyet hak olma niteliğini kaybetmez. Mülkiyeti hakkının gerçek anlamda kısıtlanmasını ise malikin kendi iradesi ile yaptığı kısıtlamalar oluşturur. Mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına dair görüşler için bakınız: Ayiter, **Mamelek Kavramı**, s. 108; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 313, dpn. 5a, 599, dpn. 1102a; Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 203, 209; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 468; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 328 vdm.; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 188; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 377, 378, 379, 383, 544, 545; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 468; Hatemi, Serozan,

35'e göre "Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."³⁷. Böylelikle malike, mülkiyet hakkını kullanırken yalnızca kendi menfaatini değil toplum yararını da göz önünde bulundurması ödev olarak yüklenmiştir³⁸.

Anayasa'nın bu hükmü yalnızca malike verilmiş bir ödev olmayıp aynı zamanda kanun koyucuya verilmiş bir emirdir. Bu hüküm gereği yasa koyucu, mülkiyetin toplum yararına aykırı kullanılmasını engelleyecek düzenlemeler yapmakla yükümlüdür³⁹. Öyle ki Medenî Kanun da mülkiyet hakkının kullanımını kısıtlayan hükümler içerir. Nitekim TMK m. 683/f. 1 mülkiyet hakkının verdiği yetkilerin "hukuk düzeninin sınırları içerisinde" kullanılacağını düzenleyerek mülkiyet hakkını sınırlandırır.

Medenî Kanun'da düzenlenmiş bir diğer sınırlama ise dürüstlük kuralıdır. Her hakta olduğu gibi, mülkiyet hakkı da dürüstlük kuralına uygun kullanılmalıdır. Malikin korunmaya değer yararı olmadıkça veya malikin yararına nazaran diğer kişiler önemli derecede külfet altına girecekse mülkiyet hakkının verdiği yetkilerin kullanılması hakkın kötüye kullanılması olabilecektir. Bu durumda da mülkiyet hakkının verdiği yetkilerin kullanımı malikin korunmaya değer yararının olduğu ana kadar sınırlandırılır⁴⁰.

Mülkiyet hakkının sınırlamaları ve bu sınırlamalardan doğan ödevler belirtilen örneklerle sınırlı olmayıp, mevzuatın çeşitli yerlerinde düzenlenmiştir. Bu çeşitlilik

Arpacı, **a.g.e.**, s. 66, 655; Ayan, **Mülkiyet**, s. 25, 26, 27; Ayiter, **Eşya Hukuku**, s. 78; Sirmen, **a.g.e.**, s. 259, 260; Eren, **a.g.e.**, s. 5 vdm., 370 vdm.; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 189; Topuz, **a.g.e.**, s. 331; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 194 vdm.; Neclâ Giritlioğlu, **Müdahalenin Men'i (Elatmanın Önlenmesi) Davası**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1984, 79 vdm.; Eraslan Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi Davaları I: Tapulu ve Çaplı Taşınmazlara Elatmanın Önlenmesi**, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 23 (Kısaca Elatmanın Önlenmesi C. 1); Zevkliler, **a.g.m.**, s. 575, 582 vdm.; Akipek, **Mülkiyet**, s. 4 vdm.; Jale Akipek, "Mülkiyetin Anayasa Tarafından Korunması ile İlgili Bir Deneme", **Adalet Dergisi**, Cilt Bilgisi Yok, S. 58, 1967, sa. 302-311, s. 303 (Kısaca Deneme); Jale Akipek, "Mülkiyet Kavramı Üzerine Bir İnceleme", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 5, S. 1, 1969, sa. 1-15, s. 3 vdm. (Kısaca İnceleme); Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 423.

³⁷ Anayasa m. 35'te geçen "mülkiyet" ifadesinin bütün aynî hakları kapsadığı kabul edilmektedir. Ayan, **Sınırlı Aynî Haklar**, s. 34; Ertaş, **a.g.e.**, s. 323; Veysel Başpınar, **Mülkiyet Hakkını İhlâl Eden Müdahâleler**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 172.

³⁸ Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 377, 382; Ayan, **Mülkiyet**, s. 28; Sirmen, **a.g.e.**, s. 260; Akipek, **Mülkiyet**, s. 13; Başpınar, **a.g.e.**, s. 175.

³⁹ Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 471, 512.

⁴⁰ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 314; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 511; Erman, **Eşya Hukuku Dersleri**, s. 60.

karşısında mülkiyet hakkının içerisinde yer alan ödevler katlanma ödevleri, kaçınma ödevleri ve edimde bulunma ödevleri başlıkları altında toplanır. Katlanma ödevleri malikin, mülkiyetine yapılacak müdahalelere katlanmasını ifade eder. Bir taşınmazın kamulaştırılması veya zorunluluk halinde taşınmaza yapılan müdahaleler buna örnek gösterilebilir (TMK m. 753). Kaçınma ödevleri ise olumsuz bir ödev yükleyerek mülkiyet hakkının malikin çevresi ve kamunun menfaatine aykırı olarak kullanılmasından kaçınılmasını ifade eder. Örnek olarak, malik taşınmazını komşulara zarar verecek biçimde kullanmaktan kaçınmalıdır (TMK m. 737). Son olarak, edimde bulunma ödevleri ise malike belli edimi yerine getirme ödevi yükler. Mülkiyet konusu eşya için ödenen vergi buna örnek gösterilebilir⁴¹.

Mülkiyet hakkına getirilmiş bu sınırlamalar, kural olarak, somut ölçülerle belirlenmiş değildir. Her bir somut olayda mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına nasıl aykırı olduğu, hukuk düzeninin sınırları dışına nasıl çıktığı veya dürüstlük kuralına nasıl aykırı olduğu mülkiyet hakkının konusu olan eşyanın nitelikleri, toplum içindeki öneminin ne olduğu gibi unsurlara bakılarak belirlenmelidir⁴². Ancak her halükârda mülkiyet hakkına yapılacak olan sınırlama bir kanun düzenlemesine dayanmalıdır. Nitekim mülkiyet hakkının ancak kanunla sınırlanabileceği Anayasa'nın 35. maddesinde belirtilmiştir.

B. Mülkiyet Hakkının Korunması

1. Genel Olarak

Mevzuatımızda mülkiyet hakkının içeriğini belirleyen hükümlerin yanı sıra bu hakkın korunmasına yönelik düzenlemelere de yer verilmiştir. Bir hakkın sadece içeriğinin düzenlenmesi hak sahibinin hakkını nasıl, nelerin üzerinde, hangi ölçüde kullanabileceğini belirler. Ancak mülkiyet hakkı yapılacak müdahalelere karşı korunmadıkça malik, hakkın verdiği yetkilerden tam olarak yararlanamayabilir. Yapılan müdahalenin büyüklüğü mülkiyet hakkının kullanımını tamamen engelleyecek ölçüde dahi olabilir. Bu ihtimallere karşılık, haklı olarak, gerek

⁴¹ Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 382, 547; Akipek, **İnceleme**, s. 13.

⁴² Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 377; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 468.

milletlerarası sözleşmelerle uluslararası düzeyde gerekse de iç hukukumuzla ulusal düzeyde mülkiyet hakkını koruyacak düzenlemeler yapılmıştır.

Mülkiyet hakkını koruyan düzenlemeler sadece Anayasa Hukuku ve Medenî Hukukla sınırlı olmayıp İcra İflâs Hukuku, Ceza Hukuku gibi diğer alanlarda da bulunmaktadır. Çalışmamızda öncelikle, mülkiyet hakkının uluslararası düzeyde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa ile korunması; ardından, mevzuatımızda yer alan diğer özel düzenlemelerle korunması incelemiştir.

2. Uluslararası Düzeyde AİHS Kapsamında Koruma

İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) bireysel hak ve özgürlüklerin uluslararası düzeyde korunmasını amaçlayan ve bunun için yargısal denetim mekanizması kurarak bireye karşı yapılan ihlalleri yaptırıma bağlayan en temel düzenlemelerden biridir. Türkiye de 18 Mayıs 1954'te onaylayarak Sözleşmeye taraf olmuştur.

Mülkiyet hakkı, 20 Mart 1952 tarihinde imzalanan ve 18 Mart 1954 tarihinde yürürlüğe giren İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesine Ek 1. Protokol ile sözleşmenin kapsamına dâhil olmuştur. Türkiye de bu protokolü 10 Mart 1954 tarihli 6366 sayılı Kanunla⁴³, eğitim hakkı bakımından geçerli olacak bir çekince ile, onaylamıştır. Ek 1. Protokol m. 1'e göre *“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez.”*.

Mülkiyet hakkı, *“mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesi”* şeklinde ifade edilmiştir. Bu ifade iç hukukumuzda yer alan mülkiyet hakkını da kapsamakla birlikte ondan daha geniştir. Zira *“mal ve mülk”* ifadesi, fizikî varlığı olan eşyaların

⁴³ 19.03.1954 tarihli 8662 sayılı Resmî Gazete.

yanı sıra fizikî varlığı olmayıp ekonomik değere sahip hak ve menfaatleri de kapsayacak şekilde yorumlanmaktadır⁴⁴. Böylelikle Sözleşmede yer alan mülkiyet hakkı sadece iç hukuktaki mülkiyet hakkıyla sınırlı olmayıp parasal değere sahip olan bütün mal varlığı haklarını korumaktadır⁴⁵. Ancak mülkiyet hakkının koruması mutlak olmayıp, Anayasa m. 35/ f. 'de de belirtildiği gibi, kamu yararı amacıyla ve kanun ile sınırlandırılabilir.

Mülkiyet hakkının sınırlandırılmasının, Sözleşme'yi ihlal etmemesi için ilk olarak meşru bir amaçla yapılmış olması gerekir. Meşru amacı sağlayacak olan ise kamu menfaatidir. Neyin kamu menfaati için gerekli olduğu hususunda taraf devletlere takdir hakkı tanınmıştır. Zira kamu menfaati her somut olayda değişebilecek bir kavramdır. Ayrıca devletlerin ekonomik ve sosyal politikaları ile de yakından ilgili olan kamu menfaatinin uluslararası alanda belirlenecek olması devletlerin iç işleyişine de müdahale anlamına gelebilir⁴⁶.

Mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında ikinci kriter ise, bu sınırlandırmanın herkesçe anlaşılabilir ve kolay ulaşılabilir bir kanunla yapılmış olmasıdır. Sınırlama yasanın öngördüğü biçimde olmalıdır⁴⁷.

Son kriter ise sınırlandırmanın orantılı olmasıdır. Kamu menfaati ile bireyin temel hakkı arasında adil bir denge kurulmalıdır. Sağlanacak kamu menfaati ile kısıtlanan hak arasında makul bir denge kurulmalıdır. Denge için ilk olarak, kamu menfaati kısıtlamayı gerektirmelidir. Mülkiyet hakkı kısıtlanmadan, kamunun genel ihtiyaçları giderilebilecek haldeyse öncelikle bu yola başvurulmalıdır. Mutlaka kısıtlama gerektiren hallerde ise sınırlama araçlarından hak ve hürriyeti en az düzeyde sınırlayacak olan seçilmelidir⁴⁸. Böylelikle birey, kamu menfaati karşısında aşırı yük

⁴⁴ Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, Abdurrahman Saygılı, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 12. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2019, s. 407; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, Rifat Murat Önok, **İnsan Hakları El Kitabı**, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 707, 708.

⁴⁵ Gözübüyük, Gölcüklü, Saygılı, **a.g.e.**, s. 407; Sirmen, **a.g.e.**, s. 264; Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017, s. 124 vdm.

⁴⁶ Gözübüyük, Gölcüklü, Saygılı, **a.g.e.**, s. 412, 413.

⁴⁷ Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 447. Yazara göre yasal düzenlemenin kanun niteliğinde olması da gerekmez. Diğer normatif düzenlemeler de yasallık şartını sağlar.

⁴⁸ Halil Kalabalık, **İnsan Hakları Hukukuna Giriş**, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 99.

altına sokulmamış olur. Örnek olarak, irtifak hakkı kurulmasının yeterli olduğu takdirde taşınmazın kamulaştırılması orantılı olmadığı için kamulaştırma işlemi, mülkiyet hakkını ihlal edebilir. Makul dengenin sağlanabilmesinin diğer ölçütü ise kısıtlamanın meşru amaç için elverişli olmasıdır. Elverişlilik için, sınırlama araçlarından meşru amacı gerçekleştirebilecek olanlar seçilmelidir⁴⁹.

Sözleşmede yer alan hakların denetimi için ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur. Sözleşmede yer alan haklardan birinin, sözleşmeyi kabul etmiş olan devlet tarafından ihlal edilmesi halinde AİHM'e bireysel başvuru yapılabilir. Sözleşme, yalnızca kamu gücü tarafından yapılan ihlallere karşı koruma sağlar. Özel kişilerin yapacağı müdahaleler ise Sözleşme kapsamında korunmaz⁵⁰. Böylelikle mülkiyet hakkının Ek 1. Protokol ile birlikte Sözleşme'yi kabul etmiş bir devlet tarafından ihlal edilmesi halinde bireysel başvuruda bulunulabilir.

Bireysel başvuru sonucunda Sözleşme hükmünün ihlal edildiği saptanırsa öncelikle ihlalin giderilmesine karar verilir. Ancak ihlal tam olarak telafi edilemiyorsa hakkaniyete uygun şekilde zarar görenin tatminine karar verilir. Hakkaniyete uygun tatmin, maddi ve/veya manevi tazminat ile yargılama giderlerini kapsar. AİHS m. 41'de belirtildiği gibi, Mahkeme gerektiği takdirde tazminata karar verir. Ayrıca mahkeme hükmettiği tazminatın, ödeme biçimini, ödeme yerini ve süresini, haczedilemez olduğunu, doğrudan başvurana ödenmesi gerektiğini, gecikme faizini kararında belirtmelidir⁵¹.

3. Anayasa Kapsamında Koruma

Mülkiyet hakkı özel hukuk normlarının yanı sıra kamu hukuku normlarıyla da korunur. Nitekim mülkiyete yapılacak müdahaleler her zaman özel hukuk kapsamında çözüme kavuşturulamayabilir. Kamu gücü kullanılarak yapılan ihlallere karşı da mülkiyet hakkını korumak gerekir. Anayasa da bu ihtiyaca çözüm olarak, özellikle

⁴⁹ Gözübüyük, Gölcüklü, Saygılı, **a.g.e.**, s. 414, 415.

⁵⁰ Özel hukuk kişilerinin yaptığı müdahaleler sözleşme kapsamında korunmaz. Ancak devletin bu müdahaleleri engelleyecek düzenlemeleri yapmakla yükümlüdür. Bu yükümlülükleri ihlali sebebiyle devlet aleyhine bireysel başvuru yapılabilir. Gemalmaz, **a.g.e.**, 419. s.124.

⁵¹ Gözübüyük, Gölcüklü, Saygılı, **a.g.e.**, s. 129.

devlete karşı olmak üzere herkese karşı mülkiyeti korumak için bu hakka temel hak ve hürriyetler kısmında yer vermiştir.

Anayasa'nın m. 35/f. 1 hükmüne göre, “*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.*”. Bu hükümle, mülkiyet bir kurum olarak korunur. Mülkiyetin kurum olarak korunması, mülkiyet hakkının, mülkiyetin içindeki yetkilerin, tek kişi ve birlikte mülkiyet hallerinin temel hak ve özgürlüğün kısıtlanması kurallarına aykırı olarak, kanun koyucu tarafından ortadan kaldırılamamasını ifade eder. Mülkiyetin kurum olarak korunmasında belirli bir malik değil, soyut mülkiyet kavramı korunur⁵².

Mülkiyete ancak gerçek karşılığının ödenmesi şartı ile devlet ve kamu tüzel kişilerinin el atabileceği düzenlenerek de mülkiyet hak olarak himaye edilir. Mülkiyetin hak olarak korunmasında belirli bir malik idarenin keyfi müdahalelerine karşı korunur⁵³.

Ancak mülkiyet hakkı mutlak olmayıp bu hakkın bazı hallerde sınırlandırılması mümkündür. Hakkın tam olarak korunabilmesi için sınırlandırma şartları da açıkça belirtilmiştir. Buna göre, mülkiyet ve miras hakkı ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilir (Anayasa m. 35/f. 2). Bu düzenleme ile mülkiyet, idarenin keyfi davranışlarına karşı korunmak istenmiştir⁵⁴. Nitekim sınırlamalar ancak kanunla yapılabileceği için idare yapacağı idari işlem ile mülkiyet hakkına müdahale edemez. Ayrıca sınırlamanın kamu yararı amacıyla yapılabileceği düzenlenerek ancak genel bir ihtiyaç halinde mülkiyetin sınırlandırılabilirliği kabul edilmiştir. Haliyle kamu yararı ölçüsü, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına alan açan bir kavram olmayıp, ancak genel ihtiyaç ve yarar ile müdahalede bulunulmasına imkân verir⁵⁵.

Mülkiyet hakkında yapılacak sınırlamanın ölçüsü ise Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, temel haklar arasında sayılan mülkiyet,

⁵² Başpınar, **a.g.e.**, s. 184; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 336, 355; Eren, **a.g.e.**, s. 11, 22, 28; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 443; Akipek, **Deneme**, s. 304, 305; Akipek, **Mülkiyet**, s. 75; Ayan, **Mülkiyet**, s. 154.

⁵³ Başpınar, **a.g.e.**, s. 184, 185; Eren, **a.g.e.**, s. 28; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 443; Akipek, **Deneme**, s. 304; Akipek, **Mülkiyet**, s. 75, 76.

⁵⁴ Sirmen, **a.g.e.**, s. 270; Ayan, **Mülkiyet**, s. 154, 155. Anayasa'nın bu düzenlemeleri idarenin mülkiyete haksız müdahalelerini yasaklarken aynı zamanda idareye, özel hukuk kişilerinin yapacağı müdahaleleri engelleyecek önlemleri alma ödevi de yükler. Eren, **a.g.e.**, s. 12.

⁵⁵ Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 339; Eren, **a.g.e.**, s. 13.

Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olarak kısıtlanamaz. Böylelikle, kanun koyucu da mülkiyeti kullanılamaz hale getiren, hakkı adeta bir sosyal ödevle dönüştüren, kısaca hakkın özüne dokunan kanunlar yapamaz. Aksi takdirde bir mülkiyet kurumundan bahsedilemez. Yapılacak kanunlarda hak ve özgürlüklerin kural; sınırlamaların istisna olduğu unutulmamalıdır.

Mülkiyet hakkına yapılmış genel nitelikli sınırlamalardan biri de Anayasa m. 35/f. 3'te düzenlenmiş olan mülkiyet hakkının kamu yararına aykırı olarak kullanılamayacağı düzenlemesidir. Bu hüküm gereği, mülkiyetin bir kurum ve hak olarak korunmasının yanı sıra mülkiyet hakkı içerisinde yer alan ödevlerin de Anayasa tarafından güvence altına alındığı savunulmuştur⁵⁶. Zira mülkiyet hakkının toplum yararına uygun kullanımını sağlayacak olan hakkın içinde yer alan ödevlerdir. Böylelikle malikin yerine getirmekle yükümlü olduğu ödevler de dolaylı olarak anayasal güvenceye sahip olur⁵⁷.

Mülkiyet hakkının, Anayasa tarafından korunması kapsamında değerlendirilebilecek olan bir diğer husus Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurudur. 07.05.2010 tarihli 5982 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin referandumla kabul edilmesi sonucu Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru imkânı kabul edilmiştir. Anayasada ve AİHS'de yer alan temel hak ve ödevlerden herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edilmesi halinde, olağan başvuru yollarının tüketilmesinden itibaren 30 gün içinde, 23 Eylül 2012 tarihinden sonra kesinleşmiş olan kararlar hakkında, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulması mümkündür. Mülkiyet hakkı da hem Anayasa'da hem de AİHS'de belirtilen bir hak

⁵⁶ Anayasa'nın 35. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen mülkiyet hakkının toplum yararına aykırı kullanılamayacağı hükmü, kamu yararına aykırılık gerekçesiyle yapılan ve kanuna dayanmayan keyfi müdahalelerin önünü açmaz. Zira bu hüküm de mülkiyet hakkına getirilmiş bir sınırlamadır ve ancak kanunla yapılabilir. Bu sebeple Anayasa 35/f. 3 hükmünü, kanun koyucuya verilmiş bir yetki olarak düşünmemek gerekir. Kanun koyucu mülkiyet hakkını sınırlayıcı düzenlemeler yaparken Anayasa 35/f. 3 hükmüne dayanabilir. Nihat Bulut, "Mülkiyet Konusundaki Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, S. 3-4, 2006, sa. 15-26, s. 24, dpn. 34.

⁵⁷ Zevkliler, **a.g.m.**, s. 602.

olduğu için kamu gücü tarafından ihlal edilmesi halinde bireysel başvuru yoluyla bu ihlalin giderilmesi talep edilebilir.

4. Türk Medenî Kanunu Kapsamında Koruma

a. Genel Olarak

Mülkiyet hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa ile esasen devlete karşı korunur. Özel hukuk kapsamında yapılacak müdahalelere karşı ise özellikle Türk Medenî Kanunu kapsamında düzenlemeler yapılarak korunmaya çalışılmıştır. Nitekim, TMK 683/f. 2’de “*Malik, malını haksız olarak elinde bulunduranlar kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir.*” diyerek mülkiyet hakkını koruyan iki temel davayı düzenlemiştir.

Bu davalar dışında tapu kaydının düzeltilmesi davası, taşınır davası, komşuluk hukukundan kaynaklanan davalar, haksız inşaat, zilyetlikten doğan davalar, sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk ve haksız fiilden doğan sorumluluk yolları ile de mülkiyet hakkının dolaylı olarak korunması mümkündür.

Çalışmamızda ilk olarak istihkak davası ve elatmanın önlenmesi davaları maddi hukuk boyutuyla incelenmiştir. Ardından mülkiyet hakkını farklı şekillerde koruyan diğer davalar incelenerek bunların elatmanın önlenmesi davasından ayrılan yönleri ortaya koyulmuştur. Ancak belirtmek gerekir ki uygulamada dava açılırken bu davalar arasında ayırım yapılmamakta; “*muarazanın men’i davası*” adı altında talep ileri

sürülmektedir⁵⁸. Muaraza çekişme, kavga⁵⁹, girişme, teşebbüs etme⁶⁰ anlamlarında olup muarazanın men’i davası da taşınır veya taşınmaz eşya üzerinde iddia edilen hak veya yapılan müdahalenin kaldırılması talebiyle açılan davayı ifade eder⁶¹. Böylelikle eşyaya yapılan müdahalelerin bertaraf edilmesi için herhangi bir hukukî sebebe yönlendirme yapılmadan muarazanın men’i davası adı altında talep ileri sürülebilmektedir. Nitekim hâkim ileri sürülen vakıalarla bağlı olsa da tarafların hukukî nitelendirmesi ile bağlı olmayıp Türk hukukunu re’sen uygulayarak (HMK m. 33). Bu kapsamda muarazanın men’i davası adı altında ileri sürülen vakıaların hukukî nitelendirilmesini yaparak uygulanacak hukuk normunu tespit etmek ve doğru bir şekilde uygulamak hâkimin re’sen yerine getirmesi gereken bir görevdir⁶².

⁵⁸ Muarazanın men’i talebi ile komşuluk hukukundan doğan taleplerin ileri sürülmesi yönünde bkz.: Yargıtay HGK., E. 2012/575, K. 2013/249, T. 20.2.2013, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.10.2021; Yargıtay 14. HD., E. 2015/7617, K. 2018/1308, T. 22.2.2018, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.10.2021; Yargıtay 4. HD., E. 2009/3119, K. 2009/6329, T. 05.05.2009, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.10.2021; Yargıtay 4. HD., E. 2007/12688, K. 2008/11813, T. 14.10.2008, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.10.2021; Yargıtay 14. HD., E. 2008/1798, K. 2008/2963, T. 10.03.2008, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.10.2021; Yargıtay 1. HD., E. 2005/12485, K. 2005/13765, T. 26.12.2005, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.10.2021. Muarazanın men’i talebi ile suya elatılmasının önlenmesine dair talebin ileri sürülmesi yönünde bkz.: Antalya BAM 1. HD., E. 2017/130, K. 2017/140, T. 16.3.2017, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.10.2021; Muarazanın men’i talebi ile zilyetliğin korunmasına dair talebin ileri sürülmesi yönünde bkz.: Yargıtay 8. HD., E. 2007/4462, K. 2007/5738, T. 22.10.2007, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.10.2021.

⁵⁹ <https://sozluk.gov.tr/> (TDK Güncel Türkçe Sözlük).

⁶⁰ **Türk Hukuk Lûgatı**, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1991, 3. Baskı, s. 242. Muarazanın “sataşma” olarak ifade edildiği karar için bkz.: “...bir taşınmaz üzerinde hakkı olduğunu iddia etmek, o taşınmaz sahibine karşı muarazada (sataşmada) bulunmaktadır. O nedenle, hak sahibinin, hak iddia eden kimsenin bu iddiasına karşı muarazanın men’ini mahkemeden isteyebileceği...” Yargıtay HGK., E. 2009/260, K. 2009/303, T. 01.07.2009, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.10.2021.

⁶¹ **Türk Hukuk Lûgatı**, s. 242.

⁶² Süha Tanrıver, **Medeni Usûl Hukuku Cilt I**, 2 Cilt, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, C. 1, s. 408 (Kısaca Medenî Usûl Hukuku I). Her ne kadar hâkim Türk hukukunu re’sen uygulamakla görevli olsa da bu durum tarafların hukukî sebebi bildirmesinden kaçınmasını gerektirmez. Aksine dayanan hukukî sebeplerin dava ve cevap dilekçesinde gösterilmesi gerekir (HMK m. 119/f. 1 b. g, m. 129/f. 1 b. f). Bu gereklilik tarafların ödevidir. Ayrıca hukukî sebebin taraflarca tespit edilmemesi iddia yükünün (iddia yükü hakkında bkz.: İkinci Bölüm, VII, A, 1) tam olarak yerine getirilmesine engel olur. Zira tarafların lehine hüküm alabilmesi için hukukî sebepte yer alan soyut vakıaya karşılık gelen somut vakıayı mahkemeye bildirmesi gerekir. Hukukî sebebin tespit edilmeden bunun tam ve doğru yapılması mümkün değildir. Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 410, 411. Hukukî sebebin bildirilmesi avukatla takip edilen iş ve davalarda ise ayrı bir önem taşır. Zira avukatlar her derece yargı organı önünde hukuk kurallarının tam olarak uygulanması ödeviyle yükümlüdür (Avukatlık Kanunu m. 2/f. 1). Hukukî sebebin gösterilmemesi bu ödev ile bağdaşmaz. Muhammet Özkes, “HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, S. Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), 2014, sa. 263-300, s. 277 (Kısaca Dava Dilekçesinde Eksiklik);

b. İstihkak Davası

(1) Genel Olarak İstihkak Davası, Davanın Amacı ve Hukukî Niteliği

Mülkiyet hakkı, bir aynî hak olarak, eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlar ve herkese karşı ileri sürülebilecek en geniş yetkileri verir. Eşya üzerinde sağlanan doğrudan doğruya hâkimiyet nedeniyle malikin malı zilyetliğinde bulundurma yetkisi vardır. Böylelikle malik eşya üzerindeki yetkilerini kimsenin aracılık yapmasına ihtiyaç duymadan kullanabilir. Mülkiyet hakkına yapılacak müdahale ile malikin zilyetliğine son verilmesi halinde ise her ne kadar mülkiyet hakkı devam etse de bu haktan doğan yetkilerin kullanılması mümkün olmaz. Malikin zilyetliğine haksız olarak son verildiği bu durumlarda, zilyetliğin tekrar elde edilerek mülkiyet hakkının korunması için malı elinde bulunduran herkese karşı, istihkak davası açılabilir (TMK 683/f. 2). Zilyetliğin tekrar sağlanması ile mülkiyet hakkından doğan yetkiler tam olarak kullanılabilir.

Zilyetliğin tekrar sağlanması amacıyla eşyanın geri verilmesinin talep edildiği bu dava eda davasıdır⁶³. Aynı zamanda mülkiyet hakkına dayandığından aynî dava niteliğindedir⁶⁴.

Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 410. Dava dilekçesinde hukukî sebep gösterilmesinin zorunlu olduğu yönünde bkz.: Muhammet Özkes, “*Dava Dilekçesinde Hukukî Sebep Bildirmek Zorunludur*”, **Halûk Konuralp Anısına Armağan**, 3 Cilt, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, C. 1, sa. 745-781, s. 748, 756 vdm (Kısaca Hukukî Sebep). Bu açıklamalar neticesinde, eşyaya yapılan müdahalenin bertaraf edilmesine yönelik talep her ne kadar muarazanın men’i olarak ileri sürülüyor olsa da talebe dayanak oluşturan hukukî sebep dilekçede gösterilmelidir.

⁶³ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 319; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 482; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 359; Eren, **a.g.e.**, s. 31, 35; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 71; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 193; Ayan, **Mülkiyet**, s. 157; Erman, **Eşya Hukuku Dersleri**, s. 61; Sirmen, **a.g.e.**, s. 271, 273; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 446; Akipek, **Mülkiyet**, s. 80; Özge Uzun Kazmacı, Ayşe Nilay Şenol, **Gayrimenkul Hukuku Davaları**, 2 Cilt, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, Cilt 1, s. 491; Koçak Diker, **a.g.e.**, s. 94.

⁶⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 34; Uzun Kazmacı, Şenol, **a.g.e.**, s. 491.

(2) İstihkak Davasının Şartları

Doktrinde bu dava, dolaysız zilyet olmayan malikin malik olmayan haksız dolaysız zilyede karşı açtığı dava olarak tanımlanmıştır⁶⁵. Bu durumda malikin ve malı elinde bulunduran kişilerin zilyetlik durumları ile zilyetliğin haksız olması ayrı ayrı incelenmelidir.

i. Davayı Dolaysız Zilyet Olmayan Malik Açabilir

İstihkak davası mülkiyet hakkını korumaya yönelmiş bir dava olduğundan, TMK m. 683/f. 2’de açıkça belirtildiği üzere, bu davayı malik açabilir. Bu malikin dolaysız zilyet olmaması gerekir.

Malikin dolaysız zilyet olmaması gerektiğini açıklamadan önce zilyetlik kavramı hakkında bilgi verilmelidir. Türk Medenî Kanunu, bir şey üzerinde fiili hâkimiyeti olan kişinin onun zilyedi olacağını düzenlemiştir (TMK m. 973/f. 1). Bu tanımdan çıkan sonuca göre zilyetlik, eşya üzerinde kurulmuş hâkimiyet olarak tanımlanabilir. Ancak bu hâkimiyet tamamen tesadüfi ve eşyanın fiilen elde bulundurulması olarak düşünülmemelidir. Fiili hâkimiyet için eşyanın hâkim olma iradesi⁶⁶ ile ele geçirilmiş olması ve hâkimiyeti daha sonra kaybetmemiş olmak gerekir⁶⁷; eşyanın daima el altında tutulması ise gerekmez. Böylelikle zilyetlik yalnızca bir fiilî hâkimiyet olmayıp kendisine birtakım sonuçlar da bağlanan hukukî

⁶⁵ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 317; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 144, 480; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 356; Eren, **a.g.e.**, s. 30, 31; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 192; Ayan, **Mülkiyet**, s. 156; Sirmen, **a.g.e.**, s. 271.

⁶⁶ Hâkimiyet iradesinin, zilyetliğin kurulması anında olması yeterlidir. Yoksa zilyetlik süreci boyunca bu irade ile eşyaya hâkim olunması gerekmez. Haliyle hâkimiyet iradesi, zilyetliğin bir unsuru değil yalnızca zilyetliği kazanmanın bir unsurudur. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 47; Ayan, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 74. Karş.: Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 47; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 20, 21; Erman, **Eşya Hukuku Dersleri**, s. 10; Ertaş, **a.g.e.**, s. 30. Hâkimiyet iradesinin zilyetlik süresi boyunca olması gerektiği yönünde bkz.: Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 77. Zilyetlik için hâkimiyetin yeterli olup zilyetlik iradesinin zorunlu olmadığı yönünde bkz.: Aybay, Hatemi, **a.g.e.**, s. 33. Ayrıca belirtmek gerekir ki zilyetlik iradesinin eşyaya hâkimiyet anında olması gerekmez. Zilyetlik iradesinin önceden olduğu hallerde eşyanın hâkimiyeti ile; sonradan olması hallerinde ise iradenin oluştuğu anda zilyetlik kurulur. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 49, 50; Akipek, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 148, 149; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 21, 22; Ayan, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 73, 74; Erman, **Eşya Hukuku Dersleri**, s. 10; Ayiter, **Eşya Hukuku**, s. 11, 12; Sirmen, **a.g.e.**, s. 44, 45. Zilyetlik kurulsaydı zilyetliği sürdürülmenin isteneceği hallerde fiilî hâkimiyetin başladığı anda zilyetliğin de başlayacağı yönünde bkz.: Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 46.

⁶⁷ Burada kastedilen hâkimiyetin sürekli olarak kaybedilmesidir. Geçici olarak kaybedilmesi zilyetliği sona erdirmez (TMK m. 976). Meğerki başka bir kişi zilyedin rızası dışında ve onun zilyetliğini tanımadan zilyetlik kurmuş olsun.

durumu ifade etmektedir⁶⁸. Başka bir kişi tarafından aynı şekilde hâkimiyet kurulması halinde ise önceki zilyetlik sona erer ve eşya üzerinde hâkimiyet kuran yeni kişi zilyet olur. Yeni zilyedin bir hakka dayanması da gerekmez.

Zilyetliği önemli kılan ise hakka dayanıp dayanmadığına bakılmaksızın, zilyetliğe birtakım hukukî sonuçlar bağlanmasıdır. Örnek olarak, zilyetlik, zilyetliğin korunması davasından yararlanma imkânı verir (TMK m. 981-984), zamanaşımıyla aynî hak kazanılmasını sağlar (TMK m. 712, 713, 777), taşınır eşyalarda aynî hakkın varlığına karine oluşturur (TMK m. 985, 986, 992).

Zilyetlik, zilyedin durumuna göre haklı-haksız zilyet, malik sıfatıyla zilyet-başka sıfatla zilyet, asli-fer'i zilyet gibi çeşitli ayrımlara tabi tutulmuştur. Çalışmamız açısından bu başlık altında önemli olan konu dolaylı-dolaysız zilyet ayrımıdır. Zira istihkak davası açacak olan malik dolaysız zilyet olmamalıdır. TMK m. 975'e göre, *“Bir şeyde fiilî hâkimiyetini doğrudan doğruya sürdüren kimse dolaysız zilyet, başka bir kişi aracılığı ile sürdüren kimse dolaylı zilyettir.”*. Buna göre eşya üzerindeki hâkimiyetini başkası araya girmeden sürdüren kimse dolaysız zilyettir. Hâkimiyetin başkası aracılığıyla sürdürüldüğü hallerde ise dolaylı zilyetlik söz konusu olur⁶⁹. Bir örnek vermek gerekirse malik, taşınır bir eşyasını kiraya verip kiracıya teslim ettiğinde bu eşyası üzerinde doğrudan hâkimiyet sağlayamadığı için onun durumu dolaylı zilyettir. Kiracı ise, hangi hakka sahip olduğuna bakılmaksızın, eşya üzerinde doğrudan hâkimiyet sağladığı için dolaysız zilyet olarak kabul edilir. Ancak belirtmek gerekir ki, dolaysız zilyet, dolaylı zilyedin hâkimiyetini inkâr ettiği takdirde dolaylı

⁶⁸ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 50, 51; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 24; Ayan, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 70, 77, 78; Sirmen, **a.g.e.**, s. 47; Eraslan Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi Davaları III: Zilyetliğe, Mera, Yaylak, Kışlak, Orman, Kıyı ve Yola, Devletin Hüküm ve Tasarrufu Altında Bulunan Taşınmazlara Kamulaştırılmayan Yerlere Elatmanın Önlenmesi**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 127 (Kısaca Elatmanın Önlenmesi C. 3). Zilyetliği fiilî durum olarak nitelendiren görüşler için bkz.: Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 29; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 37, 38, 39; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 8, 243; Hüseyin Hatemi, **Eşya Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 16 (Kısaca Eşya Hukuku); Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 75; Erman, **Eşya Hukuku Dersleri**, s. 9; Erman, **Medeni Hukuk Dersleri**, s. 93; Hatemi, **Medeni Hukuka Giriş**, s. 133. Zilyetliği hak olarak nitelendiren görüşler için bkz.: Ayiter, **Mamelek Kavramı**, s. 112, 113; Ayiter, **Eşya Hukuku**, s. 10, 11; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 121; Akipek, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 156, 162; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 80.

⁶⁹ Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 56; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 29; Ayan, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 90; Ayiter, **Eşya Hukuku**, s. 13; Sirmen, **a.g.e.**, s. 53; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 84; Ertaş, **a.g.e.**, s. 35.

zilyet olan kişinin zilyetliği sona erer⁷⁰. Nitekim hemen yukarıda belirtildiği gibi eşyanın, üzerinde hâkimiyet kurulma iradesi ile ele geçirilmesi halinde önceki zilyetlik sona erer ve ele geçiren kişi yeni zilyet olur. Böylelikle örnekte, kiracı, kiraya verenin dolaylı zilyetliğini inkâr ettiği takdirde kiraya verenin zilyetliği sona erer.

Malik eşya üzerindeki doğrudan doğruya hâkimiyetini kaybettiği takdirde mülkiyetten doğan yetkilerin kullanılması bu durumdan etkilenir. Bu sebeple eşyası elinden alınarak dolaysız zilyetliğine son verilen malik, zilyetliğini tekrar elde etmek için istihkak davası açabilir⁷¹. Dolaysız zilyetliğine sonradan son verilmiş malik gibi dolaysız zilyetliği hiç elde edememiş olan malik de istihkak davası açabilir⁷². Böylelikle eşya üzerinde tekrar dolaysız zilyetliğe sahip olan malik mülkiyet hakkından doğan yetkilerini tam olarak kullanabilir.

Malik, zilyetliğini başkası aracılığıyla devam ettirdiği dolaylı zilyetlik durumunda da istihkak davası açabilir. Ancak bu durumdan yola çıkarak istihkak davasını, dolaylı zilyet olan malikin dolaysız zilyede karşı açacağı dava olarak tanımlamamak gerektiği kanaatindeyiz. Zira bu tanım, zilyetliğin ele geçirilmesi üzerine malikin zilyetliğinin tanınmadığı durumları dışlar. Söz konusu durumda zilyetliği tanınmayan malikin, hemen yukarıda belirtildiği üzere, zilyetliği sona ereceğinden dolaylı zilyetliği de söz konusu olmaz ve belirtilen şekildeki tanıma göre istihkak davası açılmaz. Oysa istihkak davasının dolaysız zilyet olmayan malik tarafından açılabilmesi belirtildiğinde hem dolaylı zilyet hem de zilyetliğine son verilen malik bu davayı açabilecek kişiler kapsamına alınmaktadır. İstihkak davasının dolaylı zilyet tarafından açıldığı durumda, dolaysız zilyedin haklı zilyet olması

⁷⁰ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 63; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 30; Hatemi, **Eşya Hukuku**, s. 20; Sirmen, **a.g.e.**, s. 53.

⁷¹ Taşınmaz eşyalar için tapu kaydındaki tescil dolaysız zilyetliği sağlar. Bu sebeple malik adına tapuda tescil bulunmakla birlikte taşınmaz eşyaya yapılan müdahaleler dolaysız zilyetliği sona erdirmedikten istihkak değil elatmanın önlenmesi davası açılmalıdır. Bu konu hakkında açıklamalar için bkz.: Birinci Bölüm, I, B, 4, b, (2), ii ve Birinci Bölüm, I, B, 4, c, (2), iii.

⁷² Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 321; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 484; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 193; Sirmen, **a.g.e.**, s. 274; Uzun Kazmacı, Şenol, **a.g.e.**, s. 492. Eşya üzerinde fiili hâkimiyet sağlanmadan zilyetliğin devredildiği temsilci aracılığıyla zilyetlik devri, hükmen teslim, zilyetliğin havalesi ve emtiayı temsil eden senetlerin teslimi durumlarında dolaysız zilyetlik hiç sağlanmamış olacaktır. Bu durumlar hakkında açıklamalar için bakınız: Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 75 vdm.

sebebiyle istihkak davasının ona karşı açılmayacağına dair açıklamalar aşağıda yer almaktadır⁷³.

ii. Dava Malik Olmayan Dolaysız Zilyede Karşı Açılabilir

TMK m. 683/f. 2’de belirtildiği üzere, istihkak davası malı elinde bulunduran kimseye karşı açılabilir. Kanunda açıkça belirtildiği üzere, istihkak davası, eşyayı elinde bulunduran kimseye karşı açılmalıdır. Zira istihkak davası eşyanın geri verilmesinin talep edildiği bir eda davasıdır⁷⁴. Bu nedenle istihkak davasının eşyayı elinde bulunduran kimseye karşı açılması gerekir⁷⁵.

Davalının zilyetliğinin sona ermesi halinde ise istihkak talebinin de sona ereceği savunulmuştur⁷⁶. Zilyetliğin başkasına devri ile sona erenin istihkak talebi olduğu, istihkak davasının ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun⁷⁷ 125. maddesi şartları dâhilinde devam etmesinin mümkün olduğu belirtilmelidir. Zira HMK m. 125 gereği, davacı devreden tarafla olan davasından vazgeçerek dava konusunu devralmış olan kişiye karşı davasına devam etme imkânına sahiptir. Bu durumda istihkak talebi dahi sona ermez. Yeni dolaysız zilyede karşı, önceki davanın devamı olacak biçimde⁷⁸, istihkak talebi ileri sürülür. Belirtilmesi gerekir ki bu durumda yeni davalı mülkiyet hakkını geçerli bir şekilde elde ettiğini ileri sürerek şeyi vermekten kaçınabilir⁷⁹. HMK m. 125’in davacıya verdiği diğer imkân ise, davasına eski malike karşı tazminat davası olarak devam etmesidir. Bu durumda istihkak talebi sona erer; dava konusu değişerek istihkak davası tazminat davası olarak devam eder⁸⁰.

⁷³ Bkz.: Birinci Bölüm, I, B, 4, b, (2), iii.

⁷⁴ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 319; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 482; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 359; Eren, **a.g.e.**, s. 31, 35; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 71; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 193; Ayan, **Mülkiyet**, s. 157; Erman, **Eşya Hukuku Dersleri**, s. 61; Sirmen, **a.g.e.**, s. 271, 273; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 446; Akipek, **Mülkiyet**, s. 80; Ali Suphi Kurşun, **Elatmanın Önlenmesi Davası**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 16.

⁷⁵ Davalının dolaysız zilyet olmasının zorunlu olmadığı yönünde bkz.: Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 485.

⁷⁶ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 320.

⁷⁷ 04.02.2011 tarihli 27836 sayılı Resmî Gazete.

⁷⁸ Seda Özümucu, “*Müddeabihin Temlikinin Etkilerine İlişkin Sistemler*”, **Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan**, İstanbul, Alkım Yayınları, 2007, sa. 197-256, s. 242, 243 (Kısaca Temlik); Levent Börü, **Dava Konusunun Devri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 113, 114, 340, 341 (Kısaca Dava Konusunun Devri).

⁷⁹ Özümucu, **Temlik**, s. 249; Börü, **Dava Konusunun Devri**, s. 332.

⁸⁰ Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 487; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 447; Akipek, **Mülkiyet**, s. 80; Ayan, **Mülkiyet**, s. 160. Davacının taşınmazı devretmesi halinde ise yeni malikin HMK m. 125/f. 2 gereği davaya devam edebilir. Ayan, **Mülkiyet**, s. 159.

İstihkak davası, eşyayı elinde bulunduran herhangi bir kişiye karşı açılabilir. Zira yukarıda belirtildiği üzere, mülkiyet hakkı bir aynî hak olarak herkes tarafından ihlal edilebilen ve ihlal eden herkese karşı ileri sürülebilen bir haktır. Mülkiyet hakkına dayanan istihkak davası da bu kapsamda, dolaysız zilyet olması yani eşyayı elinde bulundurması şartıyla, herkese karşı açılabilir. Davalı konumunda yer alacak dolaysız zilyedin, mülkiyet hakkına müdahalede bulunan ilk kişi olması da gerekmez. Örnek olarak, çalınan bir malı hırsızdan alan üçüncü kişiye karşı da istihkak davası açılabilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus ise dolaysız zilyedin mülkiyet hakkını kazanmamış olması gerektiğidir. Zira istihkak davası açılabilmesi için dolaysız zilyetliğin kaybedilmesi ve mülkiyet hakkının muhafaza edilmesi gerekir. Ayrıca davalı da malik olmayan dolaysız zilyettir.

İstihkak davasının açılabilmesi için mülkiyet hakkının muhafaza edilmesi gerektiğinden bu hakkın geçişi açıklanmalıdır. Ayrıca mülkiyet hakkının geçişi konusunun daha iyi anlaşılabilmesi için bu durum taşınır ve taşınmaz eşyalar için ayrı ayrı ele alınmalıdır. Böylelikle istihkak davasının önemini de iki farklı gruptaki eşyalar için açıklama imkânı olur.

Taşınmaz eşyalarda mülkiyet hakkı, kural olarak, tescille kazanılır (TMK m. 705). Ancak mülkiyet hakkının kazanılması için tescil tek başına yeterli değildir. Ayrıca bu tescil geçerli bir hukukî sebebe dayanmalıdır. Geçerli bir sebebe dayanmayan tescil yolsuz tescil olur (TMK m. 1024/f. 2). Bu duruma tescilin sebebe bağlılığı veya illilik prensibi denilir⁸¹. Tescilin bir diğer fonksiyonu ise tapuda tescil edilmiş olan maliki dolaysız zilyet durumuna getirmiş olmasıdır⁸². Gerçekten de TMK m. 992, dolaysız zilyedin sahip olduğu yetkileri tapuda tescil edilmiş kişiye tanıyarak onu dolaysız zilyet durumuna getirmiştir. Böylelikle tapuda tescil edilmiş olan malik, dolaysız zilyetliğini devam ettireceği için istihkak davası açamaz. Bu durumda,

⁸¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 855; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 16; Eren, **a.g.e.**, s. 205; Hatemi, **Eşya Hukuku**, s. 12; Ayan, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 241, 410; Sirmen, **a.g.e.**, s. 339; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 143.

⁸² Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 51, 56, 64, 317; Bilgehan Çetiner, “*İstihkak Talebi Temlik Edilebilir mi?*”, **Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu’nun Anısına Armağan**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, sa. 139-159, s. 153. Zilyetliğe benzer bir durum oluşturacağı yönünde bkz.: Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 22, 33.

taşınmaz tamamen işgal edilse dahi, dolaysız zilyetlik devam edeceği için açılması gereken dava elatmanın önlenmesi davasıdır⁸³.

Gerçek malikin yolsuz tescil sebebiyle tapuda tescil edilmemiş olması ihtimalinde ise hangi davanın açılması gerektiği tartışmalıdır. Bir görüş⁸⁴, açılması gereken davanın TMK m. 1025'te özel olarak düzenlenmiş olan tapu kaydının düzeltilmesi davası olduğunu savunur. Zira tapu kaydının düzeltilmesi davası sonucunda tapudaki tescil düzeltilerek gerçek malike dolaysız zilyetlik sağlanacağı için bu dava, istihkak davasının fonksiyonunu yerine getirir. Bu durumda, adına yolsuz tescil bulunan kişi aynı zamanda taşınmaza fiilen hâkim durumdaysa zilyetliğin teslimi de tapu kaydının düzeltilmesi davası ile birlikte talep edilebilir.

Karşı görüş⁸⁵ ise, tapu kaydının düzeltilmesi davası ile istihkak davasının türlerinden⁸⁶ yola çıkarak bu davaların birbirlerinin fonksiyonunu taşımayacağını ve her iki davanın da birleştirilerek veya ayrı olarak açılması gerektiğini savunmuştur. Bu görüşe göre, tapu kaydının düzeltilmesi davası bir tespit davasıdır. Tespit davasında mülkiyetin tespiti ile tescilin düzeltilmesi sağlanır. Eşyanın zilyetliği ise istihkak davası ile tesis edilebilir. Bu durumda iki talebin de farklı davalar olarak ileri sürülmesi gerekir.

Özetle, tapudaki tescilin yolsuz olmadığı durumlarda dolaysız zilyetlik söz konusu olduğundan, açılması gereken dava elatmanın önlenmesi davasıdır. Yolsuz tescil durumunda ise bir görüşe göre, tapu kaydının düzeltilmesi davası istihkak davasının sonuçlarını doğurur. Diğer görüş ise hem tapu kaydının düzeltilmesi davasının hem de istihkak davasının farklı davalar olarak ileri sürülmesi gerektiğini

⁸³ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 317; Erman, **Eşya Hukuku Dersleri**, s. 61. Aksi yönde: Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 195; Sirmen, **a.g.e.**, s. 271; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 200; Kurşun, **a.g.e.**, s. 21.

⁸⁴ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 302, 317, 318; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 480; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 195; Ayan, **Mülkiyet**, s. 158; Erman, **Eşya Hukuku Dersleri**, s. 61; Ayiter, **Eşya Hukuku**, s. 80; Sirmen, **a.g.e.**, s. 245; Ertaş, **a.g.e.**, s. 219; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 167. Ancak yazar ilerleyen sayfalarda bu davaların ayrı niteliklerde olduğu için ayrı ayrı açılması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz.: Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 200, 202.

⁸⁵ Saim Üstündağ, **Tapu Kütüğünün Tashihi Dâvası**, İstanbul, Baha Matbaası, 1959, s. 147 (Kısaca Tahsis Davası); Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 357; Eren, **a.g.e.**, s. 32; Hatemi, **Eşya Hukuku**, s. 62; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 446; Akipek, **Mülkiyet**, s. 79.

⁸⁶ Dava türleri hakkında açıklamalar için bkz.: Birinci Bölüm, I, B, 4, d, (3) ve III, C.

savunmuştur. İlk görüşün kabul edilmesi halinde taşınmaz eşyaların üzerinde istihkak davası uygulaması oldukça az olacaktır.

Taşınır eşyada ise, mülkiyet, kural olarak, zilyetliğin devri ile geçer (TMK m. 763). Ancak zilyetliğin devri yeterli olmayıp mülkiyeti devreden ve devralan tarafların iradelerinin, mülkiyetin devri hususunda birbirine uygun olması gerekir. Bu irade uyuşması mülkiyet devrinin, tasarruf işlemi mahiyetindeki hukukî işlemidir⁸⁷. Mülkiyetin devri için irade uyuşmasının ve zilyetlik devrinin birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bu durumda, kural olarak, malikin zilyetliği devretme iradesi olmadıkça zilyetliğin geçişi mülkiyet hakkının kaybına yol açmaz. Örnek olarak, hırsızın çalarak elde ettiği bir malın zilyetliği kendisine mülkiyet hakkı kazandırmaz. Böylelikle, dolaysız zilyetliğine son verilen malik istihkak davası ile eşyanın geri verilmesini talep edebilir. Ancak bazı hallerde malikin mülkiyeti devir iradesi olmasa dahi kazanılmış olan mülkiyet hakkı korunur. Örnek olarak emin sıfatıyla zilyetten iyiniyetle kazanılan mülkiyet hakkı korunur (TMK m. 988). Diğer bir örnek olarak, malı dolaysız zilyetlikle elinde bulunduran kimsenin kazandırıcı zamanaşımıyla mülkiyeti iktisap etmesi olabilir (TMK m. 777). Bu durumlarda mülkiyet hakkını kaybeden eski malik, istihkak davası açma hakkını da kaybeder.

Tarafların iradeleri mülkiyetin devri üzerine uyuştugu takdirde zilyetliğin devri ile mülkiyet hakkı devredilir. Bu durumda artık malik olmayan kişi istihkak davası açamaz. Ancak, mülkiyeti devir hususunda bir borçlandırıcı işlem yapılması halinde, taşınırlar üzerindeki tasarruf işleminin bu borçlandırıcı işlemin geçerliliğinden etkilenip etkilenmeyeceği hususunda farklı görüşler vardır. Öyle ki taşınmazlar açısından tasarruf işleminin geçerli bir sebebe dayanması açıkça kabul edilmişken (TMK m. 1024) taşınırlar açısından bu şekilde açık bir düzenleme yapılmamıştır. Bir görüş⁸⁸, taşınır eşyanın devrinin tasarrufun sebebi olan borçlandırıcı işlemin

⁸⁷ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 850, 851; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 278.

⁸⁸ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 856, 857; Mehmet Serkan Ergüne, **Taşınır Mülkiyeti**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 120 vdm.; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 284. Nomer, Ergüne'ye göre, TBK 78/f. 1 hükmü soyutluk prensibinin kabul edildiğinin en önemli kanıtıdır. Zira borçlanılmayan bir edimin ifası halinde mülkiyetin karşı tarafa geçeceğini düzenlemiştir. İllilik prensibinin kabul edilmesi halinde zaten mülkiyet geçmeyeceği için bu hükmün ayrıca düzenlenmesi gerekmezdi.; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 57, 312. Yazarlara göre, alışveriş ilişkilerinde güven ve istikrarı korumak için iyiniyetli kazanımların korunmasının yanı sıra soyutluk ilkesinin de kabulü gerekir.; Rona Serozan, **Taşınır Eşya Hukuku**, 2. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi,

geçerliliğinden etkilenmeyeceğini savunmuştur. Soyutluk prensibi olarak adlandırılan bu görüşe göre, mülkiyeti devir hususunda irade uyuşması ve zilyetlik devri olduğu takdirde borçlandırııcı işlem geçersiz olsa dahi taşınır eşyanın mülkiyeti devredilmiş olur. Bu durumda mülkiyet hakkını kaybeden önceki malik artık istihkak davası açamaz. Bu kişi, borçlanmadığı bir edimi kendisini borçlu sanarak yerine getirdiğini ispat ederek (Türk Borçlar Kanunu⁸⁹ m. 78) sebepsiz zenginleşme davası ile taşınır eşyasını geri isteyebilir. Karşı görüş ise⁹⁰, taşınır mülkiyeti devrinin, taşınmazlarda olduğu gibi, borçlandırııcı işleme bağlı olduğunu savunmuştur. İllilik (sebebe bağıllık) prensibi olarak adlandırılan bu görüşe göre, borçlandırııcı işlem geçerli olmadıkça mülkiyeti devretme iradesi ile yapılan zilyetlik devri taşınır mülkiyetinin devri sonucunu doğurmaz. Bu durumda mülkiyeti devretmek isteyen malik hâlâ mülkiyet hakkını elinde tuttuğu için istihkak davası ile taşınır eşyanın geri verilmesini isteyebilir.

Özetle, taşınır bir eşyanın malikin iradesi olmadan onun elinden çıkması halinde mülkiyet, kural olarak, yeni zilyede geçmeyeceği için malik istihkak davası ile eşyanın iadesini sağlayabilir. Mülkiyetin devri borcunu içeren bir borçlandırııcı işlemin ifası için yapılan taşınır eşyanın tesliminde ise borçlandırııcı işlemin geçerli olması durumunda mülkiyetin de geçerli şekilde devredildiği konusunda tartışma yoktur. Bu durumda taşınır eşyayı devreden önceki malikin mülkiyet hakkı ve buna bağlı olarak da istihkak davası açma yetkisi sona erer. Borçlandırııcı işlemin geçersizliği halinde, soyutluk prensibi kabul edilirse sebepsiz zenginleşme hükümleri ile; illilik prensibi

2007, s. 264 vdm. Yazara göre, soyutluk ilkesinin kabul edilmesinin bir diğer gerekçesi TBK m. 288 hükmüdür. Yazılı şekilde verilmesi gereken taşınır eşya bağışlama sözü bu şekilde verilmese dahi bağışlama iradesi ile zilyetlik devredildiğinde, borçlandırııcı işlem geçersiz olmasına rağmen, bağışlama geçerli olur. Bu durumda borçlandırııcı işlem geçeriz olsa dahi tasarruf işlemi korunur.

⁸⁹ 04.02.2011 tarihli 27836 sayılı Resmî Gazete.

⁹⁰ Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 395; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 17, 674; Eren, **a.g.e.**, s. 499; Hatemi, **Eşya Hukuku**, s. 12, 86; Aybay, Hatemi, **a.g.e.**, s. 26, 151; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 369, 370; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 584; Akipek, **Mülkiyet**, s. 251, 252. Bu görüşün temel gerekçeleri şu şekildedir. Taşınmazlarda illilik prensibi kabul edilmişken tutarlılığın sağlanması için taşınırlarda da bu prensibin kabul edilmesi gerekir. Ayrıca soyutluk prensibi taşınırlar hakkında yapılan işlemleri koruyarak alıveriş hayatının sorunsuzca devam etmesine yöneliktir. Bunu sağlamak için iyiniyetli kişileri koruyan TMK m. 939/f. 2 ve m. 988 hükümleri yeterlidir. Diğer kişileri korumak için soyutluk prensibinin kabulüne gerek yoktur. Son olarak haksız zilyette iadenin ayrıntılı olarak düzenlenmiş olması da borçlandırııcı işlemin sakat olması halinde tasarruf işlemini de geçersiz olduğunu savunan ve böylelikle de zilyetliğin iadesi gerektiren illilik prensibinin kabul edilmesini gerektirir.

kabul edilirse istihkak davası ile eşyanı iadesi sağlanabilir. Görüldüğü üzere istihkak davasının uygulama alanı çoğunlukla taşınır eşyalar olacaktır. Ancak bu uyuşmazlıklarda zilyetliği koruyan davalar da (TMK m. 981-984) geniş uygulama alanına sahiptir.

iii. Malik Olmayan Dolaysız Zilyet Haksız Zilyet Olmalıdır

Zilyetliğin haklılığı, bir hakka dayanıp dayanmamasına göre belirlenir. İster şahsî ister aynî olsun zilyetlik bir hakka dayandığında haklı zilyetlik olur. Zilyetliğin bir hakka dayanmadığı halde ise haksız zilyetlik söz konusu olur⁹¹. İstihkak davası açılabilmesi için malik olmayan dolaysız zilyedin haksız olması gerekir.

Zilyedin haksız olması gerektiği için dolaylı zilyet olan kişi, kendi iradesi ile dolaysız zilyet olan kişiye karşı istihkak davası açamaz. Zira bu durumda dolaysız zilyetlik, dolaylı zilyet ile dolaysız zilyet arasındaki hukukî ilişkiden doğan hakka dayanmaktadır. Dolaylı zilyedin eşya üzerinde hâkimiyeti olmamasının nedeni kendi iradesi ile zilyetliği bir başkasına devretmesidir. Bu hukukî ilişkiye aykırı olarak eşyanın iadesini isteyememesi olağandır. Yukarıda verilen örnekte, taşınır eşyasını kiraya veren malik kiracıya karşı istihkak davası açamaz. Zira kiracının zilyetliği kira ilişkisinden doğan hakka dayanır. Dolaylı zilyet ile dolaysız zilyet arasındaki hukukî ilişkinin sona ermesi halinde ise eşyanın iadesi, hukukî ilişkinin dayandığı hükümlere göre veya istihkak davası ile talep edilebilir⁹². Nitekim hukukî ilişkinin sona ermesi ile zilyedin haklılığı da sona erer.

c. Elatmanın Önlenmesi Davası

(1) Genel Olarak Elatmanın Önlenmesi Davası, Davanın Amacı ve Hukukî Niteliği

Malikin zilyetliğine son verilerek kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkilerinin kullanması engellendiği takdirde istihkak davası ile tekrar zilyetliğe kavuşması sağlanabilir. Ancak mülkiyet hakkına yapılan her müdahale malikin zilyetliğine son verecek biçimde olmayabilir. Malikin zilyetliğine son vermemekle

⁹¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 57.

⁹² Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 320.

birlikte mülkiyet hakkının verdiği yetkilerin kullanımını engelleyen, zorlaştıran müdahalelerin varlığı halinde elatmanın önlenmesi davası açılabilir. Türk Medenî Kanunu'nun “*Malik, ... her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir.*” (TMK m. 683/f. 2) hükmüyle düzenlediği elatmanın önlenmesi davası, malikin zilyetliğine ve böylelikle de mülkiyet hakkına yapılan veya yapılması muhakkak olan haksız müdahalelerin önlenerek mülkiyet hakkından doğan yetkilerin tam olarak kullanılmasını sağlayan ve mülkiyet hakkını ihlal eden herkese karşı ileri sürülebilen bir davadır⁹³.

Mülkiyet hakkına müdahale oluşturan bir eylemin yapılmamasının talep edildiği bu dava eda davası niteliğindedir. Aynı zamanda mülkiyet hakkına dayanana bu dava aynî davadır⁹⁴.

(2) Elatmanın Önlenmesi Davasının Şartları

i. Mülkiyet Hakkına Yapılmış Müdahale Olmalıdır

Elatmanın önlenmesi davası açılabilmesi için mülkiyet hakkına yapılmış bir müdahale⁹⁵ olması gerekir. Malik, mülkiyet hakkını, hakkın içerisindeki ödevlere de

⁹³ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 7, 8; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 321; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 489; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 75; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 197; Ayan, **Mülkiyet**, s. 162; Sirmen, **a.g.e.**, s. 276.

⁹⁴ Davanın hukukî niteliği hakkında bkz.: Birinci Bölüm, III, C.

⁹⁵ Mülkiyet hakkına karşı yapılacak eylem veya eylemin etkileri için, müdahale kelimesinden farklı olarak, saldırı veya elatma kelimeleri de kullanılmıştır. Bu ifadeler için bakınız: Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 321. Müdahale kelimesinin, mülkiyete karşı yapılacak olan eylemleri ifade etmeye daha uygun olduğu kanaatindeyiz. Bu sebeple çalışmamızda müdahale kelimesini kullanacağız. Zira, saldırı kelimesi “*Kötülük yapmak, yıpratmak amacıyla doğrudan doğruya silahlı veya silahsız bir eylemde bulunma, hücum, taarruz, tecavüz*” olarak açıklanmıştır. Oysa mülkiyet hakkına karşı yapılan eylemin kusurlu olması bile gerekmez. Bu durumda eylemde bulunan ister kötülük yapmak amacı taşısın ister taşımasın malik her zaman eylemin bertaraf edilmesini isteyebilir. El atma kelimesi ise, müdahale kelimesi ile aynı anlamda olup birisinin işine karışma, araya girme anlamlarına gelir. El atma kelimesi, ayrıca, bir işe girişmek, sarkıntılık etmek, yardım etmek anlamlarına da gelmektedir. Her ne kadar, müdahale ile el atma kelimeleri aynı anlamda olsa da el atma kelimesi, eşyanın tümünde veya bir parçasında, hâkimiyet kurmayı çağırıştırır. Müdahale kelimesinde hâkimiyet kurma çağrışımı olmadığı ve haksız eylemlerin genişliğini daha iyi ifade ettiğini düşündüğümüz için müdahale kelimesini tercih ettik. Benzer ifade problemi Kanun metninde de mevcuttur. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde müdahale kelimesi kullanılırken 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda elatma kelimesi kullanılmıştır. TMK m. 683'ün madde gerekçesine göre, madde, kenar başlığı ile birlikte arılaştırılarak yeniden kaleme alınmıştır. Bu gerekçe, üzerinde durduğumuz kelime farklılığını açıklamamaktadır. Dilin Türkçeleştirilmesi için de bu değişikliğin yapılmasını isabetli bulmuyoruz. Zira, müdahale kelimesi günlük hayatta da yaygın olarak kullanılan, dilimize yerleşmiş ve Kanun metninin anlaşılmasını zorlaştırmayan bir kelimedir. Ayrıca, yukarıda ifade ettiğimiz gibi, müdahale kelimesinin mülkiyet hakkına karşı yapılacak eylemleri daha iyi ifade ettiğini düşünüyoruz. Ancak son olarak belirtmek isteriz ki,

uygun olarak, dilediği gibi kullanabilmelidir. Malikin bu yetkilerini kısmen ortadan kaldıran ya da zorlaştıran eylemler yahut bunların etkileri müdahaleyi oluşturur⁹⁶. Malik, elatmanın önlenmesi davası açarak bu müdahalelerin bertaraf edilmesini sağlar. Böylelikle mülkiyet hakkının kendisine verdiği yetkileri dilediği gibi kullanabilir.

Elatmanın önlenmesi davasının açılabilmesi için, müdahalenin mevcut ya da muhtemel olması gerekir; sona ermiş müdahaleler için bu dava açılamaz⁹⁷. Zira bu dava mülkiyet hakkına yapılan müdahaleleri bertaraf etmeye yöneliktir. Mevcut veya muhtemel bir müdahale olmadığı takdirde mülkiyet hakkının verdiği yetkiler zaten serbestçe kullanılabilir⁹⁸. Bir müdahalenin mevcut olması, müdahalenin o an devam ediyor olmasını ya da etkisinin devam etmesini ifade eder. Müdahalenin etkisinin devam etmesi ise başlamış ve sürmekte olan müdahaleyi ifadeyi eder; meydana gelmiş bir müdahalenin doğurduğu zararın tazmin edilmemiş olması anlamına gelmez. Nitekim elatmanın önlenmesi davası müdahaleden doğan zararın giderilmesini kapsamaz. Bu dava yalnızca ihlalin giderilmesine ilişkindir; tazminat talebi varsa ayrıca ileri sürülmelidir⁹⁹. Muhtemel müdahale ise ileride meydana gelme ihtimali kuvvetli olan müdahaledir. Bunun için basit bir şüphe yeterli olmayıp müdahale ihtimalinin kuvvetli olması gerekir¹⁰⁰. Ayrıca bu müdahale ihtimali de davacının subjektif durumuna göre değil, objektif olarak belirlenir¹⁰¹.

mülkiyet hakkına karşı yapılacak eylemler için müdahale kelimesini kullanacak olsak da Kanun ile ifade birliği sağlamak için açılacak olan davayı biz de “elatmanın önlenmesi davası” olarak ifade edeceğiz. Tanımlamalar için bakınız: <https://sozluk.gov.tr/> (TDK Güncel Türkçe Sözlük).

⁹⁶ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 11; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 491; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 451; Akipek, **Mülkiyet**, s. 85.

⁹⁷ Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 1**, s. 24; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 324; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 493, 494; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 366; Eren, **a.g.e.**, s. 43; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 76; Ayan, **Mülkiyet**, s. 163; Sirmen, **a.g.e.**, s. 277; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 203; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 451; Akipek, **Mülkiyet**, s. 86; Uzun Kazmacı, Şenol, **a.g.e.**, s. 499; Koçak Diker, **a.g.e.**, s. 102; Kurşun, **a.g.e.**, s. 67, 108. Kişilik haklarına yapılan müdahale için aynı yönde değerlendirme için bkz.: Mustafa Reşit Belgesay, **Dava Teorisi**, İstanbul, Nümune Matbaası, 1943, s. 31 (Kısaca Dava Teorisi).

⁹⁸ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 53.

⁹⁹ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 9, 53, 54; Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 1**, s. 25; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 324; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 197, 198; Ayan, **Mülkiyet**, s. 164; Sirmen, **a.g.e.**, s. 276; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 203; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 451; Uzun Kazmacı, Şenol, **a.g.e.**, s. 498.

¹⁰⁰ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 14; Ayan, **Mülkiyet**, s. 163; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 204; Akipek, **Mülkiyet**, s. 86.

¹⁰¹ Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 1**, s. 25; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 493; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 366; Eren, **a.g.e.**, s. 43; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 200.

Mülkiyet hakkına yapılacak müdahaleler doğrudan ve dolaylı müdahaleler olarak ayrılır.

Doğrudan müdahaleler, malikin zilyetliğini de ihlal ederek mülkiyet hakkını ihlal eden eylemlerdir. Bu müdahaleler, doğrudan malikin mülkiyetindeki eşya üzerinde gerçekleşerek onun mülkiyet hakkının verdiği yetkileri kullanmasını engeller veya kısıtlar¹⁰². Taşınmaza girilmesini engelleme¹⁰³, taşınmaza girilmesi¹⁰⁴, taşınmazın yol olarak kullanılması¹⁰⁵, araziye hafriyat dökülmesi¹⁰⁶ doğrudan müdahalelere örnek verilebilir.

Dolaylı müdahalelerin ise bir taşınmazın kullanılmasına bağlı olarak oluşan sonuçların diğer bir taşınmazı, mülkiyet hakkının kullanılmasını engelleyecek veya kısıtlayacak biçimde, etkilemesi olduğu savunulmuştur. Bu görüşe göre, TMK m. 737’de düzenlenen taşınmazın taşkın kullanılmaması yükümlülüğü dolaylı müdahalelerin uygulama alanını oluşturur ve Kanun’un açık olarak bunu düzenlemesi de dolaylı müdahaleleri kabul ettiğini gösterir. Dolaylı müdahalenin katı, sıvı veya gaz halinde bir unsurla yapılması maddi dolaylı müdahaleyi oluşturur. Komşu taşınmazdan gelen yüksek gürültü veya rahatsız edici ışık da maddi dolaylı müdahale kapsamında değerlendirilir. Taşınmazın kullanılmasına bağlı olarak meydana gelen rahatsız edici sonuçların etraftaki maliklerin ruhsal durumlarını etkilemesi halinde ise maddi olmayan dolaylı müdahale oluşacağı belirtilmiştir. Zira dolaylı müdahalelerin varlığını savunan görüşe göre, yalnız eşyanın zilyetliğine yapılan müdahaleler değil; herhangi bir şekilde mülkiyet hakkından doğan yetkileri kısıtlayan ve insana karşı yapılan müdahaleler de elatmanın önlenmesi davası kapsamına girmektedir. Son olarak, bir taşınmazın kullanılması ile diğer taşınmaza ısı, ışık gibi kaynakların

¹⁰² Giritlioğlu **a.g.e.**, s. 15, 16; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 494.

¹⁰³ Yargıtay 8. HD., E. 2018/2413, K. 2018/13099, T. 23.5.2018, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

¹⁰⁴ Yargıtay 1. HD., E. 2014/1913, K. 2015/653, T. 20.1.2015, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

¹⁰⁵ Ankara BAM, 16. HD., E. 2017/266, K. 2017/245, T. 23.3.2017, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; Yargıtay 8. HD., E. 2018/2205, K. 2018/9798, T. 21.3.2018, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

¹⁰⁶ İstanbul BAM, 2. HD., E. 2018/2007, K. 2019/216, T. 12.2.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; Yargıtay 8. HD., E. 2020/1681, K. 2020/8235, T. 15.12.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

geçişinin engellenmesi ya da manzarasının kapatılması gibi müdahaleler olumsuz dolaylı müdahale olarak adlandırılmıştır¹⁰⁷.

Kanaatimizce, dolaylı müdahaleler elatmanın önlenmesi davası kapsamına girecek müdahaleler değildir. Elatmanın önlenmesi davasının açılabilmesi için, müdahalenin zilyetliğe ve bu suretle de mülkiyet hakkına yapılmış olması gerekir. Dolaylı müdahalelerin dayandığı mülkiyetin aşırı kullanılmasını düzenleyen TMK m. 737’de yer alan ihlaller, zilyetlik ihlali olmaksızın malikin kendi taşınmazını aşırı kullanmasından kaynaklanır. Elatmanın önlenmesi davası ise mülkiyetin sınırları içine dışarıdan yapılmış bir müdahaleyi gerektirir. Elatmanın önlenmesi davası müdahalede bulunulan malikin mülkiyet hakkından kaynaklanırken; mülkiyetin aşırı kullanılması ve taşınmaz malikin sorumluluğu ise başka taşınmaza müdahale etmeden, kendi taşınmazını taşkın olarak kullanan kişinin mülkiyet hakkından kaynaklanır. Bu iki davanın kapsamına giren ihlallerin kaynakları böylece birbirinden ayrılır¹⁰⁸. Ayrıca maddi olmayan dolaylı müdahale açıklamalarının müdahale kavramını oldukça genişlettiği kanaatindeyiz. İster yukarıda bahsedildiği gibi, elatmanın önlenmesi davası kapsamına gireceği savunulsun; ister bizim de savunduğumuz gibi, taşınmaz malikin sorumluluğu kapsamında değerlendirilsin, iki halde de yapılacak olan ihlalin eşya üzerinde gerçekleşmesi gerekir. Buna karşılık malik üzerinde etki doğuran eylemler ise haksız fiil hükümlerine göre değerlendirilmelidir¹⁰⁹. Keza komşu

¹⁰⁷ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 16 vdm; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 495, 496; Eren, **a.g.e.**, s. 44; Uzun Kazmacı, Şenol, **a.g.e.**, s. 504 vdm.

¹⁰⁸ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 680; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 490.

¹⁰⁹ Kanaatimizce elatmanın önlenmesi davası kapsamında değerlendirilebilecek müdahalelerin eşya üzerinde gerçekleşmesi gerektiğinden malik üzerinde etki doğuran eylemler sonucu başvuru haksız fiil hükümleri ile elatmanın önlenmesi davası hükümleri yarışmaz. Oysa malik üzerinde etki doğuran maddi olmayan dolaylı müdahalelerin, elatmanın önlenmesi davası kapsamında olduğu kabul edilecek olursa bu hükümler arasında yarışma söz konusu olabilir. Bu durumda TBK m. 60 hükmü gereği, “Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilir hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir”. TBK m. 60 hükmünün uygulanabilmesi için tarafın dayandığı hukukî sebebi belirtmemiş olması gerekir. Taraf hukukî sebebi belirtmişse “aksini istemiş olacağından” daha iyi giderim sağlayan hüküm değil, dayanan hüküm uygulanmalıdır. Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2**, 2 Cilt, 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021, s. 303. Taraf hukukî sebep göstermediğinde ise en iyi giderim imkânı sağlayan hüküm uygulanır. Böyle bir durumda hâkim, uygulayacağı hukukî sebep hakkında taraflara bilgi vermekli ve onlara açıklamada bulunma imkânı sağlamalıdır. Tarafların yapacağı açıklamalar göz önünde bulundurularak hüküm kurulmalıdır. Varol Karaaslan, **Medenî Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 144. Zarar görene en iyi giderim imkânı tanıyan hükmün nasıl tespit edileceğinin belirli olmaması ve bir tarafın diğeri karşısında tercih edilmesinin silahların eşitliğine aykırı olacağı gerekçeleriyle TBK m. 60 hükmünün

taşınmazın aşırı olarak kullanılması sonucu akıl ve ruh sağlığı bozulan malik, bu sebeple taşınmazı kullanamaz, ondan yararlanmaz ve zarara uğrarsa, bu zarar da haksız fiil hükümlerine göre talep edilecek tazminata dâhil olur.

Hak iddia edilerek de mülkiyet hakkına müdahale edilmesi mümkündür¹¹⁰. Ancak yalnızca bir hakkın var olduğunu ifade etmek, zilyetliği ihlal etmediği için elatmanın önlenmesi davası açma imkânı vermez. Hukukî yararın varlığı şartıyla, bu hakkın olmadığına tespiti için tespit davası açılabilir¹¹¹. Ancak iddia edilen hakka uygun olarak ayrıca zilyetliğe de müdahalede bulunuluyorsa bu durumda elatmanın önlenmesi davası açılabilir. Örnek olarak kira ilişkisinin varlığını iddia ederek taşınmazda bulunan kişiye karşı elatmanın önlenmesi davası açılabilir. Bu durumda mülkiyet hakkına yapılan müdahale, kural olarak, doğrudan müdahale olur. Hak iddiası biçimindeki müdahaleler asıl farkını sınırlı aynî hak iddialarında gösterir. Bu iddia tapu kütüğüne tescil edileceği için, tapu kütüğündeki tescilin sağlamış olduğu, dolaysız zilyetlik müdahaleye uğrar.

Yolsuz sınırlı aynî hak tescilinin düzeltilmesi için açılacak olan tapu kaydının düzeltilmesi davasının elatmanın önlenmesi niteliğinde olduğu savunulmuştur¹¹². Kanaatimizce, tapu kaydının düzeltilmesi davası bit tespit davası, elatmanın önlenmesi davası bir eda davası olduğu için, bu iki dava birbirinden farklıdır ve ayrı olarak açılması gerekir.

ii. Müdahale Haksız Olmalıdır

Taşınmaza yapılan müdahale haksız olmalıdır. Haksızlığı giderecek bir hukuka uygunluk nedeni ya da malikin katlanma yükümlülüğü olmamalıdır. Malikin katlanma yükümlülüğünün aynî veya şahsî bir haktan doğması durumu değiştirmez¹¹³. Örnek

eleştirildiğini de belirtmek isteriz. Murat Atalı, İbrahim Ermenek, Ersin Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, s. 130 (Kısaca Medenî Usûl Hukuku). Ayrıca zarar görenin aksini istememiş olmadıkça ifadesinin, hâkimin hukuku re'sen uygulayacağı ilkesine (HMK m. 33) aykırı olduğu yönünde eleştiri için bkz.: Vedat Buz, “*Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TMK m. 60 Üzerine Düşünceler*”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 29, S. 2, 2013, sa. 19-57, s. 51 vdm.

¹¹⁰ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 322; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 494, dpn. 34.

¹¹¹ Kurşun, **a.g.e.**, s. 109.

¹¹² Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 302, 318 dpn. 17; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 195, dpn. 36.

¹¹³ Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 1**, s. 24; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 323; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 452; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 492; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s.

olarak taraflar arasında tesis edilmiş oturma hakkı da kira sözleşmesi de haksızlığı giderir.

Müdahalenin haksız olması objektif olarak belirleneceğinden müdahalede bulunan kişinin iyiniyeti veya başka kişisel durumu dikkate alınmadan karar verilir¹¹⁴.

Müdahalede bulunanın kusurlu olması gerekmez. Müdahale bulunan kusursuz olsa da haksız olan müdahale için elatmanın önlenmesi davası açılabilir¹¹⁵.

iii. Haksız Müdahale Zilyetliği Sona Erdirecek Biçimde Olmamalıdır

Elatmanın önlenmesi davası, haksız müdahale sonucunda, zilyetliğin devam etmesine rağmen mülkiyet hakkının verdiği yetkilerin kullanılmasının zorlaştırıldığı veya bir kısmının kullanılmasının engellendiği hallerde açılabilir. Zilyetliğin sona erdirildiği hallerde ise, bu eşya istihkak davası ile geri istenebilir¹¹⁶.

Taşınır eşyalarda yapılan müdahaleler genelde zilyetliğinin sona ermesine neden olur. Bu durumda açılması gereken dava istihkak davasıdır. Zilyetliğin sona ermediği hallerde elatmanın önlenmesi davası açılabilir. Böyle bir müdahalenin olması pek mümkün olmadığı için ve genelde de bu durumlarda zilyetliği koruyan davalar tercih edildiği için taşınır eşyalarda elatmanın önlenmesi davasının uygulanma ihtimali düşüktür.

Taşınmaz eşyalarda ise yapılacak müdahaleyi ayrıca incelemek gerekir. Zira taşınmaz eşyada tapu kütüğündeki tescil, malike dolaysız zilyedin yetkilerini sağlayarak onu dolaysız zilyet durumuna getirir¹¹⁷. Ancak bu durumda eşya üzerindeki fiili zilyetliğin de incelenmesi gerekir. Taşınmaz, tapu kütüğünde malik adına

370; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 77; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 198; Sirmen, **a.g.e.**, s. 277; Koçak Diker, **a.g.e.**, s. 105.

¹¹⁴ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 15.

¹¹⁵ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 15, 53, 54; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 322; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 502; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 366; Eren, **a.g.e.**, s. 43; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 76; Ayan, **Mülkiyet**, s. 163, 168; Sirmen, **a.g.e.**, s. 277; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 203; Akipek, **Mülkiyet**, s. 85.

¹¹⁶ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 25; Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 1**, s. 23; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 489; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 365; Eren, **a.g.e.**, s. 42; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 197; Ayan, **Mülkiyet**, s. 162, 163.

¹¹⁷ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 51, 56, 64, 317.

kayıtlıyken taşınmaza yapılacak müdahaleler zilyetliğin kaybına neden olmayacağı için bu durumda açılması gereken dava elatmanın önlenmesi davasıdır. Bu müdahaleler ister taşınmazın bir kısmına yönelik olsun isterse de taşınmaz tamamen işgale uğramış olsun tapu kütüğünde tescil, dolaysız zilyetlik konumunu sağladığı için, zilyetlik ancak saldırıya uğramış olur¹¹⁸.

Yolsuz tescil olması halinde ise, yukarıda ifade edildiği üzere¹¹⁹, bir görüş yalnızca tapu kaydının düzeltilmesi davası açılmasını ve bu davanın istihkak davası işlevinde olduğunu, başka bir görüş de tapu kaydının düzeltilmesi davasından farklı olarak ayrıca istihkak davası açılmasını savunmaktadır. Kanaatimizce, taşınmazın yolsuz tescille malikten başkası adına tescil edilmesi durumunu anlatan son ihtimalde, tapu kaydının düzeltilmesi davasının istihkak davası fonksiyonunda olacağı görüşü, taşınmaza fiilen yapılacak sınırlı müdahaleleri açıklamada yetersiz kalacağı için, isabetli değildir. Zira tapu kaydının düzeltilmesi davasının, elatmanın önlenmesi davası niteliğinde olma imkânı yoktur. Elatmanın önlenmesi davası açılabilmesi için öncelikle zilyetliğin kaybedilmemiş olması gerekir. Oysa taşınmazlarda tescilin, dolaysız zilyetlik durumunu sağladığı ifade edilmişti. Yolsuz tescil ile dolaysız zilyetlik durumu kaybedilir. Bu durumda da dolaysız zilyetliği sağlamak için açılacak olan dava elatmanın önlenmesi davası olmayıp istihkak davası olur. Diğer bir yönden, tapu kaydının düzeltilmesi davasının istihkak davası niteliğinde olması halinde, taşınmazın fiili zilyetliğinin tesliminin de bu dava içinde istenebileceği belirtilmiştir¹²⁰. Taşınmaz tamamen işgale uğradığı halde bu görüşün savunulabilmesi mümkündür. Ancak sadece müdahalede bulunulmuş ise, istihkak davası niteliğindeki tapu kaydının düzeltilmesi davasında bir de haksız müdahalenin bertaraf edilmesi için, elatmanın önlenmesi talebinin davanın içeriğine dâhil olduğunu belirtmek gerekir. Birbirinden farklı sonuçlar doğuran müdahalelere karşı düzenlenmiş olan davaların tek bir davada birleşmesi mümkün değildir. Müdahale ya zilyetliğe son verir ve istihkak davası açılır ya da zilyetliğe son vermez ve elatmanın önlenmesi davası ile müdahale bertaraf edilir. İki talebin aynı anda olması mümkün değildir. Açıkladığımız bu gerekçelerle ve davanın türlerinin farklı olması sebebiyle tapu kaydının düzeltilmesi

¹¹⁸ Bkz.: Birinci Bölüm, Dpn. 83.

¹¹⁹ Bkz.: Birinci Bölüm, I, B, 4, b, (2), ii.

¹²⁰ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 302.

davası ile istihkak davasının farklı davalar olarak açılması görüşüne katılıyoruz. Taşınmaza müdahalede bulunulmuş olması ihtimalinde ise, dava türlerinin farklı olması sebebiyle¹²¹, öncelikle tapu kaydının düzeltilmesi ile dolaysız zilyetlik sağlanmalı; ardından el atmanın önlenmesi davası ile yapılan müdahale bertaraf edilmelidir.

(3) Elatmanın Önlenmesi Davası ile İstihkak Davasının Karşılaştırılması

İstihkak davası ile elatmanın önlenmesi davası, mülkiyet hakkına yapılan haksız ihlallerin bertaraf edilmesi ve mülkiyet hakkının verdiği yetkilerin tam olarak kullanılabilmesi için açılan davalardır¹²². Hem istihkak davasında hem de elatmanın önlenmesi davasında davalının kusurlu olması gerekmez. Mülkiyet hakkının haksız olarak ihlal edilmesi bu davanın açılabilmesi için yeterlidir. Ayrıca bu davaların açılabilmesi için zarar doğmuş olması gerekmediği gibi her iki davada da talep, doğabilecek zararın tazminini içermez. Açıklanan bu durumlar iki davanın büyük ölçüde benzer davalar olduğunu gösterir.

Bu davaların farkı mülkiyet hakkına yapılan müdahalede kendini gösterir. Yapılan müdahalenin zilyetliğe son vermesi halinde istihkak davası açılabilir. Ancak müdahale sonucunda zilyetlik sona ermeyip sadece mülkiyet hakkından doğan yetkilerin kullanılmasını zorlaştır veya bir kısmının kullanılmasını engellenir ise elatmanın önlenmesi davası açılabilir¹²³. Bu sebeplerle bu davaların uygulama alanları farklıdır.

d. Tapu Kaydının Düzeltilmesi Davası

(1) Yolsuz Tescil ve Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Yolları

Aynî haklar herkes tarafından ihlal edilmesi mümkün olan ve herkese karşı ileri sürülebilen haklar olmakla beraber bir kimseyi varlığını ve sahibini bilmediği bir

¹²¹ Bkz.: Birinci Bölüm, I, B, 4, d, (3) ve III, C.

¹²² Giritlioğlu **a.g.e.**, s. 52.

¹²³ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 10, 25; Kurşun, **a.g.e.**, s. 17; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 317, 321; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 489.

hakka uyma yükümlülüğü altına sokmak adil olmayan sonuçlar doğurabilir. Bu sebeple aynî hakların herkes tarafından bilinebilir olması gerekir. Bu durum, “*aynî hakların kamuya açıklığı*” veya “*aleniyet*” prensipleri ile ifade edilir¹²⁴.

Taşınırılar, genelde, hak sahibinin hâkimiyeti altında olduğu için zilyetlik hakkın aleniyetini sağlayabilir. Ancak taşınmazlar için bu durum söz konusu değildir. Nitekim hak sahibi her zaman taşınmazı üzerinde fiilen hâkimiyet kurmuş değildir. Örneğin, malik uzak bir yerdeki taşınmazını kullanmayabilir ya da taşınmazını kiraya vererek başkasının kullanımına bırakabilir. Taşınmazlarda aleniliği tapu kayıtları sağlar¹²⁵. Nitekim TMK m. 1020 tapu sicilinin herkese açık olduğunu ve ilgisinin olduğunu inanılır kılan kimsenin tapu sayfasını inceleyebileceğini veya örneğini alabileceğini düzenlemiştir.

Taşınmazlar üzerindeki aynî hakların aleniliğini tapu sicili ile sağlanmasına rağmen bazen tapu sicilindeki tesciller gerçek durumu yansıtmayabilir. Gerçek hak durumunu yansıtmayan bu tescillere “*yolsuz tescil*” denir¹²⁶.

Yolsuz tescil, gerçek hak sahibinin mülkiyet hakkından doğan yetkilerini kullanmasını engelleyebilir veya tamamen sonlandırabilir. Şöyle ki, TMK m. 1023’e göre tapudaki yolsuz tescile güvenerek iyiniyetle hak kazanmak mümkündür. Yolsuz tescilin mülkiyet hakkı için olması durumunda iyiniyetli üçüncü kişi yolsuz tescille malik olarak görünen kişiden mülkiyet hakkını, geçerli bir şekilde elde ederek gerçek malikin hakkına son verebilir ya da sınırlı aynî hak elde ederek mülkiyet hakkından doğan yetkilerinin kullanımını kısıtlayabilir. İkinci bir ihtimal, yolsuz tescil ile taşınmaza on yıl süreyle davasız, aralıksız ve iyiniyetle zilyet olunduğunda zamanaşımı ile mülkiyet hakkının kazanılmasına ilişkindir (TMK m. 712). Yolsuz tescil bu şekilde hak kaybına neden olabilmesinin yanı sıra gerçek malikin mülkiyet

¹²⁴ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 33; Topuz, **a.g.e.**, s. 111; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 12, 13, 94; Akipek, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 15; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 7; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 4; Ayan, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 59, 80; Erman, **Eşya Hukuku Dersleri**, s. 7; Ayiter, **Eşya Hukuku**, s. 2; Sirmen, **a.g.e.**, s. 36; Aybay, Hatemi, **a.g.e.**, s. 24; Ertaş, **a.g.e.**, s. 18.

¹²⁵ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 33, 150, 176; Akipek, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 133; Topuz, **a.g.e.**, s. 110; Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 23; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 242; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 42; Ayan, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 59; Erman, **Eşya Hukuku Dersleri**, s. 1.

¹²⁶ Üstündağ, **Tahsis Davası**, s. 43; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 297; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 348; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 303.

hakkından doğan yetkilerin kullanılmasını da etkiler. Zira tapuya kayıtlı taşınmazlarda hak karinesinden ve zilyetlikten doğan dava açma hakkından tapuda adına tescil bulunan kişi yararlanır (TMK m. 992). Ayrıca gerçek malik tapuda görünmediği için tasarruf yetkisini de kullanamaz¹²⁷. Bu sakıncaların giderilmesi için yolsuz tescilin düzeltilmesi gerekir.

Yolsuz tescilin düzeltilmesi için yolsuzluğun tescil anında mevcut olması ya da sonradan meydana gelmesi ihtimallerine göre farklı düzenlemeler yapılmıştır. Yolsuzluğun tescil anında mevcut olması halinde, bu yolsuzluk kurucu unsurlardaki sakatlıktan kaynaklanıyorsa tapu kaydının düzeltilmesi davasıyla (TMK m. 1025) veya sicildeki değişiklikten etkilenecek kişilerin anlaşmasıyla; yolsuzluk tapu memurunun yaptığı yanlışlıktan kaynaklanıyorsa adi yazım hataları tapu müdürü tarafından re'sen (TMK m. 1027/f. 3), adi yazım hatası dışındaki yolsuzluklar ise ilgililerin yazılı rızaları ile düzeltilebilir (TMK m. 1027/f. 1). Hakta meydana gelen değişiklikler sebebiyle tescilin gerçek durumu yansıtmayarak sonradan yolsuz tescil durumuna gelmesi halinde, aynî hak başkası tarafından sicil dışı kazanılmışsa yeni hak sahibinin tek taraflı tescil talebi ile (TMK m. 716/f. 2); aynî hak sicil dışında sona ermiş ve bu tescil her türlü değerini kaybetmişse yüklü taşınmaz malikinin talebiyle (TMK m. 1026), şekli değer taşıyorsa hak sahibinin rızası ile, rızası olmadığı takdirde tapu kaydının düzeltilmesi davası yoluyla düzeltilebilir. Çalışmamızın kapsamı, TMK m. 1025'in incelenmesini gerektirdiğinden, diğer haller inceleme konusu yapılmayacaktır.

(2) Tapu Kaydının Düzeltilmesi Davasının Amacı ve Şartları

Geçerli bir tescil yapılabilmesi için yazılı tescil talebi gerekir (TMK m. 1013). Bu yazılı tescil talebinde tasarruf yetkisi ve tescilin hukukî sebebi de belgelenmiş olmalıdır (TMK m. 1015). Yazılı tescil talebi, tasarruf yetkisi veya hukukî sebep olmadan yapılan tescil, yolsuz tescil olur. Bunlar olmadan yapılan tescil gibi, bunların sakat olması halinde yapılan tescil de yolsuz olur. Bu yolsuz tescil sebebiyle aynî hakkı

¹²⁷ Üstündağ, **Tahsis Davası**, s. 13, 14; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 297, 298; Kurşun, **a.g.e.**, s. 23, 24.

zarar gören kimse, TMK m. 1025'e göre tapu kaydının düzeltilmesi davası açabilir. Aynı şekilde, bir hakkın sicil dışı sona ermesi halinde, kayıt tamamen değerini kaybetmeyip şekli de olsa bir değer taşıyorsa¹²⁸, hak sahibinin düzeltme için rıza göstermediği durumda tapu kaydının düzeltilmesi davasıyla yolsuzluk giderilir¹²⁹.

Tapu kaydının düzeltilmesi davasıyla, gerçek hak durumu ile sicildeki durum birbirine uygun hale getirilerek, malikin mülkiyet hakkından doğan yetkilerini tam olarak kullanması sağlanır. Nitekim ancak sicilde tescil edilmiş olan kişi tasarruf yetkisini kullanabilir. Ayrıca, yolsuz tescil sebebiyle, yukarıda¹³⁰ ifade edilen, hakkın geçerli bir şekilde sona ermesi ya da sınırlı aynî hakla sınırlanması riski de bertaraf edilir.

TMK m. 1025'e göre, *“Bir aynî hak yolsuz olarak tescil edilmiş veya bir tescil yolsuz olarak terkin olunmuş ya da değiştirilmiş ise, bu yüzden aynî hakkı zedelenen kimse tapu sicilinin düzeltilmesini dava edebilir.”* Kanunda açıkça düzenlendiği üzere, tapu kaydının düzeltilmesi davası hem yolsuz tescilin hem de yolsuz terkin ve değiştirmelerin düzeltilmesi için açılabilir. Diğer bir deyişle bu davanın açılabilmesi için yapılan tescil, terkin veya değiştirmenin yolsuz olması gerekir.

Yolsuz tescil ile aynî hakkı zedelenen kişi, yolsuz tescille hak kazanan kişiye karşı bu davayı açar. Ancak davanın açılabilmesi için olağan kazandırıcı zamanaşımı süresi (TMK m. 712) dolmamış olmalıdır. Zira kazandırıcı zamanaşımı süresinin dolması ve diğer şartlarının tamam olması halinde hak geçerli olarak kazanılır ve tescil de yolsuz olmaktan çıkar¹³¹.

Yolsuz tescille hak kazanan kişinin külli halefleri ile bunlardan kötünîyetle hak kazanan kişilere karşı da bu dava açılabilir. Nitekim yolsuz tescilden kötünîyetli hak kazanımları korunmaz (TMK m. 1024/f. 3). Yolsuz tescile iyiniyetle güvenilerek

¹²⁸ Sicildeki kaydın şekli değer taşıması, hakkın sicilde olmasına rağmen gerçek durumda olmamasını ifade eder. Bu durumda TMK m. 1023'e göre sicildeki kayda güvenerek iyiniyetle hak kazanmak mümkün olur. Şekli değer taşıyan bu kayıtların terkin buna engel olur. Kaydın şekli değer taşıması baştan yolsuz tescil ile olabileceği gibi sonradan sicildeki hakkın sona ermesi ancak kaydın terkin edilmemesi durumunda da oluşabilir. İpotekli alacağın sona ermesine rağmen ipoteğin terkin edilmemesi buna örnektir. Üstündağ, **Tahsis Davası**, s. 9; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 240.

¹²⁹ Üstündağ, **Tahsis Davası**, s. 20; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 305.

¹³⁰ Bkz: Birinci Bölüm, I, B, 4, d, (1).

¹³¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 301.

kazanılan aynî haklar ise korunacağından (TMK m. 1025/f. 2) bu şekilde hak kazanan kişilere karşı tapu kaydının düzeltilmesi davası açılmaz.

(3) Elatmanın Önlenmesi Davası ile Tapu Kaydının Düzeltilmesi Davasının Karşılaştırılması

Elatmanın önlenmesi davası ile tapu kaydının düzeltilmesi davaları eşyaya değişik şekillerde yapılan müdahaleler için öngörülmüş, nitelikleri ve sonuçları birbirinden farklı iki ayrı davadır.

Bu davalar farklı müdahaleler için öngörülmüştür. Nitekim elatmanın önlenmesi davası eşyanın fiili zilyetliğine yapılan müdahalelere karşı açılır. Tapu kaydının düzeltilmesi davası ise tapu kaydındaki yolsuz tesciller için açılır¹³². Yolsuz sınırlı aynî hak tescilleri için açılan tapu kaydının düzeltilmesi davasının elatmanın önlenmesi davası niteliğinde olduğu yönündeki görüşe katılmadığımız yukarıda ifade edildi¹³³.

Eşyanın fiili zilyetliğine yapılan müdahaleler ile yolsuz tescil vasıtasıyla sicile yapılan müdahalelerin sonuçları da farklı olur. Zira tapudaki yolsuz tescil, gerçek malikin tasarruf yetkisini kullanmasını engeller. Oysaki taşınmaza yapılan fiili müdahaleler malikin taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunmasına engel değildir. Tapuda kayıtlı olan malik, taşınmaz üzerindeki fiili durumdan bağımsız olarak, tasarruf yetkisini kullanır. Bir diğer farklılık olarak, tapudaki yolsuz tescil olağan zamanaşımıyla (TMK m. 712) veya yolsuz tescile güvenilmesiyle (TMK m. 1023) aynî hak kazanılmasını sağlayabilir. Oysa eşyanın fiili zilyetliğine yapılan müdahaleler böyle bir imkân vermez.

Bu iki dava arasındaki asıl fark ise niteliklerine ilişkindir. Tapu kaydının düzeltilmesi davasında, yolsuz tescile karşı dava açan kişinin gerçekten hak sahip olup olmadığı tespit edilir. Bu tespit sonucunda yeni bir aynî hak kurulmuş olmaz; yalnızca, gerçek hak sahibinin bu durumu tespit edilmiş olur. Bu sebeple, tapu kaydının düzeltilmesi tespit davası niteliğindedir¹³⁴. İdari makamlar tarafından, mahkeme

¹³² Üstündağ, **Tahsis Davası**, s. 149.

¹³³ Bkz.: Birinci Bölüm, I, B, 4, c, (2), iii.

¹³⁴ Üstündağ, **Tahsis Davası**, s. 38; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 352, 353; Akipek, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 428, 436; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 313; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 180; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 465; Aybay, Hatemi, **a.g.e.**, s. 113; Hatemi, **Eşya Hukuku**, s. 62; Erman,

kararına uygun olarak gerekli tescil işlemlerinin yapılacak olması da davanın tespit hükmü olmasını değiştirmez. Zira verilen hüküm, eda davalarında olduğu gibi, davalıyı yükümlülük altına sokmaz¹³⁵. Keza hâkimin idarenin yükümlülüğüne hükümde yer vermek zorunda olmadığı da savunulmuştur. Hükmün ibrazı ve taleple birlikte idare gerekli tescil işlemini yapmalıdır¹³⁶. Elatmanın önlenmesi davası ise, davalıyı haksız müdahaleden meneden bir eda davasıdır.

e. Taşınmaz Malikin Sorumluluğu

(1) Genel Olarak

Mülkiyet hakkı eşya üzerinde en geniş yetkileri veren haktır. Ancak bu yetkiler sınırsız olarak kullanılamaz. Nitekim yetkilerin kullanımının çeşitli şekillerde kısıtlandığı yukarıda ifade edildi¹³⁷. Mülkiyet hakkı bu kısıtlamalara aykırı olarak kullanıldığında diğer maliklerin mülkiyet hakkından doğan yetkileri zarar görebilir. Hakkın yasal kısıtlamalara aykırı olarak kullanılmasından doğan sonuçların giderilmesi, bundan etkilenen malikin mülkiyet hakkının korunabilmesi için gereklidir. Bu sebeple, mülkiyet hakkının korunması bağlamında, hakkın taşkın kullanımından doğan sonuçların giderilmesini düzenleyen taşınmaz malikin sorumluluğuna değinmek gerekir.

(2) Mülkiyetin Sorumluluk Doğuracak Biçimde Kullanılması

Mülkiyet hakkı, hukuk düzeninin sınırları içerisinde kullanılmalıdır (TMK m. 683/f. 1). Hukuk düzeni ifadesi hem özel hukuk kurallarını hem de kamu hukuku

Eşya Hukuku Dersleri, s. 46; Ayiter, **Eşya Hukuku**, s. 66; Sirmen, **a.g.e.**, s. 245; Ayan, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 487, 501; Kurşun, **a.g.e.**, s. 25. Ancak, Ayan, bu dava ile birlikte istihkak veya elatmanın önlenmesi davasının da açılması halinde dava türünün eda davasına dönüşeceğini belirtmiştir. Aynı yönde bkz.: Ertaş, **a.g.e.**, s. 189; Ekrem Kurt, **Tapu Sicilinin Düzeltilmesi**, İstanbul, Kazancı Matbaacılık, 2004, s. 100, 105. Eda davası olduğu yönünde: Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 416. Eda davası olduğu savunulmuştur. Zira bu dava sırf bir hak tanınmadığı için değil; hakkın tanınmasının tapu memurları önünde belirli şekle tabi olarak beyan edilmediği için açılır. Yargılama sonunda da bu beyanın yerine geçecek bir kararla hak yerine getirilir.

¹³⁵ Üstündağ, **Tahsis Davası**, s. 135; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 352, 353; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 130.

¹³⁶ Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 354; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 313; Ayan, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 501; Aybay, Hatemi, **a.g.e.**, s. 113.

¹³⁷ Bkz.: Birinci Bölüm, I, A, 3.

kurallarını, hatta içtihatlar ve bilimsel görüşler gibi yardımcı kaynakları da kapsayan geniş bir kavramdır. Mülkiyet hakkı, bu düzen içerisinde özel hukuktaki kısıtlamalara aykırı olarak taşkın biçimde kullanıldığında malik bu kullanımdan sorumlu olabilir¹³⁸. Özellikle de TMK m. 737 ve devamında düzenlenen komşuluk hukuku hükümlerine aykırı kullanım taşınmaz malikinin sorumluluğuna yol açar. Nitekim komşuluk hukuku düzenlemelerinin amacı da taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını kullanırken komşu taşınmazları rahatsız etmesini önlemek ve zarar doğmasını engellemektir¹³⁹. Buna uygun olarak malik, taşınmazını komşuları¹⁴⁰ rahatsız edecek biçimde taşkın olarak kullanmaktan kaçınmalıdır. Taşkın kullanım taşınmazın bulunduğu yer, tahsis amacına ve yerel örf âdete bakılarak hâkim tarafından belirlenir. Komşuların rahatsız olması ise onların sübjektif durumundan bağımsızdır. Mülkiyet hakkının kullanımından rahatsız olmanın ölçütü objektif, ortalama bir insana göre belirlenir¹⁴¹.

TMK m. 737’de yer alan genel rahatsız etmeme yükümlülüğünün yanı sıra malikin kendi mülkiyetinde kazı ve yapı yaparken komşu taşınmazı tehlikeye düşürmemesi (TMK m. 738), komşu taşınmaza zarar veren ağaç, dal ve köklerinin

¹³⁸ Kısıtlamanın kamu hukukundan doğması ancak kamunun değil de belirli kişilerin menfaatlerini korumaya yönelik olması halinde de taşınmaz malikinin sorumluluğuna gidilebileceği savunulmuştur. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 681; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 129. Yazılı olmayan hukuk kurallarına aykırılık halinde de taşınmaz malikinin sorumluluğunun doğabileceği yönünde bkz.: Sahir Çörtoğlu, **Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılması: Kavram, Unsurlar, Uygulama Alanı**, Ankara, Kadioğlu Matbaası, 1988, s. 97 (Kısaca Aşkın Kullanma).

¹³⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 643.

¹⁴⁰ Hukukî anlamda komşu ifadesi yalnızca bitişik taşınmazları ifade etmez. Komşu, mülkiyet hakkının kullanımından etkilenebilecek diğer kişileri ifade eder. Bu durumda, yakınlık veya uzaklık komşuluğu belirlemek için kriter olarak kullanılmaz. Taşınmazın kullanımından doğan sonuçların etki alanına giren herkes komşuluk ifadesinin kapsamına dahildir. Sahir Çörtoğlu, **Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etkisi ve Sonuçları (MK 661)**, Ankara, Olgaç Matbaası, 1982, s. 62, 63 (Kısaca Komşuluk Hukuku); Selahattin Sulhi Tekinay, **Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1988, s. 127 (Kısaca Takyitler); Akipek, **Mesuliyet**, s. 17; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 89; Eraslan Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi Davaları II: İmar Çapına-Paydaşlar-Komşular Arasında Elatmanın Önlenmesi-Yıkım Temlikten Tescil Davaları**, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 536 (Kısaca Elatmanın Önlenmesi C. 2); Akipek, **Mülkiyet**, s. 220; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 601; Ayan, **Mülkiyet**, s. 424; Erman, **Eşya Hukuku Dersleri**, s. 123; Sirmen, **a.g.e.**, s. 464; Ertaş, **a.g.e.**, s. 446; Kurşun, **a.g.e.**, s. 42, 43. “...Komşuluk, belirli bir yöredeki taşınmazlarda oturanlar veya o yörede işyeri olanlar ya da birbirine yakın taşınmazlardan yararlananlar arasındaki ilişkiyi tanımlayan bir kavramdır. Komşu sayılmak için taşınmazların birbirine bitişik olması koşul değildir. Taşkın eylemlerin ulaşabileceği alan içindeki taşınmazların tümü birbirinin komşusudurlar...” Bursa BAM, 1. HD., E. 2018/1614, K. 2020/524, T. 12.6.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 19.10.2020.

¹⁴¹ Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 2**, s. 538, 545; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 655; Eren, **a.g.e.**, s. 476; Akipek, **Mülkiyet**, s. 221, 222; Yargıtay 14. HD., E. 2016/11248, K. 2019/946, T. 6.2.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2020

kaldırılması (TMK m. 740), komşu taşınmaza zarar verecek şekilde suları akış tarzına engel olunmaması (TMK m. 742), mecra geçirilmesine, geçit irtifakı kurulmasına, kaynak irtifakı kurulmasına katlanılması (TMK m. 744, 747, 761) gereklilikleri ayrıca düzenlenerek mülkiyet hakkı kullanımında, komşuluk hukuku çerçevesinde uyulması gereken sınır belirlenmiştir¹⁴².

Taşınmaz malikinin sorumluluğuna yol açacak davranış, mülkiyet hakkının kullanılması olabileceği gibi bu hakkın kullanılmaması da olabilir. Şöyle ki malik yapmaması gereken eylemleri yaptığında sorumlu olduğu gibi, yapması gereken eylemleri yapmadığında da sorumlu olur¹⁴³.

(3) Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu Halinde Açılacak Davalar

Taşınmaz mülkiyetinin yasal kısıtlamalara aykırı kullanılması, bu durumdan etkilenen kişiye üç farklı dava imkânı verir. Zarar gören, mülkiyetin taşkın kullanımı sebebinin eski haline getirilmesini isteyebilir. Eski hale getirme ile birlikte veya ayrı olarak taşkın kullanımdan doğan zararın tazmini istenebilir. Son olarak ise mülkiyet hakkının taşkın kullanımı bir zarar tehlikesi meydana getiriyorsa, henüz zarar meydana gelmeden, tehlikenin giderilmesi talep edilebilir.

Mülkiyet hakkının taşkın kullanılması süreklilik arz eden bir durum olabilir. Bu durumda oluşan zarar giderilse de zararın sürekli tekrarlanması tazmin edilmesini anlamsızlaştırabilir. Bu durumda, mülkiyet hakkının taşkın kullanılmasını bertaraf etmeye yönelik olarak eski hale getirme davası düzenlenmiştir. Bu dava ile taşkın kullanım oluşturan sebebin ortadan kaldırılması sağlanır. Böylelikle zarar veren kullanımın tekrarlanmasının önüne geçilir. Taşkın kullanım sonucu zarar gören

¹⁴² Mülkiyet hakkının bu kısıtlamaları hakkında geniş bilgi için bkz.: Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 643 vdm; Topuz, **a.g.e.**, s. 401 vdm.

¹⁴³ Çörtoğlu, **Komşuluk Hukuku**, s. 212; Çörtoğlu, **Aşkın Kullanma**, s. 109; Tekinay, **Takyitler**, s. 122; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 91; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 682; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 654; Eren, **a.g.e.**, s. 476; Ayan, **Mülkiyet**, s. 522; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 325.

taşınmazdaki zararın giderilmesi ise eski hale getirilmesi davasının değil, tazminat davasının kapsamına girer¹⁴⁴.

Eski hale getirme davası, taşkın kullanımın sebebini ortadan kaldırmaya yönelik olduğu için ancak bu sebep ve dolayısıyla da taşkın kullanım devam ettiği sürece açılabilir¹⁴⁵.

Taşınmaz bazen taşkın kullanılsa da bu durum yerel âdetlere uygun ve kaçınılmaz olabilir. Havalimanında uçakların çıkardığı gürültü buna örnek gösterilebilir. Bu durumda eski hale getirme talep edilmez. Zira, taşkınlık mülkiyet hakkının kullanımı sonucu ortaya çıkan kaçınılmaz bir sonuçtur. Bu şekildeki kaçınılmaz taşkınlıklarda eski hale getirme ancak mülkiyet hakkının kullanılmaması ile mümkün olur. Zararın tazmini de mülkiyet hakkının verdiği yetkilerle uyumlu değildir. Şöyle ki, malik yerel âdetlere uygun olarak hakkını kullanmaktadır. Bu kullanım sonucu oluşan kaçınılmaz taşkınlığın sebep olduğu zararın tazmini mülkiyet hakkının serbestçe kullanılmasını ve ondan yararlanılmasını engeller hale gelir. Kanun malik ile kullanımdan etkilenen kişinin fedakârlığını denkleştirme yolunu tercih etmiştir¹⁴⁶. Buna göre, yerel âdetlere uygun ve kaçınılmaz taşkınlık halinde ne eski hale getirme talep edilebilir ne de zararın tamamının tazmini istenebilir. Bu durumda, kaçınılmaz taşkınlıktan doğan zararın uygun bir bedelle denkleştirilmesine karar verilir.

Eski hale getirme davasında, mahkeme de vereceği kararda taşkın kullanım oluşturan davranışı ve bunun hangi önlemler ile ortadan kaldırılacağını açıkça belirtmelidir¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Çörtoğlu, **Komşuluk Hukuku**, s. 213; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 677 vdm.; Akipek, **Mülkiyet**, s. 239. Eski hale getirme talebinin tazminat niteliğinde olduğuna dair bkz.: Tekinay, **Takyitler**, s. 139.

¹⁴⁵ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 678; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 663; Eren, **a.g.e.**, s. 485; Sirmen, **a.g.e.**, s. 483; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 574; Akipek, **Mülkiyet**, s. 241.

¹⁴⁶ Çörtoğlu, **Komşuluk Hukuku**, s. 224, 225; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 681; Ayan, **Mülkiyet**, s. 522; Erman, **Eşya Hukuku Dersleri**, s. 118; Sirmen, **a.g.e.**, s. 468.

¹⁴⁷ Akipek, **Mesuliyet**, s. 65; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir **a.g.e.**, s. 649, 677; Ertaş, **a.g.e.**, s. 437; Bursa BAM, 1. HD., E. 2018/1614, K. 2020/524, T. 12.6.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 19.10.2020; Yargıtay 14. HD., E. 2016/11248, K. 2019/946, T. 6.2.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2020; Yargıtay 14. HD., E. 2017/2575, K. 2021/278, T. 25.1.2021, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

Tazminat davası ise taşkın kullanımdan doğan zararın giderilmesi için açılır. Bu tazminat talebi haksız fiilden doğan tazminat davası mahiyetindedir ve aynî haktan bağımsız olarak şahsî talep oluşturur. Bu sebeple yalnızca taşınmazı taşkın kullanarak zarar veren malike karşı tazminat talebi ileri sürülebilir. Taşınmaz malikinin sonradan değişmesi halinde yeni malike karşı ileri sürülemez¹⁴⁸. Ayrıca zararı tazmin sorumluluğu yalnızca taşkın kullanımdan doğan zarar içindir. Katlanılması gereken, olağan kullanım sonucu doğan zarar tazmin edilecek zarar kapsamına girmez.

Eski hale getirme davası tazminat davası ile birlikte açılabilir. Ancak bunun için taşkın kullanımın devam ediyor olması gerekir. Taşkın kullanım sona erdiğinde sadece tazminat davası açılabilir.

Taşınmaz malikinin sorumluluğu hükmü yalnızca meydana gelen zararın tazminini ve devam eden taşkın kullanımın engellenmesini düzenlememiştir. Bu hüküm, aynı zamanda, meydana gelebilecek zarar tehlikesinin de önlenmesini düzenler. Böylelikle, önleyici bir işlev taşır. Zarar tehlikesinin önlenmesi davasının açılabilmesi için bu tehlikenin varlığı ciddi olarak anlaşılabilmelidir¹⁴⁹.

Taşınmaz malikinin sorumlu olması için kusurlu olması gerekmez. Taşınmaz malikinin sorumluluğu kusursuz sorumluluktur¹⁵⁰. Haliyle yukarıda davaların açılması için malikin kusurlu olması gerekmez.

(4) Elatmanın Önlenmesi Davası ile Taşınmaz Malikinin Sorumluluğunun Karşılaştırılması

Elatmanın önlenmesi davası ile taşınmaz malikinin sorumluluğu davalarının her ikisi de kusur gerektirmeyen hallerdir. Zira mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerde kusur aranmaz. Her ne kadar bu davalar bu hususta benzer olsa da kusurun gerekliliği davaların birbirinden ayrılmasında belirleyici değildir.

¹⁴⁸ Akipek, **Mesuliyet**, s. 69; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 679; Sirmen, **a.g.e.**, s. 484.

¹⁴⁹ Çörtoğlu, **Komşuluk Hukuku**, s. 218; Akipek, **Mesuliyet**, s. 8, 67; Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 2**, s. 542; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 680; Eren, **a.g.e.**, s. 483.

¹⁵⁰ Akipek, **Mesuliyet**, s. 2; Akipek, **Mülkiyet**, s. 235; Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 2**, s. 541, 542, 546; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 675, 682; Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 382; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 647; Eren, **a.g.e.**, s. 466; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 667; Ayan, **Mülkiyet**, s. 520; Ayiter, **Eşya Hukuku**, s. 147; Erman, **Eşya Hukuku Dersleri**, s. 117; Sirmen, **a.g.e.**, s. 483; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 324.

Bu iki davanın birbirinden ayrılmasında belirleyici olan kaynaklandıkları maddi vakıalardır. Elatmanın önlenmesi davası ile taşınmaz malikinin sorumluluğu davalarının her ikisi de mülkiyet hakkına yapılan müdahaleler ile ilişkilidir. Ancak bu davalar arasında mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin kaynakları açısından fark vardır. Elatmanın önlenmesi davasında taşınmazın sınırları içerisine doğrudan doğruya yapılmış bir müdahale vardır. Bu müdahalenin, müdahalede bulunanın kendi mülkiyet hakkını kullanması ile ilgisi yoktur. Elatmanın önlenmesi davası da buna uygun olarak zarar görenin mülkiyet hakkı esas alınarak düzenlenmiştir. Oysa taşınmaz malikinin sorumluluğunda taşınmaza yapılan müdahale başka bir malikin kendi taşınmazını taşkın biçimde kullanmasından kaynaklanır¹⁵¹. Bu taşkın kullanım dolaylı müdahaleler oluşturabilir. Bir malikin kendi taşınmazını kullanması sonucu meydana gelen dolaylı müdahalelerin etkisini bertaraf etmek için başvurulması gereken yol taşınmaz malikinin sorumluluğudur. TMK m. 730 da buna uygun olarak zarar verenin mülkiyet hakkı esas alınarak düzenlenmiştir. Farklı sebeplerden kaynaklanan bu davalar arasında genel hüküm özel hüküm ilişkisi yoktur¹⁵².

f. Haksız Yapı

(1) Genel Olarak

Taşınmaza yapılan müdahaleler taşınmaza girme, girilmesini engelleme, sınırlı aynî hak tescil ettirme gibi çeşitli biçimlerde olabilir. Bu müdahale biçimlerinden biri de taşınmaz üzerinde yapı inşa etmektir. Zira yapı inşası ile malikin taşınmazı dilediği gibi kullanması veya ondan yararlanması engellenir.

Bir yapının inşa edilmesi durumunda her ne kadar bunun arazinin ayrılmaz bir parçası olacağı düşünülse de bunun aksi mümkündür. Nitekim TMK m. 728’de de

¹⁵¹ Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 2**, s. 540. Eski hale getirme ve zarar tehlikesinin giderilmesi davalarının elatmanın önlenmesi davası niteliğinde görülebileceği yönünde bkz.: Kurşun, **a.g.e.**, s. 46, 47.

¹⁵² Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 680; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 490; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 129. Giritlioğlu, iki davanın farklı sebeplerden kaynaklandığını kabul etmekle birlikte bu davalar arasında genellik-özellik ilişkisi olduğunu belirtmiştir. Kanaatimizce, farklı vakıalara dayanan, uygulama alanları farklı olan sorumluluk hallerinin arasında genellik-özellik ilişkisinin kurulması mümkün değildir. Bazı yazarlar ise yapılan müdahalenin hem TMK m. 683/f. 2 hem de komşuluk hukuku kapsamına girebileceğinden ve genel hüküm özel hüküm özel ilişkisi bulunduğundan komşuluk hukuku hükümlerinin uygulanacağı savunmuştur. Bu görüşler için bkz.: Çörtoğlu, **Komşuluk Hukuku**, s. 237, 239; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 663; Eren, **a.g.e.**, s. 485.

taşınır yapı başlığı ile araziden ayrı olarak değerlendirilen yapılar düzenlenmiştir. Hükme göre, “Başkasının arazisi üzerinde kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapılar, bunların malikine aittir. Bu tür yapılar, taşınır mal hükümlerine tâbi olur ve tapu kütüğünde gösterilmez.”. Bu nitelikteki yapılar arazinin mülkiyetine tabi olmayıp ondan ayrı olarak yapıyı yapanın mülkiyetindedir.

Arazi ile sıkı bağlantısı olan ve sürekli kalma amacı ile yapılan yapılar ise arazinin mülkiyetine tabidir¹⁵³. TMK m. 718/f. 2 yapıların¹⁵⁴ arazinin mülkiyetine tabi olacağını açıkça düzenlemiştir. Bu düzenleme karşısında yapı, TMK m. 684’te yer alan bütünleyici parça özelliklerini taşımasa dahi arazinin bütünleyici parçası olur ve onun mülkiyetine bağlanır¹⁵⁵.

Bu yapılar malikin kendi arazisinde ve kendi malzemesi ile yapıldığında yahut bir hukukî ilişkiye dayanılarak bir başkası tarafından yapıldığında, haksız yapıya ilişkin bir uyuşmazlığın ortaya çıkmaması mümkündür. Ancak haksız yapının söz konusu olması halinde, taşınır yapının araziye yaptığı müdahalenin nasıl giderileceği veya taşınır nitelikte olmayan yapılarda kullanılan malzemenin akıbeti hakkındaki uyuşmazlıkların nasıl çözüleceğinin açıklanmalıdır.

(2) Haksız Yapı Kavramı ve Hükümleri

Haksız yapı¹⁵⁶, bir kimsenin hukukî bir ilişkiye dayanmadan, kendi taşınmazı üzerinde başkasının malzemesini kullanarak veya kendi malzemesini başkasının taşınmazı üzerinde kullanarak ya da başkasının malzemesini başkasının taşınmazı

¹⁵³ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 549.

¹⁵⁴ Kanun metninde yer alan bu ifade araziye sıkı biçimde bağlı ve sürekli kalma amacı ile yapılmış yapıları kapsar. Zira bu nitelikte olmayan yapılar TMK m. 728’de ayrıca düzenlenerek arazi mülkiyetinden ayrı olduğu belirtilmiştir.

¹⁵⁵ Vehbi Umut Erkan, **Türk Medenî Kanunu’nda Kendi Malzemesini Kullanarak Başkasının Arazisinde Haksız Yapı Meydana Getirilmesi (TMK m. 722-723-724)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 109; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 549.

¹⁵⁶ Doktrinde “haksız inşaat” terimi de kullanılmıştır. Türk Medenî Kanunu’nda yapı kelimesi kullanıldığı için biz “haksız yapı” terimini kullanacağız. Haksız inşaat ifadesi için bakınız: Aytekin Ataay, **Kendi Malzemesi ile Başkasının Gayrimenkulünde Haksız İnşaat: Doktrin-İçtihatlar-Mevzuat**, İstanbul, Baha Matbaası, 1959, s. 18 (Kısaca Haksız İnşaat); Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 570; Eren, **a.g.e.**, s. 343.

üzerinde kullanarak meydana getirdiği yapıyı ifade eder¹⁵⁷. TMK m. 722 ve devamında düzenlenen haksız yapı hükümlerinde belirtilen bu yapı, araziye sıkı biçimde bağlı ve sürekli kalma amacıyla yapılmış biçimde olmalıdır. Nitekim bu nitelikte olmayan yapılar TMK m. 728’de, haksız yapı hükümlerinden ayrı olarak düzenlenmiştir. Böylelikle haksız yapı hükümleri yalnızca taşınır niteliğinde olmayan, araziye sıkı biçimde bağlı ve sürekli kalma amacıyla yapılmış yapılar için uygulanabilir¹⁵⁸. Taşınır niteliğindeki yapıların taşınmaz üzerinden kaldırılması ise elatmanın önlenmesi davası ile sağlanır¹⁵⁹.

Haksız yapı hükümleri, özetle, malzemenin sökülerek kaldırılmasını, tazminat veya haksız yapının yapıldığı arazinin mülkiyetinin geçirilmesini talep etme imkânı verir.

Malzemenin sökülerek kaldırılması, hem arazi maliki hem de malzemenin haksız yapıda kullanılmadan önceki maliki¹⁶⁰ tarafından talep edilebilir. Haksız yapıyı arazi malikinin yapması durumunda malzemesi rızası olmadan kullanılan önceki malik, aşırı zarara yol açmadığı¹⁶¹ takdirde malzemenin sökülerek kendisine verilmesini talep edebilir. Bu talep eşya üzerindeki aynî hakka dayanmaz. Aksine eski malzeme malikinin, haksız yapı malikine karşı ileri sürdüğü kişisel bir taleptir. Zira malzeme haksız yapıda kullanılması ile onun bütünleyici parçası haline gelir ve

¹⁵⁷ Ataay, **Haksız İnşaat**, s. 18; Emrehan İnal, “*Haksız Yapı Kavramı ve Haksız Yapının Kaldırılması*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 70, S. 1, 2012, sa. 245-276, s. 246; Eren, **a.g.e.**, s. 343; Ayan, **Mülkiyet**, s. 367, 368; Sirmen, **a.g.e.**, s. 415, 416; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 289; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 521; Akipek, **Mülkiyet**, s. 174.

¹⁵⁸ Ataay, **Haksız İnşaat**, s. 28, 66; Erkan, **a.g.e.**, s. 59; İnal, **a.g.m.**, s. 251.

¹⁵⁹ Ataay, **Haksız İnşaat**, s. 20, 55; Erkan, **a.g.e.**, s. 61; Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 2**, s. 768.

¹⁶⁰ Malzeme, haksız yapıda kullanılması ile onun bütünleyici parçası haline gelir. Böylelikle malzemenin mülkiyeti haksız yapı ile birlikte arazinin malikine ait olur. Erkan, **a.g.e.**, s. 109.

¹⁶¹ Aşırı zarar yol açmama şartının taşınmaz üzerindeki zarara yönelik olduğuna dair bkz.: Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 803; Ayiter, **Eşya Hukuku**, s.122; Sirmen, **a.g.e.**, s. 417. Aşırı zarara yol açmama şartının hem taşınmaz hem de malzeme üzerindeki zarara yönelik olduğuna dair bkz.: Abdülkadir Arpacı, “*Medeni Kanun’un Haksız İnşaat Düzenlemesindeki Haksızlık*”, **Uluslararası Eşya Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, sa.31-41, s. 35; Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 2**, s. 771, 772; Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 318, 319; Ertaş, **a.g.e.**, s. 378; Yargıtay 14. HD., E. 2019/2248, K. 2020/3671, T. 15.6.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021; Yargıtay 14. HD., E. 2016/16426, K. 2020/5134, T. 17.9.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021; Yargıtay 14. HD., E. 2016/17858, K. 2020/6049, T. 12.10.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021. Aşırı zarara yol açmama şartının hem taraflar hem de kamu menfaati açısından değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz.: Erkan, **a.g.e.**, s. 124, 125; İnal, **a.g.m.**, s. 273; Ayan, **Mülkiyet**, s. 383, 384; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 524; Akipek, **Mülkiyet**, s. 178.

mülkiyet hakkı da arazi malikine geçer; eski malikin mülkiyet hakkı sona erer¹⁶². Yapıyı malzeme malikinin yapması durumunda ise, yine aşırı masrafa yol açmaması şartıyla, arazi maliki malzemenin sökülerek kaldırılmasını talep edebilir (TMK m. 722/f. 3). Esasen, yapı arazinin bütünleyici parçası olacağı için malik mülkiyet hakkına dayalı olarak dilediği zaman yapıyı kaldırabilir. Bu durumda, TMK m. 722/f. 3 hükmü kaldırma masraflarının kime ait olacağını belirler ve bu masrafların ileri sürülmesi şahsî nitelikte talep oluşturur¹⁶³. Nitekim yapının arazi maliki tarafından yapılmış olması halinde, kaldırma masrafları yapıyı yapan arazi malikine ait olacaktır. Yapıyı malzeme malikinin yapmış olması durumunda ise masraflar malzeme malikine ait olur (TMK m. 722/f. 2,3).

Haksız yapı hükümlerinin verdiği diğer bir talep hakkı ise tazminattır. Malzeme sökülüp alınamadığı takdirde arazi maliki, malzeme sahibine tazminat ödemekle yükümlüdür (TMK m. 723). Malzemenin sökülüp verilmesinin mümkün olmadığı hallerde olduğu gibi bunun mümkün olmasına rağmen malzemenin verilmesinin talep edilmediği hallerde de tazminat istenebileceği kabul edilmiştir¹⁶⁴. Ancak bu halde, malzemenin değerinde bir azalma olmamak şartı ile arazi maliki malzemeyi sökülüp verebilir¹⁶⁵.

Arazi sahibinin, ödemekle yükümlü olduğu tazminat miktarı yapıyı yaptıranın iyiniyetli veya kötüniyetli olmasına göre belirlenir¹⁶⁶. Yapıyı yaptıranın iyiniyetli arazi

¹⁶² Ataay, **Haksız İnşaat**, s. 67; Erkan, **a.g.e.**, s. 99; İnal, **a.g.m.**, s. 253; Tuğce Tuzcuoğlu, “*Türk Hukukunda Haksız Yapı*”, **Kamu ve Özel Hukuk Açısından Mülkiyet Hukuku VIII. Türkiye-Slovenya Karşılaştırmalı Hukuk Sempozyumu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, sa. 193-201, s. 196, 198; Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 2**, s. 778; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 552; Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 317; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 802, 804; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 576, 577; Eren, **a.g.e.**, s. 347; Ayan, **Mülkiyet**, s. 369, 371, 384; Ayiter, **Eşya Hukuku**, s. 122; Sirmen, **a.g.e.**, s. 416; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 522; Akipek, **Mülkiyet**, s. 175; Ertaş, **a.g.e.**, s. 377.

¹⁶³ Arpacı, **a.g.m.**, s. 36, 37; Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 2**, s. 780; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 560, dpn. 924; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 528 atfı ile s. 524; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 571; Eren, **a.g.e.**, s. 345; Sirmen, **a.g.e.**, s. 424. Karşı görüş için bkz.: Erkan, **a.g.e.**, s. 111 vdm.; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 814; Kurşun, **a.g.e.**, s. 57, 58. Yazarlara göre, haksız yapının kaldırılması mülkiyete yapılmış olan özel nitelikte bir müdahalenin kaldırılmasıdır. Bu talep de aynı niteliktedir ve TMK m. 722/f. 2 hükmü masrafların kime ait olacağını belirlerken talebin niteliğini değiştirmez.

¹⁶⁴ Erkan, **a.g.e.**, s. 102, 135.

¹⁶⁵ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 553, dpn. 891. Aksi yönde bkz.: Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 2**, s. 779.

¹⁶⁶ Yapıyı yapan arazi maliki, malzemenin başkasın ait olduğunu biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa ve aynı zamanda malzeme sahibinin bunun kullanılması için rızası olmadığı biliyorsa veya bilmesi

maliki olması durumunda, bu kişi malzeme sahibine uygun bir tazminat ödemekle yükümlüdür (TMK m. 723/f. 1). Uygun tazminat miktarının, kural olarak, malzemenin değerine eşit olduğu kabul edilmiştir¹⁶⁷. Ancak arazi malikinin haksız yapıdan yararlanma imkânı, malzeme malikinin uğradığı zararın malzemenin değerine göre durumu gibi hususlara bakılarak tazminatın miktarı değiştirilebilir. Arazi malikinin kötünietli olması durumunda ise malzeme malikinin uğradığı bütün zararın tazminine karar verilebilir (TMK m. 723/f. 2). Malzeme değerini aşan tüm zararın tazmin edilmesine karar verilmesi zorunlu değildir. Bu durum hâkimin takdirine bırakılmıştır. Örnek olarak, malzeme maliki zararın artmasını önleyebilecek haldeyken zararın artmasını engellememişse hâkim tazminat miktarını belirlerken bu hususu gözetecektir¹⁶⁸. Yapıyı yaptıranın malzeme maliki olması halinde ise iyiniyetin varlığı durumunda, arazi maliki yine uygun bir tazminat vermekle yükümlüdür (TMK m. 723/f. 1). Bu durumda uygun tazminat miktarı malzemenin değerinin yanı sıra yapıdaki emeğin değerini de kapsar¹⁶⁹. Hâkimin, bu durumda da tazminat miktarında değişiklik yapması mümkündür¹⁷⁰. Yapıyı yapan malzeme malikinin kötünietli

gerekiyorsa kötünietli olur. Aksi hallerde ise, arazi maliki iyiniyetli olur. Yapıyı malzeme sahibinin yapması durumunda ise, yapının yapıldığı arazinin başkasına yapıldığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa ve aynı zamanda arazi malikinin yapının yapılması için rızası olmadığı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa kötünietli olur. Aksi hallerde ise, yapıyı yapan malzeme maliki iyiniyetli olur. Erkan, **a.g.e.**, s. 142, 143, 151, 176, 177; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 554, 563; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 807, 808, 827; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 573; Eren, **a.g.e.**, s. 349; Erman, **Eşya Hukuku Dersleri**, s. 105, 108; Sirmen, **a.g.e.**, s. 417, 418; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 523; Akipek, **Mülkiyet**, s. 176. “...TMK’nin 724. maddesi hükmünden açıkça anlaşılacağı üzere, taşınmaz mülkiyetinin yapı sahibine verilebilmesi için öncelikli koşul iyiniyettir. Öngörülen iyiniyetin TMK’nin 3. maddesinde hükme bağlanan sübjektif iyiniyet olduğunda da kuşku yoktur. Bu kural, malzeme sahibinin, elattığı taşınmazın başkasının mülkü olduğunu bilmemesini veya beklenen tüm dikkat ve özeni göstermesine karşılık bilebilecek durumda olmamasını ya da yapıyı yapmakta haklı bir sebebinin bulunmasını ifade eder...” Yargıtay 14. HD., E. 2019/2248, K. 2020/3671, T. 15.6.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021; Aynı yönde bkz.: Yargıtay 14. HD., E. 2016/16426, K. 2020/5134, T. 17.9.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021; Yargıtay 14. HD., E. 2016/17858, K. 2020/6049, T. 12.10.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021. Yapıyı kötünietli malzeme malikinin yapması durumunda arazi malikinin tazminat ödemesine dair düzenlemenin adalete aykırı olduğu yönünde bkz.: Arpacı, **a.g.m.**, s. 34, 35.

¹⁶⁷ Tuzcuoğlu, **a.g.m.**, s. 199; Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 318; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 808; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 577; Eren, **a.g.e.**, s. 349; Ayan, **Mülkiyet**, s. 385; Ayiter, **Eşya Hukuku**, s. 123; Sirmen, **a.g.e.**, s. 418; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 523; Ertaş, **a.g.e.**, s. 379.

¹⁶⁸ Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 2**, s. 784; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 554, 555.

¹⁶⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 564. Uygun tazminat miktarının malzemenin değeri ve yapı masrafları ile arazide meydana gelen değer artışının göz önünde bulundurularak belirleneceği yönünde bkz.: Erkan, **a.g.e.**, s. 150. Bu konudaki diğer görüşler için bkz.: Erkan, **a.g.e.**, s. 147 vdm.

¹⁷⁰ Erkan, **a.g.e.**, s. 150, 151; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 564; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 834, 835; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 573.

olması durumunda ise hükmedilecek tazminat miktarı yapıda kullanılan malzemenin arazi maliki için taşıdığı en az değeri geçmeyebilir (TMK m. 723/f. 3).

Haksız yapı hükümlerinin verdiği son talep hakkı ise, arazinin veya onun yeterli bir parçasının ona bağlı olan yapı ile birlikte mülkiyetinin malzeme malikine geçirilmesidir. Nitekim TMK m. 724'e göre, *“Yapının değeri açıkça arazinin değerinden fazlaysa, iyiniyetli taraf uygun bir bedel karşılığında yapının ve arazinin tamamının veya yeterli bir kısmının mülkiyetinin malzeme sahibine verilmesini isteyebilir.”*

Mülkiyetin geçirilmesinin talep edilmesi tarafın iyiniyetli¹⁷¹ olmasına bağlıdır. Bu durumda, Kanunun lafzına göre, iyiniyetli olması şartı ile hem arazi maliki hem de malzeme maliki mülkiyetin malzeme malikine geçirilmesini talep edebilir. Ancak yapıyı yapan arazi malikinin, rızası olmadan malzemesi kullanılan kişiyi mülkiyeti almaya mecbur bırakması eleştirilmiştir¹⁷². Zira malzeme malikinin, malzemesinin kullanıldığından dahi haberi yokken mülkiyeti almaya zorlanması onun bir hak elde etme yönündeki serbest iradesini yok sayar. Bu sebeple TMK m. 724'e dayalı olarak iyiniyetli arazi malikinin yalnızca mülkiyetin devrini teklif etme hakkı olduğu savunulmuştur¹⁷³. Yapıyı arazi malikinin yapması halinde iyiniyetli malzeme malikinin de arazi mülkiyetinin devredilmesini isteme hakkına sahip olması ise doktrinde isabetli bulunmuştur¹⁷⁴.

Haksız yapıyı iyiniyetli malzeme maliki yaptığında da TMK m.724'e göre arazi mülkiyetinin malzeme malikine geçirilmesi talep edilebilir. Bu durumda da ancak yapının değerinin arazinin değerinden açıkça fazla olması halinde hem iyiniyetli malzeme maliki hem de iyiniyetli arazi maliki mülkiyetin malzeme malikine devrini talep edebilir. Bu ihtimalde arazi malikinin de mülkiyeti devretmeyi talep hakkına sahip olması isabetli görülmüştür¹⁷⁵. Zira malzeme maliki yapıyı yaptığında arazinin bütünleyici parçası olarak bu yapı arazi mülkiyetine tabi olur. Malzeme yapıdan sökülüp alınamadığında arazi mülkiyetini devretme yetkisi olmayan arazi malikinin

¹⁷¹ Bkz.: Birinci Bölüm, dpn. 166.

¹⁷² Arpacı, **a.g.m.**, s. 38; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 556.

¹⁷³ Erkan, **a.g.e.**, s. 103; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 556.

¹⁷⁴ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 556.

¹⁷⁵ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 566.

tek imkânı, yapıyı yapan malzeme malikinin iyiniyetine bağlı olarak belirlenecek bir miktarda, tazminat ödemektir. Oysa arazi maliki bu tazminatı ödemek istemeyebilir veya arazi ile yapı arasındaki aşırı değer farkı sebebiyle bu tazminatı ödeyemeyecek durumda olabilir. Arazi malikinin tek imkân olarak tazminat ödemek zorunda bırakılmaması ve ona mülkiyeti devretmeyi talep imkânı tanınması isabetlidir¹⁷⁶.

Arazi mülkiyetinin devrinin talep edilebilmesi için, yapının değeri arazinin değerinden açıkça fazla olmalıdır (TMK m. 724). Bütün arazinin mülkiyetinin devri gerekiyorsa değer farkı buna göre belirlenir. Ancak arazinin, bölünmesinde bir engel olmadıkça, bir kısmının mülkiyetinin devri yeterli olacaksa değer farkı arazinin bu bölümüne göre belirlenmelidir¹⁷⁷. Açık değer farkının olduğu durumlarda malzemenin sökülüp alınması da genelde, aşırı zarara yol açacağı için malzemenin sökülüp alınması talep edilemez. Ayrıca, malzeme karşılığında TMK m. 723'e göre tazminat ödenmesi durumunda da arazi mülkiyetinin devri talep edilemez. Zira malzemenin değeri tazminat olarak alınmış olur¹⁷⁸. Arazi mülkiyetinin devri karşısında malzeme maliki de uygun bir tazminat ödeme borcu altına girer¹⁷⁹.

(3) Elatmanın Önlenmesi Davası ile Haksız Yapı Hükümlerinin Karşılaştırılması

Haksız yapı, esasında, mülkiyet hakkına yapılan bir müdahaledir. Nitekim araziye malikinin rızası olmadan yapılan yapı, malikin mülkiyet hakkını dilediği gibi kullanmasını veya ondan yararlanmasını zorlaştırır. Ancak bu müdahalede kullanılan malzemenin veya yapının değerini korumak için Kanunda özel düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeler malikin mülkiyet hakkından ziyade malzemenin ve

¹⁷⁶ Erkan, **a.g.e.**, s. 133; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 566; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 820; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 574; Eren, **a.g.e.**, s. 346.

¹⁷⁷ Erkan, **a.g.e.**, s. 133, 174, 175; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 557; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 830; Eren, **a.g.e.**, s. 351; Hatemi, **Eşya Hukuku**, s. 130; Sirmen, **a.g.e.**, s. 420; Akipek, **Mülkiyet**, s. 179; Ertaş, **a.g.e.**, s. 380; Yargıtay 14. HD., E. 2019/2248, K. 2020/3671, T. 15.6.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021; Aynı yönde bkz.: Yargıtay 14. HD., E. 2016/16426, K. 2020/5134, T. 17.9.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021; Yargıtay 14. HD., E. 2016/17858, K. 2020/6049, T. 12.10.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021.

¹⁷⁸ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 557, 558, 568.

¹⁷⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 558, 569.

yapının değeri gözetilerek oluşturulmuştur. Bu sebeple elatmanın önlenmesi davası ile haksız yapı hükümlerinin ayrıldığı ilk nokta korumayı amaçladıkları hususlardır.

Yukarıda açıklandığı üzere haksız yapı hükümleri malzemenin sökülerek kaldırılmasını, malzeme sökülemediğinde tazminat veya arazi mülkiyetinin devredilmesini talep etme hakları verir. Bu haklardan tazminat ve arazi mülkiyetinin geçirilmesi taleplerinin elatmanın önlenmesi davasında müdahalenin bertaraf edilmesi ile benzerlik taşımadığı açıktır. Zira iki talepte de mülkiyete yapılmış müdahale ortadan kaldırılamaz. Tazminat talebinde sökülerek kaldırılamayan malzemenin karşılığında malzeme malikine uygun bir tazminat verilir ve malzeme yapının bütünleyici parçası olarak arazi malikinin mülkiyetinde kalmaya devam eder. Malzemenin sökülerek kaldırılması veya tazminat talep edilemediği hallerde, arazi mülkiyetinin devrinin talep edilmesi ise yapıyı kaldırmaz; aksine kaldırılamayan yapı ile birlikte arazinin mülkiyeti malzeme malikine devredilir.

Elatmanın önlenmesi davası ile asıl benzerlik gösteren talep ise malzemenin sökülerek kaldırılmasıdır. Bu talep, yapının arazi maliki tarafından yapılması halinde malzeme maliki tarafından ileri sürülen şahsî bir taleptir. Malzemenin, yapının bütünleyici parçası olması ile mülkiyet hakkı da sona ereceğinden, sökülerek geri verilmesi talebi aynî bir hakka dayanmaz. Ayrıca bu ihtimalde malzeme malikinin mülkiyet hakkına yapılan müdahale, malzemenin zilyetliğine son vermesi yönüyle de elatmanın önlenmesi davasından ayrılır. Yapının malzeme maliki tarafından yapılması halinde ise yapı arazinin bütünleyici parçası olacağı için arazi maliki mülkiyet hakkına dayalı olarak, dilediği zaman, yapıyı kaldırabilir. Bu durumda yapının kaldırılmasının talep edilebileceğini belirten TMK m. 722/f. 3 hükmü, yapının sökülerek kaldırılabilmesini değil, kaldırma masraflarının kime ait olacağını hükme bağlar¹⁸⁰. Bu sebeple TMK m. 722/f. 3 de şahsî bir hak oluşturur. Oysa elatmanın önlenmesi davası malikin mülkiyet hakkından kaynaklanır. Ayrıca malik, elatmanın önlenmesi davasında mülkiyetine yapılan haksız müdahalenin bertaraf edilmesini aşırı masrafa yol açması durumunda da sağlayabilir¹⁸¹.

¹⁸⁰ Bkz.: Birinci Bölüm, dñn. 163.

¹⁸¹ Erkan, **a.g.e.**, s. 113; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 54; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 494.

Özetle, haksız yapıda yapının kaldırılmasına dair hükümler şahsî bir hakka dayanırken elatmanın önlenmesi davası aynî bir hakka dayanır. Açıklanan bu sebeple, kanaatimizce, dayandıkları haklar ve korumayı amaçladıkları hususlar farklı olan bu hükümler arasında özellik-genellik ilişkisi yoktur¹⁸². Talep edilen hukukî korumalar da, farklı uyumsuzluk konulara dayalı olarak, birbirinden farklı olduğundan yarışma da söz konusu olmaz. Şöyle ki elatmanın önlenmesi davasında mülkiyet hakkına yapılan saldırının bertaraf edilmesi talep edilirken haksız yapı hükümlerinde, arazi maliki açısından, malzemenin sökülüp alınmasındaki masrafların hüküm altına alınması talep edilir.

5. Mülkiyet Hakkının Diğer Kanunlarla Korunması

Mülkiyet hakkı taşıdığı ekonomik ve hukukî değer sebebiyle pek çok hukukî ilişkiyi ilgilendirir. Ayrıca bir aynî hak olduğundan herkes tarafından kolayca ihlale uğrayabilir. Böylelikle mülkiyet hakkının yalnızca Medenî Kanun hükümleri ile korunması yetersiz olurdu. Bu durum gözetilerek farklı kanunî düzenlemelerin içerisinde, ilgili oldukları alanlarla ilişkili olacak şekilde, mülkiyet hakkını koruyan düzenlemeler getirilmiştir. Bu düzenlemelerin bir kısmı mülkiyet hakkını doğrudan korurken diğer bir kısmı da yapılan müdahalenin oluşturduğu zararı gidermek gibi dolaylı olarak korur.

Mülkiyet hakkını koruyan düzenlemelere örnek olarak taraflar arasında sözleşme bulunması halinde bu sözleşmeden doğan davalar veya mülkiyet hakkı konusuna yapılan müdahalelerden doğan zararın tazmini için başvurulacak haksız fiil hükümleri gösterilebilir. Yapılan eylemin suç teşkil ettiği durumlarda da mülkiyet hakkı ceza hukuku normlarıyla korunabilir¹⁸³.

Mülkiyet hakkının İcra ve İflas Kanunu hükümleriyle korunmasına özel olarak değinmek gerekir. Zira alacaklı, borçlunun borcunu ifa etmemesi üzerine cebri icra organlarına başvurarak alacağına kavuşmaya çalışır. Başvurulan cebri icra prosedüründe borçlunun mal varlığına başvurularak borç karşılanmaya çalışılır.

¹⁸² Haksız inşaat hükümlerinin özel hüküm olduğu yönünde bkz.: Erkan, **a.g.e.**, s. 111; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 452, 453; Akipek, **Mülkiyet**, s. 88.

¹⁸³ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 317.

Borçlunun mal varlığına başvuru, seçilen takip yoluna göre, haciz işlemi ile olur. Haciz ile borçlunun mal varlığına hukuken el konulur¹⁸⁴ ve takip prosedürünün devamında haczedilen mallar paraya çevrilerek alacaklının alacağı karşılanır. Bu durum şüphesiz borçlunun mülkiyet hakkına yapılmış bir müdahaledir. Borçlu bu müdahaleye katlanmak zorunda olsa da mülkiyet hakkı tamamıyla cebri icra organlarının tasarrufuna açık değildir. Şöyle ki Kanun, borçlunun hayat alanını tamamen ortadan kaldıracak biçimde mülkiyet hakkına müdahalede bulunulmasını engellemiştir¹⁸⁵. İlk olarak İİK m. 82 ile borçlunun yaşamının devamı için lüzumlu olan mülkiyet hakkı konusu eşyanın haczedilemeyeceği düzenlenmiştir. Borçlunun haczi caiz olan malları da tamamen serbestçe haczedilemez. Ancak borcun ana miktarına, faize ve masraflara yetecek kadar mal varlığı haczedilebilir (İİK m. 85/f. 1). Ayrıca alacaklı ve borçlunun hakları dengelenmelidir (İİK m. 85/f. 6). Bu sebeple haciz işlemine konu olacak mallar seçilirken borçluya en az zarar verecek şekilde seçim yapılmalıdır¹⁸⁶. Bu düzenlemelerle borçlunun mülkiyet hakkı korunur.

Borçlunun olduğu gibi üçüncü kişilerin mülkiyet hakkı da cebri icra hukukunda korunur. Zira alacak borçların şahsiliği sebebi ile kural olarak, borçlunun mal varlığından karşılanır; üçüncü kişilerin mal varlığına gidilmesi onların mülkiyet hakkını ihlal eder¹⁸⁷. Böyle bir durumda üçüncü kişilere, cebri icra hukuku içerisinde, mülkiyet haklarını korumaları için istihkak davası açma imkânı tanınmıştır (İİK m. 96, 97, 99, 228). Bu istihkak davaları icra hukukuna özgü kurallara göre düzenlenmiştir ve TMK m. 683'e göre açılan istihkak davasından tamamen farklıdır.

Nihayet mülkiyet hakkının korunmasını sağlayabilecek yollardan biri olarak hukukî yararın bulunması şartıyla mülkiyet hakkının tespiti için dava açılacağı söylenebilir¹⁸⁸.

II. Zilyetlik ve Zilyetliğin Korunması

¹⁸⁴ Murat Atalı, İbrahim Ermenek, Ersin Erdoğan, **İcra ve İflâs Hukuku**, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, s. 185, 188 (Kısaca İcra ve İflâs Hukuku).

¹⁸⁵ Muhammet Özkes, **İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009, s. 185 (Kısaca Temel Haklar); Namlı, **Haciz**, s. 33.

¹⁸⁶ Atalı, Ermenek, Erdoğan, **İcra ve İflâs Hukuku**, s. 200. Hacze karşı borçlunun mülkiyet hakkının korunmasına dair bkz.: Namlı, **Haciz**, s. 108 vdm., 115 vdm., 190 vdm.

¹⁸⁷ Özkes, **Temel Haklar**, s. 186; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **İcra ve İflâs Hukuku**, s. 185, 258.

¹⁸⁸ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 317; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 191, dñn. 12.

A. Zilyetlik Kavramı ve Niteliği

Zilyetlik eşya üzerindeki fiili hâkimiyet olarak tanımlanabilir. TMK m. 973/f. 1 hükmüne göre de eşya üzerinde fiilî hâkimiyeti olan kişi zilyettir. Zilyetliğin tesis edilebilmesi için gerekli olan “*fiilî hâkimiyetin*” tamamen tesadüfi olmadığı ve eşyanın fiilen elde bulundurulması anlamına gelmediği; zilyetliğin kurulabilmesi için eşyanın zilyet olma iradesi ile ele geçirilmiş olması ve hâkimiyetin daha sonra kaybedilmemiş olması gerektiğinden zilyetliğin hukukî bir durum olduğu yukarıda açıklandı¹⁸⁹.

Hukukî bir durum olan zilyetlikte hukuken korunan bir menfaat yoktur. Bu sebeple zilyetlik hak niteliğinde değildir¹⁹⁰. Ancak zilyetlik hukuken korunan bir menfaat içermese de kendisine bağlanan sonuçlar nedeniyle önemli bir yere sahiptir. Nitekim taşınır eşyalarda mülkiyet devrinin zilyetlik devriyle gerçekleşmesi (TMK m. 763/f. 1), kural olarak taşınırın üzerinde zilyetlik devri ile rehin hakkı kurulabilmesi (TMK m. 939/f. 1) veya zamanaşımıyla aynî hak kazanmayı sağlaması (TMK m. 777) zilyetliği önemli kılan sonuçlara örnektir. Bu önemli sonuçlarına binaen zilyetlik durumunun korunması da gerekir. Bu sebeple zilyetliğin korunması için çeşitli imkânlar düzenlenmiştir.

B. Zilyetliğin Korunması

1. Genel Olarak

Zilyetliği korumak için farklı yollar öngörülmüştür. Zilyet, TMK m. 981’e göre kuvvet kullanarak zilyetliğini koruyabilir, m. 982-984’e göre zilyetlik davalarından yararlanabilir ya da zilyetliğin karine teşkil ettiği hakkı korumak için “*taşınır davası*” açabilir. Ayrıca özel kanun ile düzenlenen zilyetliğin idari yoldan korunmasına da başvurulabilir.

Sayılan düzenlemelerde korunan değer zilyetlik durumunun kendisidir. Keza zilyetliğin dayandığı bir hakkın olması gerekmez¹⁹¹. Bu korumalardan zilyetliğin

¹⁸⁹ Bkz.: Birinci Bölüm, I, B, 4, b, (2), i.

¹⁹⁰ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 51.

¹⁹¹ Taşınır davasında ise zilyetlik, karine olarak kabul edilen hakka dayanılarak korunur. Böylelikle taşınır davasında da hakka dayanılmasına ve bunun ispat edilmesine, kural olarak, gerek yoktur. Yalnızca önceki zilyetliğin ispat edilmesi ve hâlihazırdaki zilyedin üstün hak iddiasının çürütülmesi yeterlidir. Cumhuriyet Özakman, “*Menkul Davası*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

hakka dayanması durumunda yararlanılabileceği gibi zilyetliğin bir hakka dayanmadığı durumlarda da yararlanılabilir¹⁹².

Eşya üzerindeki fiili hâkimiyetin hakka dayanmamasına rağmen korunmasının nedeni, sosyal huzur ve güvenin fiilî davranışlarla bozulmasını engellemektir¹⁹³. Şöyle ki zilyetliğin ihlal edilmesi halinde bir hakka dayanarak eşyanın geri verilmesi istendiği takdirde bu hakkın ispatı uzun zaman alabilir. Özellikle taşınırlar açısından düşünüldüğünde bu süreç boyunca eşya değerini yitirebilir, eşyanın geri alınması eski zilyet için anlamsızlaşabilir ya da eşyanın sürekli el değiştirmesi ile zilyetliğin tekrar elde edilmesi imkânsızlaştırabilir. Yargılama sırasında uygulanacak geçici hukuki tedbirler bu sakıncaların bir kısmını giderse de tamamen ortadan kaldıramaz. Ayrıca taşınır eşyalar için zilyetlik mülkiyete karine teşkil eder (TMK m. 985/f. 1). Bir yandan taşınır eşyalar için zilyetliğin mülkiyete karine teşkil etmesi düzenlenmişken diğer yandan da malik olduğu kabul edilen kişinin, elinden alınan mala hemen müdahale edememesi çelişkili bir durum oluştururdu. Gerçek malik zilyetliğin ihlaline derhâl müdahale edemediğinde eşyanın zilyetliğini ele geçiren kişi, karineden yararlanarak, malik olduğu iddiasıyla eşya üzerinde hukukî işlem yapabilir. Zilyetliğe güvenilerek yapılan bu hukukî işlemin korunabilmesi için öncelikli olarak zilyetliğin kendisi korunmalıdır. Zilyetliğin baştan korunmadığı bir halde buna dayanılarak yapılan hukukî işlemin de geçersiz kılınması sonucunda yeni uyuşmazlıkların çıkması kaçınılmazdır.

Taşınır eşyalar için haklı zilyetliğin tapu kayıtları gibi bir sicile dayanılarak kolayca tespiti mümkün olmadığından ve dayanılan hakkın ispatı, genelde, uzun süreceğinden zilyetliğin bir hakka dayanıp dayanmadığına bakılmaksızın korunması

Mecmuası, C. 40, S. 1-4, 1974, sa. 481-517, s. 481, 482; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 118; Ayan, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 164; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 192. Taşınır davasının hukukî dayanağının Kanun'un tanıdığı özel nitelikteki hak olduğuna dair bkz.: Halûk Burcuoğlu, "Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Menkul Davasının Hukukî Dayanağı, Zilyetliğe Bağlı Hak Karinelerinin Menkul Davasında Uygulanıp Uygulanamayacağı", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 48, S. 1-4, 1981, sa. 493-535, s. 524.

¹⁹² Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 88; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 25, 52.

¹⁹³ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 52, 88; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 119; Akipek, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 153, 154; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 108; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 264, 265; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 24, 25, 52; Ayan, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 79, 114; Ayiter, **Eşya Hukuku**, s. 23; Sirmen, **a.g.e.**, s. 71; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 101; Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 3**, s. 129; Belgesay, **Dava Teorisi**, s. 26.

gerekir. Aksi takdirde yukarıda sayılan durumların yaygınlaşması, özellikle taşınır eşyalar üzerinde, hukukî işlemlere şüphe ile yaklaşılması sonucunu doğurarak sosyal huzuru ve güveni bozar. Bunu engellemek için mevcut durumu korumaya yönelik zilyetliğin korunması kabul edilmiştir.

Ayrıca zilyetliğin korunmasının bir diğer gerekçesi de ihkak-ı hakkın önüne geçmektir. Kural olarak, hak sahibi hakkını, zor kullanarak kendisi yerine getiremez. Bu yola başvurulması halinde haklı da olsa haksız da olsa zilyetlik korunarak toplumsal düzenin korunması amaçlanır. Nitekim zilyetlik eşyayı elinde bulunduranın hak sahibi olduğuna karine teşkil eder. Bu karinenin ihkak-ı hak ile ihlal edilmemesi gerekir.

Zilyetliğe yapılan müdahalelerde istihkak ya da elatmanın önlenmesi davalarının yanı sıra zilyetliği koruma yollarından da yararlanabileceği için bu yolların açıklanması gerekir.

2. Zilyedin Kuvvet Kullanma Hakkı

Zilyetliği korumaya yönelik yollardan ilki TMK m. 981’de düzenlenen kuvvet kullanma hakkıdır. Hükme göre, “*Zilyet, her türlü gasp veya saldırıyı kuvvet kullanarak defedebilir. Zilyet, rızası dışında kendisinden alınan şeyi taşınmazlarda el koyanı kovarak, taşınırlarda ise eylem sırasında veya kaçarken yakalananın elinden alarak zilyetliğini koruyabilir. Ancak, zilyet durumun haklı göstermediği derecede kuvvet kullanmaktan kaçınmak zorundadır.*”.

Zilyet, gasp veya saldırı¹⁹⁴ halinde kuvvet kullanarak zilyetliğini savunabilir. Gasp veya saldırı anında kuvvet kullanmak için zilyedin haklı ya da zilyetliğe saldırıda bulunana göre üstün hakka sahip olup olmadığının araştırılması gerekmez¹⁹⁵. Söz konusu durumların gerçekleşmesi halinde kuvvet kullanılabilir. Ancak zilyetliğe

¹⁹⁴ Gasp, zilyedin rızası dışında zilyetliğinin başkası tarafından ele geçirilmesidir. Saldırı ise zilyetliğe son verilmeden eşya üzerindeki fiili hâkimiyetin engellenmesidir. Tanım için bkz.: Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 89; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 180; Akipek, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 229, 230; Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 81; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 102, 103; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 97; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 54; Ayan, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 116; Ayiter, **Eşya Hukuku**, s. 23; Sirmen, **a.g.e.**, s. 71; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 101; Ertaş, **a.g.e.**, s. 46, 47.

¹⁹⁵ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 91; Akipek, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 234.

saldırı kanunun verdiği bir yetkiye dayanıyorsa müdahale, saldırı niteliğinde olmayacağından kuvvet kullanmak da mümkün olmaz¹⁹⁶.

Zilyetliği korumak amacıyla kuvvet kullanılması ancak gasp veya saldırı anında mümkündür. Eşya gasp edilmiş ya da saldırı tamamlanmışsa artık Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak zilyetliği korumak için kuvvet kullanılamaz¹⁹⁷. Ancak gaspın tamamlanması halinde eşyanın tekrar geri alınabilmesi için kuvvet kullanılması mümkündür. Zilyet bu imkânı taşınmazlarda el koyanı kovarak, taşınırlarda ise eşyayı yakalananın elinden alarak kullanır (TMK m. 981/f. 2).

Zilyetliğin korunması için kuvvet derhâl kullanılmalıdır. Taşınır eşya için, “*eylem sırasında veya kaçarken yakalananın*” şeklindeki ifade ile kuvvet kullanımının derhâl olması gerektiği belirtilmiştir. Taşınmazlarda ise bu durum Kanunun amacından çıkarılmaktadır¹⁹⁸. Şöyle ki Kanunun amacı hızlıca zilyetliği korumak olduğundan bunun derhal yapılması gerekir. Aksi takdirde elatmanın önlenmesi davası ile saldırının bertaraf edilmesi gerekir.

Son olarak belirtmek gerekir ki kuvvet kullanımı ister zilyetliği savunmak için ister eşyanın geri alınması için olsun Kanunda açıkça belirtildiği üzere “*durumun haklı göstermediği*” ölçüde olmamalıdır. Kuvvet kullanımı ancak gerekli olduğu hallerde ve şartlara uygun ölçüde mümkündür¹⁹⁹.

3. Zilyetlik Davaları

Zilyetliğin korunması gasp veya saldırı halinde kuvvet kullanımı ile sınırlı tutulmamıştır. Zira gasp veya saldırı anında zilyet kuvvet kullanma imkânına sahip olmayabilir, bu yolu kullanmak istemeyebilir ya da kullanmasına karşılık sonuç

¹⁹⁶ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 90; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 98; Ayan, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 116; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 102.

¹⁹⁷ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 90; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 183; Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 84; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 104; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 55; Sirmen, **a.g.e.**, s. 72.

¹⁹⁸ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 92; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 99; Sirmen, **a.g.e.**, s. 72, 73.

¹⁹⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 92; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 183; Akipek, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 233; Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 84; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 109; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 99; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 266; Aybay, Hatemi, **a.g.e.**, s. 50; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 56; Ayan, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 117; Ayiter, **Eşya Hukuku**, s. 23; Sirmen, **a.g.e.**, s. 73; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 103.

alamamış olabilir. Bu ihtimallerde kaybedilen zilyetliğin tekrar tesis edilmesi ya da zilyetliğe karşı yapılan saldırının önlenmesi için zilyetliği koruyan davalar düzenlenmiştir²⁰⁰.

İlk olarak eşyanın gasbedilmesi halinde geri verilmesi ve zararın giderilmesi için dava açılabilir (TMK m. 982/f. 3). Bu davada önceki zilyet haksız olsa dahi gasbeden eşyayı geri vermek zorundadır. Zira hak sahibinin eşyanın zilyetliğine kavuşması değil önceki zilyetlik durumuna dönülmesi amaçlandığından eşya üzerindeki hak değil önceki zilyedin kim olduğu önemlidir²⁰¹. Nitekim gasbedenin üstün hakka dayanarak eşyayı aldığı iddiasının dinlenmeyeceği Kanunda da açıkça düzenlenmiştir (TMK m. 982/f. 1).

Gasbedenin üstün hakkının dinlenmeyeceği kuralı mutlak değildir. TMK m. 982/f. 2’de açıkça düzenlendiği üzere üstün hakkın derhâl ispatlanması halinde eşyanın geri verilmesinden kaçınılamaz. Bu ispatın hemen yapılmış olması için davalının elinde bulunan ispata elverişli belgeleri cevap dilekçesine eklemesi veya başka yerden getirtilecek belgelerin bulunmasını sağlayacak açıklama yapması gerekir (HMK m. 318). Zilyetliğe dayalı olarak açılacak bu dava sulh hukuk mahkemesinde görülecek (HMK m. 4/f. 1, b. c) olup basit yargılama usulüne tabi olur (HMK m. 316/f. 1, b. a). Basit yargılama usulünde delillerin ikamesi özel olarak düzenlendiğinden 7251 sayılı Kanunla²⁰² ön inceleme duruşması davetiyesinde verileceği düzenlenen 2 haftalık delil ikame süresinin bu davada verilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir²⁰³. Bu sebeple üstün hakkını derhal ispat etmek isteyen davalı elindeki belgeleri cevap dilekçesine eklemeli²⁰⁴ veya başka yerden getirtilecek belgeler için gerekli açıklamaları yapmalıdır. Davalı, belgeleri dilekçesine eklemez ya da belgenin

²⁰⁰ Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 57.

²⁰¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 94; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 183; Akipek, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 234, 237, 238; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 117; Erman, **Eşya Hukuku Dersleri**, s. 19; Esener, Güven, **a.g.e.**, s.106; Aybay, Hatemi, **a.g.e.**, s. 53; Ertaş, **a.g.e.**, s. 48.

²⁰² 28.07.2020 tarihli 31199 sayılı Resmî Gazete.

²⁰³ Efe Dörenisa, **Medenî Yargılamada Ön İnceleme Aşaması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 288; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 593.

²⁰⁴ Müjgan Tunç Yücel, “*Türk Medeni Kanunu’nun Eşya Hukukuna İlişkin Bazı Hükümlerinin Hukuk Yargılamasına Yansıması*”, **Prof. Dr. Necmettin M. Berkin’e Armağan**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, sa. 1142-1178, s. 1145.

getirilmesi için açıklama yapmaz da sonradan delil getirmek için süre isterse üstün hak iddiası dinlenmez ve malı geri vermek zorunda kalır²⁰⁵.

Eşyanın geri verilmesine karar verilmesi için gasbedenin kusurlu olması gerekmez. Ancak zilyetliği gasbı dolasıyla istenebilecek tazminat, haksız fiil hükümlerine dayanır ve tazminat istenebilmesi için gasbedenin kusurlu olması gerekir²⁰⁶.

Zilyetliği korumak için açılabilir olan ikinci dava ise zilyetliğe saldırı halinde bunun sona erdirilmesine, saldırı sebebinin önlenmesine ve zararın giderilmesine yöneliktir (TMK m. 983/f. 2). Zilyetliğin gaspı halinde açılacak davada olduğu gibi bu davada da asıl korunan zilyetliktir. Saldırıda bulunan üstün hakkı olduğunu iddia etse dahi eşyanın hâlihazırdaki zilyedi korunur ve saldırıya son verilir ya da sona ermiş saldırının yenilenme ihtimali engellenir²⁰⁷. Keza bu davada üstün hakkın derhâl ispatı da zilyetliğe yapılan müdahaleye devam edilmesini haklı kılmaz²⁰⁸.

Zilyetliğe yapılan saldırının sona erdirilmesi ya da saldırı sebebinin önlenmesi için davalının, kusurlu olması gerekmezken haksız fiil hükümlerine tabi olan tazminat talebi için davalının kusurlu olması gerekir²⁰⁹.

Gasp ve saldırıdan doğan dava hakları kısa hak düşürücü sürelerle tabi tutulmuştur. Her iki halde de zilyet, fiili ve faili öğrenmesinden itibaren 2 ay ve her hâlde fiilin işlenmesinden itibaren 1 yıl içinde gasp ve saldırıdan doğan davaları açmalıdır (TMK m. 984). Kanunun lafzına bakıldığında tazminat taleplerinin de

²⁰⁵ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 94.

²⁰⁶ Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 116; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 101; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 60; Ayan, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 129; Ayiter, **Eşya Hukuku**, s. 24; Sirmen, **a.g.e.**, s. 76, 77; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 106; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 185.

²⁰⁷ Sadece sona ermiş saldırının tekrarlanma ihtimalinin engellenmesi için değil aynı zamanda ilk defa gerçekleşecek saldırılar için de bu davanın açılabilmesi kabul edilmektedir. Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 189; Akipek, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 240; Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 88; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 119; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 105; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 61; Ayan, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 123; Ertaş, **a.g.e.**, s. 51.

²⁰⁸ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 97; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 190; Akipek, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 241; Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 89; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 117; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 104; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 61; Ayan, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 125; Ayiter, **Eşya Hukuku**, s. 25; Sirmen, **a.g.e.**, s. 78; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 107.

²⁰⁹ Akipek, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 235; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 119; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 104; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 62; Erman, **Eşya Hukuku Dersleri**, s. 20; Ayan, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 123, 126; Ayiter, **Eşya Hukuku**, s. 25; Sirmen, **a.g.e.**, s. 78.

belirtilen hak düşürücü sürelerle tabi olduğu düşünülebilir. Ancak tazminat talebi haksız fiil esasına dayandığı için doktrinde bu talebin haksız fiil zamanaşımına tabi olması gerektiğini savunulur²¹⁰.

4. Taşınır Davası

Zilyetliğin ihlali halinde kuvvet kullanılması veya zilyetlik davaları hukukî bir durum olan zilyetliğe dayanır. Zilyetliğin bu yollarla korunabilmesi için bir hakka dayanılmasına gerek yoktur. Keza davada güdülen amaç da üzerinde hak sahibi olunan eşyanın zilyetliğine kavuşmak değil önceki zilyetlik durumuna dönülmesidir²¹¹. Zilyet, zilyetliğine dayanmak yerine iddia ettiği hakka dayanarak da yapılan müdahalenin bertaraf edilmesini talep edebilir. Bu durumda iddia edilen hakkın ispatlanması gerekir. Zilyetliğe veya hakka dayanarak müdahaleyi bertaraf etmeyen ya da edemeyen zilyedin bunu sağlamak için dayanabileceği diğer bir hukukî sebep ise zilyetliğe dayanan hak karineleridir. TMK m. 985 ve 986’da düzenlenmiş karinelere dayanılarak açılan bu dava “*taşınır davası*” olarak isimlendirilmiştir. Bu dava ile zilyetliği koruyan davalardaki kısa hak düşürücü sürelerle bağlı olmadan veya iddia edilen hakkın ispatına gerek olmadan hak karinesine dayalı olarak zilyetliğin tekrar tesis edilmesi sağlanır²¹².

Taşınır davasına dair açıklamalar yapılmadan önce zilyetliğin oluşturduğu karineleri, kısaca, belirtmekte fayda vardır. Türk Medenî Kanunu m. 985/f. 1’e göre, “*Taşınırın zilyedi onun maliki sayılır*”. Ancak mülkiyet karinesinin doğması yalnızca zilyetliğin sonucu değildir. Bu karinenin doğabilmesi için zilyedin mülkiyet hakkına sahip olduğunu iddia etmesi ve içinde bulunan somut durumdan iddianın asılsız olduğunun anlaşılmaması gerekir²¹³. Mülkiyet karinesinden yalnızca hâlihazırdaki

²¹⁰ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir **a.g.e.**, s. 99; Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 92; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 62; Ayan, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 132.

²¹¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 94.

²¹² Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 110, 118; Akipek, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 244; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 119; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 71. Bu davanın temelinde hak karineleri değil kanundan doğan özel mahiyette bir hak olduğu yönünde: Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 194.

²¹³ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 106; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 166; Akipek, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 213; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 137; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 77; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 66; Sirmen, **a.g.e.**, s. 83.

zilyet değil önceki zilyetler de yararlanabilir. Nitekim TMK m. 985/f. 2 hükmü önceki zilyetlerin kendi zilyetlik süreleri boyunca taşınırın maliki sayılacağını düzenlemiştir.

TMK m. 985 hükmü, zilyedin kendi mülkiyet hakkı karinesine dayanmasını düzenlemiştir. Ancak zilyet her zaman mülkiyet iddiası ile eşyayı elinde bulundurmaz. Bu durumda zilyet dilerse taşınırı kendisinden iyi niyetle aldığı kişinin mülkiyet karinesine dayanarak (TMK m. 986/f. 1) dilerse de kendi sınırlı aynî hak ya da kişisel hak karinesine dayanarak²¹⁴ (TMK m. 986/f. 2) iddia ve savunmada bulunabilir. Ancak zilyet, sınırlı aynî hak veya kişisel hak karinesini eşyayı kendisine verene karşı ileri süremez (TMK m. 986/f. 2).

Zilyetliğe dayalı olarak oluşan karinelerle ilgili olarak son olarak belirtmek gerekir ki, Kanunun lafzında açıkça belirtildiği üzere, bunlar yalnızca taşınırlar için geçerli olduğundan taşınmaz eşyalar için uygulanmaz. Bu sebeple zilyetliğe dayalı hak karinelerine dayanarak yalnızca taşınır eşyaların zilyetliği geri istenebileceğinden TMK m. 989 ve devamında düzenlenen dava da “*taşınır davası*” olarak isimlendirilmiştir²¹⁵.

Taşınır davası ile zilyetliği rızası dışında sona erdirilen kimse eşyaya zilyet olduğu dönemdeki, yukarıda belirtilen, hak karinelerine dayanarak zilyetliğin geri verilmesini isteyebilir²¹⁶.

Taşınır davası açılabilmesi için ilk olarak zilyetliğin rıza dışında sonlandırılmış olması gerekir²¹⁷. Zilyetliğin rızaya dayalı olarak devredildiği hallerde taşınır davası açılmaz.

²¹⁴ Zilyetlik kişisel hakka aynî etki sağlamayacağı için karine, kişisel ilişkinin dışında kalan kişilere karşı ileri sürülemez. Ayrıca bu karine TMK m. 986/f. 2 gereği eşyayı zilyede veren kişiye karşı da ileri sürülemeyeceğine göre kişisel hak karinesi ancak zilyetliği yapılan saldırı sebebiyle açılacak tazminat davasında önem taşır. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 109; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 176; Akipek, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 225, 226; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 156; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 69, dpn. 133; Sirmen, **a.g.e.**, s. 85, 86.

²¹⁵ Özakman, **a.g.m.**, s. 484; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 111; Akipek, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 245; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 134; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 117; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 71.

²¹⁶ Özakman, **a.g.m.**, s. 488; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 111.

²¹⁷ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 111; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 194, 195; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 162; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 71; Kurşun, **a.g.e.**, s. 34.

Taşınır davasının davacı lehine sonuçlanması için zilyetliğin rıza dışında sonlandırılmış olması yeterli değildir. Nitekim TMK m. 987/f. 1'e göre, zilyet kendisine karşı açılan davada üstün hakka sahip olduğu karinesine dayanabilir. Böylelikle davalı, TMK m. 985 ve devamında düzenlenmiş olan karinelere dayanarak hak sahibi olduğunu iddia edebilir ve davacının talebinin reddini sağlayabilir. Davacı lehine sonuç almak için bu karineyi çürütmelidir²¹⁸.

Davalının üstün hak karinesini çürütmek için, kural olarak, zilyetliğin yanı sıra eşyanın da rıza dışı olarak elden çıkmış olması gerekir. Bu durum davacının iddia ettiği hakkın varlığına dair kanaat oluşturur²¹⁹. Gerçekten de TMK m. 989/f. 1'e göre, taşınırı çalınan, kaybolan ya da iradesi dışında başka herhangi bir şekilde elinden çıkan kimse taşınır davası açarak eşyanın geri verilmesini sağlayabilir. TMK m. 989/f. 1'de düzenlenen bu hâl hem zilyetliğin hem de eşyanın rıza dışında elden çıkması durumunda uygulanır. Örnek olarak malik, taşınır bir malını çalan kişiye karşı kendi zilyetliği döneminde mülkiyet hakkına sahip olduğu karinesine dayanarak taşınır davası açabilir ve eşya üzerindeki hâkimiyetinin yeniden tesis edilmesini sağlayabilir. Verilen örnekte hırsızın, eşyayı üçüncü bir kişiye devretmesi ihtimalinde de yine hem zilyetlik hem de eşya irade dışında elden çıkmış olacağı için taşınır davası açılabilir. Nitekim TMK m. 989/f. 1 bu nitelikteki eşyayı elinde bulunduran herkese karşı taşınır davası açılabileceğini düzenlemiştir. Ancak üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmasına göre taşınır davasının şartları değişir. Şöyle ki çalınmış, kaybedilmiş ya da irade dışında herhangi bir şekilde elden çıkan eşyayı iyiniyetle ele geçiren kişiye karşı ancak 5 yıl içinde taşınır davası açılabilir (TMK m. 989/f. 1). TMK m. 989/f. 1 hükmü 5 yıllık sürenin iyiniyetli kişiler için olduğunu açıkça belirtmese de TMK m. 991'in kötünietli kişilere karşı her zaman bu davanın açılabileceğini belirtmesi ile birlikte bahsedilen hükmün iyiniyetli kişilere yönelik olduğu anlaşılabılır²²⁰. 5 yıllık süre hak düşürücü süredir ve zilyetliğin kaybedildiği günden başlar²²¹.

²¹⁸ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 111, 113; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 70; Kurşun, **a.g.e.**, s. 34.

²¹⁹ Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 200; Akipek, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 254; Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 100.

²²⁰ Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 195.

²²¹ Özakman, **a.g.m.**, s. 511; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 116; Akipek, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 257; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 183, 195; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 122; Nomer,

İyiniyetle edinilen taşınırın geri verilmesini engelleyen bir diğer hal ise eşya için ödenen bedelin geri verilmesi gerekliliğidir. TMK m. 989/f. 2'ye göre, iyiniyetli kişi eşyayı açık arttırmadan, pazardan veya benzer eşya satan bir yerden edinmiş ise eşyanın geri verilmesi ancak ödenen bedelin verilmesi ile istenebilir. Bedelin ödenmesi dava şartı olmayıp bir def'idir. Bu sebeple resen dikkate alınamaz; davalı tarafından ileri sürülmesi gerekir²²². Taşınır davası açılmasını engelleyen son hal ise TMK m. 990 hükmü gereği, para veya hamiline senetleri iyiniyetle kazanmış olan kimseler aleyhine taşınır davası açılabilmesidir. Kanunda belirtilen bu kısıtlamalar dışında doktrinde, iyiniyetli davalının üstün hakkını ispat ederek de eşyayı geri vermekten kurtulabileceği savunulmuştur²²³.

Yukarıda anlatılan durumların aksine taşınır malın zilyetliği irade dışında kaybedilmesine rağmen eşya bu şekilde elden çıkmamış olabilir. Bu ihtimalde TMK m. 989/f. 1 hükmünün uygulanamaz. Zira eşya zilyedin iradesi ile elinden çıkmıştır. Örnek olarak, zilyedin eşyayı teslim ettiği fer'i zilyet bu eşyayı üçüncü kişiye verirse zilyetlik irade dışında kaybedilmiş olsa da eşyanın elden çıkması irade dışında

Ergüne, **a.g.e.**, s. 76; Hatemi, **Eşya Hukuku**, s. 31; Ayan, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 177; Ayiter, **Eşya Hukuku**, s. 29; Sirmen, **a.g.e.**, s. 91.

²²² Jale Akipek, **Menkul Davası**, Ankara, Güzel Sanatlar Matbaası, 1959, s. 93 (Kısaca Menkul Davası); Özakman, **a.g.m.**, s. 500; Şeyda Dursun Karaahmetoğlu, “*Taşınır Mülkiyetinin Kazanılması Bakımından TMK m. 988 ve 989 Hükmülerinin Uygulama Alanının Değerlendirilmesi*”, **Yargı Kararları Sempozyumu-I Eşya Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 280, 281; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 115; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 202; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 125; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 76, dpn. 151, s. 93; Ayan, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 175; Ayiter, **Eşya Hukuku**, s. 29; Sirmen, **a.g.e.**, s. 93.

²²³ Akipek, **Menkul Davası**, s. 72; Özakman, **a.g.m.**, s. 510; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 115; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 201; Akipek, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 256; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 195; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 119; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 76; Ayan, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 176; Ayiter, **Eşya Hukuku**, s. 28, 29; Sirmen, **a.g.e.**, s. 90; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 116; Ertaş, **a.g.e.**, s. 64. Davalı hakkını ispat etmenin yanı sıra davacının kötü niyetli zilyet olduğunu ispat ederek de eşyayı geri vermekten kurtulabilir. Zira TMK m. 991'e göre önceki zilyet, zilyetliği iyiniyetle ele geçirmemişse sonraki zilyede karşı taşınır davası açma hakkına sahip değildir. Akipek, **Menkul Davası**, s. 68; Özakman, **a.g.m.**, s. 504; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 115; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 201; Akipek, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 255; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 121; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 282; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 76; Ayiter, **Eşya Hukuku**, s. 28; Sirmen, **a.g.e.**, s. 90; Ertaş, **a.g.e.**, s. 64. Belirtilen bu durumların dışında davacının taşınır davası açarken iddia ettiği hakka sahip olmadığının ispat edilmesinin de eşyanın geri verilmesini engelleyip engellemeyeceği tartışmalıdır. Bu husustaki görüşler için bakınız: Özakman, **a.g.m.**, s. 511; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 115; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 200; Akipek, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 255; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 187, 188; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 283, 284; Ayan, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 176; Sirmen, **a.g.e.**, s. 90, 91; Burcuoğlu, **a.g.m.**, s. 521, 522, 524.

değildir²²⁴. Bu durumda TMK m. 989/f. 1'e dayanılarak taşınır davası açılmaz. Ancak üçüncü kişinin kötünietli olması halinde TMK m. 991'in kötünietli zilyede karşı her zaman taşınır davası açılabilceğini düzenleyen hükmüne binaen bu dava açılabilir. Bu noktada belirtilmesi gerekir ki önceki zilyet de zilyetliğı kötünietle edinmişse sonraki kötünietli zilyede karşı taşınır davası açma hakkına sahip değildir (TMK m. 991/f. 2); açtığı takdirde önceki zilyedin kötünietli olduğunun ispatı ile davanın reddedilmesi gerekir²²⁵. Kanun iki kötünietli zilyetten hâlihazırdaki zilyedin korunmasını tercih etmiştir. Böylelikle, açıklanan son ihtimal dışında, taşınır davası hak karinelerine dayanılarak zilyetliğin yeniden tesis edilmesini sağlar.

5. Zilyetliğin İdari Yoldan Korunması

Türk Medenî Kanunu'nda düzenlenen kuvvet kullanma ve dava yolları her zaman kolayca gerçekleştirilebilecek zilyetlik ihlallerine çözüm olabilecek nitelikte değildir. Zira kuvvet kullanma her zaman başvurulabilecek bir yol değildir. Nitekim bu yola başvuru imkânı zaman açısından kısıtlanarak gasp ve saldırı anı ile sınırlı tutulmuştur (TMK m. 981/f. 2). Ayrıca somut hayat olayının şartlarında kuvvet kullanmak her zaman mümkün olmayabilir. Dava yolu ise zilyetliğı korumak için yeterince hızlı bir yol değildir. Bu sebeplerle zilyetliğin idari yoldan korunması da kabul edilmiştir. Bu yol 3091 sayılı "*Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun*"²²⁶ ile düzenlenmiştir. Zilyetliğin idari yoldan korunmasında idari makamlara yapılacak başvuru ile 3091 sayılı Kanunda belirtilen taşınmazlara yapılan müdahaleler bertaraf edilir ve taşınmaz eski zilyedine teslim edilir.

3091 sayılı Kanun kapsamında korunacak yerler gerçek veya tüzel kişilerin zilyet bulunduğu taşınmaz mallarla kamu idareleri, kamu kurumları ve kuruluşları veya bunlar tarafından idare olunan veya Devlete ait veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan sahipsiz yerler veya menfaati umuma ait olan taşınmaz mallardır (3091 sayılı Kanun m. 1). Taşınır eşyaların zilyetliğine yapılacak müdahaleler Kanunun

²²⁴ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 114.

²²⁵ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 113; Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 102; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 119; Ayan, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 166, 176.

²²⁶ 15.12.1984 tarihli 18606 sayılı Resmî Gazete.

kapsamı dışında bırakılmışken üzerindeki hâkimiyetin özel hukuk anlamında zilyetlik olmadığı²²⁷ kamu idareleri, kamu kurumları ve kuruluşları veya bunlar tarafından idare olunan veya Devlete ait veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan sahipsiz yerler veya menfaati umuma ait olan taşınmaz mallar Kanun kapsamına alınmıştır.

Belirtilen taşınmazların zilyetliğine yönelik yapılacak müdahalelerin bertaraf edilmesi için başvuru o taşınmaz malın zilyedi, zilyet birden fazla ise içlerinden biri; kamu idareleri, kamu kurumları ve kamu kuruluşları ile tüzelkişilerin başvuruları yetkili kişi; köye ait taşınmaz mallar için köy halkından herhangi biri tarafından yapılabilir (3091 sayılı Kanun m. 3/f. 1, 2, 3).

Başvuru yetkililerin, yapılan tecavüz veya müdahaleyi öğrendikleri tarihten itibaren 60 gün içinde ve her halde tecavüz veya müdahalenin oluşundan itibaren 1 yıl içinde yapılmalıdır. Ancak Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler ile menfaati umuma ait olan taşınmaz mallara yapılan tecavüz veya müdahalelerde süre ile sınırlı olunmadan başvuru yapılabilir (3091 sayılı Kanun m. 4).

Başvuru konusunun kanun kapsamında olmadığı dilekçeden açıkça ve kesinlikle anlaşılmıyorsa soruşturma başlatılır. Aksi halde başvuru soruşturma yapılmadan yazılı olarak reddedilebilir (3091 sayılı Kanun m. 5/f. 3). Soruşturma başlatılması halinde en geç 15 gün içinde tamamlanarak karar verilir (3091 sayılı Kanun m. 6/f. 2). Soruşturma sonucunda başvurunun haklı olduğu kabul edilirse taşınmaz malın merkez ilçe sınırları içinde olması halinde il valisi veya görevlendireceği vali yardımcısı; diğer ilçelerde olması halinde ise kaymakamlar tarafından tecavüz veya müdahalenin önlenmesine karar verilir ve taşınmaz mal yerinde zilyedine teslim edilir (3091 sayılı Kanun m. 2). Kararın icrası karar vermeye yetkili amirce görevlendirilecek infaz memuru tarafından, taşınmaz malın yerinde ve o andaki durumu ile zilyedine, tüzelkişiliğe veya kamu idareleri, kamu kurumları ve kuruluşlarına teslim edilmesi suretiyle yerine getirilir (3091 sayılı Kanun m. 9/f. 1).

İdari mercilerin Kanuna göre verilen kararları idari yargı yolu açık olmak üzere kesindir. Taşınmaz mal üzerinde üstün bir hakkı olduğunu iddia edenler ise adli yargı yoluna başvurabilir (3091 sayılı Kanun m. 7). Keza tecavüz veya müdahalesi önlenen

²²⁷ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 100; Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s. 28

kişi, taşınmaz mal üzerinde vücuda getirdiği her türlü ekim, tesis ve değişikliklerden dolayı ancak genel hükümler dairesinde yargı yoluna başvurabilir (3091 sayılı Kanun m. 10).

6. Elatmanın Önlenmesi Davası ile Zilyetliğin Korunması Yollarının Karşılaştırılması

Zilyetlik durumunu koruyan yollar ile elatmanın önlenmesi davasının ayrıldığı en temel nokta korumaya yöneldikleri değerlerdir. Zilyetliği koruyan düzenlemeler, yukarıda açıklandığı üzere, herhangi bir müdahale yapılmadan önceki zilyetlik durumuna dönölmesini amaçlarken elatmanın önlenmesi davası mülkiyet hakkına dayalı bir koruma sağlayarak hak sahibinin kullanma, yararlanma ve tüketme yetkilerini serbestçe kullanılmasını hedefler. Bu hususa ek olarak elatmanın önlenmesi davasından ayrıldıkları diğer noktaları daha iyi tespit edebilmek için zilyetlik davaları ile taşınır davasının ayrıca incelenmesinde fayda vardır. Kuvvet kullanma hakkı ile idari yolla sağlanan korumalar ise yargısal yol dahi olmadıkları için bunların ayrıca incelenmesine gerek yoktur. Zilyedin isterse, şartlarının oluşmasıyla, kuvvet kullanma ya da idari yola isterse de elatmanın önlenmesi davasına başvurabileceğinin belirtilmesi yeterlidir.

Zilyetlik davalarında ise elatmanın önlenmesi davasına asıl benzeyen dava saldırı halinde açılabilir olan davadır. Şöyle ki gasp halinin gerçekleşmesi için zilyetliğin tamamen kaybedilmesi gerekir. Oysa elatmanın önlenmesi davasının açılabilmesi için yapılan müdahalenin zilyetliğin kaybına neden olmaması gerekir. Bu sebeple, yapılan müdahale açısından, elatmanın önlenmesi davasına asıl benzeyen dava zilyetliğe saldırı halinde açılabilir olan davadır. Her iki davada da haksız bir müdahale söz konusudur.

Zilyetliğe saldırı halinde açılabilir olan dava zilyetliği korumaya yöneliktir; hakkın varlığı tartışılmaz. Keza TMK m. 983 de zilyetliğin gaspı halinde açılabilir olan davadan ayrılarak, üstün hakkın ispatı ile eşyanın geri verilmeyeceğini düzenlememiştir. Elatmanın önlenmesi davası ise, kural olarak, mülkiyet hakkına

dayanır ve davada bu hakkın ispat edilmesi gerekir²²⁸. Aynî hakka dayanması sebebiyle de elatmanın önlenmesi talebi zamanaşımını uğramaz. Keza bu davaya ilişkin hak düşürücü süre de belirlenmemiştir. Ancak işin niteliği gereği müdahalenin bertaraf edilmesi müdahale devam ederken istenebilir. Zilyetliğe yapılacak saldırının önlenmesine ise TMK m. 984'te belirlenmiş hak düşürücü süreler içinde başvurulması gerekir.

Bu iki dava arasındaki bir diğer fark ise bu davaları açabilecek kişiler bakımındandır. Elatmanın önlenmesi davasını aynî hak sahipleri, kural olarak malik, açabilecekken; zilyetliğe yapılan saldırının önlenmesi davasını hak sahibi olmasına gerek olmayan zilyet açabilir²²⁹. Keza malik aynı zamanda zilyetse ister elatmanın önlenmesi davası isterse de zilyetliğe yapılan saldırının önlenmesi davasını açar²³⁰. Bu durumda farklı hukukî sebeplere dayanan bu iki davanın her ikisi de zilyetliğe koruma sağlayabileceğinden birbiri ile yarışır.

Ayrıca belirtilmesi gerekir ki zilyetliğe saldırı halinde açılan davada zilyetlik durumu tespit edilerek zilyetliğe yapılan saldırının önlenmesine karar verilir; üstün hak iddiası dinlenmez. Elatmanın önlenmesi davasında ise müdahalenin bertaraf edilmesi için öncelikle davanın dayandığı hakkın tespit edilmesi gerekir. Bu sebeplerle bu davalarda verilen kararlar birbirleri için kesin hüküm oluşturmaz²³¹. Böylelikle zilyetliğe yapılan saldırının önlenmesi davasından sonra hakka dayanılarak elatmanın önlenmesi de talep edilebilir²³².

Son olarak belirtmek gerekir ki zilyetliği koruyan davalar sulh hukuk mahkemelerinde görülürken (HMK m. 4/f. 1, b. c) elatmanın önlenmesi davası asliye hukuk mahkemelerinde görülür. Bunun bir sonucu olarak zilyetliğe yapılan saldırıların

²²⁸ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 324; Uzun Kazmacı, Şenol, **a.g.e.**, s. 498, 499; Kurşun, **a.g.e.**, s. 32.

²²⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 97, 98.

²³⁰ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 134; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 53, dpn. 97; Ayan, **Mülkiyet**, s. 164; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 124; Kurşun, **a.g.e.**, s. 33.

²³¹ Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 3**, s. 129. Maddî anlamda kesin hükmün etkisine dair açıklamalar için bkz.: Üçüncü Bölüm, III, B.

²³² Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 100; Akipek, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 234, 239; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 112, 126; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 58; Ayan, **Zilyetlik ve Tapu Sicili**, s. 125; Ayiter, **Eşya Hukuku**, s. 24; Sirmen, **a.g.e.**, s. 79.

önlenmesi davası basit yargılama usulüne göre (HMK m. 316/f. 1, b. a); elatmanın önlenmesi davası yazılı yargılama usulüne göre görülür.

Taşınır davası açısından bakıldığında ise bu davanın elatmanın önlenmesi davasından asıl ayrılan yönü yapılan müdahaledir. Taşınır davasında yapılan müdahale eşyanın zilyetliğine son verir. Elatmanın önlenmesi davasında ise müdahalenin zilyetliğe son vermemesi gerekir. Bu sebeple taşınır davası ile elatmanın önlenmesi davasının aynı anda uygulanma imkânı yoktur. Bunun yanı sıra taşınır davası, taşınır nitelikteki eşyaya münhasırdır; elatmanın önlenmesi davası ise hem taşınır hem de taşınmaz eşya için uygulanabilir. Taşınır davasında davanın hukukî sebebini zilyetlikten doğan hak karineleri oluşturur ve zilyetliğin ispatı ile birlikte davalının üstün hak karinesinin çürütülmesi yeterlidir²³³. Oysa elatmanın önlenmesi davasının hukukî sebebini mülkiyet hakkı oluşturur ve bunun ispatı gerekir. Son olarak, taşınır davasını zilyetliği iradesi dışında sona erdirmiş zilyetler açabilir. Zilyedin hak sahibi olması gerekmez²³⁴.

III. Elatmanın Önlenmesi Davasının Konusu, Dava Konusunun Değeri, Hukukî Niteliği ve Tarafları

A. Elatmanın Önlenmesi Davasının Konusu

Dava konusu davanın hangi hususa ilişkin olduğu gösteren kayıttır ve dilekçede açıkça belirtilmelidir (HMK m. 119/f. 1, b. d). Türk hukukunda dava konusunun talep sonucunda ileri sürülen usulî talep olduğu görüşü hâkimdir²³⁵. Kanaatimizce de dava konusu mahkemeden hüküm altına alınması istenen talep sonucundan oluşur.

²³³ Bkz.: Birinci Bölüm, II, B, 4.

²³⁴ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 111.

²³⁵ Dava konusuna dair teorik tartışmalar çalışmamızın kapsamını aşacağından ayrıntılarıyla anlatılmamıştır. Ancak dava konusuna dair temel teorileri belirtmekte fayda vardır. Dava konusunun ne olduğuna dair görüşler temel olarak “*eski maddî hukuk teorileri*”, “*saf usulî teoriler*” ve “*yeni maddî hukuk teorileri*” başlıkları altında toplanmıştır. Eski maddî hukuk teorileri başlığı altında toplanan görüşlere göre, dava konusunu maddî hukukun düzenlendiği talep oluşturur. Usul hukukunda ayrıca bir talep kavramı yer almaz. Maddî hukukun düzenlendiği talep ise bir şeyi yapma, yapmama veya verme isteklerini ifade eder. Bu teori, maddî hukuktaki talep kavramının yalnızca eda davalarında geçerli olduğu; tespit ve inşai davalarda karşılığı olmadığı için eleştirilmiştir. Nitekim tespit ve inşai davalarda bir şeyi yapma, yapmama veya verme talepleri yoktur. Ayrıca tek bir vakıadan kaynaklanan ancak farklı hukuki sebeplere dayanan davalarda maddî hukuka göre birden fazla talep hakkı gündeme gelir. Bu durumda farklı hukuki sebeplere dayanarak aynı vakıa için ileri sürülen taleplerin farklı talepler olduğunu kabul etmek gerekir. Bu kabul

derdestlik ve kesin hüküm şartlarının görmezden gelinmesine yol açar. Bu durum aynı uyumsuzluk için farklı yönde kararlar çıkmasına sebebiyet vererek hukuk güvenliğini ihlal edebileceği gibi usul ekonomisine de aykırı olur. Son olarak maddî hukukta talep hukukî ilişkinin tarafı olan belirli bir kişiye yöneltilirken davada talep devleti temsil eden mahkemeye yöneltilir. Eski maddî hukuk teorisindeki bu eleştiriler usûl hukukunda, maddî hukuktan bağımsız bir talep kavramı olduğu yönündeki saf usûlî teorilerin doğmasına yol açmıştır. Saf usûlî teoriler kendi içinde talep sonucunun ve vakıalar karışımının eşdeğer olarak dava konusunu oluşturduğu; yine vakıalarla birlikte olmak üzere ama ağırlık olarak talep sonucunun dava konusunu oluşturduğu; nihayet sadece talep sonucunun dava konusunu oluşturduğu biçiminde farklı görüşlere ayrılrsa da ortak olarak usûl hukukunda maddî hukuktan bağımsız bir talep kavramı olduğunu savunulur. Belirtilen farklı görüşler olmakla birlikte, münhasıran usûlî talep sonucunun dava konusunu oluşturduğu ağırlıklı olarak kabul edilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun da bu görüşü esas aldığı savunulmaktadır. Kanunun bu görüşü esas aldığı belirgin olarak 119. ve 303. maddelerden anlaşılır. Şöyle ki HMK m. 119'da maddî vakılardan ayrı olarak dava konusu ve talep sonucu açıkça zikredilir. HMK m. 303'de de vakıaların yanı sıra talep sonucuyla ilişkili olan hüküm fıkrasıyla, ikinci davadaki talep sonucunun aynı olması halinde kesin hüküm oluşturacağı belirtilmiştir. Böylelikle Kanun'un vakıalar ile talep sonucunu ayrı tuttuğu, bunlar arasında bir bağ olmadığı anlaşılır. Bu durumda da dava konusu vakıalarla bir ilişkisi olmayan talep sonucundan oluşur. Son olarak usûl hukuku ile maddî hukuk arasındaki bağın koparılması gerektiğini düşünen yazarlar tarafından yeni maddî hukuk teorileri ileri sürülmüştür. Yeni maddî hukuk teorileri de dava konusunun belirlenmesi için maddî hukuk kurallarında öngörülen talep kavramını baz alır; ancak aynı amaca yönelmiş olan birden fazla hukukî sebebe dayanılması halinde derdestlik ve kesin hüküm problemlerinin yaşanmaması için buldukları çözümlerle maddî hukuk teorilerinden ayrılır. Bu çözümlerde temel noktalarda fikir ayrılıkları yaşandığı için yeni maddî hukuk teorilerinde dava konusu üzerine henüz bir birleşme mevcut değildir. Dava konusu hakkındaki teorilere dair geniş bilgi için bkz.; Meltem Ercan Özler, **Medenî Usûl Hukuku'nda Dava Konusu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019; Levent Börü, *“Dava Konusu Kavramı ve Teorileri”*, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 28, S. 2, 2012, s. 257-296 (Kısaca Dava Konusu Kavramı); Kamil Yıldırım, *“Medeni Usul Hukukunda Dava Konusu Teorileri”*, **Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 6, S. 1-3, 1991, sa. 23-50; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 516 vdm.

Dava konusunun talep sonucundan oluştuğuna dair görüşler için bkz.: Ercan Özler, **a.g.e.**, s. 219; Börü, **Dava Konusu Kavramı**, s. 281, 283; Muhammet Özekes, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 3 Cilt, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, C. 2, s. 1502; Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt 5**, 6 Cilt, 6. Baskı, İstanbul, Demir Demir Yayıncılık, 2001, C. 5, s. 4987, 4988 (Kısaca Usul C. 5); Necip Bilge, Ergun Önen, **Medenî Yargılama Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, 1978, s. 692; İlhan Postacıoğlu, Sümer Altay, **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, 8. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 404; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 525, 526, 686, 711; Süha Tanrıver, **Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı**, 2. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007, s. 81, 82 (Kısaca Derdestlik); Karl Heinz Schwab, *“İhtilaf Konusu (Müddeabih)Hakkındaki Doktrinin Durumu”*, Çev. Yavuz Alangoya, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 33, S. 3-4, 1967, sa. 288-303, s. 295 vdm.; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, Emel Hanağası, **Medenî Usûl Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 704, 705; Şanal Görgün, Levent Börü, Mehmet Kodakoğlu, **Medenî Usûl Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, s. 641; Ali Cem Budak, Varol Karaaslan, **Medenî Usul Hukuku**, 5. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, s. 192; Ejder Yılmaz, **Medeni Yargılama Hukukunda Islah**, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, s. 192 (Kısaca Islah); İbrahim Ermenek, **Medenî Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s.166, 167 (Kısaca Birleştirme Ayırma); İbrahim Aşık, **Medenî Usul Hukukunda Bekletici Sorun**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 198; Ömer Ulukapı, **Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı**, Konya, Mimoza Yayınları, 1991, s. 19, 20 (Kısaca Dava Arkadaşlığı); Burhan Gürdoğan, **Medenî Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı**, Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1960, s. 75; Börü, **Dava Konusunun Devri**, s. 232, 233; Uğur Bulut, **Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 285 vdm.

Dava konusunun dava dilekçesinde yer almamasının yaptırımının ne olacağı hususu ise öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre²³⁶, dava konusunun dava dilekçesinde yer almaması gerçek bir eksiklik oluşturmaz. Zira münhasıran talep sonucu dava konusunu oluşturur. Talep sonucundan dava konusunun anlaşılabilirdiği bu durumlarda dava konusunun eksik olduğu söylenemez. Ancak yine de dava konusunun ayrıca belirtilmesinde fayda vardır. Zira dava konusuna bakılarak ilk bakışta görevli ve yetkili mahkemenin, davanın harca tabi olup olmadığının ve harca tabi ise harcın türünün tespiti mümkün olur²³⁷. Talep sonucundan dava konusunun anlaşılabilirdiği halinde ise hâkim davayı aydınlatma ödevi (HMK m. 31) gereği dava konusunu açıklattırmalıdır. Diğer bir görüş ise²³⁸ dava konusu ile dava konusunun değeri hususunda bir ayırım yapmayıp dava konusunun eksikliğini harçlar bakımından değerlendirerek eksiklik tamamlanmadıkça bir işlem yapılmaması gerektiğini belirtmiştir.

Azınlık görüşü olarak dava konusunun talep sonucu ve vakialardan oluştuğu yönündeki görüşler için bakınız: Yıldırım, **a.g.m.**, s. 40, 41; Nedim Meriç, “*Türk Hukukunda Maddî Anlamda Kesin Hükümün Objektif Sınırları*”, **Legal Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, C. 3, S. 7, 2007, sa. 377-434, s. 394; Hamide Özden Özkaya-Ferendeci, **Kesin Hükümün Objektif Sınırları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009, s. 177, 178; Ahmet Cahit İyilikli, **Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 376; Timuçin Muşul, **Medenî Usul Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 144 (Kısaca Usul); Timuçin Muşul, **Medenî Usul Hukukunda Terdit İlişkileri**, 2 (Tıpkı) Baskı, Ankara, Yetkin Yayınlar, 2009, s. 102 (Kısaca Terdit); Yavuz Alangoya, “*Yargılama Strasında Tarafıta (Yanda)İradî Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler*”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 3, S. 5, 1969, sa. 125-190, s. 149, dpn. 68; Yavuz Alangoya, Kamil Yıldırım, Nevhis Deren Yıldırım, **Medenî Usul Hukuku Esasları**, 7. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2009, s. 222; Tuğçe Arslanpınar Tat, “*Olağanüstü Zamanaşımıyla Taşınmaz Mülkiyetinin Kazanılmasının (TMK m. 713) Yargılama Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*”, **Prof. Dr. Necmettin M. Berkin’e Armağan**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, sa. 127-180, s. 143.

²³⁶ Ercan Özler, **a.g.e.**, s. 268; İbrahim Aşık, “*Güncel Yargıtay Kararları Işığında Dava ve Cevap Dilekçesinin Unsurları*”, **Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 3, 2014, sa. 145-175, s. 156; Emre Kıyak, “*Yargıtay Kararları Işığında Dava Dilekçesinde Yer Alan Unsurların Eksik Olması Halinde Uygulanacak Hükümler*”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 22, S. 1, 2014, sa. 127-158, s. 143; Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt 2**, 6 Cilt, 6. Baskı, İstanbul, Demir Demir Yayıncılık, 2001, C. 2, s. 1586 (Kısaca Usul C. 2); Baki Kuru, **Medenî Usul Hukuku El Kitabı Cilt I**, 2 Cilt, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, C. I, s. 452 (Kısaca Usul El Kitabı C. I); Bilge, Önen, **a.g.e.**, s. 437; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 692; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 367; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 334; Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, **Medenî Usûl Hukuku**, 24. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 286.

²³⁷ Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 360.

²³⁸ Hakan Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 3 Cilt, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, C. 2, s. 1163.

El atmanın önlenmesi davasının konusu ise yapılan saldırının bertaraf edilmesi yani el atmanın önlenmesidir. Nitekim dava konusunu oluşturan usûlî talep de el atmanın önlenmesidir. Belirtilmesi gerekir ki müdahalenin yapıldığı taşınır, taşınmaz veya müdahaleye uğrayacak diğer şeyler dava konusunu oluşturmaz. Bunlar dava konusundan ayrı olarak “*davanın konusu*”, “*çekişme konusu*” veya “*uyuşmazlık konusu*” olarak ifade edilen unsur oluşturur²³⁹. Davanın konusu veya çekişme konusu terimlerinin kanunî bir tanımı yoktur. Ancak doktrinde neyin uyuşmazlık konusunu oluşturduğuna dair açıklamada, davacı veya davalı sıfatı, mal veya hak üzerindeki hukukî ilişkiye dayanıyorsa o mal veya hakkın uyuşmazlık konusu olacağı belirtilmiştir²⁴⁰.

El atmanın önlenmesi talebi ve ona bağlı olarak belirlenen dava konusu ile, kural olarak, mülkiyet hakkının ihlale uğramadan muhafaza edilmesi amaçlanır²⁴¹. Malik, mülkiyet hakkından doğan yetkilerini tam olarak kullanmak için yapılan müdahalenin giderilmesini konu alan bu davayı açar. Dava dilekçesinde dava konusunun belirtilmemesi halinde ise hemen yukarıda ifade edildiği üzere, talep sonucundan dava konusu tespit edilebilir²⁴².

B. Elatmanın Önlenmesi Davasında Dava Konusunun Değeri

Dava konusunun yanı sıra mal varlığına ilişkin davalarda dava konusunun değerine de dava dilekçesinde yer verilmelidir (HMK m. 119/f. 1, b. d). Kanun’da da açıkça yer verildiği üzere dava konusu ile dava konusunun değeri ayrı unsurlardır. Öyle ki dava konusu mahkemeden hüküm altına alınması istenen talebin neye ilişkin olduğunu gösteren kayıttır. Hem şahıs varlığına hem de mal varlığına ilişkin davalarda dava konusuna yer vermek gerekir. Oysa dava konusunun değeri, harca esas miktarın belirlenmesi için mal varlığı haklarına ilişkin davalarda gösterilmesi gereken unsurdur²⁴³.

²³⁹ Ercan Özler, **a.g.e.**, s. 268; Börü, **Dava Konusu Kavramı**, s. 275; Bulut, **a.g.e.**, s. 303, 304.

²⁴⁰ Börü, **Dava Konusunun Devri**, s. 237

²⁴¹ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 52.

²⁴² Talep sonucunun eksik olması halinde ne yapılması gerektiğine dair bkz.: Birinci Bölüm, dpn. 263.

²⁴³ Ercan Özler, **a.g.e.**, s. 128, 276.

Elatmanın önlenmesi davasında ise dava konusu yukarıda belirtildiği gibi yapılan saldırının bertaraf edilmesidir. Bu talebin ve ona bağlı olarak belirlenen dava konusunun bir değeri yoktur. Zira önlenmesi istenen bir fiildir ve bu fiile objektif olarak değer biçilmesi mümkün değildir. Müdahalenin oluşturduğu zarar da dava konusunun değeri olarak kabul edilemez. Zira elatmanın önlenmesi talebi zararın tazmin edilmesini kapsamaz. Tazmin talebinin, elatmanın önlenmesi davasında ayrıca ileri sürülmesi gerekir²⁴⁴.

Her ne kadar el atmanın önlenmesi talebinin ve ona bağlı olarak belirlenen dava konusunun bir değeri bulunmasa da Harçlar Kanunu elatmanın önlenmesi, tescil ve tapu kaydının düzeltilmesi gibi taşınmazın aynına ilişkin davalarda dava konusu değerinin tespiti için taşınmazın değerinin esas alınacağını düzenlemiştir (Harçlar Kanunu m. 16/f. 1). Bu durumda elatmanın önlenmesi davasında, dava konusunun değeri müdahalede bulunulan taşınmazın değerine göre tespit edilir. Taşınmazın yalnızca, ayrı olarak tespit edilebilen, bir kısmına müdahalede bulunulması halinde ise dava konusunun değeri bu kısım esas alınarak belirlenir.

Elatmanın önlenmesi talebi ile birlikte zararın tazmini gibi diğer taleplerin bulunması halinde taşınmazın değerine bu taleplerin de değeri eklenerek dava konusunun değeri ve bu sayede de yatırılması gereken harcın miktarı toplam değere göre tespit edilir (Harçlar Kanunu m. 16/f. 2)²⁴⁵. Ancak faiz ve yargılama giderleri gibi yan talepler dava konusunun değeri belirlenirken dikkate alınmaz²⁴⁶. Ayrıca taşınmazın değeri belirlenirken davanın açıldığı andaki değeri esas alınır. Buna göre tespit edilen değer davaya dilekçesinde yer alması gerekir.

²⁴⁴ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 53; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 506; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 366; Eren, **a.g.e.**, s. 43; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 77.

²⁴⁵ Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 1**, s. 51. “...Binaenaleyh, açılan dava arsaya müdahalenin meniiyle beraber arsa üzerindeki binanın yıktırılması talebini ihtiva ettiği takdirde vazifenin, her ikisinin kıymeti yekunu üzerinden tayini gerektiğine 4.3.1953 tarihinde ittifakla karar verildi...” YİBHKG., E. 1951/10, K. 1953/2, T. 04.03.1953, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.11.2019. Aynı yönde bkz.: Ankara BAM, 16. HD., E. 2017/1675, K. 2018/19, T. 18.1.2018, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; Yargıtay 8. HD., E. 2018/6641, K. 2021/74, T. 11.1.2021, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; Yargıtay 8. HD., E. 2018/7641, K. 2021/86, T. 14.1.2021, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; Yargıtay 8. HD., E. 2021/174, K. 2021/389, T. 21.1.2021, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

²⁴⁶ Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1135.

Dava konusunun eksik olması halinde olduğu gibi dava konusunun değerinin eksik olması halinde de bu eksikliğin nasıl giderileceği Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Bu hususta ilk olarak belirtilmesi gerekir ki harçlardaki eksiklik tamamlamadan yargılamaya devam edilemez. Nitekim 492 sayılı Harçlar Kanunu²⁴⁷ m. 32 de “*Yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe mütaakıp işlemler yapılmaz.*” diyerek bu durumu açıkça düzenlemektedir. Harçlar Kanunu'na aykırılık kamu düzenini ilgilendirdiğinden hâkim yargılamanın her aşamasında re'sen eksikliği gözetmeli ve tamamlanması için gerekli işlemleri yapmalıdır²⁴⁸. Bu durumda harcın miktarının belirlenmesine esas olacak dava konusunun değeri belirtilmeden veya eksik belirtilmişse tamamlanmadan yargılamaya devam edilemez; bunun tamamlanması gerekir.

Yukarıdaki açıklamalardan açıkça anlaşıldığı üzere dava konusunun değeri, esas olarak, harçlarla ilgili olduğundan bunun nasıl tamamlattırılacağı ve tamamlanmazsa yaptırımının ne olacağı Harçlar Kanunu'nda düzenlenmektedir. Bu nedenle söz konusu yaptırım Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda tekrar düzenlenmemiştir²⁴⁹.

Harçlar Kanunu, dava konusu değerinin hiç gösterilmemesi ile eksik gösterilmesini ayrı sonuçlara bağlar. Harçlar Kanunu m. 16/f. 3'e göre, dava konusunun değerinin gösterilmemiş olması halinde hâkim, davacıya değer tespiti edilip harcın tamamlanması için süre verir ve harçlar tamamlanmadan takip eden işlemlerin yapılmaması gerektiğinden (Harçlar Kanunu m. 32) başkaca işlem yapmaz²⁵⁰. Davacı, dava konusunun değerini tespitten kaçınırsa dava dilekçesi işleme

²⁴⁷ 17.07.1964 tarihli 11756 sayılı Resmî Gazete.

²⁴⁸ Özekes, **Dava Dilekçesinde Eksiklik**, s. 284; Cengiz Topel Çelikoğlu, “*Hukuk Muhakemeleri Kamuna Göre Dava ve Cevap Dilekçeleri*”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 6, S. 63, 2011, sa. 48-60, s. 55; Ercan Özler, **a.g.e.**, s. 279; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1163; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özekes, **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 9. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 242.

²⁴⁹ Özekes, **Dava Dilekçesinde Eksiklik**, s. 284, 285; Ercan Özler, **a.g.e.**, s. 129; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1135; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 367; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 296; Bilge Umar, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 355.

²⁵⁰ Özekes, **Dava Dilekçesinde Eksiklik**, s. 284; Aşık, **a.g.m.**, s. 157; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1162, 1163; Kuru, **Usul C. 2**, s. 1586, 1587; Saim Üstündağ, **Medenî Yargılama Hukuku**, 7. Bası, İstanbul, Nesil Matbaacılık, 2000, s. 477 (Kısaca Usul). Bu konuda ileri sürülen farklı yönde bir görüşe göre dava konusunun değeri belirtilmeden dava açılması

konulmaz (Harçlar Kanunu m. 16/f. 3). Kanaatimizce bu hükümde yaptırıma bağlanan asıl yükümlülük dava konusunun değerinin tespit edilerek belirlenen harcın yatırılmamasıdır. Zira sadece dava konusunun değerinin tespit edilmesi, belirlenen harçlar yatırılmadıkça davanın görülmesini sağlamaz. Davanın görülmesi için tamamlanması gereken eksiklik dava konusunun değerine göre belirlenecek olan harçtır. Ayrıca çoğu zaman talep sonucundan dava konusu ve değeri de anlaşılır. Bu durumda değer tespit edilerek harç yatırılmadığında dilekçe işleme konulmaz ve dava açılmış olmaz.

Dava konusu değerinin eksik belirtmiş olması ise Harçlar Kanunu m. 30'da düzenlenir. Buna göre, dava konusu değerinin gerçek miktarının dilekçede gösterilenden fazla olduğu anlaşılırsa yalnızca o duruşma tamamlanır. Peşin ödenmesi gereken karar ve ilâm harcı gelecek duruşmaya kadar tamamlanmadığı takdirde yargılamaya devam edilmez. Bu durumda HMK m. 150'de düzenlenen dosyanın işleminden kaldırılması hükümleri uygulanır. Elatmanın önlenmesi davasında da değer gösterilmemesi veya eksik gösterilmesi hallerinde Harçlar Kanunu m. 16/f. 3 ve m. 30'a göre hareket edilmelidir.

C. Elatmanın Önlenmesi Davasının Hukukî Niteliği

1. Genel Olarak

Davalar, konularına veya ulaşmak istenen sonuçlara göre farklı isimler alır. Örnek olarak bir alacağı konu alan davalara “*alacak davası*”; bir taşınmazın boşaltılması için açılan davaya “*tahliye davası*” isimleri verilir²⁵¹. Ancak bu isimlendirmeler maddî hukuk göz önüne bulundurularak yapılır ve davaların birbirinden ayrılmasını sağlar. Oysa davaları birbirinden ayıracak tanımlamaların

mümkün olmaz. Zira harçlar dava konusu değeri üzerinden yatırılacağı için eksiklik dava başlangıcında fark edilip giderilir. Eksiklik giderilmeden dava açıldığında ise HMK m. 119/f. 2'nin kıyasen uygulanması gerekir. Ejder Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt 2**, 4 Cilt, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, Cilt 2, s. 2762, 2763 (Kısaca Şerh C. 2). Diğer bir görüşe göre, dava konusunun değerinin belirtilmesi gerekliliği sebebiyle dava dilekçesi reddedilmelidir. Süre verilmesine dahi gerek yoktur. Abdurrahim Karşlı, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 5. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020, s. 425. Diğer bir görüşe göre hâkim öncelikle kesin süre vermelidir. Bu süre içerisinde değer belirtilmezse dilekçenin reddine karar verilmelidir. Ömer Ulukapı, **Medenî Usûl Hukuku**, 3. Baskı, Konya, Mimoza Yayınları, 2015, s. 153 (Kısaca Usûl).

²⁵¹ Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 331.

yapılması kadar ortak özelliklerinin ortaya koyulması için belli özelliklerine göre gruplandırılması da önemlidir. Böylelikle aynı grup içerisinde yer alan davalar hakkında medenî usûl hukuku bakımından ortak olan özellikleri ortaya konulabilir²⁵².

Doktrinde davalar, genelde, talep edilen hukukî korumanın niteliğine göre ve talep sonucunun niceliğine göre ayrılır. Ayrıca davaya esas teşkil eden hakkın niteliğine göre de tasnif yapılmıştır²⁵³. Çalışmamızın kapsamında da dava türleri bu sıralama ile incelenmiştir. Ancak bütün dava türlerinin detaylı olarak incelenmesi çalışmamızın kapsamını aşacağı için yalnızca elatmanın önlenmesi davası göz önünde bulundurularak ilgili olabilecek dava türleri incelenmiştir. Bu dava türleri de bütün yönleriyle değil konu bakımından önem taşıyan noktalarıyla ele alınmıştır.

2. Talep Edilen Hukukî Korumanın Niteliğine Göre Elatmanın Önlenmesi Davası

Talep edilen hukukî korumanın niteliğine göre davalar eda davaları, tespit davaları ve inşaî davalardan oluşur. Ayrıca bazı yazarlar belirsiz alacak davaları ile kısmî davaları da bu başlık altında incelemiştir²⁵⁴.

Elatmanın önlenmesi davasının talep edilen hukukî korumanın niteliğine göre hangi dava türü içerisinde yer aldığına karar verebilmek için bu davada talep edilenin ne olduğunu hatırlamak gerekir. Şöyle ki elatmanın önlenmesi davasında mülkiyet hakkının verdiği yetkilerin kullanımını zorlaştıran veya engelleyen müdahalelerin

²⁵² Ejder Yılmaz, “*Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Dava Çeşitleri*”, **Bankacılar Dergisi**, C. 23, S. 80, 2012, sa. 83-104, s. 83; Yılmaz, **Şerh C. 2**, s. 2296, 2297.

²⁵³ Doktrinde genel olarak bu başlıklar kabul edilse de bunların içerisinde yer alan davalarda farklılıklar mevcuttur. Örnek olarak bir tasnif eda, tespit ve inşaî davaları talep edilen hukukî korumanın niteliğine göre davalar başlığı altında; kısmî, belirsiz terditli, seçimlik, yarışan davalar ile davaların yığılmasını talep sonucunun niceliğine göre davalar başlığı altında ve son olarak topluluk davasını bu başlıklar haricinde incelemiştir. Yılmaz, **a.g.m.**, s. 83; Pekcanıtez, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 954 vdm. Diğer bir tasnif ise belirsiz alacak davasını talep edilen hukukî korumanın niteliğine göre davalar başlığı altında; topluluk davasını ise talep sonucunun niceliğine göre davalar başlığı altında incelemiştir. Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 331 vdm. Diğer bir yazar ise belirsiz alacak davası ile birlikte kısmî davayı da talep edilen hukukî korumanın niteliğine göre davalar başlığı altında incelemiştir. Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 623 vdm. Bir başka yazar ise eda, tespit, belirsiz alacak, inşaî ve topluluk davalarını talep sonucunun niteliğine göre; kısmi, terditli, seçimlik davalar ile davaların yığılmasını talep sonucunun niceliğine göre davalar başlığı altında toplamıştır. Ulukapı, **Usûl**, s. 217 vdm.

²⁵⁴ Bkz.: Birinci Bölüm, dpn. 253.

bertaraf edilmesi talep edilir²⁵⁵. Müdahalenin nasıl bertaraf edileceği ise her somut olaydaki vakıya göre değişir. Örnek olarak yapılan müdahale taşınmazın yol olarak kullanılması biçiminde ise bu şekilde kullanılmamasına dair; müdahalenin taşınır niteliğindeki yapı (TMK m. 728) olması halinde ise bunun kaldırılmasına dair hüküm verilmesi talep edilir. Verilen örneklerde davalının mahkûm edildiği edimlerin biri fiil olarak bir şeyin yapılmamasına (taşınmazın yol olarak kullanılmaması) diğeri fiil olarak bir şeyin yapılmasına (taşınır niteliğindeki yapının kaldırılması) yönelik olsa da elatmanın önlenmesi davasının, esasında, “*mülkiyet hakkına müdahale edilmemesi*” talep edilir. Böylelikle bir şeyin yapılmamasının talep edildiği bu dava bir eda davasıdır²⁵⁶. Nitekim eda davaları, davalının bir şeyi vermesine, yapmasına veya yapmamasına mahkûm edilmesinin talep edildiği davalardır (HMK m. 105).

Eda davalarında güncel bir hak ihlâli doğuran uyuşmazlık, hak ihlâlini gidermek için yeterli ve gerekli bir yolla çözülmeye çalışıldığından bu davanın açılmasında hukukî yararın, kural olarak, var olduğu kabul edilir²⁵⁷. Ancak elatmanın önlenmesi davası açılabilmesi için her zaman mevcut bir müdahalenin olması gerekmez. Müdahalenin muhtemel olduğu zamanlarda da bu davanın açılabilmesi kabul edilmektedir²⁵⁸. Böylece davalının eylemleri gelecekte önemli ve ciddi ihlâllerin doğacağına dair bir tehdit oluştuyorsa elatmanın önlenmesi davası açmakta hukukî yarar vardır²⁵⁹.

²⁵⁵ Bkz.: Birinci Bölüm, III, A.

²⁵⁶ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 103; Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 1**, s. 25; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 496; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 366; Eren, **a.g.e.**, s. 43; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 75; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 198; Ayan, **Mülkiyet**, s. 164; Sirmen, **a.g.e.**, s. 278; Uzun Kazmacı, Şenol, **a.g.e.**, s. 499; Kurşun, **a.g.e.**, s. 70.

²⁵⁷ Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 965; Kuru, **Usul C. 2**, s. 1368; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 388; Yılmaz, **Şerh C. 2**, s. 2302; Bilge, Önen, **a.g.e.**, s. 392, 393, 408; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 333; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 289; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 250; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 623; Budak, Karaaslan, **a.g.e.**, s. 176.

²⁵⁸ Yılmaz, **a.g.m.**, s. 84. Aksi yönde bkz.: Bilge, Önen, **a.g.e.**, s. 408, 409. Yazar, kural olarak, mevcut menfaat halinde dava açılabilmesi savunur. İstisna olarak maddî hukuk kurallarının açıkça düzenlediği hallerde muhtemel menfaatin dava şartını sağlayacağını savunur. Başka bir görüş ise istisnai hallerde müeccel alacaklar ve gelecekte tekrarlanacak olan edimler için hukukî yararın olduğunu savunmaktadır. Kuru, **Usul C. 2**, s. 1370; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 388. Muhtemel müdahaleler için de elatmanın önlenmesi davası açılabilmesine dair bkz.: Birinci Bölüm, I, B, 4, c, (2), i.

²⁵⁹ Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 964; Üstündağ, **Usul**, s. 317.

Eda davası niteliğinde olan elatmanın önlenmesi davasında, mülkiyet hakkına müdahale eden eylemlerin engellenmesi talep edilir. Ancak her bir somut uyuşmazlığa göre bu eylemler ve bunların nasıl engelleneceği de değişiklik gösterir. Bu durumda davacı dilekçesinde, davalının eylemlerinin nasıl müdahale oluşturduğunu açıklamalı, müdahalenin yapıldığı alanı belirtmeli ve müdahalenin hangi hukukî sebebe dayanılarak nasıl bertaraf edilmesini istediğini açıkça ifade etmelidir²⁶⁰. Davacının genel bir ifade ile elatmanın önlenmesini talep etmesi yeterli değildir. Zira tasarruf (HMK m. 24) ve taleple bağıllık ilkeleri (HMK m. 26) gereği hâkim ancak taraflarca dava konusu yapılmış uyuşmazlık hakkında karar verip, talep edilenden daha fazlasına veya başka bir şeye hükmedemeyeceği için davacı eda davalarında talep ettiği hususu açıkça belirtmelidir. Ayrıca hâkimin tarafların talepleriyle bağlı olarak icraya elverişli bir karar verebilmesi için de talep sonucunun açık olması gerekir²⁶¹. Böylelikle davacı talep ettiği hukukî korumadan beklediği faydayı sağlayabilir.

Talep sonucunun bu şekilde açık olmadığı hallerde hâkim davayı aydınlatma ödevi gereği talep sonucunu açıklattırmalıdır²⁶². Dava dilekçesinden talep sonucunun

²⁶⁰ "...Davacının dava dilekçesi ile talep ettiği hususlar dava tarihi itibarıyla kesin olarak belirlediği konular olmayıp, şüphelidir. Hangi davalının hangi taşınmaz maliki olduğu, dava konusu ağaçların hangisi olduğu, hangi davalının hangi yere(ağaca) müdahalesinin olduğu, müdahale edilen alanın yüzölçümü, ağaçların değeri gibi hususlar davacı tarafa duruşmada ya da keşifte sorulmak suretiyle uyuşmazlık konusu ve değerinin HMK.31.madde gereğince açıklanması ve buna göre yargılamaya devam edilmesi gerekir...İlk Derece Mahkemesince: davacıdan talepleri konusunda HMK.31.madde gereğince davasını açıklamaları istenmeli; dava konusu el atmanın önlenmesi yönünden (kimin ve ne miktarda müdahalesinin bulunduğu yada bulunmadığı belirlenerek) zemin değeri; yıkım yönünden ağaç bedeli, keşfen saptanmak suretiyle toplam dava değeri üzerinden harç ikmal yapılmalı; davalı K1 yönünden karşılıklı olarak müdahalenin sonlandırıldığı konusunda yargılama aşamasında uyuşmazlık sona erdiği ve dava konusuz kaldığından, yargılama gideri ve vekalet ücreti yönünden değerlendirme yapılmalıdır..." İzmir BAM, 1. HD., E. 2017/682, K. 2017/649, T. 11.5.2017, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 19.10.2019. Aksi yönde görüş için bkz.: Uzun Kazmacı, Şenol, **a.g.e.**, s. 508, 509.

²⁶¹ Aşık, **a.g.m.**, s. 166; Çelikoğlu, **a.g.m.**, s. 57; Cemil Simil, **Belirsiz Alacak Davası**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 15; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 961; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 290; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 300.

²⁶² Cemil Simil, "Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, S. Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), 2014, sa. 1351-1376, s. 1356; Simil, **a.g.e.**, s. 19. "...Dava, TMK'nun 683.maddesine dayalı elatmanın önlenmesi ve kal isteğine ilişkindir Mahkemece, davalıya ait 482 parselin dava konusu parsel müdahalesi olmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş ise de bu görüşe katılmak mümkün değildir. Şöyle ki; dava dilekçesinde dava konusu parsel müdahale eden taşınmazın ada ve parsel numarası belirtilmemiş ise de; davacı vekili tarafından 21.02.2011 tarihinde dosyaya ibraz edilen 31.05.2010 tarihli tutanakta 186 parselin davalı tarafından işgal edildiğinin tespit edildiği belirtilmiş olup tutanağa ekli, krokide ise; "işgal 3" ile gösterilen kısmın 115 ada 4 parsel; "işgal 2" ile gösterilen bölümün ise 115 ada 2 parsel denk geldiği saptanmıştır. Hal böyle olunca; 6100 sayılı HMK'nun 31. maddesi "Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya

hiç yer almaması halinde ise hâkim, eksikliğin tamamlanması için 1 haftalık kesin süre verir (HMK m. 119/f. 2)²⁶³.

Mahkemenin elatmanın önlenmesine yönelik verdiği karar, müdahalenin bertaraf edilmesi için davalıyı, somut olaydaki eyleme göre, bir şeyi yapmaya veya yapmamaya mahkûm eden eda hükmü niteliğindedir. Bu hükmün verilebilmesi için

hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir." hükmünü içermektedir. Mahkemece, davacı tarafa süre ve imkan verilerek dava konusu 186 parsel hangi ada ve parsel sayılı taşınmaz tarafından müdahalede bulunulduğunun HMK'nun 31. maddesi de gözönünde bulundurularak açıklattırılması, iddia ve savunma çerçevesinde taraf delillerinin toplanarak yeniden yapılacak keşif neticesinde hasil olacak sonuç çerçevesinde sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır..." Yargıtay 8. HD., E. 2013/18216, K. 2014/10550, T. 23.5.2014, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 19.10.2019; "...Davacının dava dilekçesinde, komşu taşınmaz maliklerinin yola müdahalelerinden de bahsedilmiş olup, davacı her ne kadar taşınmazı yararına geçit hakkı kurulmasını talep etmişse de, isteminin içeriği net olarak anlaşılamadığından 6100 sayılı HMK'nin 31. maddesi gereğince davacıya dava dilekçesi açıklattırılmalı, davacının davasının geçit hakkı veya yola müdahalenin önlenmesi istemlerinden hangisine yönelik olduğu belirlenmelidir..." Yargıtay 14. HD., E. 2018/2778, K. 2018/8610, T. 5.12.2018, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 19.10.2019. Elatmanın önlenmesi talebiyle birlikte ileri sürülen diğer taleplerin de açıklattırılması istenebilir. Buna dair ecrimisil talebinin hangi zaman aralığı için istendiğinin açıklattırılması yönelik kararlar için bkz.: İzmir BAM, 14. HD., E. 2017/1708, K. 2019/163, T. 12.2.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 19.10.2019; Yargıtay 8. HD., E. 2018/5885, K. 2020/6275, T. 15.10.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 19.10.2019.

²⁶³ Doktrindeki çoğunluk görüş de açık Kanun düzenlemesi nedeniyle talep sonucunun eksik olması halinde tamamlanması için bir haftalık kesin süre verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Özekes, **Dava Dilekçesinde Eksiklik**, s. 279; Aşık, **a.g.m.**, s. 167, 168; Kıyak, **a.g.m.**, s. 143; Ramazan Arslan, "Dava ve Cevap Dilekçelerinin Hazırlanması ve Ön İnceleme", **Bankacılar Dergisi**, C. 23, S. 80, 2012, sa. 67-82, s. 72 (Kısaca Dilekçe); Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1155, 1156; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 241; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 366; Simil, **a.g.e.**, s. 18; Börü, **Dava Konusu Kavramı**, s. 283; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 333; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 285; Karşlı, **a.g.e.**, s. 429; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 301; Börü, **Dava Konusunun Devri**, s. 234, 235; Ulukapı, **Usûl**, s. 248. Kanunun açık lafzına karşılık talep sonucunun eksikliği halinde ne yapılacağına dair farklı yönde görüşler de ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre talep sonucunun eksikliği halinde bir haftalık süre verilecektir. Bir hafta içinde eksiklik giderilmezse davanın reddine karar verilmelidir. Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 414. Sonucu bakımından benzer bir görüşe göre, talep sonucu içermeyen dilekçe dava dilekçesi olarak kabul edilemez. Bu durumda hâkim kendiliğinden süre vermelidir. Bu süre içerisinde talep sonucu tamamlanmazsa dava reddedilmelidir. Yılmaz, **Şerh C. 2**, s. 2731; Diğer bir görüşe göre, talep sonucunun eksiklikler içermesi veya yeterince açık olmaması ile talep sonucunun dilekçede hiç yer almaması aynı durumlar değildir. Talep sonucunun eksiklikler içermesi veya yeterince açık olmadığı durumlarda HMK m. 119/f. 2 uygulanarak 1 haftalık kesin süre verilmelidir. Ancak talep sonucu içermeyen bir dilekçe olması halinde gerçek anlamda davanın varlığından bahsedilemez. Bu durumda dilekçe HMK m. 32/f. 2 gereği "uygunsuz evrak" sayılmalı ve davacıya talep sonucu içeren yeni bir dava dilekçesi vermesi için uygun bir süre verilmelidir. Verilen süre içerisinde dilekçe verilmediği takdirde dava açma isteğinden vazgeçmiş sayılmalı ve dilekçe davalıya tebliğ edilmemelidir. Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 694. Başka bir görüşe göre talep sonucunun eksik olması davanın görülmesini engelleyeceği için dava şartı olarak kabul edilmelidir ve dava usulden reddedilmelidir. Üstündağ, **Usul**, s. 477, 479. Diğer bir görüşe göre, talep sonucu içermeyen bir dilekçe ile gerçekte dava açılmış olmaz. Hâkim duruşma yapmadan dilekçenin reddine karar vermelidir. Umar, **a.g.e.**, s. 383.

davacının, elatmanın önlenmesi davası açmaya imkân veren, bir hakka sahip olduğunun tespit edilmesi de eda hükmü niteliğini değiştirmez. Ancak davanın reddi halinde, talep edilen hakkın yokluğu tespit edilip edaya karar verilmeyeceğinden, redde ilişkin hüküm tespit hükmü niteliği taşır²⁶⁴.

Elatmanın önlenmesi davası, tespit davası açısından da değerlendirilmelidir. Mülkiyet hakkına yapılmış bir müdahalenin söz konusu olduğu halde, bu hukukî sorun için, mülkiyet hakkının tespitine dair dava açılmasında hukukî yarar bulunmaz. Zira davacının taşınmaz üzerindeki hakkının tespit edilmesi, yapılan müdahalenin bertaraf edilmesini sağlamaz. Müdahalenin bertaraf edilmesi için tespit davasının ardından, ikinci bir dava olarak, eda davasının açılması gerekir. Hâlbuki eda davası açıldığında da zaten öncelikle hakkın varlığı tespit edilir. Dolayısıyla eda davası ile hem ileri sürülen hak tespit edilmiş hem de müdahalenin engellenmesine yönelik karar elde edilmiş olur.

Öte yandan taşınmaz üzerinde bir hakkın iddia edilmesi söz konusu ise tespit davasının açılmasında hukukî yarar bulunabilir. Taşınmaz üzerinde ileri sürülen hak iddiası güncel bir hakkın tehlikeye girmesine sebep oluyorsa ve yalnızca tespit hükmü ile bu tehlike giderilebilecekse tespit davası açılabilir²⁶⁵. Ancak salt hak iddiasında bulunmanın elatmanın önlenmesi davası kapsamında değerlendirilebilecek bir müdahale oluşturmayacağı da unutulmamalıdır. Zira bir müdahaleden bahsedilebilmesi için taşınmaz üzerindeki zilyetliğin ihlal edilmiş olması gerekir²⁶⁶.

²⁶⁴ Yılmaz, **a.g.m.**, s. 84; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 970; Kuru, **Usul C. 2**, s. 1407, 1409; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 400, 401; Yılmaz, **Şerh C. 2**, s. 2303; Bilge, Önen, **a.g.e.**, s. 389; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 216; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 332; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 290; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 258; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 623, 624; Karşlı, **a.g.e.**, s. 316; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 274; Muşul, **Usul**, s. 128; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 202; Budak, Karaaslan, **a.g.e.**, s. 152; Ulukapı, **Usûl**, s. 218.

²⁶⁵ Yılmaz, **a.g.m.**, s. 86; Sabri Şakir Ansay, “*Tespit Davaları*”, **Adalet Dergisi**, 31. Yıl, S. 2, 1940, sa. 70-86, s. 80, 81; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 972, 977; Kuru, **Usul C. 2**, s. 1425; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 402, 403; Yılmaz, **Şerh C. 2**, s. 2354; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 217; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 334; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 298; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 260, 261; Karşlı, **a.g.e.**, s. 318; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 276; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 203; Budak, Karaaslan, **a.g.e.**, s. 178; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 146.

²⁶⁶ Bkz.: Birinci Bölüm, I, B, 4, c, (2), i.

Talep edilen hukukî korumaya göre yapılan tasnifin içinde yer alan bir diğer dava ise inşâî davadır. İnşâî davalar mutlaka bir inşâî hakka dayanması gerektiğinden elatmanın önlenmesi davasının bu dava türü ile ilgisi yoktur. Zira elatmanın önlenmesi inşâî hak niteliğinde olmayan mülkiyet hakkına dayanır. Keza elatmanın önlenmesi davasının, bazı yazarlarca talep edilen hukukî korumanın niteliğine göre yapılan tasnif içinde değerlendirilen, belirsiz alacak davasıyla da ilgisi yoktur. Zira elatmanın önlenmesi davasında ne bir alacak talep edilir ne de talep konusu tam ve kesin olarak belirlenemez niteliktedir²⁶⁷. Bu sebeplerle bu davalara ilişkin açıklama yapılmamıştır.

3. Talep Edilen Hukukî Korumanın Niceliğine Göre Elatmanın Önlenmesi Davası

Bir davada yalnızca bir talep ileri sürülebileceği gibi birden fazla talep farklı şekillerde de ileri sürülebilir. Örnek olarak birden fazla olan taleplerin hepsinin hüküm altına alınması talep edilebileceği gibi bir talebin bir kısmının da hüküm altına alınması talep edilebilir. İşte bu şekilde taleplerin ileri sürülmelerine göre oluşturdukları farklı dava türleri, talep edilen hukukî korumanın niceliğine göre yapılan ayırım başlığı altında incelenir.

Talep edilen hukukî korumanın niceliğine göre davalar kısmî dava, terditli dava, seçimlik dava, yarışan dava ve davaların yığılması olarak farklı türlere ayrılır. Ayrıca bazı yazarlarca²⁶⁸ topluluk davaları da bu başlık altında incelenmiştir.

Elatmanın önlenmesi davası mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin bertaraf edilmesine yönelik olmasına rağmen, bu davanın yalnızca söz konusu talebe dayanarak açılmadığı görülür. Şöyle ki bu taleple birlikte yapılan müdahaleden dolayı oluşan zararın tazmininin ve son olarak taşınmazın haksız kullanımından dolayı ecrimisil taleplerinin ileri sürülmesi de gündeme gelir.

Ne var ki bu talepler, elatmanın önlenmesi davasının sağladığı hukukî korumanın kapsamında değildir. Çünkü elatmanın önlenmesi davası, yalnızca haksız

²⁶⁷ Sadece para alacakları için belirsiz alacak davası açılabilmesi yönünde bkz.: Hakan Pekcanıtez, “Belirsiz Alacak Davası”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. Özel Sayı (Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan), 2009, sa. 509-552, s. 528 (Kısaca Belirsiz Alacak). Aksi yönde bkz.: Simil, *a.g.e.*, s. 33, 34.

²⁶⁸ Bkz.: Birinci Bölüm, dñn. 253.

müdahalenin bertaraf edilerek mülkiyet hakkından doğan yetkilerin tam olarak kullanılmasına yöneliktir. Bu dava ne haksız eylemden doğan zararın tazminini ne de ecrimisil talebini içerir²⁶⁹. Dolayısıyla bu taleplerin ayrıca ileri sürülmesi gerekir²⁷⁰. Hâkim de bu talepler hakkında ayrı ayrı karar vermelidir. Nihayetinde, müdahalenin önlenmesi, zararın tazmini ve ecrimisil taleplerinin birlikte ileri sürülmesi halinde, aynı davalıya karşı birden fazla aslî talebin bir dava içerisinde ileri sürüldüğü davaların yığılmasının/objektif dava birleşmesinin söz konusu olduğu ifade edilmelidir²⁷¹.

Elatmanın önlenmesi talebi ile tazminat ve ecrimisil taleplerinin birlikte ileri sürülmesi halinde, talepler için ortak yetkili mahkeme olması şartının da (HMK m. 110) sağlandığı belirtilmelidir. Zira haksız fiil hükümlerine dayanan tazminat ve ecrimisil talepleri bakımından haksız fiilin işlendiği yer veya zararın meydana geldiği yer mahkemesi (HMK m. 16) taşınmazın bulunduğu yer mahkemesidir. Taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi, elatmanın önlenmesi talebi için de yetkili mahkemedir. Ayrıca bütün talepler için asliye hukuk mahkemesi görevli olduğundan doktrinde davaların yığılması için aranan ortak görevli mahkeme şartı²⁷² da sağlanmış olur.

Belirtilen şartların sağlanması taleplerin birlikte ileri sürülmesini zorunlu hale getirmez. Davacı isterse taleplerini ayrı davalar olarak ileri sürebileceği gibi isterse de aynı dava da sürebilir²⁷³. Zira davaların yığılmasında talepler birbirinden bağımsızdır. Aralarında ekonomik ya da hukukî bir bağ olması da gerekmeyen²⁷⁴ her bir talep farklı

²⁶⁹ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 53.

²⁷⁰ Ayan, **Mülkiyet**, s. 164; Ayiter, **Eşya Hukuku**, s. 80.

²⁷¹ Serhat Kırtıloğlu, “*Medeni Yargılama Hukukunda Objektif Dava Birleşmesi*”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 18, S. 3-4, 2014, sa. 133-172, s. 135; Ulukapı, **Usûl**, s. 229; Kurşun, **a.g.e.**, s. 70.

²⁷² Kırtıloğlu, **a.g.m.**, s. 149 vdm.; Bulut, **a.g.e.**, s. 30, 193; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1095; Mine Akkan, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 3 Cilt, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, C. 1, s. 239; Yılmaz, **Şerh C. 2**, s. 2521; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 231; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 348; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 307; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 670; Yavuz Alangoya, **Medeni Usul Hukukunda Dava Ortaklığı (Tarafların Taaddüdü)**, 2. (Tıpkı) Basım, İstanbul, Yayınevi Bilgisi Yok, 1999, s. 34 (Kısaca Dava Ortaklığı). Diğer bir görüş ise biri özel biri genel mahkemede ileri sürülebilecek olan taleplerin özel mahkemede birlikte ileri sürülebileceğini savunur. Bu yönde bkz.: Kuru, **Usul C. 2**, s. 1498; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 422; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 271; Budak, Karaaslan, **a.g.e.**, s. 163,164. Karşılaştırınız: Ulukapı, **Dava Arkadaşlığı**, s. 21; Ulukapı, **Usûl**, s. 230.

²⁷³ Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1092.

²⁷⁴ Kırtıloğlu, **a.g.m.**, s. 140; Bulut, **a.g.e.**, s. 28; Yılmaz, **a.g.m.**, s. 89; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1094; Kuru, **Usul C. 2**, s. 1498; Bilge, Önen, **a.g.e.**, s. 396; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 231; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 306; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 271; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 670; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 284; Ulukapı, **Dava**

edimlerin gerçekleştirilmesine yöneliktir. Birbirinden bağımsız olan bu taleplerin birlikte ileri sürülmesi halinde delillerin ikamesi ve tahkikat aşaması ortak olur. Bu aşamaların haricinde talep sayısı kadar farklı dava olduğu söylenebilir²⁷⁵. Her talebin de ayrı ayrı incelenip değerlendirilerek karara bağlanması gerekir²⁷⁶. Taleplerden birinin kabul edilmesi diğer taleplerin de kabul edilmesini haklı çıkarmaz veya gerektirmez.

Ne var ki elatmanın önlenmesi, tazminat ve ecrimisil taleplerinin birlikte dava edilmesi, tahkikat aşamasının ortak olması sebebiyle, davaların yığılması halinin hizmet ettiği²⁷⁷ usûl ekonomisini (HMK m. 30) sağlar. Şöyle ki bu davalarda ortak vakıalar vardır. Elatmanın önlenmesi davasında haksız müdahalenin ispatlanması halinde, tazminat ve ecrimisil talepleri için bu vakıanın ispatında yeniden tahkikat işlemleri yapılması gerekmez. Böylelikle gereksiz emek ve masraftan kaçınılmış olacağı gibi çelişkili kararlar verilmesinin de önüne geçilir.

Yarışan davalar bakımından incelendiğinde ise elatmanın önlenmesi davasının istihkak davası, tapu kaydının düzeltilmesi davası ve taşınmaz malikinin sorumluluğu ile yarışan dava olmadığı görülür²⁷⁸. Yukarıda²⁷⁹ açıklandığı üzere bu davalar ile elatmanın önlenmesi davasında bertaraf edilmesi istenen müdahaleler, farklı uyuşmazlık konuları oluşturur. Belirtilen bütün davalar, nihayetinde, müdahaleye uğramamış mülkiyet hakkına ulaşmayı amaçlasa da her bir davanın bertaraf etmeye çalıştığı müdahale farklı uyuşmazlıklar içindir. Örnek olarak istihkak davası dolaysız

Arkadaşlığı, s. 20, 21; Ulukapı, **Usûl**, s. 229. Ancak davaların yığılması ile davaların tahkikat aşamalarını birlikte yürütüp bir yandan usûl ekonomisinin sağlanması bir yandan da çelişkili kararların önüne geçilmesi amaçlandığından aralarında hiçbir bağ bulunmayan taleplerin birlikte ileri sürülmesi halinde bunların ayrılmasına karar verilebileceği belirtilmiştir. Kırtıloğlu, **a.g.m.**, s. 141; Bulut, **a.g.e.**, s. 49; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1093, 1094; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 231; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 349.

²⁷⁵ Kırtıloğlu, **a.g.m.**, s. 152.

²⁷⁶ Kırtıloğlu, **a.g.m.**, s. 163; Bulut, **a.g.e.**, s. 24; Yılmaz, **a.g.m.**, s. 90; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1093; Kuru, **Usul C. 2**, s. 1500; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 423; Yılmaz, **Şerh C. 2**, s. 2523; Postacioğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 259; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 231; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 307; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 670, 671; Karslı, **a.g.e.**, s. 321; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 284.

²⁷⁷ Kırtıloğlu, **a.g.m.**, s. 140, 141.

²⁷⁸ Taşınmaz malikinin sorumluluğu davası ile yarışan dava oluşturacağı yönünde bkz.: Ayan, **Mülkiyet**, s. 164, 429, 430; Sirmen, **a.g.e.**, s. 277; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 453; Akipek, **Mülkiyet**, s. 88; Tekinay, **Takyitler**, s. 122; Uzun Kazmacı, Şenol, **a.g.e.**, s. 499, 508.

²⁷⁹ Bkz.: Birinci Bölüm, I, B, 4.

zilyetliğin kaybedildiği müdahalelerde, taşınmaz malikinin sorumluluğundan doğan davalar komşu taşınmaz malikinin kendi mülkiyet hakkının aşırı kullanımından doğan müdahalelerde, elatmanın önlenmesi davası ise taşınmaz malikinin mülkiyet hakkına doğrudan yapılan haksız müdahalelerde açılabilir. Haliyle her bir davanın çözmeyi hedeflediği uyuşmazlık ve talep konusu farklıdır. Oysa yarışan davada çözülmesi istenen uyuşmazlık aynıyken bunun hukukî sebebi farklı olur²⁸⁰. Açıklanan bu durum, zilyetliğe saldırı halinde açılacak dava (TMK m. 983) dışında, zilyetliği korunması yolları için de geçerlidir. Ayrıca haksız yapı hükümleri de çözülmesi istenen hukukî sorunun farklı olması sebebiyle elatmanın önlenmesi davasıyla yarışmaz. Şöyle ki elatmanın önlenmesi davasında mülkiyet hakkına yapılan saldırının nasıl bertaraf edileceği hüküm altına alınırken; haksız yapı hükümlerinde, arazi maliki açısından, malzemenin sökülüp alınması halinde masrafların kime ait olacağı durumu çözüme kavuşturulur. Bu taleplerin dayandıkları hakların nitelikleri de birbirinden farklıdır. Bir talep aynı hakka dayanırken biri şahsî hakka dayanır.

Zilyetliğe yapılan saldırıyı önlemek için açılan dava ise, kanaatimizce, elatmanın önlenmesi davası ile yarışır²⁸¹. Ancak bunun için malikin aynı zamanda zilyet olması gerekir. Böyle bir durumda zilyet, TMK m. 983 ile zilyetliğine yapılan saldırının önlenmesini talep edebileceği gibi elatmanın önlenmesi davası ile taşınmaza yapılan müdahalenin bertaraf edilmesini de talep edebilir.

Talep edilen hukukî korumanın niceliğine göre diğer dava türleriyle ilgili olarak, çalışmamızın kapsamında, açıklama yapılmasına gerek yoktur. Zira elatmanın önlenmesi davasının belirtilen bu dava türlerinden kısmî dava olarak açılması mümkün değildir. Kısmî dava açılabilmesi için bölünebilir nitelikteki bir talep gerekir (HMK m. 109/f. 1). Oysa elatmanın önlenmesi talebi bölünebilir nitelikte değildir. Keza elatmanın önlenmesi talebi seçimlik dava olarak da ileri sürülemez. Zira bu dava türü ancak seçimlik borcun söz konusu olduğu hallerde açılabilir. Mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerde böyle bir borç ilişkisinin kurulmayacağı açıktır.

²⁸⁰ Kırtıloğlu, **a.g.m.**, s. 160; Kuru, **Usul C. 2**, s. 1502; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 425; Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 254; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 307; Pekcanıtez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 232; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 272; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 287; Ulukapı, **Usûl**, s. 234.

²⁸¹ Ayan, **Mülkiyet**, s. 164.

Elatmanın önlenmesi talebinin aralarında hukukî veya ekonomik bir bağ bulunan başka bir taleple aslîlik-ferîlik ilişkisi kurularak terditli dava biçiminde açılmasına teorik bakımdan bir engel yoktur. Ancak uygulama açısından düşünüldüğünde, elatmanın önlenmesi talebinin başka bir taleple terdit ilişkisi içinde olması olağan değildir. Böyle bir ilişkinin kurulabilmesi halinde öncelikle aslî talep karara bağlanacağı; bu talebin reddi halinde ise ferî talep karara bağlanacağı belirtilmesi yeterlidir.

4. Dava Konusunun Dayandığı Hakkın Niteliğine Göre Elatmanın Önlenmesi Davası

Davalar, dava konusunun dayandığı maddî hukuktaki hakkın niteliğine göre aynî davalar ve şahsî davalar olarak ayrılır. Aynî hakka dayanarak açılan dava, aynî dava olarak nitelendirilir²⁸². Elatmanın önlenmesi davası da aynî hakka dayanılarak açılabileceğinden aynî dava olarak kabul edilir²⁸³.

Elatmanın önlenmesi davasında, dava açma hakkının aynî hakka bağlı olduğu ve bu haktan ayrı olarak başkasına devredilemeyeceği kabul edilir²⁸⁴. Zira maddî hukuk açısından bakıldığında, koruyucu yetkiler hakkın özünü oluşturur. Şöyle ki mülkiyet hakkına yapılan bir müdahale olduğunda, bunun engellenmesinden mahrum olunması, hakkın serbestçe kullanılmasını da engeller. Bu durumda mülkiyet hakkı verdiği yetkilerden koparılmış şekilde sadece bir görüntü olarak varlığını sürdürür. Oysa hak sahibi koruyucu yetkilerden yararlanarak yapılan müdahaleleri bertaraf edebilmeli ve hakkın verdiği yetkileri dilediği gibi kullanabilmelidir.

Ayrıca aynî haklar kanunda belirlenen tiplere uygun olmalıdır. Yeni bir aynî hak oluşturulamayacağı gibi mevcut aynî hakkın içeriği de irade serbestliği ile

²⁸² Kuru, **Usul C. 2**, s. 1482; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 674; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 303; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 267.

²⁸³ Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 1**, s. 25; Kuru, **Usul C. 2**, s. 1482; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 674; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 104; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 497; Eren, **a.g.e.**, s. 46; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 75; Ayan, **Mülkiyet**, s. 164; Erman, **Eşya Hukuku Dersleri**, s. 62; Sirmen, **a.g.e.**, s. 278; Uzun Kazmacı, Şenol, **a.g.e.**, s. 499.

²⁸⁴ Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 504; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 370; Eren, **a.g.e.**, s. 50; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 77; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 192; Ayan, **Mülkiyet**, s. 29, 165; Sirmen, **a.g.e.**, s. 279; Uzun Kazmacı, Şenol, **a.g.e.**, s. 487, 528. Aksi yönde bkz.: Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 447; Çetiner, **a.g.m.**, s. 157 vdm. Yazarlar elatmanın önlenmesi davası için görüş bildirmese de bu dava gibi aynî nitelikte olan istihkak davası için bu görüşü belirtmişlerdir.

değiştirilemez²⁸⁵. Aynî hakkın içeriğinden koruyucu yetkilerin çıkarılması tipe bağlılığı da zedeler.

Maddî hukuktaki hak ile dava hakkının birbirinden ayrı olarak devredilemeyeceğinin bir diğer gerekçesi ise dava konusunun devri (HMK m. 125) düzenlemesidir²⁸⁶. Bu hüküm hak ile dava hakkı arasında sıkı bir ilişki kurarak uyuşmazlık konusu üzerinde hak sahibi olan kişinin davada taraf olarak yer almasını sağlar. Görüldüğü üzere Kanun, kural olarak, hak sahibinin davada taraf olarak yer almasını amaçlamaktadır. Bu durumda dava hakkının esas haktan ayrı olarak devredilememesi gerekir²⁸⁷. Ayrıca dava hakkının devredilebilmesi halinde dava hakkı sahibinin davadan feragat edip edemeyeceği; edebileceyse mülkiyet hakkının durumunun ne olacağı belirsizdir²⁸⁸. Son olarak belirtmek gerekir ki dava hakkının devredilebilmesi yalnızca avukatların yapabileceği işlerin (1136 sayılı Avukatlık Kanunu²⁸⁹ m. 35) dolaylı olarak avukat olmayan kişilere yaptırılmasının önünü açabilecektir²⁹⁰.

Aynî dava olmanın, maddî hukuk açısından, en önemli sonuçlarından biri ise davanın dayandığı hakkın zamanaşımına uğramamasıdır. Aşağıda²⁹¹ açıklanmış olmasına rağmen burada da belirtilmesinde fayda vardır. Aynî haklar zamanaşımına uğramayacağı için bunlara dayanılarak açılan davalarda zamanaşımının dolduğu savunmasında bulunulamaz. Böylelikle aynî davaların, kural olarak, ihlalin gerçekleşmesinin ardından ne zaman açıldığının önemi yoktur. Ancak elatmanın önlenmesi davası açısından düşünüldüğünde, bu dava aynî hakka bağlı olduğundan TMK m. 712, 713 ve 777’de düzenlenen kazandırıcı zamanaşımı sürelerinin dolmamış olması gerekir. Ayrıca bu dava müdahale devam ederken açılabilmesi için bu süre ile de sınırlıdır. Müdahalenin sona ermesinden sonra elatmanın önlenmesi davası değil

²⁸⁵ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 35.

²⁸⁶ Dava konusunun devri ile ilgili açıklamalar için bkz.: İkinci Bölüm, VIII.

²⁸⁷ İlhan Postacıoğlu, “(Zilyetliğin) Teslimsiz Edinimi İstihkak İddiasının Aktarılması”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 48, S. 1-4, 1983, sa. 405-413, s. 409, 410; Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 182; Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 187. Dava hakkının esas haktan ayrı olarak devredilmesinin faydalı olabileceği yönünde bkz.: Belgesay, **Dava Teorisi**, s. 15.

²⁸⁸ Postacıoğlu, **a.g.m.**, s. 411.

²⁸⁹ 07.04.1969 tarihli 13168 sayılı Resmî Gazete.

²⁹⁰ Postacıoğlu, **a.g.m.**, s. 412.

²⁹¹ Bkz.: İkinci Bölüm, VI, C.

tazminat davası açılmalıdır. Zira artık bertaraf edilecek bir müdahale değil tazmin edilecek bir zarar söz konusudur²⁹².

D. Elatmanın Önlenmesi Davasının Tarafları

1. Davacı

a. Malik

Elatmanın önlenmesi davası, mülkiyet hakkına yapılan müdahaleleri bertaraf etmeye yönelik olduğundan bu davanın ilk olarak malik tarafından açılabilir olması kuşkusuzdur. Mülkiyet hakkı haksız bir müdahaleye uğrayan her malik bu davayı açabilir²⁹³. Elatmanın önlenmesi davası açan malik, mülkiyet hakkına dayanacağından, malikin taşınmaz üzerinde doğrudan zilyetliği olması zorunlu değildir. Ancak yapılan müdahalenin malikin zilyetliğini sona erdirmemiş olmaması gerektiği ifade edilmelidir. Zira müdahalenin zilyetliği sona erdirmesi durumunda, açılması gereken dava istihkak davasıdır²⁹⁴.

Malikin elatmanın önlenmesi davasına konu edebileceği taşınmazların başında, sınırları belirlenmiş yeryüzü parçası olan arazi gelir. Nitekim TMK m. 704 de taşınmaz mülkiyetinin konusu olarak en başta araziye saymıştır. Malik, tapu kütüğünde kendi adına tescil edilmiş olan araziye yapılan müdahaleler için elatmanın önlenmesi davası açabilir. Şüphesiz malik, tescilden önce mülkiyeti kazandığı ancak henüz tapuda tescil yapılmamış arazi bakımından da elatmanın önlenmesi davası açılabilir. Zira her ne kadar taşınmaz mülkiyetinin kazanılması tescille gerçekleşse de (TMK m. 705/f. 1) kanunda açıkça öngörülen hallerde tescilden önce de mülkiyetin kazanılması

²⁹² Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 100; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 498; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 199.

²⁹³ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 28; Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 1**, s. 34, 35; Pınar Ağca Toplandı, **Birlikte Mülkiyette Ortak Menfaati Koruma Yetkisi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 152; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 324; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 498; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 368; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s.76; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 198; Ergüne, **a.g.e.**, s. 40; Ayan, **Mülkiyet**, s. 166; Sirmen, **a.g.e.**, s. 278; Eren, **a.g.e.**, s. 47; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 204; Akipek, **Mülkiyet**, s. 86; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 451; Ertaş, **a.g.e.**, s. 219; Uzun Kazmacı, Şenol, **a.g.e.**, s. 509; Kurşun, **a.g.e.**, s. 199.

²⁹⁴ Bkz.: Birinci Bölüm, I, B, 4, c, (2), iii.

mümkündür²⁹⁵ ²⁹⁶. Mülkiyetin tescilden önce kazanıldığı hallerde de malik, mülkiyet hakkının getirdiği bütün hak ve sorumluluklara sahip olacağından elatmanın önlenmesi davası da açabilir²⁹⁷. Ancak bu halde malik tescilin sağladığı karineden (TMK m. 992) yararlanamaz ve mülkiyeti geçerli bir şekilde elde ettiğini karinelere dayanarak ispatlamalıdır²⁹⁸.

Müdahale, arazinin yüzeyine yapılabileceği gibi bunun üstündeki yapılara, bitkilere, arazinin üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarına da yapılabilir. Kullanılmasında yarar olduğu ölçüde arazinin üstündeki hava ve altındaki arz katmanları ile yasal sınırlamalar saklı olmak üzere yapılar, bitkiler ve kaynaklar da arazi mülkiyetinin kapsamına dâhildir (TMK m. 718) ve bunlara yapılan müdahaleye karşı elatmanın önlenmesi davası açabilir²⁹⁹.

Kaynaklar açısından ise Kanun bir tanım vermediği için kaynak ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ve hangi kaynakların elatmanın önlenmesi davası ile korunabileceğinin açıklanması gerekir. Kaynak, kökeni yeraltı suyu olan, doğal olarak

²⁹⁵ Tescilden önce mülkiyetin kazanılabileceği haller TMK m. 705'te gösterilmiştir. Ancak tescilsiz kazanım halleri bunlarla sınırlı olmayıp mevzuatımızın farklı yerlerinde de düzenlenmiştir. Örnek olarak kişiliği sona eren tüzel kişinin mallarının kamu kurum ve kuruluşlarına geçmesi (TMK m. 54) gösterilebilir. Tescilden önce kazanımın bir diğer önemli kaynağı ise olağanüstü zamanaşımı ile kazanımdır. Tapu kütüğünde kayıtlı olmayan veya maliki tapu kütüğünden anlaşılamayan ya da hakkında gaiplik kararı verilmiş bir kimse adına kayıtlı bulunan bir taşınmazı davasız ve aralıksız yirmi yıl süreyle malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduran kimse mülkiyeti tescilsiz olarak kazanır (TMK m. 713). Olağan zamanaşımıyla kazanım (TMK m. 712) halinde ise mülkiyeti kazanan kişinin adına tapuda tescil vardır. Ancak mülkiyet bu tescil ile değil zamanaşımıyla kazanılır. Bu sebeple ne tam olarak tescilsiz kazanım ne de tescille kazanımdır. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 487. Taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz kazanımı hakkında geniş bilgi için bkz.: Eren, **a.g.e.**, s. 244 vdm.

²⁹⁶ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 466; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 143; Ertaş, **a.g.e.**, s. 275, 276.

²⁹⁷ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 29; Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 1**, s. 35; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 467; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 498; Eren, **a.g.e.**, s. 245; Ayan, **Mülkiyet**, s. 166; Uzun Kazmacı, Şenol, **a.g.e.**, s. 509.

²⁹⁸ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 29.

²⁹⁹ Hava katmanına yapılan müdahaleler için elatmanın önlenmesi davası açılabilmesine dair: Yargıtay 8. HD., E. 2007/1180, K. 2007/1522, T. 13.03.2007, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021; İstanbul BAM 2. HD., E. 2019/1927, K. 2020/639, T. 16.6.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021. Arz katmanlarına yapılan müdahaleler için elatmanın önlenmesi davası açılabilmesine dair: İstanbul BAM 2. HD., E. 2019/1860, K. 2020/350, T. 3.3.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021; İstanbul BAM 2. HD., E. 2018/2163, K. 2019/353, T. 5.3.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021. Ancak son kararda yapılan müdahalenin imar planına dayanarak yapıldığından bahsedilmiştir. İdarenin imar planına dayanarak yaptığı müdahaleler sebebiyle ortaya çıkan uyuşmazlığın idari yargı yolunda görülmesi gerektiğinden karara bu yönüyle isabetli bulunmuyoruz.

veya insan emeği ile yeryüzüne çıkan su olarak tanımlanmıştır³⁰⁰. Bu kaynakların özel mülkiyete konu olabilmesi için doğal bir şekilde, sürekli olacak biçimde yeryüzüne çıkması gerekir³⁰¹. Yeryüzüne çıkmamış yeraltı suları ise özel mülkiyete tabi olmayıp kamu yararına ait sulardır (TMK m. 756/f. 3). Yapay kaynakla bunlardan yararlanma imkânı özel kanunlara tabidir. Ayrıca doğal bir biçimde yeryüzüne çıkmış olan kaynağın özel mülkiyete tabi olabilmesi için akarsu meydana getirecek ölçüde bol su çıkmamalıdır³⁰². Aksi takdirde bunlar Devletin hüküm ve tasarrufu altında olur (TMK m. 715). Belirtilen bu nitelikleri taşıyan kaynak özel mülkiyet kapsamına girer ve Medenî Kanun hükümlerine tabi olur. Mülkiyet alanına girilerek bu nitelikteki bir kaynağa müdahale edilmesi halinde elatmanın önlenmesi davası açılabilir³⁰³.

b. Paylı Mülkiyet Açısından Davacı

Paylı mülkiyet, maddi olarak bölünmemiş bir eşya üzerindeki mülkiyet hakkına paylı olarak birden çok kimsenin sahip olduğu mülkiyet biçimidir³⁰⁴. Bu mülkiyet biçiminde mülkiyet konusu eşya bölünmemiş olup eşyanın üzerinde tek bir mülkiyet hakkı vardır. Bu mülkiyet hakkına birden çok kişi belli paylar oranında sahiptir. Ancak bu paylı ilişki, eşyanın bölünmesine neden olmadığı için her malik eşyanın belirli bir kısmında, payında değil bütününde mülkiyet hakkına sahip olmaya devam eder³⁰⁵. Bu

³⁰⁰ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 595; Eren, **a.g.e.**, s. 356; Ertaş, **a.g.e.**, s. 401.

³⁰¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 595; Eren, **a.g.e.**, s. 356; Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 3**, s. 821, 822.

³⁰² Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 595; Eren, **a.g.e.**, s. 357, 358; Ertaş, **a.g.e.**, s. 402; Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 3**, s. 822.

³⁰³ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 598, dpn. 1094. Özel mülkiyet kapsamına girebilecek kaynakların nitelikleri ve özel mülkiyete tabi sular hakkında elatmanın önlenmesi davası açılabilirliği yönünde bkz.: Bursa BAM 1. HD., E. 2019/33, K. 2020/913, T. 8.10.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021; Yargıtay 14. HD., E. 2016/16428, K. 2020/5018, T. 16.9.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021; Yargıtay 14. HD., E. 2016/15757, K. 2020/4029, T. 24.6.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021; Yargıtay 14. HD., E. 2016/10036, K. 2019/3155, T. 4.4.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021.

³⁰⁴ Abdülkadir Arpacı, **Türk Medenî Kanunu Açısından Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim**, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1990, s. 3 (Kısaca Müşterek Mülkiyet); Zekeriya Kurşat, **Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi**, İstanbul, Arıkan Yayınevi, 2008, s. 13; Ağca Toplandı, **a.g.e.**, s. 36; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 348; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 213; Eren, **a.g.e.**, s. 85; Ertaş, **a.g.e.**, s. 237.

³⁰⁵ Kurşat, **a.g.e.**, s. 13; Ağca Toplandı, **a.g.e.**, s. 32, 36; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 347, 348; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 213; Eren, **a.g.e.**, s. 86, 90.

durum paylı malikin, eşyanın her bir yerinde payının bulunması olarak ifade edilebilir³⁰⁶.

Tek bir kişinin mülkiyet hakkına sahip olması gibi paylı mülkiyet hakkının bulunması halinde de mülkiyet hakkının verdiği koruyucu yetkilere sahip olunur. Bu durumda bu korumadan kimlerin nasıl yararlanacağını açıklanması gerekir.

Konuya maddî hukuk yönünden bakılacak olursa, ilk olarak her paylı malikin kendi payından kaynaklanan mülkiyet hakkı için elatmanın önlenmesi davası açabileceği savunulmuştur³⁰⁷. Zira paylı da olsa mülkiyet hakkı içerisinde koruyucu yetkileri de kapsar. Ancak bu noktada talep edilen korumanın bölünebilir nitelikte olup olmamasına göre bir ayırım yapmak gerekir³⁰⁸.

Taşınmaza yapılan müdahaleden bir zarar doğmuşsa her paydaş kendi payı oranında tazminat veya haksız kullanımdan ötürü payı oranında ecrimisil talep edebilir. Zira belirli bir paranın ödenmesinin isteneceği bu davalarda talep, pay oranında bölünebilir niteliktedir³⁰⁹. Bir paydaşın taşınmazı kullanması diğer paydaş tarafından engellendiği hallerde de paydaşın tek başına elatmanın önlenmesi davası açabileceği kabul edilmiştir³¹⁰. Taşınmazın kullanımı paylar oranında bölünmüşse malik kendi kullanımına tahsis edilen kısım için de bölünebilir bir talep olarak elatmanın önlenmesi davası açabilmelidir³¹¹.

Taşınmaza yapılan müdahale eşyanın tamamına da yaygın olabilir. Bu durumda malikin kendi payından doğan mülkiyet hakkını korumak için açacağı elatmanın önlenmesi davası esasında bütün taşınmaza yapılan müdahalenin bertaraf edilmesine

³⁰⁶ Kurşat, **a.g.e.**, s. 25.

³⁰⁷ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 37, 38; Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 1**, s. 162; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 355; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 500; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 368; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 76; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 198, 224; Ergüne, **a.g.e.**, s. 40, 41; Ayan, **Mülkiyet**, s. 166; Sirmen, **a.g.e.**, s. 278; Eren, **a.g.e.**, s. 48; Akipek, **Mülkiyet**, s. 86; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 452; Ertaş, **a.g.e.**, s. 245, 246; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 242; Serdar Kale, **Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 146.

³⁰⁸ Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 224; Orhan Eroğlu, **Gayrimenkul Hukuku Davaları**, 2 Cilt, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, Cilt 1, s. 149, 181.

³⁰⁹ Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 225; Eroğlu, **a.g.e.**, s. 150, 181; Kurşun, **a.g.e.**, s. 206.

³¹⁰ Bkz.: Birinci Bölüm, III, D, 2, b.

³¹¹ Arpacı, **Müşterek Mülkiyet**, s. 74; Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 2**, s. 313; Kurşun, **a.g.e.**, s. 205.

yönelik olur. Bu durumda talep edilen koruma bölünemez niteliktedir³¹². TMK m. 693/f. 3 hükmü de bölünemeyen taleplerin her bir paydaş tarafından ileri sürülebileceğini kabul etmiştir. Böylelikle her paydaş eşyanın tümü üzerindeki menfaatlerin de korunmasını sağlayabilir (TMK m. 693/f. 3). Medenî Kanun her bir paydaşın, bu korumayı diğer paydaşlar için “*temsilen*” sağlayabileceğini ifade etmiştir. Ancak genel kabule göre bir paydaşın eşyanın tümü için açtığı davada diğer paydaşlarla arasındaki ilişki temsil ilişkisi değildir. Burada yalnızca yararlanma olduğu savunulmuştur³¹³. Dava yoluyla sağlanan korumadan diğer paydaşlar, eşyanın korunmuş olması sebebiyle, yararlanır.

Paylı maliklerin yargılamadaki durumları ise, özellikle de TMK m. 693/f. 3 hükmü göz önünde bulundurularak ayrıca incelenmelidir.

Paylı mülkiyet ilişkisinin usûl hukukuna yansımaları ile ilgili ilk söylenmesi gereken, maddî hukuk yönünden paydaşların birlikte hareket etmek zorunda olmadıkları hallerde, ihtiyarî dava arkadaşlığı meydana gelmesidir. Nitekim dava konusu olan hak veya borcun, elbirliği ile mülkiyet dışındaki bir sebeple ortak olması ihtiyarî dava arkadaşlığı oluşturacak bir sebep olarak Kanunda düzenlenmiştir (HMK m. 57/f. 1, b. a). Elatmanın önlenmesi davası açısından da bölünebilir kabul edilen talepler bakımından paylı mülkiyet sahiplerinin birlikte hareket etmesi gerekmediğinden ihtiyarî dava arkadaşlığı oluşur. Böylelikle tazminat ve ecrimisil talepleri, diğer paydaşlara karşı yöneltilen elatmanın önlenmesi talepleri ve her bir paydaşın kendine tahsis edilen kısım için açtığı elatmanın önlenmesi talebi ihtiyarî dava arkadaşlığı çerçevesinde ileri sürülebilir.

İhtiyarî dava arkadaşlığında her bir dava birbirinden bağımsız olduğu (HMK m. 58) için dava arkadaşı kadar ayrı dava vardır. Ancak aralarında bağlantı bulunan bu davaların birlikte görülmesi ortak tahkikat işlemlerinin tekrarlanmasını önleyerek usûl

³¹² Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 1**, s. 35; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 226; Eroğlu, **a.g.e.**, s. 150, 181; Kuşun, **a.g.e.**, s. 204.

³¹³ Ağca Toplandı, **a.g.e.**, s. 104, 105; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 37; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 357; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 226; Eren, **a.g.e.**, s. 112; Kuşun, **a.g.e.**, s. 204; Yargıtay İBK, E. 13-30, K. 24, T. 21.06.1944, 11.01.1945 tarihli 5902 sayılı Resmî Gazete. Karş.: Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 1**, s. 35 vdm. Kamu hukukundan kaynaklanan ve bölünemeyen ortak menfaatlerin korunması için tedbir alma ve dava açma hakkı ile sınırlı, dar kapsamlı temsil yetkisi olduğu yönünde bkz.: Eroğlu, **a.g.e.**, s. 178 vdm.

ekonomisine hizmet etmenin yanı sıra dava arkadaşları hakkında çelişik kararların verilmesini önleyerek de hukuk güvenliğini sağlar³¹⁴.

Elatmanın önlenmesi davası bakımından da her bir dava arkadaşı için mevcut olan haksız müdahalenin tespitine yönelik yapılacak keşif, bilirkişi incelemesi gibi işlemlerin ortak yapılması usûl ekonomisinin gerçekleşmesini sağlar. Ayrıca elatmanın önlenmesi davasında çelişkili kararların engellenmesi açısından da ihtiyarî dava arkadaşlığı oldukça önemlidir. Zira aynı taşınmaza yapılan aynı müdahalenin bertaraf edilmesine yönelik açılan davada bir davacı için esastan kabule, diğer davacı için de esastan redde karar verilmesi hukuka olan güvenin sarsılmasına yol açabilir. İhtiyarî dava arkadaşlığında dosya kapsamına giren itiraz niteliğindeki vakıaların bütün dava arkadaşları için re'sen gözetilecek olması da bahsedilen durumun gerçekleşmesini engelleyerek çelişkili kararlar verilmesinin önüne geçer.

Her paydaş bölünebilir talepler bağlamında kendi payı için dava açabileceği gibi bir paydaş eşyanın tamamı için de elatmanın önlenmesi davası açabilir. TMK m. 693/f. 3 hükmü bunu mümkün kılmaktadır. Bu durumda da paydaşın usûl hukuku açısından durumunu açıklamak gerekir. Bu açıklama maddî hukuk göz önünde bulundurularak yapılabilir. TMK m. 693/f. 3 hükmü her bir malike eşyanın tamamının korunması için yetki sağlar. Malik ancak bu şekilde kendi payının korunmasını sağlayabilir; bölünemeyen taleplerde malikin kendi payına mahsus bir koruma sağlaması mümkün değildir. Malik eşyanın tamamına yönelik müdahalenin bertaraf edilmesi için buna imkân sağlayan TMK m. 693/f. 3 hükmüne binaen dava açmalıdır. Malikin sadece kendi payına dayanarak eşyanın tamamına yönelik koruma talep edememesi gerekir. Her ne kadar paylı malikin hakkı eşyanın tamamına yaygın olsa da paylı malik, eşyanın tamamının mülkiyetine sahip değildir. Bu durumda paylı malikin kendi payına dayanarak eşyanın tamamı için koruma talep etmesi sıfat eksikliğine yol açar³¹⁵.

³¹⁴ Alangoya, **Dava Ortaklığı**, s. 36, 67; Ulukapı, **Dava Arkadaşlığı**, s. 26, 109, 110; Taner Emre Yardımcı, **Hukuk Davalarında Mecburi Dava Arkadaşlığı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s. 211 (Kısaca Dava Arkadaşlığı); Hakan Pekcanitez, Hülya Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 3 Cilt, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, C. 1, s. 687; Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt 3**, 6 Cilt, 6. Baskı, İstanbul, Demir Demir Yayıncılık, 2001, C. 3, s. 3285, 3337, 3338 (Kısaca Usul C. 3); Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 953; Üstündağ, **Usul**, s. 352; Yılmaz, **Şerh C. 2**, s. 1842, 1843; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 165; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 242, 246; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 474.

³¹⁵ Buse Dişel, **Dava Takip Yetkisi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 288.

Malikin kendi payına dayanarak koruma talep etmesi ancak elatmanın önlenmesine bütün taşınmaz için karar verilmesinin ise taleple bağıllık ilkesine (HMK m. 26) aykırı olacağı kanaatindeyiz³¹⁶. Paylı mülkiyete sağlanan korumanın bölünemez niteliğinden dolayı bu şekilde karar verilmesi de taleple bağıllığa aykırı davranılmasını haklı kılmaz. Bu sebeplerle TMK m. 693/f. 3 hükmünün, paydaşlara payından ayrı olarak taşınmazın tamamına yönelik koruma yetkisi verdiğinin kabulü gerekir.

Maddî hukukun verdiği bu yetkinin dava takip yetkisi olduğu kabul edilmelidir³¹⁷. Zira paylı malike kendi payından fazlasına yönelik olmak üzere tüm paydaşların hakkına ilişkin dava açıp hüküm alabilme yetkisi verilmiştir³¹⁸.

c. Elbirliği Mülkiyet Açısından Davacı

Elbirliği mülkiyeti, birden çok kişinin bir malın tamamına, pay söz konusu olmaksızın, birlikte malik olması halidir. Bu mülkiyet hali, maliklerin arasında mülkiyetten önce var olan ve kanunun bu mülkiyet ilişkisini doğurmasını cevaz verdiği (TMK m. 701/f. 1) bir ortaklık ilişkisine dayanır³¹⁹. Bu ortaklık ilişkisinin parçası olan kişilerden oluşan topluluk, eşyanın maliki konumundadır³²⁰. Ancak bu topluluğun tüzel kişiliğinin olmaması gerektiği de belirtilmelidir. Aksi takdirde elbirliği mülkiyeti değil tüzel kişinin sahip olduğu tek kişi mülkiyeti söz konusu olur³²¹.

Elbirliği mülkiyetinde ortakların her birinin sahip olduğu paylar bulunmaz. Eşya üzerindeki mülkiyet hakkı, elbirliği ile ortakların tamamına aittir³²². Dolayısıyla, elbirliği ile hak sahibi olan ortakların bu mal üzerinde tek başına tasarrufta bulunmaları mümkün değildir. Nitekim ortaklar kanunda veya sözleşmede aksi bir hüküm

³¹⁶ Taşınmazın tümüne yönelik elatmanın önlenmesine karar verilmesi yönünde bkz.: Yargıtay 8. HD., E. 2018/6048, K. 2018/13252, T. 28.5.2018, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021.

³¹⁷ Dişel, **a.g.e.**, s. 289; Nevhis Deren Yıldırım, **Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükmün Subjektif Sınırları**, İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1996, s. 100; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 119.

³¹⁸ Dişel, **a.g.e.**, s. 289; Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 100; Kale, **a.g.e.**, s. 25, 147; Yardımcı, **Dava Arkadaşlığı**, s. 45.

³¹⁹ Kurşat, **a.g.e.**, s. 37, 38; Ağca Toplandı, **a.g.e.**, s. 36; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 393; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 247, 248, 249, 255; Eren, **a.g.e.**, s. 128; Ertaş, **a.g.e.**, s. 264.

³²⁰ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 393; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 248, 254; Eren, **a.g.e.**, s. 128.

³²¹ Ağca Toplandı, **a.g.e.**, s. 37; Eren, **a.g.e.**, s. 130.

³²² Kurşat, **a.g.e.**, s. 38; Ağca Toplandı, **a.g.e.**, s. 38; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 396; 255; Eren, **a.g.e.**, s. 129; Ertaş, **a.g.e.**, s. 264, 265.

bulunmadıkça hem yönetim hem de tasarruf işlemlerini oybirliği ile yapabilirler (TMK m. 702/f. 2).

Elbirliği mülkiyetinin malikler arasında meydana getirdiği birlikte hareket zorunluluğu, medenî usûl hukukunda maddî mecburî dava arkadaşlığı oluşturur³²³. Zira HMK m. 59 hükmüne göre, “*Maddi hukuka göre, bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi gereken hâllerde, mecburi dava arkadaşlığı vardır*”. Maddî mecburî dava arkadaşlığı gereği elbirliği halinde hak sahibi olan malikler davayı, kural olarak, birlikte açmalıdır. Elbirliği mülkiyette tasarruf yetkisi bütün malikler tarafından birlikte kullanılması gerektiğinden, tasarruf yetkisinin medenî usûl hukukundaki yansıması olan dava takip yetkisine de hep birlikte sahip olurlar. Bu bakımdan maliklerden birinin elbirliği konusu mal hakkında açacağı bir dava, dava takip yetkisi eksikliği sebebiyle reddedilir³²⁴. Bu durumda öncelikle süre verilerek diğer maliklerin davada yer alması ve dava takip yetkisi eksikliğinin giderilmesi sağlanmalıdır³²⁵.

³²³ Ulukapı, **Dava Arkadaşlığı**, s. 43, 44; Kale, **a.g.e.**, s. 143; Evrim Erişir, **Medeni Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti**, İzmir, Güncel Yayınevi, 2007, s. 91 (Kısaca Taraf Ehliyeti); Pekcanitez, Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 703; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 314, 938; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 167; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 235, 236; Ertaş, **a.g.e.**, s. 267.

³²⁴ Yardımcı, **Dava Arkadaşlığı**, s. 222; Dişel, **a.g.e.**, s. 132; Alangoya, **Dava Ortaklığı**, s. 98; Ersin Erdoğan, “*Paylı Mülkiyete Konu Eşyada Mecburi Dava Arkadaşlığı ve Davayı Birlikte Açma Zorunluluğunun Usûl Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*”, **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi**, C. 9, S. 25, 2013, sa.183-211, s. 199; Hakan Pekcanitez, Nedim Meriç, **Medenî Usûl Hukukunda Fer’i Müdahale**, 2. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 94, 95; Vildan Peksöz, **Medenî Usûl Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 202; Anıl Köroğlu, **Medenî Usûl Hukuku Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 152, 153; Pekcanitez, Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 564, 711, 712; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 166; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 237; Karşlı, **a.g.e.**, s. 312; Budak, Karaaslan, **a.g.e.**, s. 124. Sıfat eksikliği olacağı yönünde bkz.: Kuru, **Usul C. 3**, s. 3315; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 947; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 477; Üstündağ, **Usul**, s. 368; Umar, **a.g.e.**, s. 227. Dava ehliyeti eksikliği olacağı yönünde bkz.: Muşul, **Usul**, s. 143, 144. Taraf ehliyeti eksikliği olacağı yönünde bkz.: Arslan vd., **a.g.e.**, s. 554, 555; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 544, 545, 595; Görgün, Börü, Kodakoglu, **a.g.e.**, s. 235, 236. Taraf eksikliği olacağı yönünde bkz.: Yılmaz, **Şerh C. 2**, s. 1895.

³²⁵ Dişel, **a.g.e.**, s. 132, dpn. 239, s. 244; Ulukapı, **Dava Arkadaşlığı**, s. 68; Erişir, **Taraf Ehliyeti**, s. 99, 101; Pekcanitez, Meriç, **a.g.e.**, s. 94, 95; Peksöz, **a.g.e.**, s. 201; Köroğlu, **a.g.e.**, s. 153; Pekcanitez, Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 711, 712; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 314; Yılmaz, **Şerh C. 2**, s. 1895; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 166; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 237; Eroğlu, **a.g.e.**, s. 227. Bir malik tarafından dava

Maddî mecburî dava arkadaşları, kural olarak birlikte hareket etmek zorundadırlar (HMK m. 60). Bu sebeple usûl işlemlerini birlikte yapmaları gerekir³²⁶. Ancak bütün dava arkadaşları tarafından açılan davada, duruşmaya gelen dava arkadaşı tarafından yapılan usûl işlemi, usulüne uygun olarak davet edildiği halde duruşmaya gelmeyen dava arkadaşı için de sonuç doğurur (HMK m. 60). Bununla birlikte dava konusu üzerinde tasarruf niteliğinde olan usûl işlemlerinin ise bütün dava arkadaşlarıyla birlikte gerçekleştirilmelidir³²⁷. Yargılama sonunda da bütün dava arkadaşlarına yönelik tek bir hüküm verilir; bu hükme karşı hep birlikte kanun yoluna başvurulabilir³²⁸.

Kural yukarıda anlatıldığı üzere elbirliği maliklerin mecburî dava arkadaşlığı sebebiyle hep birlikte dava açması olsa da Türk Medenî Kanunu birlikte hareket etmenin zorluğunu aşmak için ortaklardan her birinin topluluğa giren hakları koruyabileceğini düzenlemiştir (TMK m. 702/f. 4)³²⁹. Bu hüküm vasıtasıyla elbirliği ile mülkiyete sahip olan her bir malik tek başına elatmanın önlenmesi davası

açılmasını gerektirecek acele bir halin varlığı halinde süre verilmesi aksi halde süre verilmemesi gerektiğine dair bkz.: Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 320.

³²⁶ Ulukapı, **Dava Arkadaşlığı**, s. 159; Peksöz, **a.g.e.**, s. 151; Kuru, **Usul C. 3**, s. 3329.

³²⁷ Ulukapı, **Dava Arkadaşlığı**, s. 151; Kuru, **Usul C. 3**, s. 3320, 3322, 3325; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 238.

³²⁸ Ulukapı, **Dava Arkadaşlığı**, s. 43, 49, 66, 188, 190; Kuru, **Usul C. 3**, s. 3286, 3331, 3334; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 238; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 479; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 596, 597; Karşı, **a.g.e.**, s. 314; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 400; Umar, **a.g.e.**, s. 228; Muşul, **Usul**, s. 144; Ulukapı, **Usûl**, s. 196.

³²⁹ TMK m. 702/f. 4 hükmünün varlığından önce verilen bir içtihadı birleştirme kararına göre mirastan doğan elbirliği mülkiyet halinde mirasçıların biri ya da birkaçı tarafından açılan elatmanın önlenmesi davasının yürütülebilmesi için diğer ortakların muvafakatinin alınması ya da miras ortaklığına bir temsilci atanmalıdır. Yargıtay İBK, E. 1982/3, K. 1982/2, T. 11.10.1982, 30.11.1982 tarihli 1784 sayılı Resmî Gazete. İlgili hükmün varlığından önce doktrindeki görüşlerde bu yönde olmuştur. Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 41, 42; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 500; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 369; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 76; Üstündağ, **Usul**, s. 369. TMK m. 702/f. 4 hükmünün düzenlenmesi ile içtihadı birleştirme kararının değeri kalmadığı yönünde bkz.: Umar, **a.g.e.**, s. 224, 354; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 142. Açık kanunî düzenlemeye rağmen İBK'nın belirttiği yönde diğer elbirliği maliklerin davaya dahil edilmesi gerektiği yönünde karar verilmeye devam edilmektedir. Oysaki TMK 702/f. 4 hükmüne göre elbirliği ile ortaklardan her biri üçüncü kişilere karşı elatmanın önlenmesi davası açabilir. Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 1**, s. 37, 161; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 265; Eren, **a.g.e.**, s. 48, 137. Diğer elbirliği maliklerin davaya dahil edilmesi gerektiği yönünde karar için bkz.: Adana BAM, 1. HD., E. 2019/946, K. 2019/1026, T. 3.10.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021. Bu yönde görüş için bkz.: Eroğlu, **a.g.e.**, s. 227, 228. Bir görüş ise TMK m. 702/f. 4 hükmünde yer alan düzenlemenin dava açma hakkı vermediği yalnızca koruma önlemleri talep etme imkânı verdiğini savunur. Dava açma imkânı verilmesinin elbirliği mülkiyet ile paylı mülkiyet arasındaki ayrımı kaldıracığı, mecburî dava arkadaşlığının uygulama alanının daraltacağı savunulmuştur. Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 543 vdm.

açabilir³³⁰. Bu yetkinin dava takip yetkisi olduğu kabul edilmiştir³³¹. Zira malik, bu davada, ortakların tamamına ait bir hakka dayanarak tüm ortaklar bakımından sonuç doğuracak bir hüküm elde etmek istemektedir.

d. Sınırlı Aynî Hak Sahipleri

Sınırlı aynî haklar mülkiyet hakkının içeriğindeki kullanma, yararlanma veya tüketme yetkilerinden bir ya da birkaçını hak sahibine veren ve verdiği bu yetkiler bağlamında hak sahibine eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlayan aynî haklardır³³². Sınırlı aynî haklar da aynî hak niteliğinde olduğundan mülkiyet hakkında olduğu gibi, hak sahibi hakkını ihlal eden herkese karşı ileri sürebilir.

Sınırlı aynî hak sahiplerinin de hakkın sağlamış olduğu yetkilerin ihlal edilmesi halinde, elatmanın önlenmesi davası açabileceği kabul edilmektedir³³³. Bu kabul sınırlı aynî hakkın hukukî niteliği sebebiyle herkese karşı ileri sürülebilmesine de uygundur.

e. Aynî Hak Sahibi Olmayan Kişiler

Mülkiyet hakkı eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlaması ve herkese karşı ileri sürülebilmesi sebebiyle aynî nitelikte bir haktır. Eşya üzerindeki doğrudan doğruya sahip olunan hâkimiyet herkes tarafından ihlale açık olduğundan herkese karşı da koruma sağlayacak bir dava gerektirir. Elatmanın önlenmesi davası da mülkiyet hakkının koruyucu yetkileri arasında yer alan³³⁴, mülkiyet hakkına yapılan müdahaleleri bertaraf etmeye yönelik aynî nitelikte³³⁵ bir dava olarak bu ihtiyacı karşılar. Kanunda da açıkça ifade edildiği üzere bu dava maliklere, mülkiyet hakkını

³³⁰ Ağca Toplandı, **a.g.e.**, s. 154, 185; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 325; Kale, **a.g.e.**, s. 144; Yardımcı, **Dava Arkadaşlığı**, s. 33; Peksöz, **a.g.e.**, s. 252, 253.

³³¹ Dişel, **a.g.e.**, s. 134, 291; Kale, **a.g.e.**, s. 25, 143, 144; Yardımcı, **Dava Arkadaşlığı**, s. 34; Erişir, **Taraf Ehliyeti**, s. 93, 94, 96; Peksöz, **a.g.e.**, s. 255; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 119; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 266.

³³² Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 884.

³³³ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 30; Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 1**, s. 35, 39; Ağca Toplandı, **a.g.e.**, s. 152; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 325; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 498; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 369; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 77; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 200; Ergüne, **a.g.e.**, s. 43; Ayan, **Mülkiyet**, s. 168; Sirmen, **a.g.e.**, s. 278; Eren, **a.g.e.**, s. 48; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 204; Uzun Kazmacı, Şenol, **a.g.e.**, s. 509, 513; Cenk Akil, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Çekişmeli Yargıya İlişkin Yetki Halleri”, **Legal Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, C. 8, S. 22, 2012/2, sa. 105-160, s. 125, 126 (Kısaca Kesin Yetki).

³³⁴ Bkz.: Birinci Bölüm, I, A.

³³⁵ Bkz.: Birinci Bölüm, III, C, 4.

korumalarına yönelik olarak tanınmıştır (TMK m. 683). Böylelikle bu davanın mülkiyet hakkı sahipleri tarafından açılması gerekir³³⁶. Bu sebeple şahsi hak sahipleri elatmanın önlenmesi davası açamazlar³³⁷. Bu durum şahsi hakların nisbî nitelik taşıyarak sadece hukukî ilişkinin diğer tarafına karşı ileri sürebilecek olmasına da uygundur.

Elatmanın önlenmesi talebi mülkiyet hakkına dayalı olmasına rağmen Yargıtay yakın sayılabilecek bir tarihe kadar yol gibi kamu malı niteliğindeki malları kullanan kişilerin elatmanın önlenmesi davası açabileceğini kabul etmekteydi³³⁸. Yargıtayın bu yöndeki kararları, elatmanın önlenmesi davasının mülkiyet hakkına dayanması ve bu hak mevcut olmadıkça yalın bir kullanmanın davacı sıfatı kazandırmayacağı sebebiyle isabetli görülmemiştir³³⁹. Yargıtay, güncel tarihli bir kararda ise sıfat yokluğu nedeniyle ilk derece ve istinaf yargılamasında esastan reddedilen bir kararın onanmasına karar vererek bu konuda süregelen uygulamanın aksine karar vermiştir³⁴⁰.

Yargıtayın eski tarihli kararlarına yapılan eleştirilerde belirtildiği gibi, mülkiyet hakkı sahibinin bu davayı açabilmesi, sıfat ile ilgili bir husustur. Belirtilen kararlarda da ilk derece mahkemeleri, mülkiyet hakkına dayanılmadığından sıfat yokluğu sebebiyle davanın reddine karar vermiştir. Ancak Yargıtay “*davacının hukuki yararı olup aktif dava ehliyeti*” olması gerekçeleriyle anılan kararların bozulmasına karar

³³⁶ Yargıtay HGK., E. 2010/4, K. 2010/56, T. 03.02.2010, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021; Yargıtay 14. HD., E. 2019/1821, K. 2019/7742, T. 13.11.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021.

³³⁷ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 31; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 200; Ergüne, **a.g.e.**, s. 44. Azınlıkta kalan karşı görüş olarak ise şahsi hak sahiplerinin de elatmanın önlenmesi davası açabileceği savunmaktadır. Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 1**, s. 35, 41, 42; Eren, **a.g.e.**, s. 49.

³³⁸ Bu yöndeki kararlar için bkz.: Yargıtay 14. HD., E. 2015/304, K. 2016/5767, T. 12.05.2016, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021; Yargıtay 14. HD., E. 2015/17008, K. 2016/7702, T. 3.10.2016, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021; Yargıtay 14. HD., E. 2013/16558, K. 2014/3967, T. 24.3.2014, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021; Yargıtay 14. HD., E. 2013/2095, K. 2013/3793, T. 14.03.2013, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021; Yargıtay 14. HD., E. 2006/10931, K. 2006/13047, T. 14.11.2006, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021. Aynı yönde bölge adliye mahkemesi kararı için bkz.: Ankara BAM, 12. HD., E. 2017/340, K. 2017/324, T. 9.5.2017, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021.

³³⁹ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 33; Uzun Kazmacı, Şenol, **a.g.e.**, s. 517. Aksi görüş ise menfaati kamuya ait olan yerlere müdahale edilmesi halinde zarar gören herkesin dava hakkına sahip olacağını savunmaktadır. Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt 1**, 6 Cilt, 6. Baskı, İstanbul, Demir Demir Yayıncılık, 2001, C. 1, s. 1168 (Kısaca Usul C. 1); Yılmaz, **Şerh C. 2**, s. 1736. Karş.: Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 1**, s. 44.

³⁴⁰ Karar için bkz.: Yargıtay 14. HD., E. 2019/1855, K. 2020/1945, T. 19.2.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021.

vermiştir³⁴¹. İlk olarak Yargıtayın bahsettiği aktif dava ehliyeti ifadesinden dava ehliyetinin değil sıfatın anlaşılması gerektiği belirtilmelidir. Çünkü dava ehliyeti davayı yürütülebilme ve geçerli usûl işlemleri yapabilme ehliyetidir³⁴². Anılan kararlarda tartışma konusu yapılan durum ise dava ehliyetinin belirlenmesini sağlayan maddî hukuktaki fiil ehliyeti üzerine değil; maddî hukuk ilişkisindeki hak sahipliği üzerinedir. Maddî hukuk ilişkisine taraf olmanın medenî usûl hukukundaki karşılığı ise sıfat meselesidir³⁴³. Sonuç olarak kararda belirtilen “*aktif dava ehliyetinden*” sıfatın anlaşılması gerekir. Belirtildiği üzere Yargıtay “*davacının hukuki yararı olup aktif dava ehliyeti*” olması gerekçesiyle bozma kararı vermiştir. Hukukî yarar davanın görülebilmesi için mevcut olması gereken dava şartıyken; sıfat maddî hukuka göre hak sahipliği olmayı ifade eder. Bir davanın görülmesinde hukukî yararın var olması subjektif hakkın varlığına haliyle de sıfatın varlığına doğrudan yol açmaz. Bu sebeple sıfatın olmadığı gerekçesiyle davayı reddeden ilk derece mahkemesini kararını, hukukî

³⁴¹ “...Somut olayda; davacının da başkaları gibi çekişme konusu yoldan yararlanma hakkı bulunduğu davalıların yola elatmasının önlenmesini istemede hukuki yararı bulunup aktif dava ehliyeti vardır. Bu nedenle mahkemece davanın esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir...” Yargıtay 14. HD., E. 2015/17008, K. 2016/7702, T. 3.10.2016, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021. Aynı yönde kararlar için bkz.: Birinci Bölüm, dñn. 338.

³⁴² Erişir, **Taraf Ehliyeti**, s. 58; Bilge Umar, “*Medenî Usul Hukukunda Dâvanın Dinlenme Şartı Olarak Ehliyet*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 29, S. 3, 1963, sa. 591-619, s. 602 (Kısaca Ehliyet); Güray Erdönmez, “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın Tarafların Ehliyetleri, Dava Arkadaşlığı, Davanın İhbarı ve Davaya Müdahaleye İlişkin Hükümlerinin Ana Hatlarıyla Değerlendirilmesi*”, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi (İstanbul Barosu Yayınları)**, 2008, sa. 97-116, s. 98; Hakan Pekcanitez, Hülya Taş Korkmaz, “*Bir Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Sıfat ve Dava Takip Yetkisi Kavramlarının Değerlendirilmesi*”, **Prof. Dr. Necmettin M. Berkin’e Armağan**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, sa. 911-974, s. 933; Cenk Akil, “*Dava Yetkinliği*”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Cilt Bilgisi Yok, S. 36, 2018, sa. 1-20, s. 12 (Kısaca Dava Yetkinliği); Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 22; Pekcanitez, Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 585; Kuru, **Usul C. 1**, s. 2016, 1027; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 322; Üstündağ, **Usul**, s. 291; Yılmaz, **Şerh C. 2**, s. 1712; Bilge, Önen, **a.g.e.**, s. 228; Pekcanitez, Atalay, Özokes, **a.g.e.**, s. 148; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 221; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 261; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 215; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 547; Karşlı, **a.g.e.**, s. 285, 286; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 116; Budak, Karaaslan, **a.g.e.**, s. 108.

³⁴³ Levent Börü, “*Sıfat ve Dava Takip Yetkisi*”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 27, S. 3, 2011, sa. 249-278, s. 252, 255 (Kısaca Sıfat ve Dava Takip Yetkisi); Kale, **a.g.e.**, s. 22; Erişir, **Taraf Ehliyeti**, s. 62; Akil, **Dava Yetkinliği**, s. 11; Peksöz, **a.g.e.**, s. 267; Kuru, **Usul C. 1**, s. 1157; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 332; Yılmaz, **Şerh C. 2**, s. 1720; Pekcanitez, Atalay, Özokes, **a.g.e.**, s. 152; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 231; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 224; Karşlı, **a.g.e.**, s. 290; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 250.

yarar olması sebebiyle sıfat sahibi olunabileceği gerekçesiyle bozan Yargıtay görüşünü, kanaatimizce, isabetli bulmuyoruz.

f. Kat Mülkiyetinde Davacı Olabilecek Kişiler

Kat mülkiyeti, bir arsa üzerinde mevcut yapının her bir bağımsız bölümünde kurulan mülkiyet hakkını ifade eder (634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu³⁴⁴ m. 2). Bu mülkiyet hakkına, paylı mülkiyet esasına göre bağımsız bölümün değeriyle oranlı olacak biçimde arsada tahsis edilen pay (KMK m. 2, b. d) ile bütün kat maliklerinin paylı mülkiyetine tabi ortak yerler (KMK m. 2, b. b) üzerindeki pay ayrılmaz biçimde bağlıdır³⁴⁵.

Her kat maliki bağımsız bölüm üzerinde mülkiyet hakkına sahip olup Medenî Kanunun maliklere tanıdığı bütün hak ve yetkilere sahiptir (KMK m. 15). Bu sebeple her kat maliki kendi bağımsız bölümü için elatmanın önlenmesi davası açabilir³⁴⁶.

Kat malikleri ana gayrimenkulün ortak yerlerinde ise arsa payı oranında paylı mülkiyet hakkına sahiptir (KMK m. 16). Bu alanlar için de yukarıda³⁴⁷ açıklanan paylı mülkiyet ilişkisine göre gerek üçüncü kişilere gerekse de diğer kat maliklerine karşı elatmanın önlenmesi davası açılabilir³⁴⁸.

Kat mülkiyeti ilişkisi göz önüne alındığında yöneticinin de elatmanın önlenmesi davasını açıp açamayacağını değerlendirmek gerekir. Yönetici, ana taşınmazın yönetimini sağlayan devamlı bir yönetim organıdır³⁴⁹. Yöneticinin temel görevi bütün kat maliklerinden oluşan kat malikleri kurulunun kararlarını uygulamak ve ana taşınmazın genel idaresini yürütmektir. Bu kapsamda yöneticinin görevleri KMK m.

³⁴⁴ 02.07.1965 tarihli 12038 sayılı Resmî Gazete.

³⁴⁵ Arzu Genç Arıdemir, **Kat Mülkiyeti I**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 72; Şerife Aksan Nar, **Kat Mülkiyetinde Ortak Yerlerin Tâbi Olduğu Hukuki Rejim**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 21, 31; Kurşat, **a.g.e.**, s. 41; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 694; Eren, **a.g.e.**, s. 146, 147, 148; Ertaş, **a.g.e.**, s. 455, 458.

³⁴⁶ Abdülkadir Arpacı, **Kat Mülkiyetinde Yönetim**, 2. Baskı, İstanbul, Temel Yayınları, 1994, s. 39 (Kısaca Yönetim); Genç Arıdemir, **a.g.e.**, s. 609; Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 1**, s. 43; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 734; Ayan, **Mülkiyet**, s. 166; Akipek, **Mülkiyet**, s. 86; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 452; Eren, **a.g.e.**, s. 153; Kurşun, **a.g.e.**, s. 200.

³⁴⁷ Bkz.: Birinci Bölüm, III, D, 1, b ve 2, b.

³⁴⁸ Genç Arıdemir, **a.g.e.**, s. 626 vdm.; Aksan Nar, **a.g.e.**, s. 61, 65, 66; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 736; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 500, dpn. 38a.; Eren, **a.g.e.**, s. 156; Ertaş, **a.g.e.**, s. 472.

³⁴⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 786.

35'te düzenlenmiştir. Yöneticinin taşınmazın genel yönetimi kapsamında kalan işler için kat malikleri birliğini temsil yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir³⁵⁰. Ayrıca yönetici ana taşınmazın genel yönetimiyle ilgili borç ve yükümlülüklerini yerine getirmeyen kat malikleri aleyhine dava açabilir (KMK m. 35, b. i). Site yönetimlerinin tüzel kişiliği olmaması sebebiyle taraf ehliyeti ve haliyle de dava takip yetkisi bulunmamasına rağmen Kat Mülkiyeti Kanunu'nun verdiği açık yetki sebebiyle yöneticisinin belirtilen işlerde dava takip yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir³⁵¹.

Yöneticilere sağlanan dava takip yetkisi ana taşınmazın genel yönetimiyle ilgili olan davalar içindir; genel yönetimle ilgili olmayan davalarda bu yetkiye sahip değildir. Bu sebeple yöneticinin bağımsız bölümler için elatmanın önlenmesi davası açamayacağının kabul edilmesi gerekir. Zira bağımsız bölümler üzerinde her bir kat malikinin bağımsız mülkiyet hakkı bulunur³⁵². Bu bölümlere yapılan müdahaleler kat malikinin mülkiyet hakkını ilgilendirip ana taşınmazın yönetimi ile ilgisi olmadığından yönetici tarafından dava açılması da mümkün değildir.

Ana taşınmazın bağımsız bölümleri dışında kalıp, korunma ve ortaklaşa kullanma veya faydalanmaya yarayan ortak yerlerine (KMK m. 2) yapılan müdahaleler için elatmanın önlenmesi davası açılmasını, Yargıtay yakın tarihli kararlarında yöneticinin genel yönetim işleri kapsamına girmediğini kabul etmiştir³⁵³.

³⁵⁰ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 792; Eren, **a.g.e.**, s. 174.

³⁵¹ Kale, **a.g.e.**, s. 187, 188; Umar, **a.g.e.**, s. 204; Budak, Karaaslan, **a.g.e.**, s. 107; Peksöz, **a.g.e.**, s. 140. Karş.: Kuru, **Usul C. 1**, s. 1017; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 319.

³⁵² Aksan Nar, **a.g.e.**, s. 23; Kurşun, **a.g.e.**, s. 199, 200.

³⁵³ "...Davacı yönetime yetki verildiğine dair bir Kat Malikleri Kurulu kararına dosya içerisinde rastlanılmamıştır. Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 35. maddesi yöneticinin bu sıfatı sebebiyle görev ve yetkilerini belirlemiştir. Bunların arasında yukarıda açıklandığı gibi mülkiyet hakkı ile sıkı sıkıya bağlantısı bulunan ortak yerlere vaki tecavüz ve projeye aykırılık nedeniyle müdahalenin men'i davası açma yetkisi ve görevi yoktur..." Yargıtay 14. HD., E. 2018/3820, K. 2019/3837, T. 30.4.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021; Yargıtay 14. HD., E. 2015/4569, K. 2017/7241, T. 5.10.2017, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021; Yargıtay 14. HD., E. 2014/8315, K. 2015/569, T. 19.1.2015, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021. Aynı yönde bkz.: Arpacı, **Yönetim**, s. 212; Yılmaz, **Şerh C. 2**, s. 1738. Yöneticinin görevleri kapsamına girmediğini kabul etmekle birlikte yöneticinin aynı zamanda kat maliki olması sebebiyle ortak yerlere elatmanın önlenmesi davası açılabilceğinin kabul edildiği yakın tarihli karar için bkz.: Yargıtay 14. HD., E. 2020/1532, K. 2020/6944, T. 5.11.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021. Aksi yöndeki görüş ise KMK m. 35/f. 9 gereği anagayrimenkulün bakım ve korunması, gerekli tedbirlerin alınması yöneticinin görevi içinde olduğundan onun elatmanın önlenmesi davası açabileceği savunmaktadır. Ertaş, **a.g.e.**, s. 495; Yardımcı, **Dava Arkadaşlığı**, s. 74.

Ortak yerlere yapılan müdahaleler için bu yerler üzerinde paylı mülkiyet hakkı sahibi olan kat malikleri, elatmanın önlenmesi davası açabilir.

Bu başlık altında kat irtifakına da değinmek gerekir. Kat irtifakı, bir arsa üzerinde ileride kat mülkiyetine konu olmak üzere yapılacak veya yapılmakta olan bir veya birden çok yapının bağımsız bölümleri için o arsanın maliki veya ortak malikleri tarafından kurulan irtifak hakkıdır³⁵⁴ (KMK m. 2, b. c). Tanımda belirtildiği gibi kat irtifakı, kat mülkiyetine konu olmak üzere ileride yapılacak veya yapılmakta olan yapıların tamamlanması için kurulur ve bu sebeple de kat mülkiyetine geçiş için bir araçtır³⁵⁵. Kat irtifakı da paylı mülkiyet esasına göre bağımsız bölümün değeriyle oranlı olacak biçimde arsada tahsis edilen arsa payına (KMK m. 2, b. d) bağlı olarak kurulur (KMK m. 3/f. 3). Bu sebeple paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğundan³⁵⁶ arsaya veya anagayrimenkule yapılan müdahaleler için paylı mülkiyet ilişkisinin esaslarına göre³⁵⁷ elatmanın önlenmesi davası açılabilir. Kat mülkiyetine geçilmediği sürece kat irtifakı kurulan anagayrimenkul üzerinde bağımsız bölümler oluşmayacağı için bu nitelikteki yerler hakkında bağımsız bölüm maliki olarak elatmanın önlenmesi davası açılamamalıdır. Ancak taşınmazın kullanımı paylar oranında bölünmüş kabul edilerek ilgili bağımsız bölümün maliki olacak kişi tarafından bu davanın açılması mümkün kılınabilir³⁵⁸.

2. Davalı

a. Müdahalede Bulunan Kişi

Elatmanın önlenmesi davasının dayanağı olan mülkiyet hakkı, herkese karşı ileri sürülebilen ve herkes tarafından ihlal edilebilen bir hak olduğundan, bu davanın davalısı mülkiyet hakkını ihlal eden herkes olabilir. Haliyle elatmanın önlenmesi davasının, davalısı haksız müdahalede bulunan kişidir³⁵⁹. Haksız müdahalede bulunan

³⁵⁴ Kat irtifakının niteliği hakkında bkz.: Etem Sabâ Özmen, Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, **Kat İrtifakı**, 3. (Tıpkı) Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 198 vdm; Genç Arıdemir, **a.g.e.**, s. 210 vdm.; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 720, 721.

³⁵⁵ Özmen, Vardar Hamamcıoğlu, **a.g.e.**, s. 37; Genç Arıdemir, **a.g.e.**, s. 209.

³⁵⁶ Özmen, Vardar Hamamcıoğlu, **a.g.e.**, s. 102, 103; Genç Arıdemir, **a.g.e.**, s. 209.

³⁵⁷ Bkz.: Birinci Bölüm, III, D, 1, b ve 2, b.

³⁵⁸ Bkz.: Birinci Bölüm, III, D, 1, b.

³⁵⁹ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 45; Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 1**, s. 44; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 325; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 369; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 77;

kişinin yanı sıra müdahaleyi teşvik edenlere karşı da bu davanın açılabilceği kabul edilmektedir³⁶⁰.

Müdahale bulunan kişilerin taraf ve dava ehliyeti konuları her somut uyuşmazlıkta ayrıca değerlendirilmelidir. Örnek olarak elatmanın önlenmesi davasında haksız eylemin kusurlu olması gerekmediğinden ayırt etme gücü olmayan kimse de davalı olabilir. Bu kişilerin dava ehliyeti olmadığından kanunî temsilcileri tarafından temsil edilmeleri gerekir (HMK m. 52). Başka bir müdahalede ise haksız eylemde bulunan kişi ayırt etme gücüne sahip ergin olduğundan dava ve taraf ehliyeti mevcut olabilir. Bu konuda kamu tüzel kişilerinin taraf ehliyetinin ayrıca açıklamasında fayda olabilir.

Usulüne uygun olarak kamulaştırma işlemi yapılmadan taşınmaza idare tarafından el atılması, malikin mülkiyet hakkını sona erdirmeyeceği için elatmanın önlenmesi davası açılabilir^{361 362}. Bu dava haksız eylemi gerçekleştiren idare aleyhine açılabilir. İdarenin kendi tüzel kişiliği bulunması halinde dava, bu tüzel kişiliğe karşı açılmalıdır. Ayrı bir tüzel kişilik bulunmadığı hallerde idarenin bağlı bulunduğu bakanlığa karşı dava açılmalıdır. Bakanlıkların, devlet tüzel kişiliğinden ayrı tüzel kişilikleri bulunmamasına rağmen devlet tüzel kişiliğinin organları oldukları için taraf ve dava ehliyetleri oldukları kabul edilir³⁶³.

Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 198; Ergüne, **a.g.e.**, s. 40; Ayan, **Mülkiyet**, s. 168; Sirmen, **a.g.e.**, s. 278; Eren, **a.g.e.**, s. 49; Akipek, **Mülkiyet**, s. 86; Akil, **Kesin Yetki**, s. 126. “...Hemen belirtmek gerekir ki, elatma haksız eylem olup, elatmanın önlenmesine yönelik davanın taşınmaza fiilen elatana karşı açılması gerektiğinde kuşku yoktur. Somut olayda, yapılan uygulama sonucu fen bilirkişisi K3'nın raporunda, dava konusu 420 parsel sayılı taşınmaza (A) ile gösterilen 801.39 m2.lik tecavüzün varlığı saptanmakla beraber, anılan müdahalenin davalı tarafından yapıldığı sabit olmadığı gibi, müdahaleye konu alanda hangi miktarda ve kime ait ağaçların bulunduğu da tespit edilmemiştir...” Yargıtay 1. HD., E. 2014/9641, K. 2015/10641, T. 29.09.2015, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021.

³⁶⁰ Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 1**, s. 44; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 326; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 502; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 370; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 198; Ergüne, **a.g.e.**, s. 40; Ayan, **Mülkiyet**, s. 169; Sirmen, **a.g.e.**, s. 279; Eren, **a.g.e.**, s. 49; Uzun Kazmacı, Şenol, **a.g.e.**, s. 518.

³⁶¹ Yargıtay BGK., E. 1956/1, K. 1956/6, T. 16.05.1956. 11.08.1956 tarihli 9379 sayılı Resmî Gazete.

³⁶² İdarenin müdahalelerinden doğan uyuşmazlığın görüleceği yargı yolu hakkında bkz.: İkinci Bölüm, I.

³⁶³ Pekcanitez, Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 563; Kuru, **Usul C. 1**, s. 941, 1124; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 306, 328; Yılmaz, **Şerh C. 2**, s. 1698; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 258, 267; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 212, 221; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 235; Ulukapı, **Usûl**, s. 187; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **Türk İdari Yargılama Hukuku**, 6.

b. Paylı Mülkiyet Açısından Davalı

Paylı mülkiyet ilişkisi içerisinde, paylı malikler birbirlerinin mülkiyet hakkından doğan yetkilerinin kullanımını engelleyerek haksız müdahaleye yol açabilir. Bunun yanında paylı malikler, üçüncü bir kişinin taşınmazına paylı mülkiyete konu eşyaları ile haksız müdahalede bulunabilirler. Ayrıca üçüncü bir kişinin paylı mülkiyete tabi taşınmaza yaptığı müdahaleye de bu başlık altında değinilmesi gerekir.

Paylı mülkiyet ilişkisinde her paylı malik, kendi payı için mülkiyet hakkından doğan yetkileri kullanabilir. Bu kapsamda her paydaş kendi payı sebebiyle üçüncü kişilere karşı bölünebilir talepler bağlamında elatmanın önlenmesi davası açabilir. Yapılan haksız müdahaleye diğer paydaşlar rıza gösterse dahi rıza göstermeyen paydaşın bu davayı açabileceği savunulmuştur³⁶⁴. Ancak TMK m. 691 hükmü, önemli yönetim işlerinin pay ve paydaş çoğunluğu ile yapılabileceğini düzenlemiştir. Bu durumda haksız müdahaleye pay ve paydaş çoğunluğu ile rıza gösteriliyorsa ve eylem önemli yönetim işleri kapsamında değerlendirilebilecek nitelikte ise elatmanın önlenmesi davası açılmamalıdır³⁶⁵. Zira eylem haksız olma niteliğini kaybeder.

Paylı malikler birbirlerinin mülkiyet hakkından doğan yetkilerinin kullanılmasını engelleyecek biçimde de haksız müdahalelerde bulunabilirler. Bu durumda da haksız eylemde bulunan diğer paylı malike karşı elatmanın önlenmesi davası açılabilir³⁶⁶. Ancak burada Yargıtayın yerleşik uygulamasına göre paydaşlar arasında anlaşma ile belirlenmiş veya fiilî olarak oluşmuş ve paydaşların uzun süredir benimsedikleri kullanım biçimi oluşmuş ise payından az yer kullandığını ileri süren paydaşın sorunu, elatmanın önlenmesi davası ile değil kesin sonuç getiren taksim veya ortaklığın satış yoluyla giderilmesi davası açmak suretiyle çözümlenmesi gerekir. Zira oluşan kullanım biçiminin tapuda yapılacak resmi taksime veya ortaklığın satış suretiyle giderilmesine yahut o yerde bir imar uygulaması yapılmasına kadar

Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2021, s. 255, 256 (Kısaca İdari Yargılama); Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, **İdare Hukuku Dersleri**, 22. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2020, s. 153.

³⁶⁴ Ağca Toplandı, **a.g.e.**, s. 94; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 356.

³⁶⁵ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 39; Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 1**, s. 36.

³⁶⁶ Paydaşın, diğer bir paydaş aleyhine açtığı elatmanın önlenmesi davasında lehine hüküm alabilmesi için ayrıca ilgili paydaşın payını kullanmasını engellediğini (intifadan menettiğini) ispatlaması gerekir. Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 2**, s. 317, 318.

korunması, ahde vefa kuralının yanında iyi niyet kuralının da (TMK m. 2) bir gereğidir. Aksi halde, pek çok kimse zarar görecektir toplum düzeni ve barışı bozulacaktır³⁶⁷. Taşınmaz üzerinde paydaşlar arasında bir kullanım biçiminin oluşmadığı hallerde uyuşmazlık elatmanın önlenmesi davası ile çözülebilir³⁶⁸. Elatmanın önlenmesi davasında da davacı paydaşın payı oranında elatmanın önlenmesine karar verilir; davalı paydaşın taşınmazdan tamamen el çekmesine yönelik karar verilemez³⁶⁹.

Son olarak paylı mülkiyet ilişkisinin dışında yer alan üçüncü kişinin taşınmazına, paylı mülkiyet konusu eşya ile müdahale edilmesi durumu incelenmelidir. Paylı mülkiyet ilişkisinin yargılamada, kural olarak, ihtiyarî dava arkadaşlığı oluşturduğu yukarıda belirtildi³⁷⁰. Ancak hak veya borcun bölünemez

³⁶⁷ “...Paylı mülkiyette taşınmazdan yararlanamayan paydaş, engel olan öteki paydaş veya paydaşlardan her zaman payına vaki elatmanın önlenmesini ve/veya ecrimisil isteyebilir. Elbirliği mülkiyetinde de paydaşlardan biri öteki paydaşların olurlarını almadan veya miras şirketine temsilci atanmadan tek başına ortak taşınmazdan yararlanmasına engel olan ortaklar aleyhine ecrimisil ve/veya elatmanın önlenmesi davası açabilir. Ancak, o paydaşın, payına karşılık çekişmesiz olarak kullandığı ya da kullanılabileceği bir kısım yer varsa açacağı ecrimisil ve/veya elatmanın önlenmesi davasının dinlenme olanağı yoktur. Yerleşmiş Yargıtay içtihatlarına ve aynı doğrultudaki bilimsel görüşlere göre payından az yer kullandığını ileri süren paydaşın sorununu, kesin sonuç getiren taksim veya ortaklığın satış yoluyla giderilmesi davası açmak suretiyle çözümlemesi gerekmektedir. Bilindiği üzere 4721 s. Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 706., Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 237., Tapu Kanunu'nun 26. maddeleri hilafına tapulu taşınmazlarda harici veya fiili taksim ile payların mülkiyeti ana taşınmazdan ayrılamaz. Ne var ki, taşınmazın kullanma biçimi tüm paydaşlar arasında varılan bir anlaşma ile belirlenmiş ya da fiili bir kullanma biçimi oluşmuş, uzun süre paydaşlar bu durumu benimsemişlerse kayıta paylı, eylemsel olarak (fiilen) bağımsız bu oluşumun tapuda yapılacak resmi taksime veya ortaklığın satış suretiyle giderilmesine yahut o yerde bir imar uygulaması yapılmasına kadar korunması, "ahde vefa" kuralının yanında TMK'nin 2. maddesinde düzenlenen iyi niyet kuralının da bir gereğidir. Aksi halde, pek çok kimse zarar görecektir toplum düzeni ve barışı bozulacaktır...” Yargıtay 8. HD., E. 2020/2114, K. 2021/247, T. 19.1.2021, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; Yargıtay 8. HD., E. 2019/2042, K. 2021/245, T. 19.1.2021, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; Yargıtay 8. HD., E. 2018/4916, K. 2020/3739, T. 22.6.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; Yargıtay 8. HD., E. 2018/7446, K. 2020/8251, T. 15.12.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021. Somut uyuşmazlığın farklı olmasına rağmen belirtilen yönde uygulamanın kabul edildiğine dair bkz.: Yargıtay HGK., E. 2017/1762, K. 2018/1434, T. 16.10.2018, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021

³⁶⁸ “...Davacının bu taşınmazlarda paydaş olduğu, payına karşılık ayrılmış bir yerinin olmadığı, özel parselasyon yapılmadığı, taraflar arasında fiili bir kullanma biçiminin oluşmadığı gözetilerek bu taşınmazlardaki davacının payına vaki elatmanın önlenmesi talebi yönünden kabul kararı verilmesi gerekirken yanlış değerlendirilmeyle yazılı şekilde bu taşınmazlar yönünden de davanın reddine dair hüküm tesis edilmesi hatalı olmuştur...” Yargıtay 8. HD., E. 2018/7620, K. 2021/236, T. 19.1.2021, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

³⁶⁹ Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 225.

³⁷⁰ Bkz.: Birinci Bölüm, III, D, 1, b.

nitelikte olduğu hallerde mecburî dava arkadaşlığı oluşur³⁷¹. Davacının taşınmazı üzerinde müdahale oluşturan paylı mülkiyet konusu eşyanın kaldırılması, paylı malın tamamı üzerinde tasarruf niteliğinde olup bütün paydaşların birlikte hareket etmesini gerektirdiğinden (TMK m. 692/f. 1) ileri sürülen talebin bölünemez nitelikte olduğu söylenebilir. Bu durumda paylı maliklerin davalı olması durumunda aralarında mecburî dava arkadaşlığı oluşur ve davanın hepsine karşı yürütülmesi gerekir³⁷².

c. Elbirliği Mülkiyet Açısından Davalı

Elbirliği mülkiyetinin medenî usul hukuku bakımından mecburî dava arkadaşlığı oluşturduğu ve bu sebeple de elbirliği ile maliklerin davada birlikte taraf olmaları gerektiği, dava takip yetkisine hep birlikte sahip oldukları yukarıda belirtildi³⁷³. Bu sebeple elbirliği ile malik olunan bir eşya ile ortaklar, davacının taşınmazına müdahalede bulunduğu, ortakların hepsine karşı birlikte dava açılmalıdır.

Elbirliği halinde hak sahibi olan maliklerin birbirlerinin mülkiyet hakkından doğan yetkilerini kullanmalarını engelledikleri hallerde, paylı mülkiyet ilişkisinde olduğu gibi, her bir malikin diğer malike karşı elatmanın önlenmesi davası açılabileceği kabul edilmiştir³⁷⁴. Bu görüşe göre her bir malik diğer elbirliği maliklerin onaylarını almadan veya miras şirketine temsilci atanmadan tek başına ortak taşınmazdan yararlanmasına engel olan ortaklar aleyhine elatmanın önlenmesi davası açabilir. Zira davacı malik ile davalı malik ya da maliklerin menfaatleri çatıştığından bunların davada birlikte hareket etmesi düşünülemez. Aynı şekilde atanacak temsilcinin de menfaatleri çatışan tüm malikleri temsil etmesi mümkün değildir. Ancak, davacı malikin³⁷⁵, taşınmaz üzerinde hakkına karşılık çekişmesiz olarak kullandığı ya da kullanılabileceği bir kısım varsa payından az yer kullandığı iddiası ile

³⁷¹ Erdoğan, **a.g.m.**, s. 194, 195; Kale, **a.g.e.**, s. 148; Pekcanıtez, Taş Korkmaz, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 703; Kuru, **Usul C. 3**, s. 3389; Üstündağ, **Usul**, s. 367; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 227; Eren, **a.g.e.**, s. 99, 113.

³⁷² Yardımcı, **Dava Arkadaşlığı**, s. 46, 102, 103; Ağca Toplandı, **a.g.e.**, s. 184, 187; Budak, Karaaslan, **a.g.e.**, s. 123, 124; Kurşun, **a.g.e.**, s. 211.

³⁷³ Bkz.: Birinci Bölüm, III, D, 1, c.

³⁷⁴ Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 2**, s. 319; Ağca Toplandı, **a.g.e.**, s. 93, 153; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 261; Eren, **a.g.e.**, s. 48.

³⁷⁵ Yargıtay elbirliği maliklerden birinin açtığı davalarda da “paydaş” ve “paya karşılık olarak kullanılan kısım” ifadelerini kullanmaktadır. Bkz.: Birinci Bölüm, Dipnot 367. Ancak bu ifadeler paylı mülkiyete ilişkindir; elbirliği mülkiyetinde “ortak” ifadesinin kullanılması isabetli olur. Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 262.

açacağı elatmanın önlenmesi davasının dinlenme olanağı yoktur. Bu durumda uyuşmazlık taksim veya ortaklığın satış yoluyla giderilmesi davası açmak suretiyle çözülmelidir³⁷⁶.



³⁷⁶ Yargıtay 8. HD., E. 2018/7873, K. 2021/261, T. 19.1.2021, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021. Elbirliği ortaklığında, paylı mülkiyetten farklı olarak, ortakların haklarına karşılık tek başlarına kullanabilecekleri bir yer olmadığı gerekçesi ile Yargıtayın paylı mülkiyet esaslarına göre verdiği kararların eleştirisi için bkz.: Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 263. Yazara göre belirli paylara göre eşyanın kullanılması mümkün olmadığı için eşyanın tamamı için elatmanın önlenmesine karar verilmelidir.

İkinci Bölüm

Elatmanın Önlenmesi Davasında Yargılama

I. Yargı Yolu

A. Genel Olarak Yargı Yolu

Hukukî nitelikleri itibariyle benzerlik taşıyan uyuşmazlıkların, aynı yüksek mahkeme çatısı altında, aynı yargılama hukukuna ait ilke ve kurallara göre çözümlenmesi amacıyla oluşturulan ayırım yargı yolları ayırımını oluşturur¹. Türk hukukunda Anayasa yargısı, adlî yargı, idarî yargı, hesap yargısı, seçim yargısı ve uyuşmazlık yargısı olarak 6 farklı yargı yolu mevcuttur². Bu yargı kolları aynı derece ve birbirine eşittir; aralarında altlık-üstlük ilişkisi yoktur³.

Çalışmamızın kapsamında adlî ve idarî yargı yolları önem arz ettiğinden öncelikle bunlara ilişkin kısaca bilgi verilmiş ardından idarenin kamulaştırmaz el atması üzerinde durulmuştur.

İdarî yargı, idarenin kamu hukuku kaynaklı bir yetkisini kullanarak gerçekleştirmiş olduğu eylem ve işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulduğu yargı yoludur⁴. İdarenin kamu hukuku kaynaklı bir yetkisini

¹ Murat Atalı, “*Hukuk Yargılamamızda Genel Mahkemeler, Görev Kavramı ve Görevsizlik Kavramı*”, Prof. Dr. Halil Cin’e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya, Selçuk Üniversitesi Basımevi, 1995, sa. 525-551, s. 532; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 31; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 56.

² Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 31; Ulukapı, **Usûl**, s. 17. Diğer bir görüşe göre Anayasa yargısı, idarî yargı, adlî yargı ve askerî yargı olmak üzere 4 yargı yolu vardır. Pekcanitez, Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 80; Kuru, **Usul C. 1**, s. 4. Anayasa yargısı, idarî yargı ve adlî yargı olmak üzere 3 yargı yolu olduğu görüşü için bkz.: Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 38; Bilge, Önen, **a.g.e.**, s. 22. Anayasa yargısı, idarî yargı, adlî yargı ve uyuşmazlık yargısı olarak 4 yargı yolu olduğu görüşü için bkz.: Yılmaz, **Şerh C. 2**, 2574; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 57; Budak, Karaaslan, **a.g.e.**, s. 43. Anayasa yargısı, idarî yargı, adlî yargı, uyuşmazlık yargısı ve hesap yargısı olarak 5 yargı yolu olduğu görüşü için bkz.: Arslan vd., **a.g.e.**, s. 70.

³ Pekcanitez, Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 79; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 70; Ulukapı, **Usûl**, s. 17.

⁴ Pekcanitez, Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 87; Kuru, **Usul C. 1**, s. 4, 5, 10; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 38; Ejder Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt 1**, 4 Cilt, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, Cilt 1, s. 42, 43 (Kısaca Şerh C. 1); Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 36; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 28; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl**

kullanmadığı, özel hukuk ilişkisi kapsamında gerçekleştirdiği işlemlerden doğan uyuşmazlıklar ise adlî yargıda görülür⁵. Kural bu şekilde olmasına rağmen açık kanunî düzenlemelerle idarî yargının görev alanına girmesi gereken bazı uyuşmazlıkların adlî yargı kapsamına gireceğinin kabul edildiği istisna haller de mevcuttur. Örnek olarak icra müdür ve müdür yardımcılarının kusurlarıyla verdikleri zarardan dolayı tazminat davalarının (İİK m. 5) ve hâkimlerin verdikleri zararlardan dolayı Devlete karşı açılacak tazminat davalarının (HMK m. 46, 47) adlî yargıda görülecek olması gösterilebilir.

Adlî yargı yolunun ise genel yargı yolu olduğu ifade edilmiştir. Bu durumda bir uyuşmazlık diğer yargı kollarından hiçbirinde çözilemiyorsa adlî yargı kolu mahkemeleri önünde çözülür⁶. Adli yargı da kendi içinde ceza yargısı ve medenî yargı olarak ayrılır. Elatmanın önlenmesi davaları da adlî yargı kolu içerisinde medenî yargıda görülür.

Yargı yolları arasındaki ilişki “*yargı yolu ilişkisi*” olarak isimlendirilmiştir⁷. Bir davanın doğru yargı yolunda açılması dava şartıdır (HMK m. 114/f. 1, b. b). Yargı yolunun caizliğinin dava şartı olmasının sonucu olarak yanlış yargı yolunda açılan dava için her zaman yargı yolu itirazında bulunabilir; mahkeme de her zaman yargı yetkisi içerisinde bulunmayan uyuşmazlık için davanın usulden reddine karar verebilir⁸. Adlî yargı mahkemesinin bu kararının kesinleşmesinden sonra 30 gün içerisinde idarî yargıda dava açılabilir (2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu⁹ m.

Hukuku, s. 34; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 73; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 57; Bilge, Önen, **a.g.e.**, s. 24, 25; Karşlı, **a.g.e.**, s. 54; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 62; Ulukapı, **Usûl**, s. 37.

⁵ Pekcanitez, Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 90; Kuru, **Usul C. 1**, s. 10, 11; Yılmaz, **Şerh C. 1**, s. 43, 44; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 28, 29; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 73; Karşlı, **a.g.e.**, s. 54; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 62; Ulukapı, **Usûl**, s. 37.

⁶ Pekcanitez, Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 80; Kuru, **Usul C. 1**, s. 7; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 43; Üstündağ, **Usul**, s. 23; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 29; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 36; Ulukapı, **Usûl**, s. 25.

⁷ Pekcanitez, Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 256; Kuru, **Usul C. 1**, s. 722; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 245; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 33; Ulukapı, **Usûl**, s. 150.

⁸ Pekcanitez, Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 261; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 71. Bu kararın görevsizlik olarak ifade edilmesi yönünde bkz.: Atalı, **a.g.m.**, s. 534; Kuru, **Usul C. 1**, s. 726; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 248; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 178 vdm. Karş.: Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 33, 172, 173; Yılmaz, **Şerh C. 2**, s. 2574.

⁹ 20.01.1982 tarihli 17580 sayılı Resmî Gazete.

9/f. 1). Bu şekilde açılan dava, adlî yargıda açılan davanın devamı sayılmaz; ancak adlî yargıya başvurma tarihi idarî yargıya başvurma tarihi olarak kabul edilir (İYUK m. 9/f. 1). İdarî yargıda dava açılması için belirlenen sürenin dolmadığı hallerde 30 gün geçtikten sonra da dava açılabilir (İYUK m. 9/f. 2). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ise idarî yargı mercilerinde verilen “*davanın reddi*” (İYUK m. 15/f. 1, b. a) kararından sonra nasıl hareket edilmesi gerektiğini düzenleyen benzer bir hüküm yoktur. Doktrinde, HMK m. 20'ye göre verilen kararın kesinleşmesinden sonra 2 hafta içinde mahkemeye başvurularak dosyanın görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesinin talep edilmesi gerektiği; buna uygun davranıldığında hukuk mahkemelerinde açılan davanın idare mahkemelerinde açılan davanın devamı olacağı kabul edilmiştir¹⁰. Aksi takdirde açılmamış sayılacağından, dava açılmasına bağlanan sonuçlar ortadan kalkar.

B. Kamulaştırmasız Elatma ve Tabi Olduğu Yargı Yolu

Kamulaştırma, idarenin ihtiyaç duyduğu ve özel mülkiyet konusu olan bir taşınmazı, kamu gücü kullanarak malikin rızasına bakılmaksızın elde etme yetkisidir¹¹. Kamulaştırma ile özel mülkiyetteki taşınmazın kamu malları arasında yer alması sağlanır. Bunun karşılığında da malike taşınmazın bedeli ödenir. Her ne kadar kamulaştırılan taşınmazın bedeli malike ödense de kamulaştırma işlemine keyfî olarak başvurulamaz. Ancak kamu yararının gerektirdiği hallerde, kanunun düzenlediği esas ve usullere uyularak kamulaştırma işlemi yapılabilir¹².

Kamulaştırma işlemi için öncelikle, kural olarak, kamulaştırma işleminin gerekliliğine yönelik kamu yararı kararı alınır ve onaylanır. Ardından Kamulaştırma Kanunu m.7'ye göre kamulaştırılacak taşınmaz belirlenir ve bu taşınmaz için kamulaştırma kararı alınır. Kamulaştırma kararını takiben Kamulaştırma Kanunu m.

¹⁰ Kuru, **Usul C. 1**, s. 741, 742; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 251; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 70, 71; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 173; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 180.

¹¹ Mehmet Ali Hayta, **Kamulaştırma ve Kamulaştırmasız El Koyma Davaları**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 8; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, 13. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2021, s. 639 (Kısaca İdare Hukuku); Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku: Cilt I Genel Esaslar**, 2 Cilt, 13. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2019, C. 1, s. 962; Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 640.

¹² Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **İdare Hukuku**, s. 650.

8'e göre taşınmazın bedeli tespit edilir ve idare, satın alma yolu ile taşınmazı kamulaştırır. Kamulaştırmanın satın alma usulü ile gerçekleştirilememesi halinde idare taşınmazın bulunduğu yerdeki asliye hukuk mahkemesine başvurarak kamulaştırma bedelinin tespiti ile bu bedelin peşin veya taksitle ödenmesi karşılığında taşınmazın adına tesciline karar verilmesini ister (Kamulaştırma Kanunu m. 10/f. 1)¹³. Belirtilen bu süreçte idare, taşınmaz malı kamu gücü kullanarak edindiği için meydana gelen uyuşmazlıklar, Kamulaştırma Kanunu'nda açıkça belirtilen haller dışında, idarî yargıda görülür.

Kamulaştırma için usulüne uygun bir kamulaştırma kararı olmadan ve haliyle de bahsedilen kamulaştırma süreci takip edilmeden, idare tarafından kamu hizmetinin yürütülmesi için ihtiyaç duyulan özel mülkiyete tabi bir taşınmaza malikin de rızası olmaksızın el atılması “*kamulaştırmatsız el atma*” oluşturur¹⁴. Ancak idarenin kamulaştırma kararı almadan taşınmazın bir bölümüne el atmasının kanunî bir dayanağı olabilir. Açık kanunî düzenlemeler sayesinde idarenin usulüne uygun bir kamulaştırma kararı almadan taşınmazın bir kısmına el atması “*hukukî el atma*” olarak isimlendirilmiştir¹⁵. Hukuka uygun kamulaştırmatsız el atmalara imkân veren açık yasal düzenlemeler idareye kamu hukukuna dayanan bir yetki sağlar. İdarenin bu yetkiyi kullanması yapılan işleme idarî nitelik kazandırır ve bu sebeple de işlem idarî yargı yolunun denetimine tabi olur¹⁶.

¹³ Kamulaştırma hakkında geniş bilgi için bkz.: Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **İdare Hukuku**, s. 639 vdm.; Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 692 vdm.; Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 646 vdm.

¹⁴ Salih Şahiniz, **Teoride ve Uygulamada Kamulaştırmatsız El Koyma**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2006, s. 15; Yasin Ulusoy, **Yargıtay Kararları Işığında Kamulaştırmatsız El Atma**, Ankara, Nobel Yayın Dağıtım, 2004, s. 8; Sezer Çabri, “*Kamulaştırmatsız El Atma Kavramının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 15.12.2010 Tarihli Kararı Doğrultusunda Tanımlanması*”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 1-2, 2011, sa. 77-107, s. 79; Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 667.

¹⁵ Şahiniz, **a.g.e.**, s. 15; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **İdare Hukuku**, s. 668. “Hukuka uygun kamulaştırmatsız el koyma” olarak ifade eden yazarlar için bkz.: Şahiniz, **a.g.e.**, s. 15. Bu ayrımın suni bir ayrım olduğu; hukuka uygun kılan hallerin mevcut olduğu durumlarda kamulaştırmatsız el atmanın olmadığının kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz.: Ulusoy, **a.g.e.**, s. 8, 9; Çabri, **a.g.m.**, s. 100, 101.

¹⁶ Hayta, **a.g.e.**, s. 412; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **İdare Hukuku**, s. 669. Yargıtay istikrarlı olarak verdiği kararlarda idarenin kanunî yetkilere dayanarak hazırladığı imar planlarına uygun kamulaştırma işlemini uzun süre boyunca yapmadığı hallerde, taşınmaza fiilen el atılmasa dahi, fiilî el atma olgusunun gerçekleştiğini belirterek uyuşmazlığın adli yargıda çözülmesi gerektiğini belirtmiştir. “...*Mahkemeye hukuki el atma nedeniyle adli yargı yolunun görevli olmaması nedeniyle ... İli, ... İlçesi, ...mahallesi 3754 ada 1 parsel sayılı taşınmaz yönünden davanın reddine karar verilmiş ise de; Dosyada bulunan bilgi ve belgelerden dava konusu taşınmazın 07/12/2012 tarihinde*

*Belediye Meclisince yapılan imar plan tadilatında dini tesis alanına dönüştüğü ve taşınmaza fiilen el atılmadığı anlaşılmıştır... uzun yıllar programa alınmayan imar planının hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı idarece, pasif ve suskun kalınmak ve işlem tesis edilmemek suretiyle taşınmaza müdahale edildiği; bu haliyle idarenin eyleminin, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir niteliğe sahip olduğu bu şekilde kamulaştırmасız el koyma olgusunun gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Kamulaştırmасız el koyma olgusunun varlığının doğal sonucu, idarenin hukuka aykırı eylemiyle mülkiyet hakkı engellenen taşınmaz mal sahibi davacının, dava yoluyla kamulaştırmасız el koyma hükümleri doğrultusunda mülkiyetin bedele çevrilmesini, eş söyleyişle idareden değer karşılığının verilmesini isteyebileceği açıktır. Bu itibarla dava konusu taşınmazın uzun yıllardan beri kamu hizmetine tahsis edilmiş olması nedeniyle, fiilen el atılmamış olsa dahi mülkiyet hakkının süresi belirsiz şekilde kısıtlanması nedeniyle kamulaştırmасız el atma olgusu gerçekleşmiş olup, taşınmazın aynına ilişkin bu davaya bakmak Adli Yargının görevidir...” Yargıtay 5. HD., E. 2020/10454, K. 2021/2531, T. 3.3.2021, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.04.2021. Aynı yönde bkz.: Yargıtay 5. HD., E. 2019/10383, K. 2020/11600, T. 22.12.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.04.2021; Yargıtay 5. HD., E. 2019/11965, K. 2020/9126, T. 3.11.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.04.2021; Yargıtay 5. HD., E. 2019/8035, K. 2020/8684, T. 13.10.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.04.2021; Yargıtay 5. HD., E. 2019/6318, K. 2020/8666, T. 12.10.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.04.2021. Özel daire kararlarının bu yöndeki görüşüne dayanak oluşturan HGK kararı için bkz.: Yargıtay HGK., E. 2010/662, K. 2010/651, T. 15.12.2010, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.04.2021. Yargıtayın bu yöndeki görüşü hakkında geniş bilgi için bkz.: Çabri, **a.g.m.***

Ancak sonraki tarihli bir Hukuk Genel Kurulu kararında İmar kısıtlamalarından doğan uyuşmazlıkların idari yargıda çözülmesi gerektiğine karar verilmiştir. Zira kamulaştırmасız el atmanın gerçekleşebilmesi için zilyetliğin idareye geçmesi ve taşınmazın kamu hizmetine tahsis edilmesi gerekir. Karar metninden özel dairenin ne gerekçe ile ilk derece mahkemesinin kararını bozduğunu anlaşılmaması mümkün olmamakla birlikte tazminat talepli davanın kabul edilmesi, ardından özel dairece bozularak ilk derecenin direnmesi üzerine HGK’nın idari yargıyı görevli bularak direnmeyi bozduğu kararının ilgili kısmı şu şekildedir: “...Başvuran Mahkemede görülen davaya konu olayda, davacıya ait taşınmaz, imar planlarıyla ‘dere mutlak koruma alanı ’ sınırları içine alınmış ve bu nedenle davacının taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmıştır. Davacının tasarruf yetkisinin kısıtlanmasının, davacının mamelekinde azalma meydana getirebileceği tartışmasızdır. Ancak, davacının mülkü üzerinde tasarruf etme hakkının kısıtlanması, idarenin bir eyleminden değil, idari bir işlem niteliğinde olduğu tartışmasız olan imar planından kaynaklanmaktadır. Olayda, idarenin fiili el koyma niteliği taşıyan bir eylemi henüz bulunmamakta, aksine kanunen yapması gereken kamulaştırma işlemlerini yapmamak biçiminde tezahür eden bir eylemsizliği söz konusudur. Öte yandan, kamulaştırmасız el atmadan söz edilebilmesi için taşınmaz zilyetliğinin idareye geçmesi ve taşınmazın fiilen kamu hizmetine tahsis edilmiş olması gerekmektedir. Oysa Mahkemede görülen davaya konu olayda olduğu gibi ‘imar kısıtlamaları’nda taşınmaz zilyetliği malikte kalmaya devam etmekte olup yalnızca malikin tasarruf yetkisinin, ilgili mevzuattan kaynaklanan bazı kısıtlamalara maruz kalması söz konusu olmaktadır...” Hususları açıklanarak geçici 6.maddenin onuncu fıkrasının üçüncü cümlesinde de, “Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle veya ilgili kanunların uygulamasıyla tasarrufu kısıtlanan taşınmazlar hakkında, 03.05.1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununda öngörülen idari başvuru ve işlemler tamamlandıktan sonra idari yargıda dava açılabilir” hükmüne yer verilerek imar kısıtlamalarından kaynaklanan tazminat davalarının idari yargıda açılacağına teyit edildiği belirtilmiştir.

H-

Davalı vekilinin temyiz itirazları yukarıda açıklanan nedenlerle yerinde görüldüğünden, direnme kararının bu değişik gerekçe ve nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanunun 30.maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na eklenen “Geçici madde 3” atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 429.maddesi gereğince BOZULMASINA...” Yargıtay HGK., E. 2013/603, K. 2013/1503, T. 30.10.2013, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.04.2021.

Usulüne uygun bir kamulaştırma kararı olmamasının yanı sıra taşınmaza el atmayı mümkün kılan açık kanunî düzenleme de yoksa idarenin taşınmaz üzerinde fiilen tasarrufta bulunması “*fiilî et atma*” oluşturur¹⁷. Bu ihtimalde idare ne aldığı bir kararla ne de açık yasal düzenleme ile bir kamusal yetki kullanmadığı için yapılan eylemin idarî niteliği yoktur. İdarenin bu işleminin haksız fiil niteliğinde olduğu kabul edilir ve eylemden doğan uyuşmazlıklar adlî yargı yoluna tabidir¹⁸.

Hukuka aykırı kamulaştırmaz al atma taşınmaza yönelik haksız müdahale oluşturduğundan, adlî yargıda idare aleyhine¹⁹ elatmanın önlenmesi davası açılarak bu müdahale bertaraf edilebilir²⁰. Ancak idarenin eylemi sonucu taşınmazın yapısı tamamen değişebileceğinden elatmanın önlenmesi davasında verilen kararın icrası çok güç veya imkânsız olabilir. Ayrıca müdahalenin bertaraf edilmesi kamu hizmetinin aksamasına da yol açabilir²¹. Bu gerekçeler ile Yargıtay, içtihadı birleştirme kararıyla,

¹⁷ Şahin, **a.g.e.**, s. 16; Hayta, **a.g.e.**, s. 381; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **İdare Hukuku**, s. 664; Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 979; Turgut Tan, **İdare Hukuku**, 9. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2020, s. 644; Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 668. Bu durum içi “*kamulaştırmaz el atma*”, “*hukuka aykırı kamulaştırmaz el atma*”, “*alelâde kamulaştırmaz el atma*” ifadeleri de kullanılmıştır. Bu ifadeler için bkz.: Şahin, **a.g.e.**, s. 15; Hayta, **a.g.e.**, s. 381; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **İdare Hukuku**, s. 664; Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 668; Eren, **a.g.e.**, s. 44, 45; Ertaş, **a.g.e.**, s. 362.

¹⁸ Şahin, **a.g.e.**, s. 16, 38; Ulusoy, **a.g.e.**, s. 6, 10; Hayta, **a.g.e.**, s. 409; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **İdare Hukuku**, s. 664; Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 979; Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 668; Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 1**, s. 48. “...İdarenin yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmetine ilişkin olarak uygulamaya koyduğu plan ve projeye göre meydana getirdiği yol, kanal, baraj, su yolları, su şebekesi gibi tesislerin kurulması, işletilmesi ve bakımı sırasında kişilere verdiği zararların tazmini istemiyle açılacak davaların görüm ve çözümünün, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları muhtel olanlar tarafından açılacak tam yargı davaları kapsamında yargısal denetim yapan idari yargı yerine ait olduğu; idarece herhangi bir ayni hakka müdahalede bulunulduğu; özel mülkiyete konu taşınmaza kamulaştırmaz el atıldığı veya plan ve projeye aykırı iş görüldüğü iddiasıyla açılacak müdahalenin men'i ve meydana gelen zararın tazmini davalarının ise, mülkiyete tecavüzün önlenmesine ve haksız fiillere ilişkin özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerince çözümleneceği, yerleşik yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır....Tüm bu açıklamaların ışığında; davaya konu olayda, davacının maliki olduğu taşınmaz üzerine davalı Salihli Belediyesi'nce, taraflar arasında herhangi bir kira veya kullanım sözleşmesi bulunmaksızın, haksız çöp döküldüğü iddiası ile tecavüzün önlenmesi, meydana geldiği belirtilen zararın tazminine yönelik bulunan davanın haksız fiillere ilişkin özel hukuk hükümlerine göre görüm ve çözümü adli yargı yerinin görevine girmektedir. Açıklanan nedenlerle, Manisa 1. İdare Mahkemesi'nin başvurusunun kabulü ile Salihli 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 7.2.2020 gün ve E:2018/341, K:2020/58 sayılı görevsizlik kararının kaldırılması gerekmektedir.

S O N U Ç : Davanın çözümünde ADLİ YARGININ görevli olduğuna...” Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, E. 2020/672, K. 2020/770, T. 14.12.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.04.2021.

¹⁹ İdarenin taraf ehliyeti hakkında bkz.: Birinci Bölüm, III, D, 2, a.

²⁰ Ulusoy, **a.g.e.**, s. 9; Hayta, **a.g.e.**, s. 382, 421; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **İdare Hukuku**, s. 664; Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 981; Tan, **a.g.e.**, s. 644; Gözler, Kaplan, **a.g.e.**, s. 668; Kurşun, **a.g.e.**, s. 184.

²¹ Şahin, **a.g.e.**, s. 37, 104; Ulusoy, **a.g.e.**, s. 5, 9, 59; Hayta, **a.g.e.**, s. 421.

elatmanın önlenmesi davası yerine mülkiyet hakkının idareye devrine karşılık taşınmaz bedelinin tahsiline yönelik dava açılabilirliğini kabul etmiştir²². Hukuka aykırı kamulaştırmasız el atma malikin mülkiyet hakkını da sona erdirmeyeceğinden taşınmaz bedelinin tahsili talebi zamanaşımına uğramaz^{23 24}.

II. Elatmanın Önlenmesi Davasında Görev, Tahkim ve Arbuluculuğa Elverişlilik

A. Görev

Görev kavramı uyuşmazlığın konusuna ve/veya taraflarına göre bir yargı yolu içerisindeki ilk derece mahkemelerinden hangisinin davaya bakabileceğini ifade eder²⁵.

“Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın mal varlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir.” (HMK m. 2/f. 1)²⁶.

Elatmanın önlenmesi davasının mülkiyet hakkından kaynaklandığı ve bu hakkın da mal varlığı hakkı olduğu yukarıda belirtildi²⁷. Bu durumda mal varlığı haklarına

²² Yargıtay İBK, E. 1956/1, K. 1956/6, T. 16.05.1956. 11.08.1956 tarihli 9379 sayılı Resmî Gazete.

²³ Yargıtay İBK, E. 1956/1, K. 1956/7, T. 16.05.1956. 11.08.1956 tarihli 9379 sayılı Resmî Gazete.

²⁴ 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu, kamulaştırma yapılmış, ancak işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırma hiç yapılmamış iken kamu hizmetine ayrılarak veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlarla ilgili her türlü dava hakkının yirmi yıl geçmekle düşeceğini düzenliyordu. Anayasa Mahkemesi bu düzenlemeyi iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesinin esas gerekçesi mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kamulaştırma kuralları kapsamında yapılmamasının ve yapılan işleme karşı öngörülen kanun yollarının demokratik toplum düzenine uygun olmamasının mülkiyet hakkının özüne aykırı olduğudur. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi kararında, mülkiyet hakkının zamanaşımına uğramayacağını, hak sahiplerince yirmi yıl boyunca kullanılmaması, o kimselerin taşınmazla aralarındaki ilişkiyi fiilen kestiğini göstermiş olsa bile, o taşınmazla aralarındaki hukuksal ilişkinin sona erdiği anlamına gelmeyeceğini de belirtmiştir. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesinin iptal kararı ile mülkiyet hakkından taleplerin ileri sürülmesi için hak düşürücü süre olmayacaktır. Karar için bkz.: Anayasa Mahkemesi, E. 2002/112, K. 2003/33, T. 10.4.2003, 04.11.2003 tarihli 25279 sayılı Resmî Gazete.

²⁵ Atalı, **a.g.m.**, s. 531, 532; Kuru, **Usul C. 1**, s. 160; Pekcanıtez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 62; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 139; Ulukapı, **Usûl**, s. 150. Görevin, sadece uyuşmazlığın konusu göz önünde bulundurularak belirleneceği yönünde bkz.: Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 93; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 117; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 148.

²⁶ Asliye Hukuk Mahkemelerinin görevine dair kabul edilen sistemin eleştirisi için bkz.: Hülya Taş Korkmaz, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Görev, Yetki ve Yargı Yeri Belirlenmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, C. 8, S. Özel Sayı (Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan), 2013, sa. 1753-1818, s. 1759 vdm.

²⁷ Bkz.: Birinci Bölüm, I, A, 1.

ilişkin bir dava olan elatmanın önlenmesi davası asliye hukuk mahkemelerinde görülür²⁸. Ancak bu davanın asliye hukuk mahkemesinde görülebilmesinin tek sebebi mal varlığına ilişkin bir uyuşmazlık olması değildir. Özel görevli mahkemelerde görülen çoğu dava da mal varlığı haklarına ilişkin uyuşmazlıktan doğmaktadır. Elatmanın önlenmesi davasının asliye hukuk mahkemesinde görülebilmesini sağlayan diğer bir neden başka mahkemenin görevli olduğunu belirleyen bir düzenleme olmamasıdır. Böylelikle mal varlığına ilişkin uyuşmazlık özel bir mahkemenin görevine girmediği için genel görevli mahkeme olan asliye hukuk mahkemesinde görülebilmektedir. Aksi takdirde davanın, uyuşmazlık konusu ve/veya taraflarına bakılarak belirlenmiş olan özel mahkemelerde görülmesi gerekirdi. Nitekim Yargıtayın da uyuşmazlığın konusu ve/veya taraflarını değerlendirerek elatmanın önlenmesi davasının asliye ticaret mahkemesinde görülmesi gerektiğine dair kararları mevcuttur²⁹.

²⁸ Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 1**, s. 48; Ayan, **Mülkiyet**, s. 169; Sirmen, **a.g.e.**, s. 279; Eren, **a.g.e.**, s. 50; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 144; Kurşun, **a.g.e.**, s. 186.

²⁹ Uyuşmazlığın kooperatifi ilgilendirmesi sebebiyle asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu yönünde bkz.: “...Davanın, kooperatif ortaklığının sonlanması sebebine dayalı elatmanın önlenmesi ve ecrimisil bedelinin tahsili istemine ilişkin olduğu ve taraflardan birinin yapı kooperatifi diğerinin ortağı olduğu bir davada kooperatifler hukukunun uygulanmasını gerektirir bir çekişme bulunduğu değerlendirilerek, 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun 99. maddesi gereğince davanın Bakırköy 5. Asliye Ticaret Mahkemesince görülüp çözülmesi gerekecektir...” Yargıtay 20. HD., E. 2015/10874, K. 2015/10675, T. 5.11.2015, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.04.2021. Uyuşmazlık taraflarının tacir olduğu ve uyuşmazlığın ticari işletmeleri ilgilendirmesi sebebiyle asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu yönünde bkz.: “...Somut olayda dava, mülkiyeti Hazineye, irtifak hakkı ise Türkiye ... işletmeleri A.Ş.'ye ait olan çekişmeli taşınmazın 30 yıllığına davacı şirkete kiralandığı ancak bir kısmının davalı şirket tarafından işgal edildiği iddiasıyla açılmıştır. Taraflar arasındaki uyuşmazlık her ne kadar taşınmaz hukukundan doğmuş olsa da tarafların ticari şirket olduğu ve uyuşmazlığın ticari işletmelerine ilişkin bulunduğu anlaşıldığına göre, ihtilafın 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 3 ve 4. maddelerine göre asliye ticaret mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir...” Yargıtay 20. HD., E. 2015/5894, K. 2015/12450, T. 10.12.2015, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.04.2021. Aksi yönde bkz.: “...Davacı şirket, davalı Şirketin taşınmazının bir bölümünü haksız olarak kullandığını ileri sürerek eldeki davayı açmıştır...Yukarıda değinilen hususlar çerçevesinde somut olaya bakıldığında; eldeki davada istenen el atmanın önlenmesi ve ecrimisilin, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun(TMK) 683. ve 995. maddelerine dayandırıldığı; her ne kadar taraflar tacir olsalar dahi, uyuşmazlığın tarafların ticari işletmesiyle ilgisinin bulunmadığı, esasen dava dilekçesinde de bu yönde bir iddiaya yer verilmediği, davanın bu özelliği itibarıyla mutlak ve nispi ticari dava olarak nitelendirilemeyeceği ve TTK hükümlerinin veya özel kanun hükümlerinin uygulanmasını gerektirir ticari bir uyuşmazlıktan söz edilemeyeceği, uyuşmazlığın çözümünün genel mahkemelerin görev kapsamında kaldığı sonucuna ulaşılmaktadır. Aksi uygulama, Asliye Ticaret Mahkemelerinin kuruluş amacına ve niteliğine aykırı düşecektir...” Yargıtay 1. HD., E. 2016/3248, K. 2016/3118, T. 15.3.2016, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.04.2021. Son karar ile aynı yönde bkz.: Yargıtay 1. HD., E. 2016/1741, K. 2016/2571, T. 3.3.2016, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.04.2021; Yargıtay 1. HD., E. 2016/966, K. 2016/1502, T.

Ayrıca belirtmek gerekir ki asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğu uyuşmazlıklar mülkiyet hakkına dayanılarak açılan elatmanın önlenmesi davalarıdır. Açılan dava elatmanın önlenmesi davası olarak anılsa bile mülkiyet hakkına değil de başka bir ilişkiye dayanılarak dava açılıyorsa görev bu ilişkiye göre belirlenir³⁰.

Asliye hukuk mahkemelerini görevi ile ilgili belirtilmesi gereken diğer bir konu ise dava konusunun değeri ile ilgilidir. Dava konusu değeri, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda görevin belirlenmesinde ölçüt olarak kabul edilmemiştir. Bu durumda müdahaleye uğrayan taşınmazın değeri görevli mahkemenin belirlenmesinde önem arz etmez.

Kat mülkiyeti hukukundan doğan uyuşmazlıklara ayrıca değinilmesi gerekir. Kat Mülkiyeti Kanunu, kat maliklerini ortak yerleri kullanırken doğruluk kaidelerine uymak, özellikle birbirini rahatsız etmemek, birbirinin haklarını çiğnememek ve

11.2.2016, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.04.2021; Yargıtay 1. HD., E. 2014/13039, K. 2015/15074, T. 24.12.2015, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.04.2021.

³⁰ Belirtilen hususta değerlendirmenin yapıldığı bir karar için bkz.: "...Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davadaki istemin mülkiyet hakkına dayalı olarak taşınmaza el atmanın önlenmesi ve ecrimisil mi, yoksa kiralananın tahliyesi ile kira alacağının tahsiline mi ilişkin olduğu, buradan varılacak sonuca göre görevli mahkemenin sulh hukuk mahkemesi mi yoksa asliye hukuk mahkemesi mi olduğu noktasında toplanmaktadır...Açıklanan tüm bu yasal düzenleme ve ilkeler çerçevesinde somut olay değerlendirildiğinde, dava dilekçesinde çekişme konusu taşınmazın öteden beri davacı vakfa ait iken kadastro tespiti sırasında davalı ... adına tespit ve tescil edildiği, açılan dava sonucunda tapu kaydının iptali ile davacı vakıf adına tesciline karar verildiği hâlde hükmün kesinleşmesinden kısa bir süre önce taşınmazda bir hakkı olmayan davalı belediyenin taşınmazı diğer davalıya kiraya verdiği, bu durumda her iki davalının da füzuli şağıl durumunda oldukları ileri sürülerek taşınmaza el atmanın önlenmesi ve ecrimisil isteminde bulunulmuş, talep sonucu kısmında da bu istem tekrar edilmiştir. Görüleceği üzere dava dilekçesinde açıklanan maddi vakıalar, davalılar arasındaki kira sözleşmesinin davacı yönünden bağlayıcı olmadığı iddiasını da içermekte olup, hukuki nitelendirme de davacı tarafından bu iddiaya (maddi vakıaya) uygun olarak yapılmış ve açık bir şekilde TMK'nın 683 ve 995. maddeleri uyarınca taşınmaza el atmanın önlenmesi ile ecrimisil istenilmiştir. Az yukarıda açıklandığı üzere kira sözleşmesi 6098 sayılı TBK'nda düzenlenmiş olup, davalılar arasında yapılan kira sözleşmesinin kendisi yönünden bağlayıcı olmadığını ileri süren davacı bakımından açtığı davanın, farklı yasa ve koşullara tabi bulunan kiralananın tahliyesi ve kira alacağı istemine ilişkin olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Bu durumda, anılan bu isteğin 4721 sayılı TMK hükümlerinden kaynaklandığı ve uyuşmazlığın çözümünün 6100 sayılı HMK'nın 2/1. maddesi uyarınca asliye hukuk mahkemesinin görevinde bulunduğu açıktır. Hâl böyle olunca, mahkemece işin esasının incelenerek davalılar arasında yapılan kira sözleşmesinin davacı vakıf bakımından da geçerli ve bağlayıcı olup olmadığının tartışılması, hukuken geçerli bir kira ilişkisinin varlığının saptanması hâlinde işgal ve kötü niyetli bir kullanım durumu olmayacağından davanın reddedilmesi, aksi hâlde ise el atmanın önlenmesi ve ecrimisil istekleri yönünden bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde görev nedeniyle davanın usulden reddine karar verilmesi doğru değildir..." Yargıtay HGK., E. 2017/1236, K. 2018/1568, T. 25.10.2018, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.04.2021.

yönetim plânı hükümlerine uymakla yükümlü tutmuştur (KMK m. 18/f. 1). Ayrıca her kat malikinin anagayrimenkule ve diğer bağımsız bölümlere, kusuru ile verdiği zarardan dolayı diğer kat maliklerine karşı sorumluluğu kabul edilmiştir (KMK m. 19/f. 3). Bu düzenlemelere binaen Yargıtay, kat maliklerinin ortak yerlere yaptığı müdahaleleri bu Kanun'un uygulaması kapsamında değerlendirmiştir. KMK ek m. 1 hükmü de bu Kanun'un uygulamasından doğan uyuşmazlıkların çözümü için sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğunu düzenlenmiştir. Bu sebeplerle kat maliklerinin ortak yerlere yaptıkları müdahaleler için açılan elatmanın önlenmesi davlarında sulh hukuk mahkemesi görevlidir³¹.

Sulh hukuk mahkemesinin görevine giren uyuşmazlıklar yalnızca kat maliklerinin ortak yerlere yaptıkları elatmanın önlenmesi talepleri içindir. Bağımsız bölümlere yapılan müdahaleler ile kat maliki olmayan kişilerin ortak yerlere yaptıkları müdahaleler asliye hukuk mahkemesinin görevine dâhildir³². Ayrıca elatmanın önlenmesi talebi ile birlikte ecrimisil talebi de ileri sürülmüşse Yargıtay, bu talebin

³¹ Genç Arıdemir, **a.g.e.**, s. 628; Aksan Nar, **a.g.e.**, s. 66; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 123; Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 1**, s. 53; Eren, **a.g.e.**, s. 156; Ertaş, **a.g.e.**, s. 472; Kurşun, **a.g.e.**, s. 190. "...634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun Ek 1. maddesi "Bu kanunun uygulanmasından doğacak her türlü anlaşmazlık Sulh Hukuk Mahkemelerinde çözülür" hükmünü içermektedir. Yine bahsi geçen Kanun'un 18. maddesi "Kat malikleri, gerek bağımsız bölümlerini, gerek eklentileri ve ortak yerleri kullanırken doğruluk kaidelerine uymak, özellikle birbirini rahatsız etmemek, birbirinin haklarını çiğnememek ve yönetim planı hükümlerine uymakla, karşılıklı olarak yükümlüdürler. Bu kanunda kat maliklerinin borçlarına dair olan hükümler, bağımsız bölümlerdeki kiracılara ve oturma (Sükna) hakkı sahiplerine veya bu bölümlerden herhangi bir suretle devamlı olarak faydalananlara da uygulanır; bu borçları yerine getirmeyenler kat malikleriyle birlikte, müteselsil olarak sorumlu olur". Hemen belirtmek gerekir ki; görev kamu düzenine ilişkin olup, yargılamanın her aşamasında re'sen göz önünde tutulması gereken bir usul kuralıdır. Somut olayda, dava dilekçesi içeriğinden ve iddianın ileri sürülüş biçiminden çekişmenin kat malikleri arasında ortak alanların kullanımına ilişkin uyuşmazlıktan kaynaklandığı açıktır. O halde, davaya bakmakla görevli mahkemenin, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun Ek.1 maddesi ve yine aynı Kanun'un 18 maddesi uyarınca Sulh Hukuk Mahkemesi olduğu kuşkusuzdur..." Yargıtay 8. HD., E. 2018/7484, K. 2021/87, T. 14.1.2021, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.04.2021; Aynı yönde bkz.: Samsun BAM, 6. HD., E. 2019/1577, K. 2019/1652, T. 4.4.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.04.2021; Ankara BAM, 17. HD., E. 2017/1184, K. 2018/570, T. 3.5.2018, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.04.2021.

³² Genç Arıdemir, **a.g.e.**, s. 627; Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 1**, s. 53; Ertaş, **a.g.e.**, s. 472; Kurşun, **a.g.e.**, s. 192. "...Dosya kapsamından dava konusu taşınmazda kat irtifakının kurulduğu, ancak davanın kat malikleri arasında olmadığı, 3. kişiler arasında olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu hükümleri uygulanamayacağından davanın genel hükümlere göre Asliye hukuk mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir..." Yargıtay 20. HD., E. 2018/2594, K. 2018/4575, T. 18.6.2018, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.04.2021.

Kat Mülkiyeti Kanunu'ndan doğan uyuşmazlık olmadığını kabul edip asliye hukuk mahkemesinin görevine girdiğine karar vermektedir³³.

Belirtilen görev kurallarına uyulmadığında taraflar her zaman görev itirazında bulunabilir (HMK m. 115/f. 1). Tarafların görev itirazında bulunmamış olması mahkemeyi görevli hale getirmez³⁴. Davanın görevli mahkemede açılıp açılmadığı hâkim tarafından da her zaman resen gözetilir (HMK m. 115/f. 1). Zira görev kuralları kamu düzenindendir (HMK m. 1) ve dava şartıdır (HMK m. 114/f. 1, b. c). Taraflar kendi aralarında yapacakları sözleşme ile de görev kurallarını değiştiremezler³⁵.

B. Tahkime Elverişlilik

Tahkim, özel hukuktan kaynaklanan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir uyuşmazlığın, taraf iradeleri ile devlet mahkemeleri yerine bir veya birden fazla bağımsız ve tarafsız hakem önünde bağlayıcı olarak yargısal yolla çözümünü ifade eder³⁶.

³³ Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 128, 144; Yılmaz, **Şerh C. 1**, s. 391. "...Davacının dava dilekçesinde ecrimisil de talep ettiği anlaşılmaktadır. 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun Ek-1. maddesinde, bu Kanunun uygulanmasından doğacak her türlü anlaşmazlığın sulh hukuk mahkemesinde çözümleneceği hükme bağlanmış olup ecrimisil davası Kat Mülkiyeti Kanununun uygulanmasından kaynaklanmadığından; anılan Kanun maddesinin bu istem yönünden uygulama imkanı bulunmamaktadır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 2. maddesine göre, dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın mal varlığı haklarına ilişkin davalarla şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir. Ecrimisil istemi de mal varlığı haklarına ilişkin olduğundan, davanın bu niteliğine göre davaya bakma görevi asliye hukuk mahkemesine ait olduğundan, mahkemece, ecrimisil talebi yönünden dosyanın tefrik edilerek görevsizlik kararı ile asliye hukuk mahkemesine gönderilmesine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır..." Yargıtay 20. HD., E. 2017/3577, K. 2018/5159, T. 2.7.2018, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.04.2021; Yargıtay 20. HD., E. 2017/3204, K. 2018/4552, T. 18.6.2018, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.04.2021.

³⁴ Akkan, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 240.

³⁵ Atalı, **a.g.m.**, s. 537; Akkan, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 240; Kuru, **Usul C. 1**, s. 309; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 151; Bilge, Önen, **a.g.e.**, s. 150, 173; Pekcanitez, Atalay, Özeker, **a.g.e.**, s. 67; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 166; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 208; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 123; Karşı, **a.g.e.**, s. 158; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 148; Umar, **a.g.e.**, s. 15; Muşul, **Usul**, s. 55; Ulukapı, **Usûl**, s. 151.

³⁶ İbrahim Özbay, Yavuz Korucu, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim (HMK m. 407-444)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 3 vdm., 17; Süha Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C. 19, S. 64, 2006, sa. 151-177, s. 171; Hakan Pekcanitez, Ali Yeşilirmak, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 3 Cilt, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, C. 3, s. 2593; Baki Kuru, **Medenî Usul Hukuku El Kitabı Cilt II**, 2 Cilt, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, C. II, s. 1857 (Kısaca Usul El Kitabı C. II); Ejder Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt 4**, 4 Cilt, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, Cilt 4, s. 5385 (Kısaca Şerh C. 4); Pekcanitez, Atalay, Özeker, **a.g.e.**, s. 605; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 729.

Yargı esasen Devlete ait bir fonksiyon olmakla beraber özel hukuka ilişkin bazı uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözüme kavuşturulabilir. Özellikle uyuşmazlık konusu hakkında teknik bilgiye sahip uzman kişilerin hakem olarak seçilebilmesi, daha kısa sürede uyuşmazlığın çözülebilecek olması, verilen kararın sınırlı sebeplerle iptal edilebilecek olması ve tahkim yargılamasının kural olarak aleni olmaması uyuşmazlığın bu yolla çözülmesi için başlıca tercih sebepleridir³⁷. Taşınmaza yapılan müdahaleden doğan uyuşmazlığın Devlet mahkemelerinde görülecek olması durumunda hangi mahkemenin görevli olacağı yukarıda belirtildi. Ancak belirtilen sebeplerle uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi de istenebilir. Bu nedenle elatmanın önlenmesine dair uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümünün mümkün olup olmadığı da değerlendirilmelidir.

Özel hukuktan doğan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlığın çözümü tahkim sözleşmesi ile (HMK m. 412) tahkim yolunda gerçekleştirilebilir. Bu sözleşme tahkim yargılamasının temelidir; kural olarak tarafların bu yönde iradesi olmadıkça uyuşmazlık tahkim yolunda görülemez³⁸. Ancak her uyuşmazlığın tahkim yolunda çözülmesi de mümkün değildir; uyuşmazlığın tahkime elverişli olması gerekir. Taşınmaz üzerindeki aynî haklardan veya iki tarafın iradesine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir (HMK m. 408). Keza zorunlu tahkim yolu öngören 3533 sayılı Kanun³⁹ da taşınmaz aynına yönelik uyuşmazlıkları bu yoldan hariç tutmuştur (3533 sayılı Kanun m. 4).

Elatmanın önlenmesi davası açısından, taşınmaz üzerindeki aynî haklardan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmaması üzerinde durulmalıdır. Kanunun ifadesine binaen doktrinde, taşınmazın aynına ilişkin, taşınmaz üzerindeki aynî hak değişikliği sonucunu doğuracak uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı

Tahkimin alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu yönünde bkz.: Cengiz Serhat Konuralp, **Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim**, İstanbul, 2011, s. 129, 130 (Yayınlanmamış Doktora Tezi) (Kısaca Tahkim).

³⁷ Pekcanitez, Yeşilirmak, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 2599, 2600, 2602, 2603.

³⁸ Yavuz Alangoya, **Medenî Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1973, s. 20 (Kısaca Tahkim); Pekcanitez, Yeşilirmak, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 2594.

³⁹ “*Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediye veya Hususi İdarelere Aid Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yolu ile Halli Hakkında Kanun*”. 16.07.1938 sayılı 3961 sayılı Resmî Gazete.

kabul edilir⁴⁰. Bu anlamda kanaatimizce uyuşmazlığı tahkime elverişsiz hale getiren aynî hak değişikliği hem hak sahibinde hem de hakkın içeriğinde meydana gelebilir. Bu değişikliklerin her ikisi de uyuşmazlığın tahkimde görülmesine engeldir. Keza Kanun, taşınmaz üzerindeki aynî haklardan kaynaklanan uyuşmazlıklar diyerek (HMK m. 408) bu yönde bir sınırlama yapmamıştır. Elatmanın önlenmesi davası da bu sebeple tahkimde görülmeye elverişli değildir⁴¹. Şöyle ki elatmanın önlenmesi davası hak sahibini değiştirmese de aynî hakkın içeriğindeki olumlu yetkilerde-mülkiyet hakkının verdiği kullanma, yararlanma yetkileri gibi- değişiklik meydana getirir. Ayrıca elatmanın önlenmesi davası mülkiyet hakkının olumsuz içeriğini oluşturur⁴². Böylelikle taşınmaz üzerindeki aynî haktan kaynaklanan davadır ve objektif açıdan tahkime elverişli değildir. Aynı şekilde 3533 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilen elatmanın önlenmesi davaları da tahkime elverişli değildir⁴³.

⁴⁰ Özbay, Korucu, **a.g.e.**, s. 8; Pekcanıtez, Yeşilırmak, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 2641; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 733; Ulukapı, **Usûl**, s. 533. Karş.: Alangoya, **Tahkim**, s. 84; Mal varlığı ile ilgili her türlü uyuşmazlığın tahkime elverişli kılınmasının daha doğru olacağı yönünde bkz.: Nevhis Deren-Yıldırım, “*Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik*”, **Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan**, İstanbul, Alkım Yayınları, 2007, sa. 47-61, s. 61. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde taşınmaz aynından doğan davaların tahkime elverişli olduğu yönünde bkz.: Mehmet Sarı, “*Tahkime Elverişlilik*”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 4, S. 32, 2009, sa. 145-172, s. 156; Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt 6**, 6 Cilt, 6. Baskı, İstanbul, Demir Demir Yayıncılık, 2001, C. 6, s. 5947 (Kısaca Usul C. 6).

⁴¹ Süha Tanrıver, **Medeni Usûl Hukuku Cilt II**, 2 Cilt, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, C. 2, s. 343. (Kısaca Medenî Usûl Hukuku II).

⁴² Bkz.: Birinci Bölüm, I, A.

⁴³ “...Somut olayda, dava Bodrum 3. Asliye Mahkemesinde açılmış, Bodrum 3. Asliye Mahkemesi 28.11.2012 tarihli kararı ile, açılan davanın taraflarının Belediye ve Hazine olduğu, Belediye ve Hazinesinin ise 3533 sayılı Yasa'nın 1. maddesinde belirtilen kuruluşlardan olduğu ve taraflar arasındaki uyuşmazlığın hakem sıfatıyla çözümlenmesi gerektiği gerekçesi ile görevsizlik kararı vermiş, karar derecattan geçmeden kesinleşmiş ve Bodrum 1. Asliye Hukuk Mahkemesince hakem sıfatı ile karara bağlanmıştır. Ancak, taraflar arasındaki uyuşmazlığın, taşınmazın aynına yönelik olduğu açıktır. O halde, Mahkemece, az yukarıda açıklanan 3533 Sayılı Kanun'un 4. maddesi dikkate alınarak uyuşmazlığın (genel yargı yeri) Asliye Hukuk Mahkemesinde çözümlenmesi gerektiği hususu düşünülmeden, hakem sıfatı ile incelenerek sonuca gidilmiş olması doğru değildir. Öte yandan görev kuralları kamu düzeni ile ilgili olup, re'sen (kendiliğinden) dikkate alınması zorunludur. Tarafların görevli mahkemeyi belirlemek gibi hukuken korunur bir haklarının bulunmayacağı, başka bir ifadeyle kamu düzenine ilişkin görev kaidesinin taraflarca belirlenemeyeceği ve bu belirlemeye itibar edilemeyeceği kuşkusuzdur. Hal böyle olunca, Mahkemece, uyuşmazlığın (genel yargı yeri) Asliye Hukuk Mahkemesinde çözümlenmesi gerektiği gerekçesi ile görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, hakem sıfatı ile görülmesi yanlış olup, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir...” Yargıtay 8. HD., E. 2018/12814, K. 2021/1587, T. 23.2.2021, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

C. Arabuluculuğa Elverişlilik

Arabuluculuk, uyuşmazlığın, tarafların başvuruları üzerine bağımsız ve tarafsız üçüncü kişi olan arabulucu yardımıyla iki tarafın ortak menfaati esas alınarak çözümlendiği uyuşmazlık çözüm yöntemidir⁴⁴.

Arabuluculuk yönteminde uyuşmazlığın, tarafların ortak menfaatleri üzerine anlaşması ile çözülmesi hedeflenir. Somut uyuşmazlıktaki haklılığın tartışılmasının aksine ortak menfaatin ortaya çıkarılmaya çalışılması tarafları çatışma halinde olmaktan kurtarır. Böylelikle uyuşmazlığın çözülmesinden sonra da taraflar arasında sosyal ve ekonomik ilişkilerin devamı sağlanabilir⁴⁵. Ayrıca süreç sonunda varılan çözüm kural olarak her iki tarafın da menfaatine olacağından bu çözüme uygun davranılması, tekrar uyuşmazlık doğmaması arabuluculuktan beklenen menfaatler arasında yer alır⁴⁶. Belirtilen bu durumlar uyuşmazlık çözümünde arabuluculuğun tercih edilmesini sağlayabilir. Taşınmaza yapılan müdahalelerden doğan uyuşmazlıklarda da tarafların sosyal ilişki içerisindeki kişiler olması, hızlıca uyuşmazlığın çözülmesi ihtiyacı ve varılan çözümün kalıcı olması isteği Devlet yargısı yerine arabuluculuğu tercih sebebi olabilir. Bu nedenle elatmanın önlenmesine dair uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümünün mümkün olup olmadığı da değerlendirilmelidir.

Arabuluculuğa başvuru ihtiyarî olabileceği gibi dava şartı olarak zorunlu arabuluculuğun kabul edildiği uyuşmazlıklar da mevcuttur. 7036 sayılı İş

⁴⁴ Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes, Murat Atalı, Vural Seven, **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 17; Melis Taşpolat Tuğsavul, **Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 27, 28; Tanrıver, **a.g.m.**, s. 165; Ömer Ulukapı, Emre Kıyak, “*Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile Model Etik ve Uygulama Kuralları Çerçevesinde Arabuluculuk Yöntemi ve Sürecin İşleyişi*”, **Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan**, 2 Cilt, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, C. 2, sa. 1645-1698, s. 1656, 1657; Cenk Akil, “*Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Kapsamı*”, **Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan**, 2 Cilt, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2014, C. 1, sa. 75-137, s. 75, 76 (Kısaca Arabuluculuk); Konuralp, **Tahkim**, s. 27 vdm.; Özkes, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 2813; Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 1023; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 630, 631.

⁴⁵ Ali Yeşilirmak, “*Uyuşmazlıkların Arabuluculuk ve Tahkim Yollarının Birlikte Kullanılarak Çözümü (MED-ARB)*”, **Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu**, Ankara, Pozitif Matbaacılık, 2019, sa. 181-188, s. 183; Ekmekçi vd., **a.g.e.**, s. 21, 22.

⁴⁶ Ekmekçi vd., **a.g.e.**, s. 21, 22.

Mahkemeleri Kanunu’na⁴⁷ göre “*Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır...İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.*” (İş Mahkemeleri K. m. 3/f. 1 ve 3). Türk Ticaret Kanunu’na göre de “*Bu Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.*” (TTK m. 5A/f. 1). Nihayet Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a göre “*Tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.*” (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 73A/f. 1).

Elatmanın önlenmesi davası zorunlu arabuluculuk kapsamında değildir. Zira bu dava ne iş uyuşmazlığıdır ne de tüketici uyuşmazlığıdır. Yargıtayın ticari uyuşmazlık olarak değerlendirdiği⁴⁸ elatmanın önlenmesi davaları ise bir miktar paranın ödenmesine yönelik alacak ve tazminat talebi olmadığı için zorunlu arabuluculuk kapsamında değildir. Nitekim elatmanın önlenmesi davasında, müdahale oluşturan bir eylemin yapılması veya yapılmaması talep edilir. Böylelikle elatmanın önlenmesi davası için ihtiyarî arabuluculuk kapsamında açıklama yapılmalıdır.

Tahkimde olduğu gibi arabuluculuk yolunda da bu yolla çözülmeye elverişli uyuşmazlıkları belirlemek gerekir. HUAK m. 1/f. 2’ye göre, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için arabuluculuğa başvurulabilir. Taraf iradelerin söz konusu olmadığı, tarafların tasarruf alanında olmayanlar haricinde kalan ve sulh yoluyla sona erdirilebilecek uyuşmazlıkların, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen uyuşmazlıklar olduğu kabul edilir⁴⁹.

⁴⁷ 25.10.2017 tarihli 30221 sayılı Resmî Gazete.

⁴⁸ Yargıtayın bu yöndeki kararları için bkz.: İkinci Bölüm, II, A.

⁴⁹ Ekmekçi vd., **a.g.e.**, s. 50; Seda Özmumcu, **Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış**, 3. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 287 (Kısaca Arabuluculuk); Süha Tanrıver, **Hukuk Uyuşmazlıkları**

Taşınmaz mülkiyetine yapılan müdahalelerden doğan uyuşmazlıklara bakıldığında ise bunların arabuluculuğa elverişli olduğu söylenebilir⁵⁰. Zira bu uyuşmazlık tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir uyuşmazlıktır. Taraflar kendi iradeleri ile taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı üzerinde tasarrufta bulunabilirler. Ayrıca Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, tahkime elverişlilikle ilgili HMK m. 408'den ayrılarak taşınmaz aynından doğan davaların bu yolla çözülemeyeceğine dair özel bir belirleme de yapmamıştır. Böylelikle taşınmaza yapılan müdahaleden doğan uyuşmazlık da arabuluculukla çözümlenmeye elverişlidir.

Arabuluculuğa elverişlilikle ilgili diğer bir ölçüt ise uyuşmazlığın kamu düzenini ilgilendirmesidir. Kamu düzeni kavramı, tarihsel, ekonomik ve sosyal diğer şartlara bağlı olarak değişebilen toplumun genel yarar, huzur ve sükûnu ile devlet ve devlet teşkilatının devamlılığının gözetilmesini ifade eder⁵¹. Bu anlamda taşınmaz aynına ilişkin olmakla birlikte tapu kaydının düzeltilmesi, paylaşırma gibi kamu düzenini ilgilendiren uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığı; kamu düzenini ilgilendirmeyen taşınmaz aynına ilişkin uyuşmazlıkların ise arabuluculuğa elverişli olduğu kabul edilmiştir⁵². Kanaatimizce elatmanın önlenmesi davası kamu düzeni ile ilgili değildir. Şöyle ki bu davadaki uyuşmazlık tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği mülkiyet hakkının içeriğindeki olumlu yetkiler üzerindedir. Tarafların bu yetkiler üzerindeki uyuşmazlığının sonuçları tamamıyla bireylerin arasında meydana gelir. Taşınmaza yapılan müdahale sonucu taşınmazın kullanılmasının ve yararlanılmasının toplumun genel yararı ve düzeni ile ilgisi yoktur. Söz konusu uyuşmazlığın devlet ve devlet teşkilatının muhafazasıyla ilgisi olmadığı da açıktır. Bu

Bağlamında Arabuluculuk, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 51 (Kısaca Arabuluculuk); Taşpolat Tuğsavul, **a.g.e.**, s. 110; İbrahim Ermenek, **Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, s. 85 (Kısaca Arabuluculuk); Mustafa Serdar Özbek, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, 2 Cilt, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, Cilt 2, s. 1184; Alper Bulur, “6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler”, **Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan**, 2 Cilt, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, C. 1, sa. 499-514, s. 499; Konuralp, **Tahkim**, s. 119; Özkes, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 2829; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 784; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku II**, s. 252; Ulukapı, **Usûl**, s. 559.

⁵⁰ Kuru, **Usul El Kitabı C. II**, s. 1129. Aynı yöndeki gerekçelerle taşınmazın paylaşılmasına dair uyuşmazlıkların dahi arabuluculuğa elverişli olacağı yönünde bkz.: Köroğlu, **a.g.e.**, s. 252.

⁵¹ Ekmekçi vd., **a.g.e.**, s. 51.

⁵² Ulukapı, Kıyak, **a.g.m.**, s. 1665; Akil, **Arabuluculuk**, s. 86. Karş.: Ekmekçi vd., **a.g.e.**, s. 51; Ermenek, **Arabuluculuk**, s. 88; Özbek, **a.g.e.**, s. 1186, 1187; Bulur, **a.g.m.**, s. 503; Tanrıver, **Arabuluculuk**, s. 53; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku II**, s. 254; Ulukapı, **Usûl**, s. 560.

sebeplerle taşınmaz aynına ilişkin olan elatmanın önlenmesi davasının kamu düzeni ile ilgili olmadığı kanaatindeyiz.

III. Elatmanın Önlenmesi Davasında Yetki

Bir uyuşmazlığa hangi yerdeki görevli mahkemenin bakacağı yetki kurallarına göre belirlenir⁵³.

Elatmanın önlenmesi davasında yetkili mahkemenin belirlenmesinde HMK m. 12/f. 1'in uygulanması gerekir. Bu hükme göre, *“Taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin veya aynı hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir.”*. Söz konusu düzenleme ile taşınmaz aynından doğan davalarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi yetkili olarak belirlenmiştir. Kanun'un lafzında geçtiği üzere, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir. Dolayısıyla taşınmaz aynından doğan uyuşmazlıklar taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi dışında görülemez. Bu yetki kuralının sebebi usûl ekonomisinin sağlanmasıdır. Nitekim taşınmaz aynına dair bir uyuşmazlığa en az emek, para ve zaman harcayarak taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi bakabilir⁵⁴. Elatmanın önlenmesi davası da taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkından kaynaklanan bir dava olarak taşınmazın aynına ilişkindir. Bu durumda elatmanın önlenmesi davası taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde görülür⁵⁵.

⁵³ Akil, **Kesin Yetki**, s. 106; Akkan, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 267; Kuru, **Usul C. 1**, s. 161, 379, 380; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 165; Üstündağ, **Usul**, s. 194; Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 96; Bilge, Önen, **a.g.e.**, s. 148, 178; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 72; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 173; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 213; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 129; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 247; Karşlı, **a.g.e.**, s. 195; Muşul, **Usul**, s. 79; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 75; Ulukapı, **Usûl**, s. 159, 160.

⁵⁴ Arslan vd., **a.g.e.**, s. 223; Bilge, Önen, **a.g.e.**, s. 190; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 160.

⁵⁵ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 124; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 504; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 370; Ayan, **Mülkiyet**, s. 169; Sirmen, **a.g.e.**, s. 279; Eren, **a.g.e.**, s. 50; Kurşun, **a.g.e.**, s. 194; Akil, **Kesin Yetki**, s. 126; Kuru, **Usul C. 1**, s. 499; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 188; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 189; Muşul, **Usul**, s. 93.

Taşınmazın bulunduğu yer, onun tapuda yazılı olduğu yeri değil; fiilen bulunduğu yeri ifade eder⁵⁶. Kesin yetki halini etkileyen bu durumu hâkim re'sen dikkate almalıdır⁵⁷.

Birden fazla taşınmaz için dava açıldığında ise bunlardan birinin bulunduğu yer mahkemesinde diğeri için de dava açılabilir (HMK m. 12/f. 3). Bir taşınmazın birden çok il veya ilçenin sınırları içerisinde olması halinde ise bu il ve ilçelerden birinin dâhil olduğu yargı çevresinde bu davanın açılabilceğı savunulmuştur⁵⁸.

Dava açıldıktan sonra idarî sınırlarda değışiklik yapıldığı için veya taşınmazın bulunduğu yerde yeni bir mahkeme teşkilatı kurulduğu için yargı çevresi değışirse ve henüz tahkikat devam ediyorsa dosyanın yeni mahkemeye devredilmesi gerektiğı savunulmuştur⁵⁹. Bu karar yetkisizlik kararı niteliğinde olmadığı için HMK m. 20 uygulanmamalıdır⁶⁰. Yeni mahkeme davayı kaldığı yerden devam eder; bu dava önceki davanın devamıdır⁶¹. Tahkikat aşaması bittikten sonra ise taşınmazın bulunduğu yerde yapılacak bir işlem kalmaması, yalnızca karar verilmesi gerektiğı için dosyanın yeni mahkemeye devredilmemesi gerektiğı belirtilmiştir⁶². Zira tahkikat aşamasını yapan hâkim dosya içeriğini daha iyi bilir. Bu sebeple onun vereceğı karar daha isabetli olur. Yeni mahkemeye gönderilmesi halinde oradaki hâkimin dosyayı yeniden incelemesi gerekeceğinden gereksiz emek ve zaman harcanır; usul ekonomisine aykırı olur⁶³.

⁵⁶ Özkaya, **Elatmanın Önlmesi C. 1**, s. 58; Kurşun, **a.g.e.**, s. 194; Akil, **Kesin Yetki**, s. 118; Yılmaz, **Şerh C. 1**, s. 595; Umar, **a.g.e.**, s. 54; Ulukapı, **Usûl**, s. 168.

⁵⁷ Yılmaz, **Şerh C. 1**, s. 595.

⁵⁸ Akil, **Kesin Yetki**, s. 147; Kuru, **Usul C. 1**, s. 524. Taşınmazın büyük bölümünün dahil olduğu yargı çevresinin yetkili olduğu yönünde bkz.: Özkaya, **Elatmanın Önlmesi C. 1**, s. 58; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 174.

⁵⁹ Akil, **Kesin Yetki**, s. 148; Kuru, **Usul C. 1**, s. 531. Tahkikatın devam edip etmediğine bakmaksızın dosyanın yeni kurulan mahkemeye devredilmesi yönünde bkz.: Özkaya, **Elatmanın Önlmesi C. 1**, s. 61; Üstündağ, **Usul**, s. 206, 207; Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 144; Umar, **a.g.e.**, s. 54; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 103.

⁶⁰ Özkaya, **Elatmanın Önlmesi C. 1**, s. 61; Akkan, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 296; Kuru, **Usul C. 1**, s. 527; Üstündağ, **Usul**, s. 207; Yılmaz, **Şerh C. 1**, s. 596; Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 145; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 190; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 103.

⁶¹ Akil, **Kesin Yetki**, s. 148; Kuru, **Usul C. 1**, s. 531; Umar, **a.g.e.**, s. 54.

⁶² Kuru, **Usul C. 1**, s. 532.

⁶³ Kuru, **Usul C. 1**, s. 532.

Kesin yetki kuralları dava şartıdır (HMK m. 114/f. 1, b. ç). Bunun sonucu olarak elatmanın önlenmesi davasında mahkeme yetkili olup olmadığını her zaman, kendiliğinden araştırır. Taraflar da her zaman mahkemenin yetkisiz olduğunu ileri sürebilir (HMK m. 19/f. 1). Yetki itirazının ileri sürülmemesi mahkemeyi yetkili hale de getirmez. Davanın açılmasından önce de kesin yetki kurallarını bertaraf eden yetki sözleşmesi yapılmaz. Nitekim kesin yetki hallerinde yetki sözleşmesi yapılamayacağı Kanunda açıkça düzenlenmiştir (HMK m. 18/f. 1).

IV. Elatmanın Önlenmesi Davasında Derdestlik

A. Genel Olarak Derdestlik

Derdestlik, bir davanın mahkemede açılmış olduğunu ve halen görülmekte olduğunu ifade eden usûl hukuku kurumudur⁶⁴. Derdestlik davanın açılması ile başlayıp dava hakkında verilen nihaî kararların şekli anlamda kesinleşmesi ile sona erer⁶⁵. Ayrıca derdestlik davanın açılması ile kendiliğinden meydana gelir⁶⁶. Tarafların bu konuda bir irade veya talebi gerekmediği gibi mahkemenin de karar vermesi gerekmez.

Derdestlik, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda olumsuz bir dava şartı olarak düzenlenmiştir. HMK m. 114/f. 1, b. 1'ya göre bir davanın görülebilmesi için aynı davanın daha önce açılmış ve halen görülmekte olmaması gerekir⁶⁷.

⁶⁴ Tanrıver, **Derdestlik**, s. 5; Ömer Ulukapı, “*Medeni Usul Hukukunda Derdestlik ve Sonuçları*”, **Yargıtay Dergisi**, C. 21, S. 4, 1995, sa. 395-455, s. 397; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 383; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 705, 706.

⁶⁵ Tanrıver, **Derdestlik**, s. 8, 12; Yılmaz, **Şerh C. 2**, s. 2622; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 383; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 706.

⁶⁶ Tanrıver, **Derdestlik**, s. 11; Seda Özmumcu, “*Davanın Açılmasına Bağlanan Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 70, S. 2, 2012, sa. 183-206, s. 185 (Kısaca Davanın Açılmamış Sayılması).

⁶⁷ Daha önceden açılmış ancak hükme bağlanması sebebiyle artık görülmeyen bir dava ise diğer bir dava şartı olan kesin hüküm engelini oluşturur. Görüldüğü üzere bu iki dava şartı birbirine oldukça benzer. Aralarındaki fark, kural olarak, zaman noktasındır. Derdest dava olmaması şartı halen görülmekte olan davalar için uygulanırken; kesin hüküm olmaması şartı görülmüş ve şekli anlamda kesin hüküm elde edilmiş uyumsuzluklar için uygulanır. Tanrıver, **Derdestlik**, s. 42; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 385, 386. Kesin hüküm ile ilgili açıklamalar için bkz.: Üçüncü Bölüm, III.

B. Derdestliğin Unsurları

Derdestliğin oluştuğunu söyleyebilmek için açılan bir dava mevcut ve hâlâ görülmekteyken aynı davanın aynı mahkemede veya başka mahkemede tekrar açılmış olması gerekir⁶⁸.

1. Aynı Davanın İkinci Defa Açılması

Derdestlik için ilk olarak aynı davanın⁶⁹ ikinci defa açılması gerekir. Her iki dava aynı anda açılmış olabileceği gibi farklı tarihlerde de açılmış olabilirler. Yeter ki ikinci davanın açıldığı anda ilk dava sona ermemiş olsun⁷⁰.

Davalar aynı mahkemede açılabilmesi gibi farklı mahkemelerde de açılabilir⁷¹. Bu durum derdestliğin oluşmasına engel değildir. Farklı mahkeme görevsiz ve yetkisiz mahkeme de olabilir. Görevsiz ve yetkisiz mahkemede açılan dava da derdest olacağından yine dava şartı olarak derdestlik ileri sürülebilir⁷².

2. Birinci Davanın Görülmeye Devam Ediyor Olması

İkinci davada derdestliğin ileri sürülebilmesi için ilk davanın hâlâ görülüyor olması gerekir. Dava henüz karara bağlanmadığı durumlarda derdest olmaya devam edeceği gibi verilen kararın kesinleşmediği hallerde de derdest olmaya devam eder⁷³. Dosyanın işleminden kaldırılması halinde (HMK m. 150) ise dosyanın yenilebileceği üç aylık süre boyunca dava derdest olmaya devam eder⁷⁴. Üç ayın sonunda dava, karara gerek olmaksızın, açılmamış sayılır. Bir görüşe⁷⁵ göre davanın açılmamış sayılması ile

⁶⁸ Tanrıver, **Derdestlik**, s. 43; Ulukapı, **a.g.m.**, s. 409; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 248.

⁶⁹ Derdestliğin oluşması için ileri sürülen taleplerin dava niteliğinde olması gerektiğinden çekişmesiz yargı işlerinin, ihtiyatî tedbir ve delil tespiti taleplerinin derdestlik oluşturmayacağı yönünde bkz.: Tanrıver, **Derdestlik**, s. 49.

⁷⁰ Tanrıver, **Derdestlik**, s. 43; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 707.

⁷¹ Tanrıver, **Derdestlik**, s. 43; Ulukapı, **a.g.m.**, s. 410; Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt 4**, 6 Cilt, 6. Baskı, İstanbul, Demir Demir Yayıncılık, 2001, C. 4, s. 4218 (Kısaca Usul C. 4); Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 291.

⁷² Ulukapı, **a.g.m.**, s. 419.

⁷³ Tanrıver, **Derdestlik**, s. 52; Ulukapı, **a.g.m.**, s. 416; Kuru, **Usul C. 4**, s. 4227; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 385; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 339; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 291; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 708.

⁷⁴ Ulukapı, **a.g.m.**, s. 416, 417; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 450; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 708.

⁷⁵ Ulukapı, **a.g.m.**, s. 417; Özümücü, **Davanın Açılmamış Sayılması**, s. 204; Kuru, **Usul C. 4**, s. 4227.

Paylı mülkiyet ilişkisinin, kural olarak, ihtiyarî dava arkadaşlığı oluşturduğu, her paydaşın kendi payı üzerindeki mülkiyet hakkına dayanarak bölünebilir talepler için elatmanın önlenmesi davası açılabileceği ve her davanın birbirinden ayrı olduğu yukarıda açıklandı⁸¹. Bu durumda her bir paylı malikin açtığı elatmanın önlenmesi davasının tarafı farklı olur⁸². Zira her bir paylı malik kendi mülkiyet hakkına dayalı olarak, kendi adına bölünebilir talepleri bakımından, diğer paylı mülkiyet hakkına sahip maliklerden ayrı dava açabilir. Bu durumda derdestlik oluşmaz.

Paylı mülkiyet ilişkisinin davalı tarafta bulunması durumunda ise zorunlu dava arkadaşlığı oluşacağından⁸³ elatmanın önlenmesi talebi bütün maliklere karşı ileri sürülmelidir. Bu durumda ancak bütün paylı maliklere karşı ikinci bir elatmanın önlenmesi davası açılması halinde derdestlik oluşur. Dava takip yetkisine birlikte sahip olduğundan dava önce bütün maliklere karşı daha sonra da ilk dava devam ederken, bir veya birkaç paylı malike karşı ileri sürülemeyeceği için derdestlik oluşması mümkün değildir⁸⁴.

Paylı mülkiyet ilişkisinde bir paylı malikin, TMK m. 693/f. 3 hükmüne dayanarak bütün taşınmaz için bölünemeyen talepler bağlamında elatmanın önlenmesi davası açtığı halde, diğer bir paylı malikin aynı hükme dayanarak bütün taşınmaz için tekrar elatmanın önlenmesi davası açıp açamayacağı değerlendirilmelidir.

⁸¹ Bkz.: Birinci Bölüm, III, D, 1, b.

⁸² Müteselsil alacaklılık durumunda her bir alacaklının borçluya karşı açmış olduğu davaların birbiri için derdestlik oluşturmayacağı yönünde bkz.: Tanrıver, **Derdestlik**, s. 70.

⁸³ Bkz.: Birinci Bölüm, III, D, 2, b.

⁸⁴ Hatalı olarak bu şekilde açılan davalar olduğunda ikinci davada derdestlik probleminin yanı sıra dava takip yetkisinin eksikliği de meydana gelir. Bu durumda bir dava şartının diğerlerinin incelenmesini gereksiz kıldığı durumlarda öncelikle bu dava şartının incelenmesi gerektiği savunulmuş ve önceki dava şartlarında eksiklik bulunması halinde sonraki dava şartlarının incelenmeye gerek olmadığı belirtilmiştir. Dava şartlarının inceleme sırası da mahkemeye ilişkin, taraflara ilişkin ve son olarak dava konusuna ilişkin dava şartları olarak belirtilmiştir. Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 954; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 396; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 214. Bu durumda bahsedilen ihtimalde öncelikle tarafa ilişkin dava şartı olan dava takip yetkisi olmadığı tespit edilmelidir. Ancak kanaatimizce bu tespit derdestliğin incelenmemesini gerekli kılmamalıdır. Zira dava takip yetkisinin eksikliği halinde bu eksikliğin tamamlanarak davaya devam edilmesi gerekir. Bu durumda da bütün mecburî dava arkadaşlarına yöneltilmiş olan ikinci derdestlik nedeniyle reddedilmesi gerekir. Bu uygulama usûl ekonomisine açıkça aykırı olur. Sonuç olarak verilen kararda dava takip yetkisinin eksik olması sebebiyle davanın reddi kararıyla birlikte derdestlik oluşacağından dava takip yetkisinin tamamlanmasına karar verilmediği de belirtilmelidir.

Derdestlik, aynı taraflar arasında konusu ve sebebi aynı olan davalar için gerçekleşeceğinden bütün taşınmaz için dava açmaya yönelik dava takip yetkisine sahip⁸⁵ paylı malik ile diğer bir paylı malikin aynı hükme dayanarak ayrı ayrı açacakları davaların birbiri için derdestlik oluşturmayacağı düşünülebilir. Zira bu davanın tarafları şeklen farklı kişilerdir⁸⁶. Ancak paylı mülkiyet sahipleri, bir paylı malikin bütün taşınmaz için açtığı davaya tamamen yabancı değildir. Diğer bir paylı mülkiyet sahibi de taşınmaz için bir hukukî koruma talep edecek olsaydı, o da bütün taşınmaz için talep edilen aynı hukukî korumaya yönelik talepte bulunacaktı. Keza bu anlamda dava takip yetkisini kullanan paylı malik, bütün taşınmaz için korunma talep ederek diğer paylı maliklerin yerine de dava ikame etmiş olur.

Paylı mülkiyet hakkı sahipleri bu şekilde sağlanan korumadan yararlanırken diğer bir paylı malike tekrar dava açma hakkı tanımak davalı aleyhine silahların eşitliğini bozmak anlamına gelir⁸⁷. Zira bir malik dava takip yetkisini binaen bütün taşınmaz için dava açtığında her bir paylı malik bundan yararlanırken, diğer maliklere tekrar dava açma hakkı vermek davalıyı aynı koruma talebine paylı malik sayısınca muhatap kılmak anlamına gelir⁸⁸. Nitekim TMK m. 693/f. 3 hükmünün sağladığı dava takip yetkisi ile açılan dava diğer maliklerin yerine de açılmıştır. Ayrıca dava hakkı davacıların elinde hukukî koruma dışında menfaat elde etmek için bir silaha dönüşebileceğinden diğer maliklerin dava açmasına imkân tanımak hakkın kötüye kullanılmasına da yol açabilir. Zira her bir paylı malikin taşınmazın tamamı için dava açabilecek olması davalıyı aynı davaya birden çok kere maruz bırakılması anlamında bir tehdit oluşturur. Elatmanın önlenmesi davasının kabul edilmesi halinde ise eşyanın tamamına yönelik koruma sağlandığında diğer paylı malikin ayrıca bir dava açmakta hukukî yararı olmayacaktır.

Ayrıca dava takip yetkisi ile açılmış olan davanın diğer maliklerin bölünemez talepler için açacağı dava ile derdestlik oluşturmayacağının kabul edilmesi, açılan ilk davanın paylı malikler yerine değil de dava takip yetkilisinin sanki bütün taşınmaz üzerinde kendisinin var olan hakkına dayanarak dava açtığı şeklinde yorum

⁸⁵ TMK m. 693 hükmünün dava takip yetkisi verdiği hakkında bkz.: Birinci Bölüm, III, D, 1, b.

⁸⁶ Ağca Toplandı, **a.g.e.**, s. 196.

⁸⁷ Dişel, **a.g.e.**, s. 201.

⁸⁸ Dişel, **a.g.e.**, s. 199; Akil, **Dava Yetkinliği**, s. 14. Karş. Erişir, **Taraf Ehliyeti**, s. 82, 98.

yapılmasına yol açabilir⁸⁹. Oysaki pay her ne kadar taşınmazın her parçası üzerinde olsa da malikin sahip olduğu mülkiyet türü paylı mülkiyettir ve bu sebeple taşınmazın tamamı üzerinde tek başına hak sahibi değildir.

Açıklanan bu sebeplerle TMK m. 693/f. 3 hükmünün sağladığı dava takip yetkisine binaen açılan davalar ile diğer bir paylı malikin aynı hükme dayanarak açacağı davanın derdestlik oluşturacağının kabul edilmesi gerekir. Böylece TMK m. 693/f. 3 hükmünde yer alan “*paydaşlardan her biri*” ifadesinin de her bir paydaşın ayrı ayrı dava açılabileceği şeklinde değil; her bir paydaşın dava takip yetkisini kullanarak elatmanın önlenmesi davası açabilme potansiyeline sahip olduğu şeklinde yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz⁹⁰. Zira dava takip yetkisini kullanabilecek kişilerin fazla olması uyuşmazlık için kullanılabilecek dava takip yetkisinin çoğalmasına neden olmaz. Bir uyuşmazlık konusu için bir dava açılması mümkündür⁹¹. Taşınmazın tamamı için bir paylı malik elatmanın önlenmesi davası açmışsa diğer paylı malikler taşınmazın tamamı için tekrar dava açamamalıdır. TMK m. 693/f. 3 hükmüne dayanılarak açılan davada yer almayan paydaşların ise yargılamaya fer’î müdahil olarak katılması sağlanarak hukukî dinlenilme hakları

⁸⁹ Dişel, **a.g.e.**, s. 197.

⁹⁰ Dişel, **a.g.e.**, s. 202. Aksi yönde bkz.: Erişir, **Taraf Ehliyeti**, s. 95. Birden fazla malikin dava açması durumunda ihtiyarî dava arkadaşlığı oluşacağı yönünde bkz.: Yardımcı, **Dava Arkadaşlığı**, s. 45.

⁹¹ Dişel, **a.g.e.**, s. 201; Pekcanitez, Meriç, **a.g.e.**, s. 175.

sağlanabilir⁹². Ayrıca hak sahibinin yargılamada dinlenerek hukukî dinlenilme hakkının sağlanabileceği de doktrinde belirtilmiştir⁹³.

Yapılan açıklamalar neticesinde TMK m. 693/f. 3 hükmüne dayanılarak taşınmazın tamamı için elatmanın önlenmesi talep edilen davaların birbirleri için derdestlik oluşturacağı sonucuna varılmıştır. Ancak bu sonuca varılabilmesi için şeklen farklı kişiler olan bahsedilen dava taraflarının nasıl aynı kişi olduklarının belirtilmesi gerekir.

Tarafların aynı olmasından aynı hakka dayanan dava takip yetkilerini kullanmaları anlaşılmalıdır. Diğer bir deyişle aynı dava takip yetkisini kullanan kişiler şeklen farklı kişiler olsalar da aynı tarafı oluştururlar⁹⁴. Biz de aynı dava takip yetkisini kullanan kişilerin aynı taraf sayılacağını görüşüne katılıyoruz. Paylı mülkiyet ilişkisi taşınmaz üzerinde, bütün paylı maliklerin mülkiyet hakkından doğan dava takip yetkilerinden oluşan bir dava takip yetkisi sağlar. Bir dava takip yetkisi olmasına karşılık bu dava takip yetkisini kullanabilecek birden çok kişi vardır. Ancak bütün

⁹² Dişel, **a.g.e.**, s. 204, 205; Pekcanıtez, Meriç, **a.g.e.**, s. 135, 173 vdm.; Ağca Toplandı, **a.g.e.**, s. 193. Hukukumuzda mevcut olmayan “*dava arkadaşlığı biçiminde fer’i müdahale*” söz konusu durumunda hukukî dinlenilme hakkını sağlamak için daha elverişli olabilir. Bu müdahale biçiminde de fer’i müdahil davada taraf olarak yer almayıp taraf yardımcısı olarak yargılamaya katılır. Ancak dava arkadaş biçimindeki fer’i müdahil yargılamaya daha etkin biçimde müdahale imkânına sahiptir. Nitekim dava arkadaş biçimindeki fer’i müdahil, yanında katıldığı tarafın rızasına aykırı olarak kendi iddia ve savunmalarını da ileri sürebilir. Müdahilin, tarafın yaptığı sulh, kabul ve feragate de engel olabileceği savunulmuştur. Ayrıca bu biçimdeki müdahil, taraftan bağımsız olarak kanun yoluna başvuru hakkına sahiptir. Bu imkânlar davaya daha etkin müdahale fırsatı sunarak tarafın davayı kötü yürütmesini engellemeyi hedefler. Diğer yandan fer’i müdahil gerçek anlamda taraf olmadığı için dava üzerinde tasarrufta bulunamaz ya da davayı geri alamaz. Dava arkadaş biçiminde fer’i müdahil olarak yargılamaya katılmak için ise bu şekilde davaya katılmak isteyen kişi ile yanında davaya katılacağı kişinin karşısında bulunan taraf arasında bir hukukî ilişkinin varlığı gerekir. Ayrıca görülen esas davada verilecek karar bahsedilen bu hukukî ilişkiyi etkileyecek olmalıdır. Dava arkadaşlığı biçiminde fer’i müdahil ve eleştirileri için bkz.: Pekcanıtez, Meriç, **a.g.e.**, s. 78 vdm.; Ali Cem Budak, **Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması**, İstanbul, Beta Basım, 2000, s. 51 vdm.; Elif Irmak Büyük, **Medeni Usul Hukukunda İnşai Dava ve İnşai Hüküm**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 260 vdm. Birlikte mülkiyet hallerinde dava açmayan mülkiyet hakkı sahiplerinin davaya, dava arkadaşlığı biçiminde fer’i müdahil olarak katılması hukukî dinlenilme hakkının daha etkin kullanılmasını sağlayabilir. Zira bu müdahalede müdahil olan malikler kendi iddia ve savunmalarını taraftan bağımsız olarak ileri sürebilir ve tarafın yaptığı sulh kabul ve feragate engel olabilir. Birlikte malik olunan taşınmaza müdahalede bulunulması, dava arkadaşlığı biçiminde fer’i müdahil olarak katılmak için gerekli olan hukukî ilişki şartını sağlar. Keza davada verilecek hüküm diğer malikleri de etkileyeceğinden bu şart da sağlanır.

⁹³ Dişel, **a.g.e.**, s. 252; Muhammet Özkes, **Medeni Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003, s. 295 (Kısaca Hukukî Dinlenilme).

⁹⁴ Dişel, **a.g.e.**, s. 162, 201.

paydaşlar aynı dava takip yetkisini kullanabileceği için esasında aynı taraf olacaklardır. Bu durumda taraflar aynı olacağı için, katıldığımız görüşe göre, TMK m. 693/f. 3 hükmüne dayanarak dava açan farklı paydaşların davaları birbiri için derdestlik oluşturmalıdır. Aksi takdirde taşınmaza yönelik aynı korumayı sağlamak için davalı, dava takip yetkilisi sayısı kadar açılacak davada taraf olmak zorunda kalır⁹⁵.

Elbirliği ile mülkiyet ilişkisinin de derdestlik açısından incelenmesi gerekir. Elbirliği mülkiyet ilişkisi mecburî dava arkadaşlığı oluşturur⁹⁶. Elbirliği malikler birlikte hareket etmek zorunda olduklarından elbirliği maliklerinin birlikte dava açması veya bu kişilerin hepsine birlikte dava açılması gerekir. Bu şekilde açılan ikinci dava derdestlik oluşturur. Aksi takdirde bir veya birkaç elbirliği malikin açtığı ikinci dava (veya onlara karşı açılan dava), dava takip yetkisi eksikliği sebebiyle reddedilmelidir⁹⁷. Elbirliği halinde maliklerden birinin TMK m. 702/f. 4 hükmüne binaen bütün taşınmaz için açtığı dava ile elbirliği maliklerinin hep birlikte açacağı davanın, yukarıda açıkladığımız gerekçeler ile, derdestlik oluşturacağı kanaatindeyiz. Aynı şekilde TMK m. 702/f. 4 hükmüne dayanarak ayrı ayrı dava açan iki malikin davalarının da birbiri için derdestlik oluşturacağı kanaatindeyiz.

b. Konu Unsuru Açısından

Davaların derdest olması için aynı olması gereken ikinci unsur, davanın konusudur. Yukarıda⁹⁸ açıklandığı üzere davanın konusu talep sonucudur. Bu durumda ilk dava ile ikinci davanın talep sonuçlarının aynı olması halinde dava konuları aynı olur⁹⁹. Böylelikle açılan elatmanın önlenmesi davalarının tarafları ve sebeplerinin aynı olması halinde derdestlik oluşur.

⁹⁵ Dişel, **a.g.e.**, s. 199.

⁹⁶ Bkz.: Birinci Bölüm, III, D, 1, c.

⁹⁷ Red kararında derdestliğe de yer verilmesi gerektiği hakkında bkz.: İkinci Bölüm, dñn. 84.

⁹⁸ Bkz.: Birinci Bölüm, III, A.

⁹⁹ Tanrıver, **Derdestlik**, s. 83; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 384; Simil, **a.g.e.**, s. 13.

Zilyetliğe saldırı halinde açılacak dava (TMK m. 983/f. 2) ile tapu kaydının düzeltilmesi davasının (TMK m. 1025) derdestlik bağlamında ayrıca incelenmesi gerekir.

Zilyetliğe yapılan saldırının önlenmesi davası (TMK m. 983/f. 2) ile elatmanın önlenmesi davasının (TMK m. 683/f. 2) her ikisi de sonuç olarak taşınmaza yapılan müdahalenin bertaraf edilmesine yönelik olsa da bir davada zilyetliğe yapılan müdahalenin bir davada da mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin bertaraf edilmesi talep edilir¹⁰⁰. Bu sebeple bu davaların talep sonuçları farklı olacağından derdestlik oluşmaz. Zira talep sonuçları farklı olacağından aynı davalar söz konusu olmaz.

Her iki davanın sonucunda da taşınmaz üzerinde gerçekleştirilen müdahale bertaraf edileceğinden bu davalar arasında derdestlik oluşmasının gerektiği düşünülebilir. Ancak derdestliğin dava şartı olarak kabul edilmesinin gerekçeleri incelendiğinde derdestlik oluşmaması gerektiği görülecektir. Nitekim derdestliğin kabul edilmesinin gerekçelerinden biri aynı davanın ikinci defa açılmasında hukukî yararın bulunmamasıdır. Zira ilk dava ile ihtiyaç duyulan hukukî koruma sağlanır. Bu korumanın sağlanması için ikinci davanın açılması gerekmez¹⁰¹. Zilyetliği koruyan dava ile mülkiyet hakkına dayalı olarak açılan elatmanın önlenmesi davasının korumaya yöneldikleri hukukî değerler farklı olacağından bahsedilen davalardan biri açıldığında diğeri için hukukî yararın olmadığı söylenemez.

Derdestliğin dava şartı olarak kabul edilmesinin bir diğer gerekçesi aynı dava hakkında çelişen kararlar verilmesinin önüne geçilerek hukuk güvenliğinin sağlanmasıdır¹⁰². Bahsedilen davalardan birinde zilyetliğin birinde de mülkiyet hakkının incelenerek karar verilmesi bunlar hakkında farklı yönde karar verilebilecek olmasını mümkün kılar. Bu durum derdestliğin kabul edilmesine gerekçe gösterilen hukuk güvenliğinin ihlaline yol açmaz. Bu sebeplerle talep sonuçları farklı olan

¹⁰⁰ Talep sonucu çoğu zaman hakka veya zilyetliğe yapılan müdahalenin değil taşınmaza yapılan müdahalenin bertaraf edilmesi şeklinde belirtilir. Ancak bu davada, dava konusu ve talep sonucu müdahalenin bertaraf edilmesidir. Müdahalenin yapıldığı taşınmaz ise uyuşmazlığın konusunu oluşturur. Bu ayrım için bkz.: Birinci Bölüm, III, A.

¹⁰¹ Tanrıver, **Derdestlik**, s. 23, 24; Ulukapı, **a.g.m.**, s. 397; Yılmaz, **Şerh C. 2**, s. 2622; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 248; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 706.

¹⁰² Tanrıver, **Derdestlik**, s. 28, 29; Ulukapı, **a.g.m.**, s. 401, 402; Yılmaz, **Şerh C. 2**, s. 2622; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 383.

davaların sadece uyuşmazlık konusu üzerindeki etkisi aynı olacağından bahisle derdestlik oluşturması gerektiği kabul edilmemelidir.

Elatmanın önlenmesi davası ile tapu kaydının düzeltilmesi arasında derdestliğin söz konusu olup olmayacağı hususu da bu başlık altında ele alınmalıdır. Tapu kaydının düzeltilmesi davasının tespit davası olduğu yukarıda¹⁰³ ifade edildi. Elatmanın önlenmesi davası ise eda davasıdır¹⁰⁴. Tapu kütüğünün düzeltilmesi davasında mülkiyet hakkının tespitine; elatmanın önlenmesi davasında ise mülkiyet hakkının tespiti üzerine yapılan müdahalenin bertaraf edilmesine karar verileceğinden, bu davaların konuları birbirinden farklıdır. Bu sebeple biri tespit diğeri de eda davası olan bu davalar, birbiri için derdestlik oluşturmaz¹⁰⁵.

Tapu kaydının düzeltilmesi ve elatmanın önlenmesi davaları birbiri için derdestlik oluşturmaz. Ancak iki dava da mülkiyet hakkının tespitine dayanır. Şöyle ki tapu kütüğünün düzeltilmesi davasında zaten mülkiyet hakkının tespiti talep edilir. Elatmanın önlenmesi davasında ise müdahalenin bertaraf edilmesi için öncelikle mülkiyet hakkının tespit edilmesi gerekir. Bu durumda aynı hususun iki defa incelenmesinin önüne geçilerek usûl ekonomisinin sağlanması ve aynı konuda çelişkili kararlar verilmesinin engellenerek hukuk güvenliğinin korunması için¹⁰⁶ mülkiyet hakkı tespitinin, elatmanın önlenmesi davasında bekletici mesele yapılması gündeme gelebilir¹⁰⁷.

Bekletici mesele, bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya, idari makamın tespitine yahut dava konusuyla ilgili bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı olduğu hallerde mahkemece o davanın sonuçlanmasına veya idari makamın kararına kadar yargılamanın bekletilmesidir (HMK m. 165/f. 1). Elatmanın önlenmesi davasında da mülkiyet hakkının tespiti,

¹⁰³ Bkz.: Birinci Bölüm, I, B, 4, d, (3).

¹⁰⁴ Bkz.: Birinci Bölüm, III, C, 2.

¹⁰⁵ Tanrıver, **Derdestlik**, s. 87.

¹⁰⁶ Aşık, **a.g.e.**, s. 28 vdm., 190; Hakan Pekcanitez, “*Bekletici Mesele (Meselei Müstehire)*”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, 1980, sa. 249-275, s. 254 (Kısaca Bekletici Mesele); Özkes, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1404; Kuru, **Usul C. 3**, s. 3211; Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 515; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 495; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 464, 465; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 793; Ulukapı, **Usûl**, s. 308.

¹⁰⁷ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 68. Tapu kaydının düzeltilmesi davasının karşı dava olarak açılması hakkında bkz.: İkinci Bölüm, VI, D, 2.

başka mahkeme¹⁰⁸ önünde görülen tapu kaydının düzeltilmesi davasında hükme bağlanması için bekletici mesele yapılabilir¹⁰⁹.

Belirtilmesi gerekir ki bir görüş¹¹⁰ bekletici mesele yapılabilmesi için bekletici mesele yapılacak sorunun mahkemenin görevi dışında olması gerektiğini savunur¹¹¹. Zira mahkemenin görevine giren sorun bekletici mesele değil ön sorun oluşturur ve mahkemenin bunu karara bağlaması gerekir¹¹². Aksi görüş ise¹¹³ meselenin mahkemenin görevi dışında kalmasının gerekmediğini savunur. Uyuşmazlığın çözümü başka mahkemede görülen davanın çözümüne kısmen veya tamamen bağlı ise bekletici mesele yapılabilmelidir. Özellikle de bekletici mesele yapılacak husus diğer davanın konusunu oluşturan hukukî ilişkinin varlığına veya yokluğuna dayanıyorsa bekletici mesele yapılabilmelidir¹¹⁴. Kanaatimizce de bekletici mesele yapılabilmesi için meselenin davanın görevi dışında olması gerekmez. Zira bu kurumun en önemli amaçlarından biri çelişkili kararların verilmesini önlemektir. Bu amaç mahkemenin görev alanına giren bir konuda başka mahkemenin veya idari makamın kararının beklenilmesi halinde anlam kazanır. Mahkemenin görev alanına girmiyorsa zaten karar verilemeyeceğinden çelişkili kararlar oluşmaz. Ayrıca bekletici mesele yapılması kural olarak mahkemenin takdirindedir¹¹⁵. Ancak görev kuralları kamu düzeninden olup dava şartıdır. Mahkeme görev alanına girmeyen bir konu hakkında

¹⁰⁸ Aşık, **a.g.e.**, s. 171; Kuru, **Usul C. 3**, s. 3219.

¹⁰⁹ Aşık, **a.g.e.**, s. 93; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 796.

¹¹⁰ Aşık, **a.g.e.**, s. 79; Pekcanitez, **Bekletici Mesele**, s. 252, 253, 268; Seda Özümücü, **Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Ön Sorun**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 36, 38 (Kısaca Ön Sorun); Ejder Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt 3, 4**, Cilt, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, Cilt 3, s. 3190 (Kısaca Şerh C. 3); Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 793; Ulukapı, **Usûl**, s. 306; Özekes, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1404. Yazar bu şekilde görüş belirtmesine rağmen mahkemenin görevine girmeme hususunun görev kuralları çerçevesinde değerlendirilmemesi gerektiğini, bir mahkemede verilecek kararın diğer mahkemede verilen kararı etkileyecek olması halinde de bekletici mesele yapılabileceği ifade etmiştir. Özekes, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1410, 1411.

¹¹¹ HMK m. 165'in gerekçesi de bekletici sorunu "*Bir davanın görülmesi sırasında ortaya çıkan ve bu davanın incelenilmesi veya sonuçlandırılabilmesi için, mahkemenin görevi dışında kalması sebebiyle, görevli yargılama makamınca çözümlenmesine kadar beklenilmesi gereken sorunlar*" olarak tanımlamıştır.

¹¹² Özekes, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1405.

¹¹³ Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 311; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 382; Umar, **a.g.e.**, s. 488. Karş.: Budak, Karaaslan, **a.g.e.**, s. 246, 247.

¹¹⁴ Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 311. Karş.: Üstündağ, **Usul**, s. 192.

¹¹⁵ Pekcanitez, **Bekletici Mesele**, s. 271, 272; Özekes, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1414; Kuru, **Usul C. 3**, s. 3212; Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 515; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 310.

zorunlu olarak karar veremez. Bu durum mahkemenin takdirine bırakılmamıştır. Belirtilen bu sebeplerle Kanun metninde belirtilmeyen, gerekçede yer alan bir şartla meselenin mahkemenin görev alanına girmemesi gerektiği görüşüne katılmıyoruz.

Bekletici mesele yapılabilmesinin bir diğer şartı ise davaların arasında bağlantı bulunması ve birinde verilecek hükmün diğerini etkileyecek olmasıdır¹¹⁶. Elatmanın önlenmesi davasında verilecek kararın mülkiyet hakkına bağlı olması ve tapu kaydının düzeltilmesi davasında da bu mülkiyet hakkının tespit edilecek olması, birinde verilecek kararın diğerini etkileyecek olduğunu açıkça ortaya koyar. Yargıtay kararları da bir davada verilen kararın diğerini etkileyecek olması halinde bekletici mesele yapılması gerektiği yönündedir¹¹⁷.

¹¹⁶ Aşık, **a.g.e.**, s. 97, 98, 100; Pekcanitez, **Bekletici Mesele**, s. 269, 270; Özekes, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1408; Kuru, **Usul C. 3**, s. 3212, 3225; Yılmaz, **Şerh C. 3**, s. 3190; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 311; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 498; Karlı, **a.g.e.**, s. 691; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 383.

¹¹⁷ “...Dava; "el atmanın önlenmesi", "ecrimisil" ve "tazminat" istemlerine ilişkindir. Somut olayda, dava konusu taşınmazlarda davacının malik olmadığı, taşınmazların tapu kaydında davalı olduklarının yazılı olduğu, davacının iddiasının dava konusu taşınmazda zilyet olduğu, aynı zamanda taşınmazın mülkiyet ihtilafı ile ilgili açılan davada eski tapu kayıtlarına dayanarak tescile itiraz edip mülkiyet iddiasında bulunduğu anlaşılmaktadır. O halde, hemen belirtmek gerekir ki, davacının bu iddiaları karşısında dava konusu taşınmazlar yönünden az yukarıda bahsedilen Kadastro Mahkemesi'nce verilecek kararın eldeki davayı etkileyeceği kuşkusuzdur. Hâl böyle olunca, kadastro mahkemesindeki davanın sonucu ile eldeki davanın birlikte değerlendirilmesi gerekeceğinden, eldeki dava bakımından Büyükçekmece Kadastro Mahkemesi dosyasının bekletici mesele kabul edilmesi zorunlu olup, bu hususun gözardı edilmiş olması doğru değildir. (Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 2018/2022 Esas - 2018/17901 Karar sayılı ilamı)... 1-Sakarya 5. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2016/148 Esas (ilk esas numarası olan; Sakarya 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2015/1279 Esas) sayılı dava dosyasının sonucunun eldeki davayı etkileyeceği tartışmasız olup, anılan dava dosyasının sonucunun beklenmesi gerekeceği açıktır. Hal böyle olunca, Sakarya 5. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2016/148 Esasında görülmekte olan davanın 6100 s. HMK' nun 165. maddesi gereğince bekletici mesele yapılması, kesinleşmesinden sonra dosyadaki tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, dairemizce isabetsiz görülmüştür...” Sakarya BAM, 1. HD., E. 2020/707, K. 2020/777, T. 8.10.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021. Aynı yönde kararlar için bkz.: Yargıtay 14. HD., E. 2020/2838, K. 2020/5483, T. 28.9.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; Yargıtay 8. HD., E. 2018/12675, K. 2020/2353, T. 10.3.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; Adana BAM, 1. HD., E. 2018/331, K. 2018/336, T. 10.4.2018, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021. Farklı yönde karar için bkz.: “...Temel ilke bu olmakla birlikte Yargıtayca kural olarak mülkiyet hakkına dayalı el atmanın önlenmesi davalarında davalı tarafın açtığı tapu iptali ve tescil davasının sonucunun beklenmemesi, ancak davacının el atmanın önlenmesi talebi yanında yıkım talebi de varsa, somut olayın özelliğine göre telafisi imkansız zararlar doğmasını önleme yönünden davalının açtığı tapu iptali ve tescil davasının sonucunun beklenmesi gerektiği görüşü kabul edilmektedir. (Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 18.01.2016 tarih ve 2014/13408-2016/411 E K sayılı, 09.04.2015 tarih ve 2014/16641-2015/5137 E K sayılı, 12.02.2015 tarih ve 2014/22640-2015/2027 E K sayılı, 11.09.2014 tarih ve 2014/10075-2014/14022 E K sayılı kararları ile yerleşik diğer içtihatları)...” Gaziantep BAM, 1. HD., E. 2019/179, K.

c. Sebep Unsuru Açısından

Derdestliğin oluşması için taraf ve konu unsurlarıyla birlikte aynı olması gereken son unsur davanın sebebidir. Dava sebebi kavramı ile maddî vakıalar kastedilir¹¹⁸. Böylelikle iki davanın taraf ve konularının yanı sıra talep sonucunu haklı kılan vakıaların aynı olması durumunda derdestlik oluşur.

Elatmanın önlenmesi davası açısından talep sonucunu haklı kılan vakıalar, uyuşmazlık konusuna yapılan müdahalelerdir. Aynı müdahale için aynı taraflar arasında elatmanın önlenmesi davası açılması derdestlik oluşturur. Ancak müdahaleler farklı olduğunda derdestlik oluşmaz. Örnek olarak bir dava açıldığında taşınmaza yapılan yeni müdahale yeni bir elatmanın önlenmesi davasına konu edilebilir ve bu davalar derdestlik oluşturmaz¹¹⁹.

V. Elatmanın Önlenmesi Davasına Müdahale

A. Fer'î Müdahale

Fer'î müdahale, dava sonunda verilecek hükümden kendi hukukî durumu etkilenecek olan üçüncü kişinin taraf sıfatı kazanmaksızın yargılamada yer almasını ve böylelikle de kendi hukukî menfaatini koruyabilmesini sağlayan usulî imkandır¹²⁰. Fer'î müdahale ile üçüncü kişi, davayı kazanmasında kendisi için hukukî yarar bulunan

2020/497, T. 9.6.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021. Kanaatimizce bu yönde verilen kararlar isabetli değildir. Zira bekletici meselenin kabul edilmesinin gerekçesi birinde verilen kararın diğerini etkileyeceği uyuşmazlıklarda çelişkili kararların engellenerek hukuk güvenliğinin sağlanmasıdır. Yalnızca ekonomik kaygılar gözetilerek bekletici meseleye karar verilmesi, telafisi güç ekonomik zararın oluşmadığı hallerde birbirini etkileyecek uyuşmazlıklar için bekletici mesele yapılmasına karar verilmemesi isabetli değildir. Hukuka ve mahkemelere olan güvenin korunması mal varlığının korunmasından daha az önemli değildir. Kaldı ki mal varlığına ilişkin uyuşmazlıklarda doğru karar verilmesi bizatihi ekonomik değerleri de korur. Karş.: Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 1**, s. 159, 160.

¹¹⁸ Tanrıver, **Derdestlik**, s. 93, 95; Ulukapı, **a.g.m.**, s. 429; Kuru, **Usul C. 4**, s. 4239; Yılmaz, **Şerh C. 2**, s. 2628; Bilge, Önen, **a.g.e.**, s. 420; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 384; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 715; Budak, Karaaslan, **a.g.e.**, s. 181; Alper Tunga Küçük, **Vakıaların Toplanması Açısından Teksif İlkesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 91, 92.

¹¹⁹ Vakıaların aynılığı hakkında kesin hükme dair açıklamalara bakılabilir. Bkz.: Üçüncü Bölüm, III, B, 2, b.

¹²⁰ Atalı, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 716; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 263, 264.

taraf yanında yer alır ve yapacağı usûl işlemleriyle kendi hukukî menfaatini korumaya çalışır¹²¹.

Görölmekte olan¹²² elatmanın önlenmesi davasında da üçüncü kişinin, kendisi için hukukî menfaat olan taraf yanında fer'î müdahil olarak davaya katılması mümkündür¹²³. Örneğin (A)'ya ait araziye otopark olarak işleten (B)'ye karşı elatmanın önlenmesi davası açıldığında otoparktan yararlanmak için (B) ile sözleşmesi bulunan üçüncü kişi davalının yanında fer'î müdahil olarak davaya katılabilir. Aynı örnekte arazi üzerinde intifa hakkı bulunan üçüncü kişi de davacı yanında fer'î müdahil olarak yargılamaya katılabilir. Bahsedilen örnek durumda her iki ihtimalde de üçüncü kişinin, durumu etkileneceğinden fer'î müdahil olarak yargılamaya katılmakta hukukî yararı mevcuttur.

Fer'î müdahale kurumunun elatmanın önlenmesi davasında önem taşıyan diğer bir uygulama alanı ise paylı ve elbirliği mülkiyet halinde bir malikin dava takip yetkisini kullanarak açtığı davalardır. Belirtildiği üzere paylı ve elbirliği mülkiyet ilişkisinde bir malikin açtığı dava diğerleri için derdestlik ve kesin hüküm oluşturacağı kanaatindeyiz¹²⁴. Bu durumda diğer maliklerin hukukî dinlenilme hakları fer'î müdahale ile sağlanabilir¹²⁵. Bu noktada diğer maliklerin yargılamanın taraflarına göre üçüncü kişi olduklarını da ayrıca belirtmekte fayda vardır. Katıldığımız görüşe göre¹²⁶ aynı dava takip yetkisini kullanan kişiler aynı kişi olsalar da şekli taraf teorisine göre dava dilekçesinde belirtilmeyen kişiler davacı ve davalı olmayıp taraflara göre üçüncü kişi konumundadırlar¹²⁷. Bu durumda paylı ve elbirliği mülkiyetinde dava takip yetkisi

¹²¹ Pekcanıtez, Meriç, **a.g.e.**, s. 22, 23; Atalı, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 717, 718; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 264.

¹²² Tahkikat aşaması bitene kadar fer'î müdahil olarak davaya katılmak mümkündür. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Pekcanıtez, Meriç, **a.g.e.**, s. 121 vdm.

¹²³ Bu yönde örnek karar için bkz.: Yargıtay 8. HD., E. 2018/5843, K. 2020/6005, T. 8.10.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; Yargıtay 1. HD., E. 2016/7220, K. 2016/6399, T. 25.5.2016, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

¹²⁴ Bkz.: İkinci Bölüm, IV, B, 3, a ve Üçüncü Bölüm, III, B, 2, a.

¹²⁵ Dişel, **a.g.e.**, s. 204, 205; Pekcanıtez, Meriç, **a.g.e.**, s. 135, 173 vdm.; Ağca Toplandı, **a.g.e.**, s. 193. Dava arkadaşlığı biçiminde fer'î müdahale hakkında bkz.: İkinci Bölüm, Dpn. 92.

¹²⁶ Bkz.: İkinci Bölüm, IV, B, 3, a.

¹²⁷ Pekcanıtez, Meriç, **a.g.e.**, s. 132; Muhammet Özkes, **Medeni Usul Hukukunda Asli Müdahale**, İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1995, s. 30 (Kısaca Asli Müdahale).

kullanılarak elatmanın önlenmesi davası açıldığında davada taraf olarak yer almayan malikler üçüncü kişi olarak fer'î müdahalede bulunabilir.

Fer'î müdahilin yargılamanın taraflarından başka üçüncü kişi olması gerektiğinden bu talepte bulanacak kişinin taraflardan birinin yerine geçmesini gerektirecek bir durum olmamalıdır¹²⁸.

Elatmanın önlenmesi davasında fer'î müdahil olunmasının özellik arz eden bir yönü yoktur. Yargılama genel kurallar çerçevesinde yürütülmeye devam eder. Fer'î müdahil olarak katılan kişi, davayı bulunduğu noktadan itibaren takip edebilir. Fer'î müdahilin yapabileceği usûl işlemleri de ancak yanında davaya katıldığı tarafın lehine olan işlemlerdir. Fer'î müdahil yanında davaya katıldığı tarafın işlem ve açıklamalarına aykırı usûl işlemi yapamaz (HMK m. 68/f. 1).

B. Aslî Müdahale

Aslî müdahale, derdest bir yargılamada davanın tarafları dışındaki üçüncü bir kişinin yargılamanın konusu üzerinde kısmen veya tamamen hak iddia ederek yargılamanın taraflarına karşı hüküm verilinceye kadar aynı mahkemede dava açmasıdır (HMK m. 65/f. 1). Aslî müdahilin açmış olduğu bu dava ilk davadan bağımsız bir davadır¹²⁹. Bu davanın davacı tarafında aslî müdahil, davalı tarafında ise müdahalede bulunulan davanın davacısı ve davalısı, şekli mecburî dava arkadaşı olarak¹³⁰, bulunur.

¹²⁸ “...Dava, elatmanın önlenmesi ve yıkıma ilişkindir...Somut olayda, mahkemece 04/06/2015 tarihli oturumda verilen ferî müdahillik talebinin kabulüne ilişkin karar usulüne uygun değildir. Şöyle ki; yargılamanın devamı sırasında füzuli şağil olduğu ileri sürülen davalı ... İnşaat Ltd. Şti. Beton santrali işletme tesisini ferî müdahil olarak katılmak isteyen ... A.Ş.'ye devredip taşınmazdan el çekmiştir. Davacı tarafından ... A.Ş.'ye karşı harcı yatırılarak usulüne uygun açılmış bir dava olmadığı gibi, mahkemece davacıya HMK'nin 125/1. maddesindeki hakları da hatırlatılmamıştır. O halde mahkemece yapılması gereken iş; öncelikle anılan usul hükümleri uyarınca davacıya HMK'nin 125/1. maddesinde belirtilen haklar hatırlatılarak bundan sonra oluşacak duruma göre yargılamaya devam edilmesi olmalıdır...” Yargıtay 8. HD., E. 2018/7919, K. 2019/1579, T. 18.2.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

¹²⁹ Mehmet Kodakoğlu, **Medenî Usul Hukukunda Aslî Müdahale**, Ankara, Legem Yayıncılık, 2018, s. 129; Kuru, **Usul C. 4**, s. 3513; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 275.

¹³⁰ Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 161, 162; Kuru, **Usul C. 4**, s. 3509; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 276. Kural olarak ihtiyarî dava arkadaşlığı oluşacağı yönünde bkz.: Özekes, **Asli Müdahale**, s. 69.

Görölmekte olan elatmanın önlenmesi davasında da üçüncü kişinin aslî müdahalede bulunması mümkündür¹³¹. Şöyle ki aslî müdahale talebinde bulunabilmek için üçüncü kişinin yargılamanın konusu üzerinde kısmen veya tamamen hak iddia etmesi gerekir¹³². İddia edilen bu hak, müdahale bulunulan davanın taraflarının uyuşmazlık konusu üzerindeki iddiaları ile bağdaşmamalıdır¹³³. Aslî müdahil ilk davanın taraflarıyla çatışan bu iddiasını da onlara karşı birlikte ileri sürmelidir¹³⁴. Ancak aslî müdahil, ilk davanın iki tarafına da aynı talebi ileri sürmek zorunda değildir; her ikisine de farklı talepler ileri sürebilir¹³⁵. Elatmanın önlenmesi davasına aslî müdahalede de genelde ilk davanın taraflarına karşı farklı talepler ileri sürölür. Zira ilk davanın davacısı, mülkiyet hakkına müdahalede bulunulduğu gerekçesi ile elatmanın önlenmesi davası açar. Oysaki mülkiyet hakkı gerçekte üçüncü kişiye ait olduğundan bu kişi aslî müdahale ile davacıya karşı mülkiyet hakkının tespiti talebini ileri sürer. Davalıya karşı ise aslî müdahil de müdahalenin bertaraf edilmesini talep eder. İlk davanın davacısı da mülkiyete müdahale ediyorsa mülkiyet hakkının tespitinin yanı sıra ona karşı da müdahalenin bertaraf edilmesi talebi ileri sürölür. Böylelikle aslî müdahil olacak üçüncü kişinin iddia ettiğı hak, elatmanın önlenmesi davasının her iki tarafıyla da çatışma halindedir. Üçüncü kişi bu davaya aslî müdahalede bulunarak kendi taleplerini davacı ve davalıya karşı ileri sürebilir.

Elatmanın önlenmesi davasına aslî müdahalede bulunacak üçüncü kişi, talepleriyle davanın taraflarından birine yardımcı olmaz; aksine ilk yargılamanın her

¹³¹ Özekes, **Asli Müdahale**, s. 26; Atalı, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 768. Bu yönde örnek karar için bkz.: Yargıtay 14. HD., E. 2019/1349, K. 2020/59, T. 6.1.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; Yargıtay 20. HD., E. 2015/1990, K. 2015/8260, T. 1.10.2015, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

¹³² "...asli müdahalede dava edilen müddeabih esastır. Anılan müddeabihin dışına çıkılarak dava konusu edilmeyen hususta asli müdahale yoluyla hak talebinde bulunulmasına yasal olanak bulunmamaktadır. Bir başka ifade ile asli müdahale, dava konusuyla bağlantılı olarak tarafların dışında müstakil hak arama durumudur. Bu yasal düzenlemeye göre, dava konusu çekışmeli kısımların 1067 parsel sayılı taşınmaz içerisinde yer aldığı keşfen sabit olup, 1067 parsel sayılı taşınmaz site yönetiminin asli müdahale talebinin kabul edilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır..." Yargıtay 1. HD., E. 2016/12731, K. 2017/2650, T. 16.5.2017, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021. "...Somut olaya gelince, elatmaya konu taşınmaz 516 nolu parsel olup, dava dışı 532 nolu parselle ilgili elatmanın önlenmesine yönelik açılmış bir dava bulunmadığından 532 parsel sayılı taşınmazla ilgili asli müdahale talebinin dinlenmesine olanak bulunmamaktadır..." Yargıtay 1. HD., E. 2015/8243, K. 2015/9147, T. 18.6.2015, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

¹³³ Özekes, **Asli Müdahale**, s. 36, 38.

¹³⁴ Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 276.

¹³⁵ Özekes, **Asli Müdahale**, s. 37, 38; Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 126.

iki tarafını da karşısına alır. Bu durumda üçüncü kişinin ileri sürdüğü hak iddiası ve talepleri, ilk davanın her iki tarafının iddialarıyla da çatışacağından fer'î müdahil olarak katılmak da mümkün olmaz¹³⁶. Ayrıca üçüncü kişi taraflardan biriyle paralel bir talep ileri sürüyorsa yine aslî müdahale söz konusu olmaz. Zira aslî müdahil açacağı davayı mevcut davanın her iki tarafına karşı birlikte yöneltmelidir¹³⁷. Oysaki bölge adliye mahkemesinin kararına konu olan bir olayda kamulaştırmasız el atılan bir taşınmaz için ecrimisil talebinde bulunulduğunda taşınmaz üzerinde payı bulunan diğer bir malikin de ecrimisil talep etmesi aslî müdahale olarak kabul edilmiştir¹³⁸. Ecrimisil talebinin her iki tarafa da yöneltilmemiş olmasının yanı sıra uyumsuzluk konusu üzerinde iddia edilen bir hak olmaması gerekçesiyle de aslî müdahale olduğu kararının isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Söz konusu durumda üçüncü kişi, tarafın yanında yer alıp beyanlarıyla onun davayı kazanmasına yardımcı olmaktan öte kendi talebini ileri sürdüğünden fer'î müdahale olarak da yargılamaya katılamaz. Zira fer'î müdahil katıldığı yargılamada kendisi için hukukî koruma talebinde bulunmaz¹³⁹. Bu durumda bahsedilen uyumsuzlukta diğer paylı malikin ecrimisil talebi için açtığı dava hakkında, dava şartları mevcutsa ayırma kararı verilmelidir. Dava şartlarında eksiklik bulunması halinde ise davanın reddine karar verilmelidir¹⁴⁰.

Aslî müdahilin yargılamanın taraflarından başka üçüncü kişi olması ve onun talebinin tarafların talebiyle çatışması gerektiğinden bu talepte bulanacak kişinin taraflardan birinin yerine geçmesi gerekmemelidir. Örnek olarak davacıdan dava konusunu devralan üçüncü kişi, taşınmaz üzerindeki hak iddiası sebebiyle davada aslî müdahil değil HMK m. 125 hükmü gereği davacı olarak yer almalıdır¹⁴¹.

¹³⁶ Özkes, **Asli Müdahale**, s. 37; Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 113; Pekcanitez, Meriç, **a.g.e.**, s. 157.

¹³⁷ Özkes, **Asli Müdahale**, s. 15, 36, 37, 67,68.

¹³⁸ Karar için bkz.: Gaziantep BAM, 5. HD., E. 2017/579, K. 2018/27, T. 8.1.2018, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

¹³⁹ Pekcanitez, Meriç, **a.g.e.**, s. 23, 55, 243.

¹⁴⁰ Özkes, **Asli Müdahale**, s. 64.

¹⁴¹ “...Yargılama sırasında 19.09.2014 tarihinde taşınmaz asli müdahil K10a satılmış vekili tarafından sunulan 11.12.2014 tarihli dilekçe ile elatmanın önlenmesi ve kal talepleri yönünden davaya yeni malik sıfatı ile devam ettikleri belirtilmesine rağmen farklı hukuki sonuçlar doğuran asli müdahil sıfatıyla davaya dahil edilmesi de doğru olmamıştır...” Bursa BAM, 1. HD., E. 2018/1177, K. 2020/453, T. 5.6.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

Elatmanın önlenmesi davasına aslî müdahalede bulunulmasının özellik arz eden bir yönü yoktur. Yargılama genel kurallar çerçevesinde yürütülmeye devam eder.

VI. Elatmanın Önlenmesi Davasında Savunmanın Özellik Arz Ettiği Durumlar

A. Genel Olarak

Davacı dava dilekçesi ile iddialarını mahkeme önüne taşıyarak lehine hüküm elde etmeye çalışır. Ancak yargılama tek tarafın iddiaları dikkate alınarak yürütülemez. Davalının da savunma yapma hatta kendi iddialarını ileri sürme imkânı olmalıdır. Nitekim herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunmalarını ileri sürme hakkına sahiptir (Anayasa m. 36/f. 1). Ayrıca yargılamanın her iki tarafı da hukukî dinlenilme hakkı çerçevesinde açıklama ve ispat hakkına sahiptir (HMK m. 27). Davalı bu haklarını cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile kullanır. Bu dilekçelerde savunmasının dayanağı olan vakıaların açık özetlerine yer verilerek (HMK m. 129/f. 1, b. d) savunma yapılabileceği gibi hak iddia edilerek karşı dava da (HMK m. 132 vdm.) açılabilir.

Davalının ileri sürdüğü savunma sebepleri, maddî hukuktan kaynaklanabileceği gibi usûl hukukundan da kaynaklanabilir. Maddî hukuktan kaynaklanan savunma sebepleri itiraz ve def'iler olarak ayrılır¹⁴². Usûl hukukundan kaynaklanan savunma sebepleri ise usûlî sebeplerle yargılamanın esasına girilerek incelenmesine engel teşkil eden sebeplerdir¹⁴³. Bunlar temel olarak dava şartları ve ilk itirazlardır. Ancak usûl hukukuna dair savunmalar bunlarla sınırlı değildir. Örnek olarak hâkimin reddi gibi davanın esasının incelenmesini engelleyen çeşitli haller de usûle ilişkin savunma sebepleridir. Ayrıca davalı savunma yapmanın yanı sıra hak iddia ederek bunların hüküm altına alınmasını da talep edilebilir. Karşı dava (HMK m. 132 vdm.) olarak

¹⁴² Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1208; Kuru, **Usul C. 2**, s. 1761; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 486; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 256; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 392; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 304.

¹⁴³ Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1217; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 259.

adlandırılan bu durum da, genelde, usûl hukukundan doğan savunma sebepleri başlığı altında incelenmiştir¹⁴⁴.

Elatmanın önlenmesi davası açılabilmesi için mülkiyet hakkına yapılan haksız bir müdahale olması gerektiğinden davalının, davacının mülkiyet hakkına veya sınırlı aynî hakka sahip olmadığına ya da kendi yaptığı eylemin haksız olmadığına dair savunmalarının incelenmesi gerekir. Zira bu savunmalar davanın, davalı lehine sonuçlanmasını sağlar. Bu sebeple davalının itiraz ve def'i oluşturan savunmaları aşağıda incelenmiştir. Çalışmamızın konusu bakımından farklılık taşımayan usûle ilişkin savunma sebeplerine ise yer verilmemiştir. Karşı dava oluşturan taleplerin ise ayrıca incelenmesi gerektiğinden bu başlık altında son olarak karşı davaya dair açıklamalar yapılmıştır.

B. İtirazlar

Maddî hukuka dair savunma sebepleri olan itirazlar davada iddia edilen hakkın doğumuna engel olan veya doğmuş olan hakkı sona erdiren vakılalardır¹⁴⁵. Davalı tarafından ileri sürülme dahi dava dosyasından anlaşılan itirazlar hâkim tarafından resen gözetilir¹⁴⁶.

Elatmanın önlenmesi davası açısından bakıldığında, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını sona erdiren durumları ileri sürerek davalı, davanın reddini talep edebilir. Davacının malik olmadığı yönündeki bu savunmalar, elatmanın önlenmesi talebinin dayandığı mülkiyet hakkının sona erdiğine yönelik olduğundan itiraz niteliğindedir¹⁴⁷. Mülkiyet hakkının sona ermesine örnek olarak, geçerli bir hukukî

¹⁴⁴ Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1228; Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 443 vdm.; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 259.

¹⁴⁵ Gürdoğan, **a.g.e.**, s. 55; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1208; Kuru, **Usul C. 2**, s. 1769; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 488; Üstündağ, **Usul**, s. 343; Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 453; Bilge, Önen, **a.g.e.**, s. 453; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 257; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 392; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 345; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 305; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 313; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 253; Ulukapı, **Usûl**, s. 275; Küçük, **a.g.e.**, s. 104.

¹⁴⁶ Gürdoğan, **a.g.e.**, s. 56; Kuru, **Usul C. 2**, s. 1770; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 489; Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 453; Bilge, Önen, **a.g.e.**, s. 454; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 257; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 392; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 305; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 254; Ulukapı, **Usûl**, s. 275; Küçük, **a.g.e.**, s. 105.

¹⁴⁷ "...Görüldüğü üzere, taraf sıfatı usul hukuku sorunu olmayıp, dava konusu subjektif hakkın özüne ilişkin bir maddi hukuk sorunu olduğundan taraf sıfatının yokluğu, davada taraf olarak gözüken kişiler arasında dava konusu hakkın doğumuna engel olduğu için def'i değil, yargılamanın her

ilişkiyle mülkiyetin devredildiği haller verilebilir. Geçerli bir hukukî işlemle mülkiyet hakkını devreden malikin, daha sonradan devrettiği bu hakkına dayanarak elatmanın önlenmesi davası açması durumunda, mülkiyet hakkının olmadığı ileri sürülerek davanın reddi sağlanabilir.

Mülkiyet hakkının sona ermesine diğer bir örnek ise olağan zamanaşımı ile (TMK m. 712) mülkiyet hakkının kaybedilmesidir. TMK m. 712'ye göre geçerli bir hukukî sebep olmaksızın tapu kütüğüne malik olarak yazılan kişi, taşınmaz üzerindeki zilyetliğini davasız ve aralıksız olarak 10 yıl süreyle ve iyiniyetle sürdürürse mülkiyet hakkını kazanır. Bu durumda elatmanın önlenmesi davasında davalı, davacının mülkiyet hakkına sahip olmadığını ileri sürerek davanın reddini talep edebilir¹⁴⁸. Keza tapuda yolsuz tescille malik olarak gözüken kişiden iyiniyetle aynî hak kazanan kişinin de mülkiyet hakkı korunacağından (TMK m. 1023) bu durumda da davacının mülkiyet hakkına sahip olmaması sebebiyle davanın reddi talep edilebilir.

Olağanüstü kazandırıcı zamanaşımında da (TMK m. 713) bu yolla kazanılan taşınmaz için tescil davası hazineye ve ilgili kamu tüzel kişilerine veya varsa tapuda malik gözüken kişinin mirasçılara karşı açılacağından bu kişiler kazanım koşullarının gerçekleşmediğini bu davada ileri sürebilir. Kazanım şartlarının gerçekleşmesi halinde mülkiyet hakkı, olağanüstü kazanım koşullarının gerçekleştiği andan itibaren kazanılır ve hâkim tescile karar verir (TMK m. 713/f. 5). Bu durumda elatmanın önlenmesi davası açıldığında davacının mülkiyet hakkına sahip olmadığı kesin hüküm ile ispatlanabilir. Elatmanın önlenmesi davasından önce tescil davası açılmadığı halde ise hâkim tescil davası açılması için süre verir ve bu davanın sonucuna göre elatmanın önlenmesi davası hükme bağlanır¹⁴⁹. Şüphesiz, mülkiyet

aşamasında taraflarca ileri sürülmesi mümkün ve mahkemece de kendiliğinden nazara alınması zorunlu bir itiraz niteliğindedir..." Yargıtay HGK., E. 2010/4, K. 2010/56, T. 03.02.2010, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021.

¹⁴⁸ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 71.

¹⁴⁹ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 71. Bu yönde bkz.: "...Asıl davada davacı ..., Beldesi çalışma alanında bulunan ve kadastro sırasında tapulama harici bırakılan taşınmaz bölümüne davalı ... tarafından haksız şekilde el atıldığını ileri sürerek elatmanın önlenmesi ve taşınmazın ... adına tescili istemiyle dava açmış, mahkemece davanın reddine dair verilen hüküm, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 04.11.2002 tarih ve 2002/11505-12224 Esas, Karar sayılı ilamıyla "davalı ...'a tescil davası açması için yöntemine uygun şekilde önel verilerek TMK'nın 713. maddesi uyarınca dava açılmasının sağlanması ve böyle bir davanın açılması halinde ise sonucunun beklenmesi" gereğine değinilerek bozulmuştur. Bozma ilamına uyulmasından sonra davacı ..., kadastro çalışmaları sırasında tescil harici bırakılan çekişmeli taşınmaz bölümü hakkında, imar-ihya ve kazandırıcı zamanaşımı zilyetliği

hakkının sona erdiğinin ileri sürülmesi sadece belirtilen haller ile sınırlı değildir. Mülkiyet hakkının başka nedenlerle de sona ermiş olması halinde, itiraz olarak malikin mülkiyet hakkına sahip olmadığı ileri sürülerek davanın reddi sağlanabilir.

Mülkiyet hakkının sona ermesi gibi müdahalenin sona ermiş olması da malikin elatmanın önlenmesi talebinin sona ermesine yol açar. Zira elatmanın önlenmesi talebi ancak müdahalenin devamı sırasında ileri sürülebilir¹⁵⁰. Müdahale sona erdikten sonra ecrimisil veya yapılan müdahaleden doğan zararın tazmini talep edebilir; sona eren müdahalenin bertaraf edilmesi ise talep edilemez. Müdahalenin sona ermesi, malikin de elatmanın önlenmesi talebinin sona ermesine yol açacağından itiraz niteliğindedir.

Değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise elatmanın önlenmesi davasının açılmasına karşılık hakkın kötüye kullanıldığı savunmasının yapıp yapılamayacağıdır. Hakkın kullanımının, hak sahibine bir yarar sağlamadığı veya sağladığı düşük ölçüde yarara karşılık bundan etkilenen kişileri katlanılmayacak kadar zarara soktuğu hallerde hakkın kötüye kullanımından bahsedilir¹⁵¹. Nitekim TMK m. 2/f. 2'ye göre “*Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*”. Bu anlamda bir hakkın normlara uygun kullanımı da hak sahibine bir yarar sağlamazken diğer kişileri orantısız şekilde bir zarara uğratarak adaletsiz bir ortam oluşturabilir. Bu durumlarda dürüstlük kuralı yasadaki kuralları tamamlayıcı bir fonksiyon taşır ve bu kurala binaen haksızlık giderilir¹⁵².

Yargıtay geçmiş senelerde verdiği bir karara konu olayda, malik, uzun yıllar boyunca kendi muvafakati ile kullanılan taşınmaz için muvafakatini geri almıştır ve elatmanın önlenmesi davası açmıştır. İlk derece mahkemesi, hakkın kötüye kullanıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Yargıtay ise hakkın kötüye

nedenlerine dayanarak tescil istemiyle dava açmıştır. Mahkemece dosyaların birleştirilmesi suretiyle yapılan yargılama sonunda asıl ve birleşen davanın reddine karar verilmiş; hüküm, asıl dosyada davacı/birleşen dosyada davalı ... vekili ile birleşen dosyada davacı/asıl dosyada davalı ... vekili tarafından ayrı ayrı temyiz edilmiştir...” Yargıtay 16. HD., E. 2015/13600, K. 2018/759, T. 12.2.2018, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

¹⁵⁰ Bkz.: Birinci Bölüm, I, B, 4, c, (2), i.

¹⁵¹ Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 276 vdm.

¹⁵² Yargıtay İBK, E. 1983/3, K. 1984/1, T. 25.1.1984, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

kullanımı ile ilgili değerlendirme yapmayıp yalnızca muvafakatin geri alınmasını elatmanın önlenmesinin talep edilmesi için yeterli görerek kararı bozmuştur¹⁵³.

Yakın tarihli bölge adliye mahkemesi kararlarında da müdahalenin öğrenilmesine üzerine uzun süre bir itirazda bulunmamasına rağmen elatmanın önlenmesi davası açılabilmesi; bu durumun hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir¹⁵⁴.

Mülkiyet hakkı bir aynî hak olarak zamanaşımına uğramayacak, her zaman ihlal eden herkese karşı ileri sürülebilecek olsa da, kanaatimizce, bu durum hakkın kötüye kullanıldığının savunma olarak ileri sürülemeyeceğinin genel geçer olarak kabul edilmesini haklı göstermez. Bir kişinin hakkını kullanmasında geçerli ve yararlı bir menfaatinin olup olmaması ile kendi menfaatiyle üçüncü kişilere vereceği zarar arasında aşırı orantısızlık olup olmadığı her somut olayda değerlendirilmelidir. Özellikle de hak sahibinin kendi oluşturduğu güvene aykırı hareket edip etmediği değerlendirilmelidir¹⁵⁵. Nitekim malikin oluşturduğu güvene dayanarak taşınmazı kullanan kişi, taşınmazın değerini arttıracak eylemler yapmış olabilir. Bu durumda malikin özel bir nedeni yokken basitçe taşınmazın kullanımına dair muvafakatini geri alması yeterli olmamalıdır. Bu irade beyanının mülkiyet hakkının verdiği yetkilere, hakka uygun olduğu savunulabilir. Ancak yukarıda¹⁵⁶ belirtilen içtihadı birleştirme

¹⁵³ “...Somut olayda; davacı vasisi, dava açmadan önce 07.02.2012 tarihli ihtarnameyle çekişme konusu taşınmazı teslim etmesi yönünde davalı Nurcan’a ihtarda bulunmuş ve bilahare eldeki davayı açmış olmakla; her ne kadar öncesinde davalıların kullanımları muvafakate dayalı ise de, muvafakatin geri alındığı tartışmasızdır. Yine, çekişmeli taşınmazın keşfen belirlenen 2351.15m2lik bölümünün davalıların tasarrufunda bulunduğu, ancak kullanımlarının haklı ve geçerli bir nedene dayanmadığı da kuşkusuzdur. Hal böyle olunca, davalıların haklı ve geçerli bir neden olmaksızın elattıkları bölüm yönünden davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yanılıklı değerlendirmeye yazılı olduğu üzere hüküm kurulmuş olması doğru değildir...” Yargıtay 1. HD., E. 2014/12841, K. 2014/13940, T. 10.9.2014, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

¹⁵⁴ “...Ayni hakka dayandığından ayni bir davadır. Ayni bir dava olduğu için haksız el atma sürdükçe her zaman el atmanın önlenmesi davası açılabilir. Bu dava zaman aşımına uğramaz. Hak düşürücü süreye tabi değildir. Ayni hak sahibi el atmaya öğrenmesine rağmen uzun süre ses çıkarmasa dahi haksız el atmanın önlenmesi davası açılabilir. Bu durum MK 2. Maddesi hükmüne göre hakkın kötüye kullanılması olarak da kabul edilemez...” Gaziantep BAM, 1. HD., E. 2019/234, K. 2020/531, T. 16.6.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021. Aynı yönde bkz.: Gaziantep BAM, 1. HD., E. 2019/234, K. 2020/531, T. 16.6.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; Gaziantep BAM, 1. HD., E. 2018/1050, K. 2019/260, T. 5.3.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; Gaziantep BAM, 1. HD., E. 2018/1037 K. 2019/259 T. 5.3.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

¹⁵⁵ Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 284 vdm.

¹⁵⁶ Bkz.: İkinci Bölüm, Dpn. 152.

kararında da bahsedildiği üzere dürüstlük kuralı yasadaki kuralları tamamlayıcı bir işlev taşıdığından ve normlara uygun kullanımdan doğan adaletsizliği gidereceğinden hakkın kötüye kullanıldığı savunma olarak ileri sürülebilir¹⁵⁷. Ne var ki bu savunmanın yaygınlaştırılması mülkiyet hakkının özü ile bağdaşmaz. Zira mülkiyet hakkı hak sahibine en geniş şekilde kullanma, yararlanma imkânı veren haktır. Temel hak olan mülkiyetin kısıtlanması ancak kanunla yapılabilir. Soyut, sınırları tam olarak belirlenmeyen dürüstlük kuralının her somut olayda uygulanacak olması mülkiyet hakkının verdiği yetkiler ile bağdaşmaz. Bu sebeple hakkın kötüye kullanıldığına dair savunmanın yapılıp yapılmayacağının somut olayın şartlarına göre belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Hakkın kötüye kullandığının savunma olarak ileri sürülebileceği hallerde bunun itiraz mı yoksa def'i mi olduğunun belirtilmesi gerekir. Hak kötüye kullanıldığında hak sahibi hakkına binaen talepte bulunamayacağından bu savunma itiraz niteliğindedir. Yüksek mahkeme kararlarında da istikrarlı bir biçimde hakkın kötüye kullanıldığı savunmasının def'i değil itiraz olduğuna karar verilmektedir¹⁵⁸.

C. Def'iler

Def'i, borçlu olunan bir edimin özel bir sebebe dayanılarak yerine getirilmesinden kaçınma hakkıdır¹⁵⁹. İtirazın aksine davalının yerine getirmekle yükümlü olduğu bir edim mevcuttur; ancak, davalı, özel bir sebebe dayanarak bu

¹⁵⁷ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 100; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 498; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 368; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 199, dpn. 53; Ergüne, **a.g.e.**, s. 42, dpn. 124; Ayan, **Mülkiyet**, s. 171; Sirmen, **a.g.e.**, s. 278; Eren, **a.g.e.**, s. 47. Aksi yönde bkz.: Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 1**, s. 26, 163; Kurşun, **a.g.e.**, s. 75, 76.

¹⁵⁸ "...Hakkın kötüye kullanıldığı savunma olarak ileriye sürülmüş olmasa dahi bu husus defi değil itiraz olarak kabul edildiğinden hâkim, dava dosyasından anlaşılan böyle bir durumu resen göz önüne almak zorundadır..." Yargıtay HGK., E. 2015/2743, K. 2019/275, T. 12.3.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021. Aynı yönde bkz.: Samsun BAM, 7. HD., E. 2018/3974, K. 2020/856, T. 10.6.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; İstanbul BAM, 2. HD., E. 2017/1397, K. 2018/222, T. 13.2.2018, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; İzmir BAM, 14. HD., E. 2017/781, K. 2018/138, T. 12.2.2018, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; İzmir BAM, 14. HD., E. 2017/781, K. 2018/138, T. 12.2.2018, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

¹⁵⁹ Gürdoğan, **a.g.e.**, s. 57; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1209, 1210; Kuru, **Usul C. 2**, s. 761; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 486; Üstündağ, **Usul**, s. 346; Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 454; Bilge, Önen, **a.g.e.**, s. 455; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 257; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 392; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 344; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 314; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 254; Ulukapı, **Usûl**, s. 276; Küçük, **a.g.e.**, s. 108.

edimin ifasından kaçınabilir. Def'i davalıya bir hak olarak tanındığından ancak kendisinin bunu ileri sürmesi halinde dikkate alınabilir. Davalı ileri sürmedikçe dosyadan anlaşılrsa dahi hâkim, def'iyi dikkate alamaz; tarafa bunu hatırlatamaz¹⁶⁰.

Elatmanın önlenmesi davası bakımından def'iler ele alınırken, malikin mülkiyet hakkına yapılan müdahaleye katlanma yükümlülüğünün üzerinde durulmalıdır. Böyle bir yükümlülüğün olması durumunda, müdahalenin bertaraf edilmesi istenemeyeceği için davalının bu yöndeki savunmaları incelenmelidir.

Malikin, müdahaleye katlanma yükümlülüğü, üçüncü kişilerin sahip olduğu sınırlı aynî haktan¹⁶¹ veya kişisel bir haktan kaynaklanabilir¹⁶². Üçüncü kişiler taşınmazı bu hakları kapsamında kullanabilir ve ondan yararlanabilir. Örnek olarak geçit hakkı sahibi taşınmazdan geçebilir; kira sözleşmesinin tarafı taşınmazı bu kapsamda kullanabilir. Malik bu kullanıma katlanmakla yükümlüdür. Bu durumlarda malikin mülkiyet hakkı veya ondan doğan talep hakları sona ermez. Nitekim, sınırlı aynî hak veya kişisel hak, yalnızca mülkiyet hakkının sağladığı kullanma ve/veya yararlanma yetkilerinin ileri sürülebilmesini engeller. Böylelikle sınırlı aynî hak veya kişisel hak sahibi, hakkına dayanarak müdahaleyi sona erdirmekten kaçınabilir. Bu sebeple bu savunmalar def'i oluşturur¹⁶³.

¹⁶⁰ Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1210; Kuru, **Usul C. 2**, s. 1762; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 486; Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 456; Bilge, Önen, **a.g.e.**, s. 455; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 256, 257; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 392; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 344; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 305; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 255; Ulukapı, **Usûl**, s. 276; Küçük, **a.g.e.**, s. 108, 109.

¹⁶¹ İrtifak hakkına dayanılması için bu hakkın geçerli olarak kurulması gerektiği yönünde bkz.: "...Ne var ki; davacının irtifak hakkına dayanarak davalının elatmasının önlenmesini isteyebilmesi için, az yukarıda sözü edildiği üzere, irtifak hakkının kurulmasına ilişkin sözleşme bulunması ve irtifak hakkının tapu kütüğüne tescili gerekir. Yasanın aradığı yönteme uygun irtifak hakkı kurulmadan, buna dayanarak talepte bulunmak olanaklı olmadığından, mahkemece davanın reddi yerine istemin hüküm altına alınmış olması doğru olmamış, kararın açıklanan nedenle bozulması gerekmiştir..." Yargıtay 14. HD., E. 2006/11815, K. 2006/13490, T. 20.11.2006, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

¹⁶² Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 68, 69; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 492; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 370; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 77; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 198; Ayan, **Mülkiyet**, s. 170; Sirmen, **a.g.e.**, s. 277; Eren, **a.g.e.**, s. 49; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 203; Akipek, **Mülkiyet**, s. 87; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 452; Akil, **Kesin Yetki**, s. 126.

¹⁶³ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 98; Üstündağ, **Usul**, s. 348. Yazar davalının ileri sürdüğü hakkı "karşı hakka dayanan def'i" olarak isimlendirmektedir. Bu tarz def'ilerin, itirazlar da olduğu gibi, dava dosyasından anlaşılması halinde re'sen dikkate alınabileceğini savunmaktadır. Üstündağ, **Usul**, s. 348, 350, 351.

Malikin yapılan müdahaleye katlanma yükümlülüğünü doğuran, en temel ilişkilerden biri de komşuluk hukukundan kaynaklı ilişkilerdir. Yukarıda¹⁶⁴ belirtildiği üzere komşuluk hukuku kapsamında yapılan müdahaleler bir malikin kendi taşınmazını taşkın kullanması sonucunda oluşur. Elatmanın önlenmesi davası ise taşınmazın zilyetliğini ihlal ederek doğrudan taşınmaz üzerinde gerçekleştirilen müdahaleler için açılabilir. Bu sebeple taşınmaz mülkiyetinin taşkın kullanılması halinde uygulanacak taşınmaz malikin sorumluluğu düzenlemesi (TMK m. 730) ile elatmanın önlenmesi davasının farklı olduğu, genellik-özellik ilişkisi kapsamında olmadığı kanaatindeyiz. Bu durumda komşuluk hukukundan doğan katlanma yükümlülüğü çalışmamızın kapsamını aşacağından incelenmemiştir. Bununla birlikte taşınmaz mülkiyetine sadece komşular lehine değil herkes lehine konulmuş sınırlamalar da mevcuttur. Malikin, TMK m. 751, 752 ve 753'te düzenlenen bu kısıtlamalara katlanma yükümlülüğüne değinilmesi gerekir.

TMK m. 751'e göre, yetkili makamlar tarafından bitki örtüsünü korumak amacıyla yasaklanmadıkça, herkes başkasının orman ve merasına girebilir ve yerel adetın izin verdiği ölçüde mantar, yabanî meyve gibi şeyleri toplayabilir. Girilmesine müsaade edilen orman ve meraların özel mülkiyete tabi olması gerekir¹⁶⁵. TMK m. 752'ye göre de malik, su, rüzgâr, çığ veya doğal güçlerin etkisiyle ya da rastlantı sonucunda arazisine sürüklenen ve düşen şeyler ile arazine giren hayvanların sahipleri tarafından aranıp alınmasına izin vermek zorundadır. Malikin taşınmazına girilmesine katlanması için araziye giren şey veya hayvanın başkasının mülkiyetine tabi olması gerekir; üzerinde henüz mülkiyet kurulmamış şey veya hayvan için kimsenin, başkasının arazine girme hakkı yoktur¹⁶⁶. Ayrıca şeyin veya hayvanın araziye girmekte bunların malikin kusuru olmamalıdır¹⁶⁷. Son olarak TMK m. 753'e göre, bir kimse kendisini veya başkasını tehdit eden bir zararı veya o anda mevcut bir tehlikeyi ancak başkasının taşınmazına müdahale ile önleyebilecek ve bu zarar ya da tehlike taşınmaza

¹⁶⁴ Bkz.: Birinci Bölüm, I, B, 4, e.

¹⁶⁵ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 672; Ertaş, **a.g.e.**, s. 435, 436. 6831 sayılı Orman Kanunu m. 4'e göre Devlet ormanı, Kamu tüzel kişilerine ait ormanlar ve özel mülkiyete tabi ormanlar olarak üçe ayrılan bütün ormanlara girme hakkı tanıdığına dair bkz.: Eren, **a.g.e.**, s. 433.

¹⁶⁶ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 673.

¹⁶⁷ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 673, 674; Eren, **a.g.e.**, s. 436.

müdahaleden doğacak zarardan önemli ölçüde büyük ise, malik buna katlanmak zorundadır.

Belirtilen üç hal ilgili kişilere başkasının arazine girme hakkı verirken; maliki de müdahaleye katlanma yükümlülüğü yükler¹⁶⁸. Bu sebeplerin varlığı halinde taşınmaza giren kişi belirtilen sebeplere dayanarak müdahaleyi sona erdirmekten kaçınabilir. Malikin mülkiyet hakkını ve ondan doğan talep haklarını sona erdirmeyen; ancak müdahalede bulunan kişiye müdahaleyi sona erdirmekten kaçınma imkânı veren bu sebepler birer def'i oluşturur. Ancak elatmanın önlenmesi davası müdahale devam ettiği müddetçe açılabileninden çoğu zaman kısa süreler için geçerli olan bu hallere dayanılarak savunma yapılması mümkün olmaz. Zira yapılan müdahale dava açana kadar sonlanabilecek niteliktedir¹⁶⁹.

Müdahalede bulunan kişinin bu savunmalardan yararlanması ancak Kanunda belirtilen şartların varlığı ile sınırlıdır; bunların dışına çıkıldığında elatmanın önlenmesi davası açılabilir. Örnek olarak orman ve meraya girildiğinde yerel adetin izin verdiği sınırın dışında bir şeyler toplanması, alınması¹⁷⁰; şeyin veya hayvanın aranması için araziye girildiğinde bununla ilgisi olmayan zararlar verilmesi veya zorunluluk halinin sona ermesine rağmen taşınmaza müdahalede bulunulmaya devam edilmesi hallerinde elatmanın önlenmesi davası açılabilir ve davalı bu savunmalardan yararlanamaz¹⁷¹.

Davalının ileri sürebileceği savunmalar kapsamında son olarak ödemezlik def'i ve zamanaşımı def'inin elatmanın önlenmesi davasında ileri sürülüp sürülemeyeceği incelenmelidir. Elatmanın önlenmesi davası aynî hakka dayanır. Aynî haklar zamanaşımına tabi olmadığı için bu haktan doğan talepler de her zaman ileri sürülebilir¹⁷². Böylelikle elatmanın önlenmesi talebine karşılık zamanaşımı savunmasında bulunulamaz.

¹⁶⁸ Giritlioğlu, **a.g.e.**, 86; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 672; Eren, **a.g.e.**, s. 431.

¹⁶⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 434.

¹⁷⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 434.

¹⁷¹ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 86.

¹⁷² Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 99, 100; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 36; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 497; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 367, 368; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 199; Ayan, **Mülkiyet**, s. 164, 171; Sirmen, **a.g.e.**, s. 278; Eren, **a.g.e.**, s. 46; Esener, Güven, **a.g.e.**, s. 204; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 451.

Aynî haklar ve bu haklardan doğan talepler zamanaşımına uğramasa da bu taleplerin her zaman ileri sürülmesine getirilen iki önemli sınırlamayı hatırlatmak gerekir¹⁷³. İlk olarak zamanaşımıyla mülkiyetin kaybedildiği hallerde (TMK m. 712, 713 ve taşınırılar için m. 777) aynî hak sona ereceği için bu hakka dayanarak herhangi bir talep de ileri sürülemez¹⁷⁴. Diğer bir sınırlama ise elatmanın önlenmesi davasının kendi niteliğinden kaynaklanır. Elatmanın önlenmesi talebi ancak haksız müdahale devam ettiği sürece ileri sürülebilir; müdahalenin sona ermesinden sonra bu talep ileri sürülemez¹⁷⁵.

Ödemezlik def'inin ileri sürülüp sürülemeyeceği ise taşınmaz mülkiyeti devri borcu doğuran sözleşmelerinin şekil şartı ve bu şarta aykırılığın sonuçları ile ilgilidir. Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerliliği, resmî şekilde yapılmış olmalarına bağlıdır (TMK m. 706/f. 1). Bu şekle aykırı olarak yapılan sözleşmelerin, ağırlıklı olarak, kesin hükümsüz olduğu kabul edilmektedir¹⁷⁶. Bu hükümsüzlük sebebiyle taşınmazın mülkiyeti devredilmeyeceği için taşınmaza zilyet olan (hükümsüz sözleşmenin tarafı) alıcıya karşı elatmanın önlenmesi davası açılabilir¹⁷⁷. Bu durumda davalı Yargıtay içtihadı birleştirme kararına¹⁷⁸ göre, taşınmazı geri vermeye mecburdur. Ancak buna karşılık davacı da aldığı satış bedelini geri vermelidir. Davacı geri verme borcunu yerine getirmeden diğer tarafı edimini yerine getirmeye davet edemeyeceğinden (TBK m. 97), davalı taşınmaz üzerindeki zilyetliğini sürdürebilir. Böylelikle davalı, ödemezlik def'i ileri sürerek taşınmaz üzerindeki müdahalenin bertaraf edilmesini engelleyebilir^{179 180}.

¹⁷³ Bunlar sınırlamalar haricindeki hakkın kötüye kullanılması ise yukarıda incelenmiştir. Bkz.: İkinci Bölüm, VI, B.

¹⁷⁴ Giritlioğlu, s. **a.g.e.**, 100; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 36.

¹⁷⁵ Giritlioğlu, s. **a.g.e.**, 100.

¹⁷⁶ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 417. Karşı görüş ise şekle aykırılığın sonucunun kesin hükümsüzlük değil kendine özgü hükümsüzlük olduğunu savunur. Eren, **a.g.e.**, s. 217. Bu konudaki görüşler ve sonuçları hakkında bkz.: Eren, **a.g.e.**, s. 216 vdm.

¹⁷⁷ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 69; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 418.

¹⁷⁸ Yargıtay İBK, E. 1940/2, K. 1940/77, T. 10.07.1940. 01.02.1941 tarihli 4723 sayılı Resmî Gazete.

¹⁷⁹ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 70; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 418.

¹⁸⁰ Uygulamada davalının ileri sürdüğü bu ödemezlik def'i hapis hakkı olarak nitelendirilmektedir. Bu yönde bkz.: "...Öte yandan, tapuda kayıtlı olan bir taşınmazın TMK'nun 706., TBK'nun 237 ve 2644 sayılı Tapu Kanunun 26. maddeleri hükmü uyarınca, resmî olarak yapılmayan satışına değer verilmez. Haricen satın alma olgusu satın alan bakımından TMK'nun 994. maddesi ve 10/07/1940 tarihli 2/77 sayılı İçtihatı Birleştirme Kararı uyarınca bedelden kaynaklanan kişisel hak sağlar. Bu durumda, bedel ödenmedikçe taşınmazı haricen satın alanın taşınmazdan tahliye edilmesi

D. Karşı Dava

1. Taşkın Yapıya Katlanma Yükümlülüğünün Karşı Dava Olarak İleri Sürülmesi

a. Taşkın Yapı

Kural olarak arazi mülkiyetinin kapsamına üzerindeki yapılar da dahildir (TMK m. 718/f. 2). Bunun istisnalarından biri Medenî Kanunda taşkın yapı olarak ifade edilen başkasının arazisine taşırılan yapıdır. TMK m. 725/f. 1 hükmü açıkça, yapıyı yapan malikin yapının taşıdığı arazi üzerinde irtifak hakkına sahip olduğu takdirde taşan yapının ona ait taşınmazın bütünleyici parçası olacağını düzenlemiştir. Bu irtifak sebebiyle yapının taşıdığı arazi maliki taşınmazına yapılan bu müdahaleye katlanmakla yükümlü olur. TMK m. 725/f. 2 de yapıyı yapan malikin, yapının taşıdığı arazi üzerinde irtifak hakkı olmadığı hallerde malikin katlanma yükümlülüğü doğmasının nasıl ve hangi şartlarda doğacağını düzenlemektedir. TMK m. 725'in uygulanmadığı hallerde ise malik taşan yapıya katlanmakla yükümlü değildir. Elatmanın önlenmesi davası ile bu yapının kaldırılmasını sağlayabilir¹⁸¹.

Taşırılan arazi üzerinde yapı malikinin irtifak hakkı¹⁸² olduğu takdirde yapı onu yapanın mülkiyetinde kalmaya devam eder ve arazi maliki bu müdahaleye katlanmakla yükümlü olur¹⁸³. Aynî hak gibi tarafların taşkın yapıya katlanmaya dair kişisel borç

istenemez. Başka bir ifadeyle değinilen kişisel hakkın kural olarak satın alan yararına taşınmazı kullanma bakımından hapis hakkı sağlayacağı kuşkusuzdur..." İzmir BAM, 1. HD., E. 2019/837, K. 2020/388, T. 12.3.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021. Aynı yönde bkz.: İstanbul BAM, 2. HD., E. 2019/1499, K. 2020/188, T. 4.2.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; Konya BAM, 1. HD., E. 2020/61, K. 2020/74, T. 3.2.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; Yargıtay 8. HD., E. 2018/5257, K. 2020/6006, T. 8.10.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021. Yargıtay bu yöndeki nitelendirmesi isabetli görülmemiştir. Zira bir hapis hakkı taşınırılar üzerinde söz konusu olur. Ayrıca bahsedilen durumlarda hapis hakkından farklı olarak paraya çevirme yetkisi yoktur. Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 70; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 418, dpn. 361.

¹⁸¹ Galip Sermet Akman, **Taşkın İnşaat**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 79, 80; Rona Serozan, *"Komşunun Arsasına Taşan Yapı"*, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 42, S. 1-4, 1976, sa. 359-375, s. 362; Erkan, **a.g.e.**, s. 77; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 582; Ertaş, **a.g.e.**, s. 395; Kurşun, **a.g.e.**, s. 63.

¹⁸² Bu irtifak hakkı araziye inşaatı taşıma yetkisi veren eşyaya bağlı irtifak olması gerekir. Akman, **a.g.e.**, s. 67, 68; Banu Atlı, *"Taşkın Yapıya Katlanma Yükümlülüğünün Oluşma Koşulları"*, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 19, S. Özel Sayı (Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan), 2017, sa. 981-2013, s. 992; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 586, 587; Ertaş, **a.g.e.**, s. 394.

¹⁸³ Akman, **a.g.e.**, s. 66; Atlı, **a.g.m.**, s. 992; Eren, **a.g.e.**, s. 362.

doğuran sözleşme yapmaları da mümkündür. Bu hukukî işlem sonucunda inşaat sahibi yapacağı inşaatı komşu arsaya taşıma hakkına; arsa sahibi de taşkın yapıya katlanma yükümlülüğüne sahip olur¹⁸⁴.

Taşırlan yapı üzerinde irtifak hakkı olmadığı hallerde ise katlanma yükümlülüğünün nasıl doğacağı incelenmelidir. Bu durumda zarar gören arazi maliki, taşmayı öğrendiği¹⁸⁵ tarihten itibaren onbeş gün içinde itiraz etmez, yapıyı yapan iyiniyetli olur ve durum ve koşullar da yapının kalmasını haklı gösterirse arazi maliki müdahaleye katlanmakla yükümlü olur (TMK m. 725/f. 2).

Arazi malikinin yapıya katlanmakla yükümlü olmaması için ileri sürmesi gereken itiraz, taşan yapının haksız yapıldığının, yapının malikine veya temsilcisine bildirilmesidir¹⁸⁶. Bu itirazın yapıyı yapanın iyiniyetini kural olarak ortadan kaldıracağı da belirtilmelidir. Zira yapı maliki, yapının başkasının arazisine taşıdığını bilmiyor ve bilinmesi de gerekmiyorsa veya başkasının arazisine taşıdığını bilmekle beraber kusurlu olmayarak buna hakkı olduğunu düşünüyorsa iyiniyetlidir¹⁸⁷. Yapılan itiraz ile yapı maliki, yapının başkasının arazine taşıdığını veya başkasının arazisine taşmasının haklı olmadığını bileceğinden kural olarak iyiniyeti de son bulur¹⁸⁸.

Arazi malikin katlanma yükümlülüğünün doğması için gereken son şart ise durum ve koşulların yapının kalmasını haklı göstermesidir. Hâkim yapının yıkılması halinde yapıya ve topluma verilecek zararlarla yıktırılmaması halinde arazi malikine verilecek zararı kararlaştırarak yapının kalıp kalmayacağını takdir edebilir¹⁸⁹.

Belirtilen şartlar sonucunda arazi malikinin katlanma yükümlüğü olduğu tespit edilirse yapı maliki uygun bir bedel karşılığında arazi üzerinde taşan kısım için bir

¹⁸⁴ Akman, **a.g.e.**, s. 75.

¹⁸⁵ Sürenin taşmanın öğrenilmesinden itibaren başlaması hakkındaki eleştiriler için bkz.: Akman, **a.g.e.**, s. 108, 109. Sürenin sınırın aşıldığını görebilme, anlayabilme anından itibaren başlayacağı yönünde bkz.: Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 2**, s. 803.

¹⁸⁶ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 583.

¹⁸⁷ Akman, **a.g.e.**, s. 132; Serozan, **a.g.m.**, s. 367; Atlı, **a.g.m.**, s. 1007; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 584; Eren, **a.g.e.**, s. 363.

¹⁸⁸ İtiraza yetkili birden fazla kişinin bulunması halinde birinin yapacağı itirazın diğerlerine etkisi hakkında bkz.: Akman, **a.g.e.**, s. 121 vdm.; Atlı, **a.g.m.**, s. 1002 vdm.

¹⁸⁹ Akman, **a.g.e.**, s. 157 vdm.; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 585; Ertaş, **a.g.e.**, s. 395.

irtifak kurulmasını veya bu kısmın mülkiyetinin kendisine devredilmesini talep edebilir (TMK m. 725/f. 2).

b. Karşı Dava Açılması

Davalı cevap dilekçesinde yalnızca savunmalarını ileri sürmekle kısıtlı değildir. Savunmaları ile birlikte aynı mahkemede ve aynı dosyada hüküm altına alınmasını istediği iddialarını da ileri sürebilir. Davalının bu şekilde cevap dilekçesi veya esasa cevap süresi içinde ayrı bir dilekçe ile (HMK m. 133/f. 1) derdest bir davada davacıya karşı açmış olduğu davaya karşı dava denir¹⁹⁰.

Taşkın yapı esasında araziye yapılmış bir müdahaledir. Arazi maliki kural olarak, rızası olmadan taşırılan bu yapının kaldırılmasını elatmanın önlenmesi davası açarak talep edebilir. Ancak yapı malikinin arazi üzerinde irtifak hakkı varsa yapı onun mülkiyetinde kalmaya devam eder ve arazi malikinin katlanma yükümlülüğü oluşur. Yapı sahibi elatmanın önlenmesi davasında irtifak hakkı sahibi olduğunu def'i olarak¹⁹¹ ileri sürerek davanın reddini sağlayabilir. Bu durumda yapı malikinin karşı dava açmasında hukukî yararı olmaz. Zira hüküm altına alınmasını istediği bir talebi yoktur. İrtifak hakkını asıl davada savunma olarak ileri sürmesi ile hukukî korumadan yararlanabilir.

Malik bir irtifak hakkına sahip olmadığı hallerde ise yukarıda belirtilen şartların oluşması ile irtifak hakkı kurulmasını ya da arazinin ilgili kısmının mülkiyetini devredilmesini isteyebilir. Malikin bu hakkı yenilik doğuran haktır¹⁹². Bu hakkı kullanması ile arazi maliki irtifak hakkı kurmak veya arazinin mülkiyetini devretme borcu altına girer; yapı maliki de uygun bir bedel ödeme borcu altına girer. Tarafların

¹⁹⁰ Çiğdem Yazıcı, **Medenî Usûl Hukukunda Karşı Dava**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 28, 29; Ahmet Cahit İyilikli, “*Mütekabil (Karşılık) Dava*”, **Yargıtay Dergisi**, C. 30, S. 1-2, 2004, sa. 147-164, s. 147; Emine Aslı Küçükaydın, “*Karşı Dava*”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C. 29, S. 123, 2016, sa. 209-258, s. 209, 211; Pekcanıtez, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1228; Kuru, **Usul C. 4**, s. 3889; Kuru, **Usul El Kitabı C. II**, s. 1177; Pekcanıtez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 262; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 401; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 526; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 734; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 408; Muşul, **Usul**, s. 269; Ulukapı, **Usûl**, s. 277.

¹⁹¹ Bkz.: İkinci Bölüm, VI, C.

¹⁹² Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 587; Eren, **a.g.e.**, s. 364; Ertaş, **a.g.e.**, s. 397. Mülkiyet hakkının kısıtlamasından kaynaklanan yasal talep hakkı olduğu yönünde bkz.: Akman, **a.g.e.**, s. 181 vdm.

anlaşması ve karşılıklı borçların ifa edilmesi ile uyumsuzluk çözülür. Tarafların anlaşamaması veya borçlarını ifa etmemeleri halinde ise yapı maliki bu talebi için dava açmalıdır. Yapı maliki irtifak hakkının veya arazi mülkiyeti devrinin hüküm altına alınması istediği için elatmanın önlenmesi davasında karşı dava açabilir. Zira yalnızca savunma olarak arazi malikinin katlanma yükümlülüğü olduğu ileri sürülmemekte; aynı zamanda irtifak hakkının veya mülkiyet devrinin hüküm altına alınması talep edilmektedir. Hâkimin tayin edeceği miktar karşılığında irtifak hakkı kurulmasına ya da mülkiyet hakkının devredilmesine karar verir¹⁹³; bunlar haricinde farklı bir edime karar verilemez¹⁹⁴.

Elatmanın önlenmesi davasına karşı taşkın yapı hükümlerine bağlı olarak irtifak hakkı kurulması ya da arazi mülkiyetin devri talebinin ileri sürülmesi karşı dava açılabilmesinin şartlarını da uygundur. Şöyle ki karşı dava açılabilmesi için ilk olarak asıl davanın derdest olması gerekir (HMK m. 132/f. 1, b. a). Karşı dava olarak açılabilmesi için bir asıl davanın varlığı gerekir¹⁹⁵. Zira karşı dava asıl davaya karşı olarak aynı mahkemede, aynı dosyada açılır. Derdest elatmanın önlenmesi davası bu şartı yerine getirir.

Karşı dava açılabilmesinin ikinci şartı ise asıl dava ile karşı dava arasında bir bağlantı olmasıdır (HMK m. 132/f. 1, b. b). Kanun takas veya mahsup ilişkisinin olduğu hallerde bağlantının olduğunu varsaymıştır (HMK m. 132/f. 1, b. b). Bu hallerde bağlantının bulunup bulunmadığı ayrıca araştırılmaz¹⁹⁶. Takas veya mahsup

¹⁹³ Serozan, **a.g.m.**, s. 370; Atlı, **a.g.m.**, s. 996; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 588; Eren, **a.g.e.**, s. 364; Ertaş, **a.g.e.**, s. 397.

¹⁹⁴ Akman, **a.g.e.**, s. 155.

¹⁹⁵ Yazıcı, **a.g.e.**, s. 108; İyilikli, **a.g.m.**, s. 148; Küçükaydın, **a.g.m.**, s. 212; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1229; Kuru, **Usul C. 4**, s. 3890; Yılmaz, **Şerh C. 3**, s. 2936, 2937; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 263; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 402; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 525; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 734; Budak, Karaaslan, **a.g.e.**, s. 212; Ulukapı, **Usûl**, s. 278.

¹⁹⁶ Takas ve mahsup ilişkisinde bağlantının olduğu kabul edilse de bu ilişkinin olduğu her zaman karşı davanın açılabilmesi sonucu doğmaz. Zira bağlantı şartı yalnızca “karşı” dava açılabilmesinin şartıdır. Bunun haricinde dava ile ilgili diğer düzenlemelere de bakılmalıdır. Nitekim dava ile ilgili düzenlemeler aksine hüküm olmadıkça karşı davada da uygulanır (HMK m. 135). Bu kapsamda dava şartı olan hukukî yararın varlığına dikkat etmek gerekir. Davada savunma olarak ileri sürülebilecek takas veya mahsup ilişkisi için ayrıca dava açmakta hukukî yarar olmayacağı için karşı dava açılmaz. Yazıcı, **a.g.e.**, s. 182, 193, 194, 205 vdm.; İyilikli, **a.g.m.**, s. 153; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1230; Kuru, **Usul C. 4**, s. 3903; Kuru, **Usul El Kitabı C. II**, s. 1179, 1180; Yılmaz, **Şerh C. 3**, s. 2935; Bilge, Önen, **a.g.e.**, s. 460, 461; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 263; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 403, 404; Arslan vd.,

ilişkinin bulunmadığı hallerde ise hangi durumlarda bağlantının var olduğu HMK m. 166/f. 4 hükmünden anlaşılabılır. HMK m. 166/f. 4' e göre “*Davaların aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğması ya da biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunması durumunda, bağlantı var sayılır.*”. Elatmanın önlenmesi davası ve taşkın yapıdan doğan talepler bağlamında düşünüldüğünde her iki dava da taşınmaza yapılan müdahaleden doğmaktadır. Ayrıca taşınmaz üzerinde irtifak hakkı kurulması veya arazinin mülkiyetinin devri hükmünün elatmanın önlenmesi davasını etkileyeceği aşikârdır.

Karşı dava için yetkili olan mahkemenin asıl davaya bakan mahkemeden başka kesin yetkili mahkeme olmaması da gerekir (HMK m. 13). Bu düzenlemelerin yanı sıra dava ile ilgili düzenlemeler aksine hüküm olmadıkça karşı dava için de uygulanacağından (HMK m. 135) karşı davanın bu hükümlere de uygun olması gerekir. Bu bağlamda yargı yolunun caiz olması için (HMK m. 114/f. 1, b. b) asıl dava ile karşı davanın aynı yargı yoluna tabi olması gerektiği belirtilmiştir¹⁹⁷. Görev noktasında ise asıl dava ile karşı davanın aynı mahkemenin görev kapsamında olması gerektiğini savunulmuştur¹⁹⁸. Davanın karşı dava olarak açılabilmesi için doktrinde belirtilen diğer bir şart ise bu davaların aynı yargılama usulüne tabi olmasıdır¹⁹⁹. Zira asıl dava ve karşı davanın tahkikatı birlikte yürütülür²⁰⁰. Farklı yargılama usulüne tabi

a.g.e., s. 527; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 526; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 734; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 408.

¹⁹⁷ Yazıcı, **a.g.e.**, s. 111; Küçükaydın, **a.g.m.**, s. 214; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1230; Kuru, **Usul El Kitabı C. II**, s. 1178; Üstündağ, **Usul**, s. 513; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 263; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 525; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 737; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 410; Muşul, **Usul**, s. 271.

¹⁹⁸ Yazıcı, **a.g.e.**, s. 119, 121, 132, 134, 135, 137; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1231; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 64, 264. Karş.: Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 405; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 737. Bu görüşteki yazarlara göre asıl davanın görüldüğü mahkemenin karşı dava için görevsiz olması halinde, karşı dava için HMK m. 132/f. 2 gereği görevsizlik kararı verilmesi gerekir. Diğer bir görüş ise özel mahkemede görülen asıl davada genel mahkemenin görevine giren bir uyuşmazlık için karşı dava açılabilmesini savunur. Kuru, **Usul C. 4**, s. 3892, 3893; Kuru, **Usul El Kitabı C. II**, s. 1179; Küçükaydın, **a.g.m.**, s. 214; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 525; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 410; Budak, Karaaslan, **a.g.e.**, s. 214. Ancak genel mahkemede, özel mahkemenin görevine giren bir uyuşmazlık karşı dava olarak açılmaz. Bu durumda her iki dava hakkında da görevsizlik kararı verilerek özel mahkemeye gönderilmesi gerektiği belirtilmiştir. Kuru, **Usul C. 4**, s. 3892; Kuru, **Usul El Kitabı C. II**, s. 1179; Küçükaydın, **a.g.m.**, s. 215; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 526; Budak, Karaaslan, **a.g.e.**, s. 214.

¹⁹⁹ Yazıcı, **a.g.e.**, s. 150; İyilikli, **a.g.m.**, s. 152; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1231; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 737; Muşul, **Usul**, s. 271.

²⁰⁰ Küçükaydın, **a.g.m.**, s. 234; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1233; Kuru, **Usul C. 4**, s. 3958; Ulukapı, **Usûl**, s. 279.

olan davaların tahkikatının birlikte yürütülmesi mümkün olmaz. Aynı taşınmaz aynına ilişkin olan elatmanın önlenmesi davası ile taşkın yapıdan doğan taleplerden doğan davalar için yargı yolu, yargılama usulü, görevli ve yetkili mahkemeler de aynı olacaktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki davalı, dilekçesinde sadece savunma yapmakla kısıtlı olmadığı gibi iddialarını aynı davada ileri sürüp hüküm altına aldirmek zorunda da değildir. Davalı isterse derdest davadan ayrı olarak dava açıp iddiasını hüküm altına alınmasını talep edebilir²⁰¹. Karşı davanın kabul edilmesinin nedeni ise aralarında bağlantı bulunan davaların birlikte görülerek usûl ekonomisinin sağlanması ve çelişkili kararların önüne geçilmesidir²⁰². Nitekim karşı davaya ayrı bir numara verilmez, tahkikat işlemleri asıl dava ile birlikte yürütülür. Benzer vakılardan doğan bahsedilen davaların ortak tahkikat işlemleri olacağından beraber görülmesi usûl ekonomisine de hizmet eder.

2. Tapu Kaydının Düzeltilmesi Davasının Karşı Dava Olarak Açılması

Elatmanın önlenmesi davasında davalı, davacının gerçek malik olmadığını iddia edebilir. Elatmanın önlenmesi talebinin mülkiyet hakkından doğan bir talep olması sebebiyle bu iddianın itiraz niteliğinde olduğu yukarıda belirtildi²⁰³. Davalı, davacının malik olmadığını yanı sıra kendisinin mülkiyet hakkı sahibi olduğunu da ileri sürebilir. Bu iddiasının hüküm altına alınması için elatmanın önlenmesi davasından ayrı olarak tapu kaydının düzeltilmesi davası açıldığında bekletici mesele yapılması yukarıda açıklandı²⁰⁴. Ancak davalı bu iddiasını ayrı dava olarak ileri sürmek zorunda değildir. Nitekim açıklandığı üzere davalı, asıl dava ile bağlantısı olan iddialarını aynı mahkemede ve aynı dosyada karşı dava olarak ileri sürebilir. Bu durumda elatmanın önlenmesi davasının davalısı, davacının değil kendisinin mülkiyet hakkına sahip

²⁰¹ Yazıcı, **a.g.e.**, s. 32; İyilikli, **a.g.m.**, s. 147; Pekcanıtez, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1229; Kuru, **Usul El Kitabı C. II**, s. 1186; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 263; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 408.

²⁰² Yazıcı, **a.g.e.**, s. 32, 47, 50, 51; İyilikli, **a.g.m.**, s. 147, 148; Kuru, **Usul C. 4**, s. 3890; Kuru, **Usul El Kitabı C. II**, s. 1177; Üstündağ, **Usul**, s. 513; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 401; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 526; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 408.

²⁰³ Bkz.: İkinci Bölüm, VI, B.

²⁰⁴ Bkz.: İkinci Bölüm, IV, B, 3, b.

olduğu iddiası ile tapu kaydının düzeltilmesi talebini karşı dava olarak ileri sürebilir²⁰⁵. Zira sadece davacının mülkiyet hakkına sahip olmadığı yönünde itirazda bulunmayıp aynı zamanda kendisinin mülkiyet hakkının da hüküm altına alınmasını talep etmektedir.

Elatmanın önlenmesi davasına karşı tapu kaydının düzeltilmesi davası açılması, karşı dava açılabilmesinin şartları bakımından uygundur. Nitekim elatmanın önlenmesi davasında verilecek kararın mülkiyet hakkına bağlı olması ve tapu kaydının düzeltilmesi davasında da bu mülkiyet hakkının tespit edilecek olması, birinde verilecek kararın diğerini etkileyecek olduğunu açıkça ortaya koyar²⁰⁶. Böylelikle bu iki dava arasında bağlantı olduğu kabul edilmelidir. Aynı taşınmaz aynına ilişkin olan bu davalar için görevli ve yetkili mahkemeler de aynı olur.

²⁰⁵ Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 1**, s. 160.

²⁰⁶ “...elatmanın önlenmesi ve ecrimisil isteminin reddi gerektiğini savunmuş, karşı davada ise davacılar tarafından satın alma yoluyla edinilen payların geçersiz olduğunu, yolsuz tescil nedeniyle davacılar adına kayıtlı olan payların iptali ile adına tesciline karar verilmesini istemiştir... Hemen belirtmek gerekir ki yolsuz tescil hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescile yönelik karşı davanın sonucuna göre asıl davadaki elatmanın önlenmesi ve ecrimisil taleplerinin değerlendirilmesi mümkündür. Bu durumda öncelikli olarak yolsuz tescil iddiasına dayalı davanın sonuçlandırılması gerekmektedir... O halde karşı davada, dava değerinin açıklığa kavuşması bakımından keşif yapılması, belirlenen değer üzerinden eksik harcın yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde tamamlanması, harcın tamamlanması halinde hangi nedenle yolsuz tescil talebinde bulunulduğu hususunun açıklanması, ileri sürülen nedenler çerçevesinde gerekli araştırma ve incelemenin yapılması, yolsuz tescil hukuksal nedenine dayalı iptal tescil davasının sonucuna göre asıl davadaki elatmanın önlenmesi ve ecrimisil talebinin karşılanması, elatmanın önlenmesi ve ecrimisil isteği bakımından yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde araştırma ve inceleme yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi, elatmanın önlenmesi ve ecrimisil davalarında dava değerinin çekismeye konu edilen bölümlerin ve kabul kapsamına alınan ecrimisil değeri toplamı olacağı gözetilerek davanın harçlandırılması hususunun da hüküm yerinde gözetilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır...” Ankara BAM, 16. HD., E. 2018/395, K. 2020/575, T. 11.6.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; “...Hal böyle olunca; öncelikle davaya katılmayan R.Ö.olurunun alınması yada miras şirketine M.K.nun 640. mad. uyarınca atanacak temsilci aracılığı ile davanın sürdürülmesi; bilahare, iptal ve tescil davaları sonucunda mülkiyet değişikliği söz konusu olursa, elatmanın önlenmesi ve yıkım ile temliken tescil davalarını etkileyeceğinden öncelikle yukarıda değinilen ilkeler çerçevesinde hükme yeterli soruşturma, araştırma ve inceleme yapılarak iptal ve tescil davasındaki iddianın açıklığa kavuşturulması ve ondan sonra elatmanın önlenmesi, yıkım ve temliken tescil istekleri hakkında bir karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu üzere hüküm kurulmuş olması isabetsizdir...” Yargıtay 1. HD., E. 2010/10374, K. 2010/10454, T. 14.10.2010, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

VII. İspat ve Deliller

A. İspat

İspat, bir iddianın doğru ve gerçek olup olmadığı konusunda hâkimi inandırma faaliyetidir²⁰⁷. İspat faaliyeti ile hukukî uyumsuzluğun çözümü için uygulanacak normun koşul vakıalarına karşılık gelen somut vakıaların iddia edildiği gibi doğru ve gerçek olduğu hakkında hâkimde kanaat oluşturulmaya çalışılır²⁰⁸. Davanın esastan reddi ve kabulü ispat faaliyetine doğrudan bağlantılıdır²⁰⁹. Zira bu faaliyetin başarılı bir şekilde gerçekleştirilmesi ile doğruluğu ve gerçekliği ortaya koyulmuş vakıalara uygun karar verilmesi gerekir.

İspat faaliyeti gerçekleştirilebildiğinde gerçekliği ve doğruluğu hakkında kanaat oluşan vakıalara göre karar verilir. Ancak ispat faaliyetinin gerçekleştirilemediğinde de dava bir karar verilerek sonuçlandırılmalıdır. Bu durumda esasında iddia edilen vakıaların gerçekliği ve doğruluğu tespit edilemediği halde taraflardan birinin aleyhine karar verilir. Taraflar yargılamanın başından itibaren, ispat faaliyetinin gerçekleştirilemediği hallerde kimin aleyhine karar verileceğini bilmelidirler. Bu sebeple ispat edilmesi gereken vakıaların iddia edilip mahkeme önüne getirilmesinden bunların ispatlanması kadar taraflara yüklenmiş yükler vardır. Vakıaların ispatı

²⁰⁷ Barış Toraman, “*Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler*”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, S. Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), 2014, sa. 1483-1523, s. 1487; Levent Börü, **Medenî Usûl Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 25 (Kısaca İddia ve Somutlaştırma); Oğuz Atalay, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 3 Cilt, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, C. 2, s. 1585; Kuru, **Usul C. 2**, s. 1966; Üstündağ, **Usul**, s. 613; Yılmaz, **Şerh C. 3**, s. 3495; Postacioğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 543; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 331; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 386; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 351; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 819; Karşı, **a.g.e.**, s. 503; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 451; Muşul, **Usul**, s. 319.

²⁰⁸ Bilge Umar, Ejder Yılmaz, **İsbat Yükü**, 2. Bası, İstanbul, Kazancı Matbaacılık, 1980, s. 2; Bilge Umar, “*İsbat Yükü Kavramı ve Bununla İlgili Diğer Bazı Kavramlar*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 28, S. 3-4, 1962, sa. 790-798, s. 791 (Kısaca İspat Yükü Kavramı); Hüseyin Tıgılı, “*HMK Hükümleri Çerçevesinde İspat Yükü*”, **Adalet Dergisi**, Cilt Bilgisi Yok, S. 43, 2012, sa. 240-266, s. 241; Börü, **İddia ve Somutlaştırma**, s. 25; Gökçen Topuz, **Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 31; Oğuz Atalay, “*Delil Kavramı Üzerine*”, **Halûk Konuralp Anısına Armağan**, 3 Cilt, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, C. 1, sa. 129-138, s. 129; Oğuz Atalay, **Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001, s. 5 (Kısaca Menfi Vakıaların İspatı); Atalay, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1585; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 612; Budak, Karaaslan, **a.g.e.**, s. 251; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 331; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 465; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 451; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 293.

²⁰⁹ Tıgılı, **a.g.m.**, s. 241; Atalay, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1587; Kuru, **Usul C. 2**, s. 1966.

gerçekleştirilemediğinde de hangi tarafın kendi üstündeki yükü yerine getiremediğine bakılarak karar verilecektir. Bu sebeple aşağıda taraflara getirilmiş ispat ile ilgili yükler ele alınmıştır. Ayrıca tarafın iddia ettiği vakıayı ispat ederken hâkimde ne ölçüde kanaat uyandıracağı, nasıl ve hangi araçlarla bunu yapacağı da açıklanması gerektiğinden ispat ölçüsüne, karinelere ve delillere ilişkin açıklamalar da yapılmıştır.

1. Elatmanın Önlenmesi Davasında İddia ve Somutlaştırma Yükü

Hâkimin bir uyuşmazlığı karara bağlayabilmesi için bu uyuşmazlığın dava olarak önüne gelmesi gerekir. Ancak murat edilen hukukî korumaya ulaşabilmek için davanın açılması başlı başına yeterli değildir. Hâkimin, soyut hukuk kurallarını tatbik edeceği somut uyuşmazlık vakıalarının da mahkemeye bildirilmesi gerekir²¹⁰. Somut uyuşmazlığı çözmek adına hâkim bu vakıaları, taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda, kendisi de araştırıp dava malzemesi haline getiremez (HMK m. 25). Bu vakıaları taraflar getirmelidir. İşte tarafların kural olarak kendilerine ait olan, talebi haklı kılacak vakıaları mahkemeye bildirme yüküne “*iddia yükü*” denir²¹¹. Taraf kendi lehine hüküm alabilmek için talebini haklı kılacak vakıaları mahkemeye bildirmelidir²¹².

İddia yükü, “*sübjektif iddia yükü*” ve “*objektif iddia yükü*” olarak ikiye ayrılır. Taraflar kendi taleplerine uygun vakıaları mahkemeye bildirme yükünü taşırlar²¹³ ve

²¹⁰ Taner Emre Yardımcı, **Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 4 (Kısaca Somutlaştırma Yükü); Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 17; Atalay, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1675; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 348.

²¹¹ Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 18; Özkes, **Dava Dilekçesinde Eksiklik**, s. 286; Atalay, **Menfi Vakıaların İspatı**, s. 24; Atalay, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1675; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 348; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 477; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 878, 879; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 469; Fatih Tahiroğlu, **Medenî Usûl Hukukunda Re’sen Araştırma İlkesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 95.

²¹² Börü, **İddia ve Somutlaştırma**, s. 130; Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 58; Umar, **İspat Yükü Kavramı**, s. 796; Atalay, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1675; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 348. İddianın dayanağını oluşturan bütün vakıaların değil, yalnızca bu vakıaların temelini oluşturan vakıaların ileri sürülmesi gerektiği yönünde bkz.: Küçük, **a.g.e.**, s. 49.

²¹³ Börü, **İddia ve Somutlaştırma**, s. 86; Topuz, **a.g.e.**, s. 142; Atalay, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1678.

bu yük sübjektif iddia yükünü ifade eder²¹⁴. Objektif iddia yükü ise, iddia yükünün yerine getirilmediği hallerde bunun olumsuz sonuçlarının hangi taraf üzerinde doğacağını ifade eder²¹⁵. Sübjektif iddia yükünü yerine getirmeyen, diğer bir deyişle iddia ettiği vakıaları mahkemeye bildirmeyen taraf bunun olumsuz sonuçlarına katlanır. İddia edilen vakıanın mahkemeye bildirilmemesinin olumsuz sonucu ise bu vakıaların ve haliyle de koşul vakıası bildirilmeyen hukuk normunun yargılamada dikkate alınmamasıdır. Zira hâkim tarafların bildirmediği vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz, araştıramaz (HMK m. 25) ve buna binaen mahkeme önüne gelmeyen vakıalara dayanan hukuk normu uygulanamaz²¹⁶.

Elatmanın önlenmesi davasında da taraflar kendilerine hukukî koruma sağlayacak normun koşul vakıalarına karşılık gelen somut vakıalarını mahkemeye bildirmelidir. Nitekim objektif iddia yükü, ispat yükü dağılımına uygun olarak, iddiasından kendi lehine hak çıkaran üzerindedir²¹⁷. Bu kapsamda davacı mülkiyet hakkı sahibi olduğunu²¹⁸ ve haksız müdahaleyi bildirmelidir. Davalı da davacının hakkını kullanmasını engelleyen, durduran veya kaldıran vakıaları bildirme yükü altındadır.

Tarafların soyut bir şekilde vakıa iddia etmeleri yeterli değildir. Bu iddiaların ispata elverişli hale gelecek şekilde yer, zaman ve içerik bakımından somutlaştırılması gerekir (HMK m. 194/f. 1, 119/f. 1, b. e, 129/f. 1, b. d). Tarafların bu yükümlülüğü “*somutlaştırma yükü*” olarak anılır. Bu somutlaştırma ile vakıa anlaşılabilir,

²¹⁴ Börü, **İddia ve Somutlaştırma**, s. 121; Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 19; Atalay, **Menfi Vakıaların İspatı**, s. 26 vdm.; Atalay, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1677; Tahiroğlu, **a.g.e.**, s. 96.

²¹⁵ Börü, **İddia ve Somutlaştırma**, s. 119; Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 19; Atalay, **Menfi Vakıaların İspatı**, s. 24; Atalay, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1676; Tahiroğlu, **a.g.e.**, s. 95.

²¹⁶ Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 20; Yılmaz, **Şerh C. 3**, s. 3632, 3633. İddia yükünün yerine getirilmemesinin sonuçları hakkındaki görüşler için bkz.: Küçük, **a.g.e.**, s. 50 vdm. Re’sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda da objektif iddia yüküne dair sonuçların doğabileceği yönünde bkz.: Tahiroğlu, **a.g.e.**, s. 95, 96; Börü, **İddia ve Somutlaştırma**, s. 33, 34, 91; Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 19; Atalay, **Menfi Vakıaların İspatı**, s. 25; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 860; Budak, Karaaslan, **a.g.e.**, s. 258, 260. Aksi yönde: Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 18.

²¹⁷ Börü, **İddia ve Somutlaştırma**, s. 143 vdm.

²¹⁸ Koşul vakıalar içerisinde yer alan hukukî ilişkilerin de iddia yükü kapsamında ileri sürülebilmesi gerektiği hakkında bkz.: Börü, **İddia ve Somutlaştırma**, s. 128.

tartışılabilir ve ispat edilebilir hale gelir²¹⁹. Nitekim ancak somutlaştırmadan sonra karşı taraf hangi vakıa için uyuşmazlık olduğunu anlayıp buna karşı cevap verebilir, etkin bir savunmada bulunabilir; hâkim uygulanacak hukuk normunu tespit edebilir, vakıaların uyuşmazlığın çözümü için önemli olup olmadığına ve ispatın gerekip gerekmediğine karar verebilir²²⁰. Somutlaştırma yükü yerine getirilmediğinde vakıalar ispata elverişli hale gelmeyeceğinden ispat faaliyeti de yerine getirilemeyecektir. Bu durum ise tarafın talebi hakkında kendi aleyhinde karar verilmesine ve hatta davanın esastan reddine sebep olabilir²²¹.

Elatmanın önlenmesi davasında da taraflar, iddialarını dayandıkları vakıalarını taleplerini belirlemeye yetecek şekilde, vakıayı benzer vakılardan ayırarak ispata elverişli hale gelecek biçimde somutlaştırmalıdır. Bu kapsamda davacı müdahale bulunan taşınmazın hangi taşınmaz olduğunu, müdahalenin nasıl ve ne şekilde yapıldığını, kim tarafından yapıldığını ve vakıalarla ilişkilendirerek²²² hangi delillerle ispat faaliyetini gerçekleştireceğini ortaya koymalıdır. Davalı da sadece inkâr ile yetinmeyip davacının iddia ettiği haklarını kullanmayı engelleyen yeni vakıa iddia ediyorsa bunu somutlaştırmalıdır²²³. Örnek olarak taşınmazdan yararlanmaya yönelik bir aynî hakkının olduğunu iddia eden davalı bunun hangi hak olduğunu, ilgili taşınmazdan yararlanma imkânı verdiğini ortaya koymalıdır.

²¹⁹ Börü, **İddia ve Somutlaştırma**, s. 184; Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 4, 5; Toraman, **a.g.m.**, s. 1501; Topuz, **a.g.e.**, s. 142; Özekes, **Dava Dilekçesinde Eksiklik**, s. 290; Atalay, **Menfi Vakıaların İspatı**, s. 32; Atalay, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1681; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 350; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 478; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 880, 881; Ulukapı, **Usûl**, s. 352; Tahiroğlu, **a.g.e.**, s. 97.

²²⁰ Börü, **İddia ve Somutlaştırma**, s. 85, 194 vdm.; Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 8 vdm., 56; Özekes, **Dava Dilekçesinde Eksiklik**, s. 275, 276; Nur Bolayır, “*Medenî Usûl Hukukunda İspat Hakkı ve İspat Hakkının Sınırları*”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, 2 Cilt, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2014, C. 1, sa. 555-587, s. 569; Atalay, **Menfi Vakıaların İspatı**, s. 32; Atalay, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1682; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 350.

²²¹ Börü, **İddia ve Somutlaştırma**, s. 249, 250; Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 242, 243; Özekes, **Dava Dilekçesinde Eksiklik**, s. 296; Atalay, **Menfi Vakıaların İspatı**, s. 36; Küçük, **a.g.e.**, s. 58; Atalay, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1691; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 350; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 882.

²²² Delillerin vakıalarla ilişkilendirilmesi hakkında bkz.: Börü, **İddia ve Somutlaştırma**, s. 207 vdm.; Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 122 vdm.

²²³ Börü, **İddia ve Somutlaştırma**, s. 256; Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 6, 58.

2. Elatmanın Önlenmesi Davasında İspat Yükü

a. İspat Yükü Kavramı

İspat konusu yargılamanın sonucu üzerinde doğrudan etkilidir. Zira davanın esası hakkında iddia edilen vakıanın doğru ve gerçek olup olmamasına göre karar verilir. Ancak her zaman bu konuda bir kanaate varılması mümkün olmayabilir. Hâkim vakıaların ispat edilemediğinden bahisle karar vermekten kaçınmaz²²⁴. Bu durumda verilen kararın kimin aleyhine olacağının belirlenmesi gerekir. Bu belirleme “*ispat yükü*” kuralına göre yapılır.

İspat yükü, bir vakıanın ispat edilememesi durumunda hangi taraf aleyhine karar verileceğini belirleyerek, maddî hukuktaki belirsizliğe rağmen hâkimin bir taraf aleyhine bir taraf lehine karar vermesini mümkün kılar²²⁵. Böyle bir durumda ispat yükünü taşıyan taraf aleyhine karar verilecektir. Böylelikle maddî hukuktaki belirsizliğin usûl hukuku ilişkisinin de belirsiz kalmasına yol açması engellenir. İspat yükünün bu işlevi göz önüne alındığında öneminin, vakıaların ispat edilemediği hallerde olduğu görülür. Zira vakıalar ispat edilmişse zaten bu ispat durumuna göre karar verilir²²⁶.

İspat yükü, “*objektif ispat yükü*” ve “*sübjektif ispat yükü*” olarak ayrılır. Objektif ispat yükü, iddia edilen vakıaların ispat edilemediği takdirde aleyhine karar verilme

²²⁴ Topuz, **a.g.e.**, s. 37; Atalay, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1694; Kuru, **Usul C. 2**, s. 1973; Postacioğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 556; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 351; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 390; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 355; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 860; Karşı, **a.g.e.**, s. 513; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 309; Tahiroğlu, **a.g.e.**, s. 99.

²²⁵ Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 35; Topuz, **a.g.e.**, s. 37; Atalay, **Menfi Vakıaların İspatı**, s. 9; Atalay, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1693; Yılmaz, **Şerh C. 3**, s. 3562; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 351; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 479, 480.

²²⁶ Umar, **İspat Yükü Kavramı**, s. 793; Murat Yavaş, “*Medeni Yargılamanın Amacı Bağlamında İspat Yükü Kavramı*”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 21, S. 2, 2015, sa. 741-762, s. 752, 754; Tıgılı, **a.g.m.**, s. 253; Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 35; Fatma Tülay Karakaş, “*Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 62, S. 3, 2013, sa. 729-759, s. 742; Atalay, **Menfi Vakıaların İspatı**, s. 10, 11; Atalay, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1696; Kuru, **Usul C. 2**, s. 1973; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 616; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 352; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 479, 480; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 390; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 354, 355. Hâkimin önüne gelen uyuşmazlıkta öncelikle ispat yükünü belirlemesi sonrasında tarafların ispat faaliyetini yerine getirmesi yönünde bkz.: Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 6, 7.

tehlikesini hangi tarafın taşıdığını ifade eder²²⁷. Sübjektif ispat yükü ise bu tehlike ile karşılaşmamak için hangi tarafın delil ikâme etme yükünü taşıdığını ifade eder²²⁸.

Yukarıdaki açıklamalar neticesinde ispat yükünün hangi taraf üzerinde olduğunun tespit edilmesi gerekir. Bu tespit, HMK m. 190/f. 1'e göre yapılır. Hükme göre, "*İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir*". Görüldüğü üzere hükme göre vakıanın kim tarafından iddia edildiği değil; iddia edilen vakıadan kimin lehine sonuç çıkarıldığı önemlidir²²⁹. Buna binaen ispat yükü iddia edilen vakıadan kendi lehine sonuç çıkaran tarafa ait olur. İleri sürülen her bir vakıadan kimin lehine sonuç çıktığı gözetilerek ispat yükü ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Davanın başında bir tarafın vakıaların ispat yükünü taşıdığına dair ön kabulde bulunulamaz²³⁰.

Sübjektif ispat yükü de kural olarak iddia edilen vakıadan kendi lehine sonuç çıkaran tarafa aittir²³¹. Ancak yargılamada meydana gelen durumlara göre hâkim taraflardan birini delil getirmekle yükümlü kılabilir. Böylelikle somut delil ikâme

²²⁷ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 3; Börü, **İddia ve Somutlaştırma**, s. 33; Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 35; Topuz, **a.g.e.**, s. 36; Atalay, **Menfi Vakıaların İspatı**, s. 9; Atalay, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1695; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 351; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 859; Karlı, **a.g.e.**, s. 513; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 309; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 62.

²²⁸ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 34; Börü, **İddia ve Somutlaştırma**, s. 40; Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 35; Topuz, **a.g.e.**, s. 38; Atalay, **Menfi Vakıaların İspatı**, s. 16, 17; Atalay, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1695; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 351, 355; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 875; Karlı, **a.g.e.**, s. 513; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 468.

²²⁹ Atalay, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1696; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 352; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 462.

²³⁰ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 49, 50; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 355, 356; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 861.

²³¹ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 34; Börü, **İddia ve Somutlaştırma**, s. 40, 41; Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 39; Topuz, **a.g.e.**, s. 38; Atalay, **Menfi Vakıaların İspatı**, s. 18, 19; Atalay, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1712; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 355; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 483.

yükümlülüğünün, yargılama sırasında meydana gelebilecek bazı durumlarda²³² ispat yükünü taşımayan tarafa ait olduğuna karar verilebilir²³³.

b. Davacının İspat Yükü

Elatmanın önlenmesi davasında davacı mülkiyet veya sınırlı aynî hakkını, müdahaleyi ve aynî hakkının ihlali ile yapılan müdahalenin arasındaki illiyet bağıını ispat etmelidir²³⁴. Nitekim davacı bu vakıalara dayanarak müdahalenin bertaraf edilmesini talep ederek kendi lehine sonuç çıkarır. Belirtmek gerekir ki müdahalenin bertaraf edilmesi için davalının kusurlu olması gerekmediğinden kusurun ispatlanması gerekmez²³⁵.

Davacı, mülkiyet hakkının ispatında tapu sicilindeki tescilden yararlanabilir²³⁶. Zira tapu sicilindeki kayıt mülkiyet hakkının varlığına karine oluşturur (TMK m. 992/f. 1). Karinenin ispat hukukunda etkisi, karineye dayanan tarafın karine temelini ispatlayarak lehine hak çıkardığı vakıaların ispat yükünü ayrıca yerine getirmekten

²³² Bu durumlara örnek olarak ispat güçlüğü ve ispat imkânsızlığı bulunan durumlar, delillerin karşı tarafın hâkimiyetinde olduğu haller gösterilebilir. İspat yükünü taşımayan ancak delil ikâme yükünü taşıyan tarafın bunu yerine getirmediği hallerde asıl ispatın yerine getirildiğine dayanılarak karar verileceği savunulmuştur. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Atalay, **Menfi Vakıaların İspatı**, s. 20, 21; Atalay, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1707 vdm. Senet delili açısından, hâkimin senedi elinde bulundurmanı dinleyeceği ve sonrasında âdilâne gördüğü tarzda durumu takdir edeceği yönünde bkz.: Mustafa Reşit Belgesay, **Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller**, İstanbul, Güven Basımevi, 1940, s. 75 (Kısaca Deliller).

²³³ Börü, **İddia ve Somutlaştırma**, s. 41, 42; Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 40; Pınar Çiftçi, **Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 384; Atalay, **Menfi Vakıaların İspatı**, s. 20; Atalay, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1712; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 356.

²³⁴ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 63; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 324; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 502, 503; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 370; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 76; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 198; Ergüne, **a.g.e.**, s. 40; Ayan, **Mülkiyet**, s. 170; Sirmen, **a.g.e.**, s. 279; Eren, **a.g.e.**, s. 49; Akipek, **Mülkiyet**, s. 87; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 452; Ertaş, **a.g.e.**, s. 219; Uzun Kazmacı, Şenol, **a.g.e.**, s. 520; Koçak Diker, **a.g.e.**, s. 103; Kurşun, **a.g.e.**, s. 219, 220; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 99; Akil, **Kesin Yetki**, s. 126. Paydaşın diğer bir paydaş aleyhine açtığı elatmanın önlenmesi davasında lehine hüküm alabilmesi için ayrıca ilgili paydaşın payını kullanmasını engellediğini (intifadan menettiğini) ispatlaması gerekir. Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 2**, s. 317, 318.

²³⁵ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 64; Uzun Kazmacı, Şenol, **a.g.e.**, s. 520.

²³⁶ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 63, 64; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 503; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 370; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 198; Ergüne, **a.g.e.**, s. 40; Ayan, **Mülkiyet**, s. 170; Sirmen, **a.g.e.**, s. 279; Eren, **a.g.e.**, s. 49; Akipek, **Mülkiyet**, s. 87; Akipek, Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 452; Kurşun, **a.g.e.**, s. 220.

kurtulmasıdır²³⁷. Bu sebeple kısaca karineleri açıklamak ve ispat hukukundaki işlevine değinmekte fayda vardır.

Karine bilinen bir olaydan bilinmeyen bir olayın varlığı ya da yokluğu hakkında sonuç çıkarılmasını sağlayan kuraldır²³⁸. Karineyi oluşturan temel vakıaların ispatı ile karine sonucunun gerçek olduğu kabul edilir. Elatmanın önlenmesi davasında da belirli olan tapu sicilindeki tescilin ispat edilmesi ile belirsiz olan mülkiyet hakkının ispatlandığı kabul edilir. Davacı mülkiyet hakkını ispat yükünü böylelikle yerine getirir.

Karineler “*fiilî karine*” ve “*kanunî karine*” olarak ayrılır. Fiilî karineler, bilinen bir olgudan hayat tecrübelerine dayanan bir değerlendirme ile belirsiz olan vakıa hakkında sonuç çıkarmaya yarayan değer yargılarıdır²³⁹. Kanunî karine ise kanunda belirli bir olaydan belirli olmayan başka bir olay için sonuç çıkarılmasını sağlayan kurallardır²⁴⁰. Kanuni bir karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakıaya ilişkin ispat yükü altındadır (HMK m. 190/f. 2). Karinenin temelini ispatlaması ile belirsiz olan vakıa da ispatlanmış kabul edilir ve kanunî karineye dayanan taraf ispat yükünü yerine getirir. Diğer bir deyişle hâkim, kanunî karinenin sonucunun gerçekleşip gerçekleşmediği hakkında değerlendirme yapamaz; kanunda belirtilen karine sonucu ile bağlıdır²⁴¹. Elatmanın önlenmesi davasında da davacının

²³⁷ Atalay, **Menfi Vakıaların İspatı**, s. 47; Atalay, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1706; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 344.

²³⁸ Bilge Umar, “*Hususî Hukukta Karineler*”, **Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan**, Ankara, Ajans-Türk Matbaası, 1964, sa. 181-195, s. 181 (Kısaca Karine); Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 165; Yavaş, **a.g.m.**, s. 756; Tıgılı, **a.g.m.**, s. 256; Börü, **İddia ve Somutlaştırma**, s. 51; Atalay, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1655; Kuru, **Usul C. 2**, s. 2006; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 625; Üstündağ, **Usul**, s. 624; Bilge, Önen, **a.g.e.**, s. 505; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 344; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 475; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 393; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 865; Karşı, **a.g.e.**, s. 521; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 462; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 314.

²³⁹ Karakaş, **a.g.m.**, s. 744; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 165, 166; Tıgılı, **a.g.m.**, s. 257; Topuz, **a.g.e.**, s. 56; Börü, **İddia ve Somutlaştırma**, s. 54; Atalay, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1655; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 630; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 345; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 476; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 328; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 358; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 871; Karşı, **a.g.e.**, s. 522.

²⁴⁰ Karakaş, **a.g.m.**, s. 736; Tıgılı, **a.g.m.**, s. 258; Topuz, **a.g.e.**, s. 56, 59; Börü, **İddia ve Somutlaştırma**, s. 52; Atalay, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1657; Kuru, **Usul C. 2**, s. 2012; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 625; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 345; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 476, 477; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 393; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 358; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 866; Karşı, **a.g.e.**, s. 521; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 463.

²⁴¹ Umar, **Karine**, s. 190; Topuz, **a.g.e.**, s. 109, 110, 111; Karakaş, **a.g.m.**, s. 736.

mülkiyet hakkının ispatı için dayandığı TMK m. 992/f. 1 hükmü, kanunî karine oluşturur. Tescilin ispatı ile davacının mülkiyet hakkına sahip olduğu kabul edilir. TMK m. 992/f. 1 hükmünün aksi ispat edilebileceğinden kesin olmayan kanunî karine oluşturur²⁴². Ayrıca bahsedilen karine bir hakkın veya hukukî ilişkinin var olup olmadığı hakkında sonuç çıkarmayı yönelik olduğundan hak karinesidir²⁴³.

Davacı tapu sicilindeki kayda dayansa da mülkiyet hakkının varlığını ispat etmek durumunda kalabilir. Bu durum aynı taşınmaz için sicilde birden fazla sayfa açıldığı hallerde gündeme gelir. Kural olarak bir taşınmaz için bir sayfa açılması gerekir. Ancak bazı hallerde taşınmaz için hatalı olarak ikinci bir sayfa açılmış olabilir. Bu hallerde tapu sicili kendisi ile çelişen bilgiler içererek hak karinesi olma vasfını kaybeder²⁴⁴. Böylelikle davacı, sicilin oluşturduğu hak karinesinden yararlanamaz. Tapu hak karinesi olma vasfını kaybettiği için TMK m. 1023 dayanılarak hak kazanıldığı da savunulamaz²⁴⁵. Zira tapuda yer alan ikinci sayfanın bilinmediği iddiası dinlenmeyeceği için (TMK m. 1020/f. 3) sicildeki kayda iyiniyetle güven korunmaz. Bu durumda mülkiyet hakkı yalnızca gerçek hak sahibinden geçerli bir şekilde kazanılabilir²⁴⁶ ²⁴⁷. Böylelikle de elatmanın önlenmesi davasının davacısı mülkiyet hakkını gerçek hak sahibinden geçerli şekilde kazandığını ispat etmekle yükümlü olur²⁴⁸.

Davacının ispat etmesi gereken diğer bir vakıa taşınmaza yapılan müdahaledir²⁴⁹. Davacı bertaraf edilmesini istediği müdahaleyi ispatla yükümlüdür.

²⁴² Karakaş, **a.g.m.**, s. 739; Tıgılı, **a.g.m.**, s. 260; Atalay, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1658; Kuru, **Usul C. 2**, s. 2014; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 626; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 345, 346; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 394; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 359.

²⁴³ Karakaş, **a.g.m.**, s. 737; Atalay, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1658; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 346.

²⁴⁴ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 66.

²⁴⁵ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 66; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 281; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 149.

²⁴⁶ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 67; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 282; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 149.

²⁴⁷ Taşınmazlar zilyetlik hak karinesi oluşturmayacağı için çift tapu hallerinde zilyetlik hükümlerine göre mülkiyet kazanılamayacağı savunulmuştur. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 282.

²⁴⁸ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 65.

²⁴⁹ “...Somut olaya gelince, davacı dava konusu taşınmaza davalılar tarafından müdahale edildiğini iddia etmiştir. İddianın ispat külfeti davacıdadır...” Yargıtay 8. HD., E. 2018/5713, K. 2020/5165, T. 21.9.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 20.04.2021; “...Elatma bir haksız eylem olup varlığı her türlü delil ile ispatlanabilir. Dava konusu taşınmaza haksız elatıldığını ispat yükü davacıdadır...” Yargıtay 8. HD., E. 2018/4532, K. 2020/127, T. 14.1.2020, Lexpera Hukuk

Bu müdahale mevcut olabileceği gibi ileride gerçekleştirilecek muhtemel müdahalede olabilir²⁵⁰. Mevcut müdahalenin ispatı için hâkimde vakıanın gerçekliğine dair tam kanaat oluşturulması gerekir. Ancak, kanaatimizce, muhtemel müdahale için bu mümkün değildir. Zira vakıa gelecekte gerçekleşecek olması sebebiyle belirsizlik taşır; tam olarak ispatı mümkün değildir. Bu sebeple gelecekte gerçekleşecek vakıalar, hâkimin müdahalenin gerçekleşeceği muhtemel göreceği yaklaşık ispatla ispatlanır. Yaklaşık ispatın sağlanabilmesi için hâkimin müdahalenin gerçekleşeceğine yönelik kanaati gerçekleşmeme ihtimaline göre daha ağır basmalıdır²⁵¹.

c. Davalının İspat Yükü

Davalı ileri süreceği savunmalarla davanın reddini talep edebilir. Davalının yaptığı savunmanın ispat yükünü taşıyıp taşımadığı her savunma için incelenmelidir. Zira davalı da iddia edilen bir vakıadan lehine sonuç çıkararak savunmasını gerçekleştiriyorsa bu vakıayı ispat yükü altındadır. Ancak sadece davacının iddialarını inkâr ile yetiniyorsa bu durumda ispat yükü davalının üzerinde değildir²⁵². Zira bu durumda vakılardan kendi lehine sonuç çıkarmaz. Davalının ileri sürebileceği savunmalar yukarıda açıklandı²⁵³. Aşağıda sadece ispat yükü bakımından değerlendirme yapılmıştır.

Davalı ileri sürdüğü, davacının mülkiyet hakkına sahip olmadığı veya mevcut ya da muhtemel haksız müdahale olmadığı yönündeki savunmalar için ispat yükü taşımaz²⁵⁴. Zira bu savunmalar esasında davacının iddialarını inkârdan ibarettir; davalı bu savunmalardan kendi lehine bir sonuç çıkarmaz. Aksine bu iddiaların ispat yükü davacı üzerindedir. Nitekim mülkiyet hakkı ve buna yapılan haksız müdahalenin var olduğunu iddia ederek lehine hak çıkaran taraf davacıdır. Ancak davalının da ispat

Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 20.04.2021. Benzer kararlar için bkz.: Yargıtay 8. HD., E. 2018/10000, K. 2019/11565, T. 19.12.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 20.04.2021; Yargıtay 8. HD., E. 2019/5308, K. 2019/9121, T. 16.10.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 20.04.2021.

²⁵⁰ Bkz.: Birinci Bölüm, I, B, 4, c, (2), i.

²⁵¹ Atalay, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1720; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 360; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 485; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 503, dñn. 41a.

²⁵² Umar, **a.g.e.**, s. 577.

²⁵³ Bkz.: İkinci Bölüm, VI.

²⁵⁴ Aynî hakka elatmadığını davalının ispatla yükümlü olduğu yönünde bkz.: Kurşun, **a.g.e.**, s. 219. Yazar daha sonrasında davacının ispat yükünü yerine getirmişse davalının aynî hakka elatmadığını ispatla yükümlü olacağını belirtmiştir. Kurşun, **a.g.e.**, s. 222.

yükünü kendi üzerine almadan hâkimde oluşan kanaati çürütmek için karşı ispat faaliyetinde bulunmasında bir engel yoktur (HMK m. 191).

Davalının ileri sürdüğü olağan veya olağanüstü zamanaşımıyla mülkiyet hakkının kazandığı²⁵⁵; hakkın kötüye kullanıldığı; aynî veya şahsî hakka sahip olduğu²⁵⁶; TMK m. 751, 752 ve 753 gereği katlanılma yükümlülüğünün bulunduğu²⁵⁷ iddialarının ispat yükünü taşıdığı kabul edilmiştir. Zira bu hallerde davalı, ileri sürdüğü vakıalar ile davacının hakkını kullanmasını engelleyerek müdahalenin devam etmesini sağlar. Böylelikle ileri sürdüğü vakılardan kendi lehine sonuç çıkaran davalı ispat yükünü taşır. Yüksek mahkeme kararları da davalının ileri sürdüğü, müdahaleyi haklı kılacak aynî veya şahsî hakkın dayanağı olan vakıaları ispatlaması gerektiği yönündedir²⁵⁸. Kanaatimizce de bu yöndeki mahkeme kararları isabetlidir. Zira davacı aynî hakkını ispatlayarak, özellikle de mülkiyet hakkının varlığı halinde, eşyayı müdahale olmadan kullanabilme yetkisini ortaya koyar. Davalı, davacının müdahaleye katlanmasını gerektiren bir hak iddia ederek kendi lehine sonuç çıkarır. Haliyle müdahaleyi haklı kılacak vakılara ilişkin ispat yükü davalı üzerinde olmalıdır.

Taşınmazın haricen satıldığı hallerde davalının ileri sürdüğü ödemezlik def'i ise ayrıca değerlendirilmelidir. Davalı kendisine karşı açılan elatmanın önlenmesi davasında taşınmazın haricen satın aldığı iddiasını ileri sürebilir. Bu vakıadan kendi lehine sonuç çıkarması sebebiyle davalı haricen satış vakiasının ispat yükünü taşır²⁵⁹.

²⁵⁵ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 124; Uzun Kazmacı, Şenol, **a.g.e.**, s. 527.

²⁵⁶ Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 503; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 370; Hatemi, Serozan, Arpacı, **a.g.e.**, s. 77; Ayan, **Mülkiyet**, s. 170; Sirmen, **a.g.e.**, s. 279; Uzun Kazmacı, Şenol, **a.g.e.**, s. 526.

²⁵⁷ Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 504; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s. 370; Kurşun, **a.g.e.**, s. 223.

²⁵⁸ "...6100 sayılı HMK'nın "İspat yükü" başlığını taşıyan 190-(1) maddesindeki; ispat hakkı, kanunda özel olarak düzenlenme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa ait olduğuna dair yasal düzenleme uyarınca taraflar arasında kira ilişkisi bulunup bulunmadığını ispat külfeti davalı tarafa aittir..." Bursa BAM, 1. HD., E. 2018/1468, K. 2020/614, T. 25.6.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 20.04.2021; "...Somut olayda; davacı kayıt maliki olup, 3. kişi konumunda bulunan davalıların davacının onayı ile taşınmazı kullandıkları yönündeki savunmalarını ispatlamaları gerektiği kuşkusuzdur..." Yargıtay 1. HD., E. 2014/14807, K. 2014/18803, T. 2.12.2014, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 20.04.2021. Benzer kararlar için bkz.: Yargıtay 8. HD., E. 2018/5707, K. 2020/5763, T. 5.10.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 20.04.2021; Yargıtay HGK., E. 2013/1683, K. 2015/1447, T. 27.5.2015, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 20.04.2021.

²⁵⁹ "...Davalı dava konusu taşınmazı davacıların babası K10'den 2000 yılında 20.000,00 Dolar bedelle haricen satın aldığını karşılığında dosyaya ibraz ettiği teminat senedini aldığı ileri sürmüştür. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) 190. maddesinde, "İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir."; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) 6. maddesinde, "Kanunda aksine bir hüküm

Haricen satış halinde davacı ancak satış bedelini ödedikten sonra müdahalenin bertaraf edilmesini talep edebilir²⁶⁰. Böylelikle bedelin ödendiği iddiasından davacı kendi lehine sonuç çıkaracağı için bunun ispat yükü de davacı üzerinde olur²⁶¹.

B. Deliller

Taraflar iddialarını deliller aracılığıyla ispat ederler. Delil, çekişmeli vakıayı ispata yarayan ve onu temsile elverişli ispat araçlarıdır²⁶². Deliller “*kesin deliller*” ve “*takdirî deliller*” olarak ayrılır. Kesin deliller hâkimin bağlı olduğu, değerlendirmesinde takdir yetkisine sahip olmadığı, şartları, unsurları ve sonuçları kanun tarafından belirlenen delillerdir²⁶³. Takdirî deliller ise, hâkimi bağlamayan, ispat gücü serbestçe takdir edilebilecek delillerdir²⁶⁴.

Davacı mülkiyet hakkının ispatı için tapu sicilindeki tescilden yararlanabilir (TMK m. 992/f. 1). Ancak yukarıda belirtildiği üzere çift tapu olduğu hallerde davacı bu karineden yararlanamaz²⁶⁵. Davacı bu durumda mülkiyet hakkını geçerli bir şekilde kazandığını ispat etmelidir. Mülkiyet hakkının kazanımı hukukî bir işlem olduğundan bu işlemin yapıldığı andaki değeri senetle ispat sınırını (HMK m. 200) aştığı takdirde senetle ispat edilmesi gerekir. Bu değer 2021 yılı için 4.880 TL’dir. Bu sınırın aşılması halinde –taşınmazlar için bu sınır kural olarak aşılır- malik, karineden yararlanamadığı hallerde, hukukî işlem ile kazandığı mülkiyet hakkını senetle ispat etmek zorundadır.

Mülkiyet hakkına yapılan müdahale ise hukukî işlem olmayıp hukukî fiildir. Senetle ispat kuralı yalnızca hukukî işlemler için geçerli olduğundan davacı yapılan müdahaleyi her türlü delil ile ispatlayabilir. Bu noktada özellikle keşif ve bilirkişi

bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.” şeklinde yer alan hükümlerle, davalının satım sözleşmesini ispatlaması gerekir...” Bursa BAM, 1. HD., E. 2019/41, K. 2020/979, T. 21.10.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 20.04.2021.

²⁶⁰ Bkz.: İkinci Bölüm, VI, C.

²⁶¹ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 70.

²⁶² Börü, **İddia ve Somutlaştırma**, s. 28; Atalay, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1730; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 366.

²⁶³ Börü, **İddia ve Somutlaştırma**, s. 29; Atalay, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1735, 1736; Küçük, **a.g.e.**, s. 21.

²⁶⁴ Börü, **İddia ve Somutlaştırma**, s. 29; Atalay, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1737; Küçük, **a.g.e.**, s. 22.

²⁶⁵ Bkz.: İkinci Bölüm, VII, A, 2, b.

delilinden yararlanılarak müdahale olup olmadığı²⁶⁶, müdahale varsa müdahale yapılan alan²⁶⁷ ile müdahalede bulunan kişi²⁶⁸ tespit edilebilir; bunlara dair bilirkişiden rapor alınabilir. Bilirkişiden alınan raporda teknik ölçümlere dayalı olarak müdahaleye uğrayan alan tespit edilmeli, bu alana yapılan müdahale net olarak ortaya konulmalıdır²⁶⁹.

²⁶⁶ “...Hal böyle olunca; mahallinde yeniden uzman bilirkişiler marifetiyle keşif yapılarak ölçüm yaptırılması, özellikle bahçe duvarı ve garaj kapısının durumu ile yatay olarak taşınmazın altına yerleştirilen kolonların ve ankraj girişlerinin durup durmadığı saptanmak suretiyle bilirkişilerden denetime elverişli rapor alınması, yukarıdaki ilkeler gözetilerek hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken noksan soruşturma ile yetinilerek yazılı olduğu üzere hüküm tesisi isabetsizdir...” Yargıtay 1. HD., E. 2014/19955, K. 2017/2592, T. 15.5.2017, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

²⁶⁷ “...Somut olaya gelince, davacının, TMK'nin 683.maddesinden kaynaklanan mülkiyet hakkına dayalı olarak eldeki davayı açtığı dosya kapsamından anlaşıldığına göre, mülkiyet hakkına üstünlük tanınmak suretiyle dava konusu taşınmaz başında uzman bilirkişi kurulu eşliğinde yeniden keşif yapılarak var ise müdahale edilen alanların her türlü tereddüitten uzak olacak şekilde ölçekli ve koordinatlı krokide gösterilmesi, ondan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek oluşacak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar vermesi doğru görülmemiştir...” Yargıtay 8. HD., E. 2019/155, K. 2019/2358, T. 6.3.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021. Aynı yönde bkz.: Yargıtay 1. HD., E. 2014/13235, K. 2016/871, T. 1.2.2016, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

²⁶⁸ “...Hemen belirtmek gerekir ki, elatma haksız eylem olup, elatmanın önlenmesine yönelik davanın taşınmaza fiilen elatana karşı açılması gerektiğinde kuşku yoktur. Somut olayda, yapılan uygulama sonucu fen bilirkişisi K3'nin raporunda, dava konusu 420 parsel sayılı taşınmaza (A) ile gösterilen 801.39 m2.lik tecavüzün varlığı saptanmakla beraber, anılan müdahalenin davalı tarafından yapıldığı sabit olmadığı gibi, müdahaleye konu alanda hangi miktarda ve kime ait ağaçların bulunduğu da tespit edilmemiştir. Hal böyle olunca; yukarıda açıklanan ilke ve olgulara uygun olacak şekilde gerekli araştırma ve incelemenin yapılması, dava konusu 420 parsel sayılı taşınmaza ağaç dikmek suretiyle mevcut müdahalenin davalı K4 tarafından yapıp yapılmadığının kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde saptanması, öte yandan, müdahaleye konu alanda hangi ağaçların kaldığının belirlenmesi, bilirkişiden denetime elverişli, infazı mümkün kroki ve rapor alınması, hasıl olacak sonuca göre tecavüze konu ağaçlar bakımından yıkım kararı verilmesi gerekirken yanılğılı değerlendirme ile yazılı olduğu üzere hüküm tesisi isabetsizdir...” Yargıtay 1. HD., E. 2014/9641, K. 2015/10641, T. 29.09.2015, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.01.2021.

²⁶⁹ “...Çaplı taşınmaza elatmanın önlenilmesi davalarında öncelikle çap kaydının yada kayıtlarının getirilerek tarafların tüm delilleri toplanılmalı, dosya keşfe hazır hale geldikten sonra yapılacak uygulamada çekişmeli yer ile yanların ellerinde bulunan kısımların sınırları tarafların ortak beyanlarına göre açıklığa kavuşturulmalı, gerektiğinde bu yön taşınmaz başında dinlenecek yerel bilirkişi ve tanık sözleri ile kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde saptanmalıdır. Daha sonra, belirlenen bu durum göz önünde tutularak, hazır bulundurulmuş kadastro fen memuru veya mühendisi sıfat ve yeteneğini taşıyan uzman bilirkişi veya bilirkişilere kadastro sırasında konan nirengi noktalarından, bunlar yoksa hem paftada hem arazide mevcut sabit noktalardan yararlanılarak takometrik aletlerle kadastral yöntemlere uygun biçimde ölçüm yaptırılmalı, bilirkişilerden uygulamayı yansıtan, infazı sağlamaya yeterli ve özellikle davacı tarafın taşınmazına bir tecavüzün bulunup bulunmadığını varsa miktarını açıkça gösteren kroki ve rapor alınmalıdır...” Yargıtay 1. HD., E. 2015/155, K. 2015/1209, T. 27.1.2015, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021. Aynı yönde bkz.: Yargıtay 1. HD., E. 2009/7304, K. 2009/9447, T. 05.10.2009, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

Davalı açısından bakıldığında ise, ispat yükünü taşıdığı savunmalardan bazıları için karinelere yararlanabilir. Örnek olarak davacının katlanma yükümlülüğü davalının sahip olduğu bir sınırlı aynî haktan kaynaklanıyor olabilir. Bu durumda davalı TMK m. 992/f. 1’de yer alan karine ile irtifak hakkı sahibi olduğuna dair ispat yükünü yerine getirebilir. Davaların bazı savunmaları ise hukukî işlem niteliğinde olabilir. Bu işlemler yapıldığı anda senetle ispat sınırını aşıyorsa kesin delille ispat edilmelidir (HMK m. 200). Örnek olarak davacının katlanma yükümlülüğü kira sözleşmesi sebebiyle olabilir. Bu durumda kira sözleşmesinin varlığı, senetle ispat sınırını geçtiği takdirde²⁷⁰, senetle ispat edilmelidir. Nihayet davalının bazı savunmaları ise hukukî fiil niteliğinde olabilir. Bu savunmalar ise her türlü delil ile ispat edilebilir. Örnek olarak TMK m. 751, 752 ve 753’te yer alan soyut vakıalara karşılık gelen somut vakıalar her türlü delille ispat edilebilir.

VIII. Elatmanın Önlenmesi Davasında Dava Konusunun Devri

Davanın açılması tarafların maddî hukuktaki tasarruf yetkisini kısıtlamayacağı için taraflar üzerinde çekişme bulunan davanın konusu hakkında tasarrufta bulunabilirler²⁷¹. Keza HMK m. 24/f. 3’te de tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında, dava açıldıktan sonra da serbestçe tasarruf edebilecekleri düzenlenmiştir.

Dava konusunun devrinin yargılama üzerinde etkileri oluşur. Bu etki HMK m. 125’te düzenlenmiştir. Nitekim maddî hukukta meydana gelen değişikliğin yargılamayı etkilemeyeceği düşünülemez. Zira dava hakkı asıl haktan bağımsız

²⁷⁰ Yargıtay, senetle ispat sınırının aşıp aşılmadığına bir yıllık kira bedeline göre karar vermektedir. “...Kural olarak, kira ilişkisinin varlığını ve aylık kira bedelinin ne kadar olduğunu ispat külfeti davacıya, davalı tarafından kabul edilen kira bedelinin ödendiğinin ispat külfeti ise davalıya düşer. Davacının talep ettiği yıllık kira miktarı HMK’nın 200. maddesi uyarınca belirlenecek senetle ispat sınırının üzerinde ise davacı kira bedelini yazılı belge ile kanıtlamak zorundadır. Yazılı delille kanıtlanmadığı takdirde ise davalının kabulünde olan miktar esas alınmalıdır. Yine davalı da aynı koşullar altında yıllık kira bedelinin senetle ispat sınırının üzerinde olması durumunda kira borcunun ödendiğini yazılı belge ile ispat etmelidir...” Yargıtay 3. HD., E. 2018/221, K. 2019/8290, T. 23.10.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021. Aynı yönde bkz.: Yargıtay 3. HD., E. 2017/7953, K. 2017/18079, T. 25.12.2017, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; Samsun BAM, 6. HD., E. 2020/1574, K. 2020/2171, T. 16.10.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

²⁷¹ Özekes, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1553; Kuru, **Usul C. 4**, s. 3804; Kuru, **Usul El Kitabı C. II**, s. 1159; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 322; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 455; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 813; Küçük, **a.g.e.**, s. 153.

değildir²⁷². Davada sıfat maddî hukuka göre belirlenir. Keza dava takip yetkisi de maddî hukuktaki tasarruf yetkisinin usûl hukukundaki yansımasıdır. Bu sebeple dava konusunun devri incelenmelidir. Ancak belirtmek gerekir ki çalışmamızın konusu olan elatmanın önlenmesi davasında devir davacı tarafından yapılabilir²⁷³. Zira elatmanın önlenmesi davasında malik, tasarruf yetkisine sahip olan taraf, davacıdır. Davalının adına yolsuz tescil bulunduğu hallerde ise öncelikle tapu kaydının düzeltilmesi davası ile yolsuz tescilin düzeltilmesi gerektiği; ardından elatmanın önlenmesi davası ile müdahalenin bertaraf edilmesi gerektiği yukarıda²⁷⁴ açıklandı. Bu nedenle açıklamalar davacının dava konusunu devretmesi hakkında yapılmıştır.

Elatmanın önlenmesi davasında devredilen esasında dava konusu değil uyuşmazlık konusudur²⁷⁵. Nitekim elatmanın önlenmesi davasında devredilen bertaraf edilmesi talep edilen müdahale değil, bu müdahalenin yapıldığı taşınmazdır²⁷⁶.

Dava açmakla tasarruf yetkisi kısıtlanmayan davacı²⁷⁷, elatmanın önlenmesi davasında çekişme konusu taşınmazı dava devam ederken²⁷⁸ devrettiğinde, HMK m. 125 uygulanır²⁷⁹. Bu durumda çekişme konusunu devralan kişi görülmekte olan davada davacı yerine geçer (HMK m. 125/f. 2).

²⁷² Börü, **Dava Konusunun Devri**, s. 139; Özümücü, **Temlik**, s. 244, 245; Özekes, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1559; Kuru, **Usul El Kitabı C. II**, s. 1159; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 323.

²⁷³ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 57.

²⁷⁴ Bkz.: Birinci Bölüm, I, B, 4, c, (2), iii.

²⁷⁵ Bkz.: Birinci Bölüm III, A.

²⁷⁶ Kurşun, **a.g.e.**, s. 73.

²⁷⁷ "...Hemen belirtmek gerekir ki; dava açıldıktan sonra da sınırlayıcı bir neden bulunmadığı takdirde dava konusu malın veya hakkın üçüncü kişilere devredilebilmesi tasarruf serbestisi kuralının bir gereği, hak sahibi veya malik olmanın da doğal bir sonucudur. Usul hukukumuzda da ayırık durumlar dışında dava konusu mal veya hakkın davanın devamı sırasında devredilebileceği kabul edilmiş, 6100 sayılı HMK'nin 125. maddesinde, dava konusunun taraflarca üçüncü kişiye devir ve temlik halinde yapılacak usulî işlemler düzenlenmiştir..." Yargıtay 8. HD., E. 2018/14473, K. 2020/5224, T. 21.9.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021. Aynı yönde bkz.: Yargıtay 8. HD., E. 2018/8526, K. 2021/1199, T. 11.2.2021, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

²⁷⁸ "...Eldeki dosyada ise, dava konusu taşınmaz dava açıldıktan sonra yargılama sırasında değil dava açılmadan önce 3. kişiye devredilmiş olup, davacının HMK 125. maddesinde düzenlenen "... şeklinde yasal düzenlemeden faydalanarak somut olayda yeni malike (fiilen taşınmaza el atan kimseye) davasını yöneltme olanağı bulunmamaktadır..." İstanbul BAM, 2. HD., E. 2019/361, K. 2019/874, T. 17.6.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

²⁷⁹ Kurşun, **a.g.e.**, s. 73.

Davacının dava konusunu devretmesinin yanı sıra onun iradesi dışında dava konusunun üçüncü kişiye geçmesi durumunda da dava konusun devri hükümleri uygulanır. Zira devir ile birlikte davacının sıfatı ortadan kalkacağı için yargılamaya devam etmesi mümkün değildir²⁸⁰. Diğer taraftan davanın sıfat eksikliğinden reddedilmesi halinde dava konusuna malik olan kişinin yeni dava açması usûl ekonomisine aykırı olur²⁸¹. Nitekim HMK m. 125 hükmünde düzenlenen devir kavramı da sağlararası gerçek veya tüzel kişilerce gerçekleştirilen ve tarafların sıfatını etkileyen her hak geçişini kapsar. Hükümde kastedilen devrin yalnızca iradi devir olması gerekmez²⁸². Bu durumda elatmanın önlenmesi davası devam ederken davacının iradesi dışında da olsa ilgili taşınmaz onun mülkiyetinden çıktığında dava konusunun devri hükümlerinin uygulanması gerekir. Örnek olarak dava esnasında uyuşmazlık konusu taşınmazın kamulaştırılması halinde HMK m. 125'in uygulanması gerekir²⁸³.

Uyuşmazlık konusunun devredildiği dava dosyasından anlaşılıyorsa mahkeme bunu re'sen gözetmelidir²⁸⁴. Dava konusu devredilmemiş gibi yargılamaya devam

²⁸⁰ Börü, **Dava Konusunun Devri**, s. 182; Kuru, **Usul C. 4**, s. 3805.

²⁸¹ Börü, **Dava Konusunun Devri**, s. 177.

²⁸² Börü, **Dava Konusunun Devri**, s. 172, 176, 177, 180; Özümücü, **Temlik**, s. 199, 200; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1558; Kuru, **Usul C. 4**, s. 3805; Üstündağ, **Usul**, s. 560; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 455.

²⁸³ Börü, **Dava Konusunun Devri**, s. 185; Kuru, **Usul C. 4**, s. 3808; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 455.

²⁸⁴ Özekes, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1560; Yılmaz, **Şerh C. 2**, s. 2881; Küçük, **a.g.e.**, s. 154. "...Bilindiği üzere; dava açıldıktan sonra da sınırlayıcı bir neden bulunmadığı takdirde dava konusu malın veya hakkın üçüncü kişilere devredilebilmesi tasarruf serbestisi kuralının bir gereği, hak sahibi veya malik olmanın da doğal bir sonucudur. Usul Hukukumuzda da ayrık durumlar dışında dava konusu mal veya hakkın davanın devamı sırasında devredilebileceği kabul edilmiş, 1086 Sayılı HUMK'nun 186.maddesinde (6100 Sayılı HMK'nun 125. maddesi) dava konusunun taraflarca üçüncü kişiye devir ve temlik halinde yapılacak usulî işlemler düzenlenmiştir. 6100 Sayılı HMK'nun 125/2. maddesinde; dava açıldıktan sonra davacı, dava konusunu (müddeabihi) bir başkasına temlik ettiği takdirde; devralmış olan kişinin, görülmekte olan davada davacının yerine geçeceği ve davanın kaldığı yerden devam edeceği hükmüne yer verilmiştir...Hal böyle olunca, elatmanın önlenmesi isteği bakımından kendiliğinden (resen) gözetilmesi zorunlu bulunan 6100 sayılı HMK'nun 125. maddesinde düzenlenen usul kuralı gereği ve ecrimisil bakımından ise talep edilen dönem için (01.01.2010-01.08.2011) belirlenecek ecrimisile karar verilmek üzere hüküm bozulmalıdır..." Yargıtay 1. HD., E. 2018/2421, K. 2018/11892, T. 5.7.2018, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021. Aynı yönde bkz.: Yargıtay 8. HD., E. 2020/4347, K. 2021/3649, T. 19.4.2021, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

edilemez²⁸⁵. Bu sebeple hâkim yeni malike davayı ihbar eder ve onun devam edip etmeyeceğine göre yargılama hakkında karar verilir²⁸⁶.

Yeni malik, davaya devam etmek isterse davalının onayı gerekmeksizin davacı olarak önceki davaya devam eder²⁸⁷. Önceki davanın devamı olması (HMK 125/f. 2) sebebiyle yapılan işlemler geçerliliğini korur²⁸⁸. Ancak davalı yeni davacıya karşı

²⁸⁵ Börü, **Dava Konusunun Devri**, s. 298. “...Dosya içerisinde bulunan tapu kaydına göre, dava konusu 3381 parsel sayılı taşınmaz dava açıldıktan sonra el değiştirmiş, daha sonra ifraz olunarak birden fazla parsel oluşmuş ise de mahkemece HMK'nin 125. maddesi doğrultusunda işlem yapılmaması, taraf teşkilinin sağlanmaması, karar başlığında tarafların eksik gösterilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir...” Yargıtay 8. HD., E. 2018/14681, K. 2021/1737, T. 1.3.2021, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.06.2021.

²⁸⁶ Kuru, **Usul El Kitabı C. II**, s. 1173. “...Somut olayda, davacı ...'un dava konusu bağımsız bölümü temyize konu kararın verilmesinden sonra 12.05.2017 tarihinde dava dışı Mehmet Bayhoca'ya satarak devrettiği, bu kişinin de taşınmazı 26.09.2017 tarihinde dava dışı Ms Mega Yapı İnşaat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketine devrettiği, taşınmazın tapuda halen bu şirket adına kayıtlı olduğu anlaşıldığına göre, Mahkemece HMK'nin 125/2. maddesine göre işlem yapılması, davanın kayıt malikine ihbarı ile davayı takip edip etmediği sorularak sonucuna göre karar verilmesi gereğiyle hükmün bozulması gerekmiştir...” Yargıtay 8. HD., E. 2018/10062, K. 2021/391, T. 25.1.2021, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021. Aynı yönde bkz.: Yargıtay 8. HD., E. 2018/10396, K. 2021/803, T. 3.2.2021, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; Yargıtay 8. HD., E. 2018/8526, K. 2021/1199, T. 11.2.2021, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; Yargıtay 8. HD., E. 2018/5242, K. 2020/4999, T. 9.9.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; Yargıtay 14. HD., E. 2018/323, K. 2020/2386, T. 27.2.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; Yargıtay 8. HD., E. 2018/4270, K. 2019/10626, T. 27.11.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; Yargıtay 14. HD., E. 2018/323, K. 2020/2386, T. 27.2.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

²⁸⁷ “...O halde Mahkemece yapılacak iş, çekişmeli taşınmazın devredildiği gözetilerek, yeni malike davanın ihbarının sağlanması, malikin davayı takip edeceğini belirtmesi halinde, kaldığı yerden yargılamanın sürdürülmesi aksi takdirde sonucuna göre bir karar verilmesi olmalıdır...” Yargıtay 8. HD., E. 2018/8526, K. 2021/1199, T. 11.2.2021, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

²⁸⁸ Börü, **Dava Konusunun Devri**, s. 360; Kuru, **Usul C. 4**, s. 3887; Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 478; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 524; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 522; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 813, 814; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 442; Küçük, **a.g.e.**, s. 156.

kişisel savunmalarını ileri sürebilir²⁸⁹. Keza geçici hukukî koruma kararı verilmişse bunlar da devam etmelidir²⁹⁰.

Yeni malik davaya devam etmek istemezse dosyanın işlemiden kaldırılması (HMK m. 150) gerektiği savunulmuştur²⁹¹. Zira yeni malik davacı olarak yargılamaya devam etmemektedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki 7251 sayılı Kanunla davacının dava konusunu devrettiği halde yargılama giderlerinin nasıl karara bağlanacağı hakkında Kanuna ekleme yapılmıştır. Bu ek cümleye göre, “*Bu takdirde dava davacı aleyhine sonuçlanırsa, dava konusunu devreden ve devralan yargılama giderlerinden müteselsilen sorumlu olur.*” (HMK m. 125/f. 2). Yeni düzenlemeden sonra davacının haksız çıkması durumunda yargılama giderlerinden devreden ve devralan davacıların müteselsil sorumlu olacağında şüphe yoktur. Bu düzenlemeden önce, aynı maddenin 1. fıkrasında davalının devri halinde devreden ile devralanın müteselsil sorumluluğunu düzenlemişken 2. fıkrada davacının devri için bunu düzenlememesi bilinçli susma olarak yorumlanmaktaydı²⁹². Bu sebeple müteselsil sorumluluk kabul edilmemişti. Keza HMK m. 326 gereği de kanunda yazılı haller dışında yargılama giderlerinden aleyhine hüküm verilen taraf sorumlu olacağından açık düzenleme olmadıkça artık taraf olmayan eski davacının sorumluluğunun kabul edilmesi de mümkün değildi.

²⁸⁹ Börü, **Dava Konusunun Devri**, s. 361; Özkes, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1576; Kuru, **Usul C. 4**, s. 3888; Kuru, **Usul El Kitabı C. II**, s. 1174; Postacioğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 479; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 323; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 459; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 525; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 523; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 814; Küçük, **a.g.e.**, s. 156. “...*Bu hükme göre dava, taşınmaz devralan üçüncü kişi ile davalı arasında devam edecektir. Bunun için davalının devralan üçüncü kişinin davacı yerine geçmesi için onayı aranmaz. Dava konusu taşınmaz dava açıldıktan sonra davacı tarafından başka bir kişiye devredilirse, bu durumda devralmış olan kişi davacı yerine geçerek görülmekte olan davaya kaldığı yerden devam eder. Ancak bu halde davalı yeni davacıya karşı, kişisel savunma sebeplerini ileri sürebilir. Somut olayda; dava konusu 28 nolu parselin 29.02.2016 tarihinde dava dışı 3. kişiye satıldığı anlaşılmıştır...*” Yargıtay 8. HD., E. 2018/5417, K. 2020/5121, T. 14.9.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

²⁹⁰ Özkes, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1576, 1570.

²⁹¹ Özkes, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1561; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 323; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 458.

²⁹² Özkes, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1576.

Üçüncü Bölüm

Elatmanın Önlenmesi Davasında Geçici Hukukî Koruma Tedbirleri, Hüküm, Kanun Yolları ve Hükümün İcrası

I. Elatmanın Önlenmesi Davasında Geçici Hukukî Korumalar

Taraflar hak aramak için mahkemeye başvurduklarında yargılama bitene kadar uyuşmazlık konusu, yargılama öncesindeki mevcut hukukî statüsünü devam ettirir. Bu durumda yargılama konusu üzerinde kesin hükme kadar kural olarak hukukî bir değişme olmaz. Böylelikle yargılama sonucunun yerine getirilmesi ihtimali tehlikeye girebilir. Bu tehlikeyi gidermek için geçici hukukî korumalardan yararlanılır.

Geçici hukukî korumalar, yargılamada talep edilen hakkı veya diğer bir uyuşmazlık konusunu hükümden önce güvence altına alan¹, her iki tarafça da talep edilebilen, basit ve çabuk inceleme, yaklaşık ispat ile² karşı taraf dinlenmeden de yargı mercii tarafından karar verilen geçici nitelikte ancak taraflar için bağlayıcı ve zorlayıcı olan hukukî koruma olarak tanımlanabilir³.

İhtiyatî tedbir, ihtiyatî haciz, delil tespiti ve diğer geçici hukukî korumalar olarak farklı türlerde geçici hukukî korumalar düzenlenmiştir. İhtiyatî tedbir, hukukî koruma talep edilen yargılama konusu hakkında kesin hüküm verilinceye kadar devam eden, dava konusu hak veya şeyde meydana gelebilecek zararları önleme amacına hizmet

¹ Özkes, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 2436; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 575, 576; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 695, 696; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku II**, s. 201.

² Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku II**, s. 204.

³ Benzer tanımlar için bkz.: Ejder Yılmaz, **Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri**, 2 Cilt, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2001, C. 1, s.35-38 (Kısaca Geçici Hukuki Himaye); Ramazan Arslan, “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Geçici Hukuki Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler*”, **Bankacılar Dergisi**, C. 24, Özel Sayı, 2013, sa. 7-27, s. 8, 9 (Kısaca Yenilikler); Mehmet Özdemir, **Geçici Hukuki Korumalar**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 1; Cengiz Serhat Konuralp, **İcra ve İflas Hukukunda İhtiyatî Tedbirler**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 45-50 (Kısaca İhtiyatî Tedbir); Evrim Erişir de geçici hukuki korumanın tanımını gecikmesinde tehlike olan bir halin engellenmesi ya da durdurulması ve karşı tarafın menfaatlerinin dengelenmesini ekleyerek aynı özelliklerle yapıyor. Evrim Erişir, **Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri**, İstanbul, On İki levha Yayıncılık, 2013, s. 5 (Kısaca Geçici Hukuki Koruma); Özkes, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 2437; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 578; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku II**, s. 201.

eden, geçici nitelikteki hukukî korumadır⁴. İhtiyatî haciz ise para alacaklarına ilişkin mevcut veya müstakbel bir takip ya da dava sonucunun güvence altına alınması için mahkeme kararı ile borçlunun mal varlığına el konulmasını sağlayan geçici hukukî korumadır⁵. Delil tespiti ise, ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî hacizden farklı olarak talep edilen hak veya malı değil uyuşmazlığın çözümü için henüz inceleme sırası gelmemiş delillerin güvence altına alınmasını sağlayan geçici hukukî koruma tedbiridir⁶.

Elatmanın önlenmesi davasında da talep sonucunun hükümden önce güvence altına alınmasını gerektiren bir sebep olması halinde, geçici hukukî koruma tedbirlerine karar verilebilir.

Elatmanın önlenmesi davasında esas olarak verilebilecek geçici hukukî koruma türü ihtiyatî tedbirdir. Şöyle ki uyuşmazlık konusu para olmadığı için ihtiyatî haciz kararı verilemez. Bununla birlikte müdahalenin bertaraf edilmesinin yanı sıra ecrimisil veya taşınmaza verilen zarar için tazminat talep ediliyorsa ve İİK m. 257 devamındaki şartların oluşması halinde bu taleplere yönelik ihtiyatî haciz kararı verilebilir⁷.

Delil tespiti ise delilleri korumaya yönelik olduğundan davadan ziyade delillere bakılarak ihtiyaç olup olmadığına karar verilmelidir. Elatmanın önlenmesi davası

⁴ Cengiz Serhat Konuralp, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre İhtiyati Tedbirler”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 71, S. 2, 2013, sa. 225-274, s. 225; Birce Arslandoğan, **Medenî Yargılama Hukukunda Delil Tespiti**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 55; Mikail Bora Kaplan, **Sınai Mülkiyet Kanunu’nda İhtiyatî Tedbirler**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 12; Kuru, **Usul C. 4**, s. 4290; Kuru, **Usul El Kitabı C. II**, s. 1263; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 578; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 699; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku II**, s. 205; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 719; Ulukapı, **Usûl**, s. 522.

⁵ Muhammet Özkes, **İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1999, s.12 (Kısaca İhtiyati Haciz); Kaplan, **a.g.e.**, s. 13.

⁶ Arslandoğan, **a.g.e.**, s. 59, 65; Cenk Akil, “Medeni Yargılama Hukukunda Mahkemelerce Yapılan Delil Tespiti”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 58, S. 1, 2009, sa. 1-62, s. 3, 4, 5, 10, 11 (Kısaca Delil Tespiti); Aziz Serkan Arslan, “6100 Sayılı HMK Madde 401 Hükmüne Göre Delil Tespitinde Görevli ve Yetkili Mahkeme”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 21, S. 2, 2013, sa. 241-254, s. 242, 243; Kaplan, **a.g.e.**, s. 14, 15; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 601; Kuru, **Usul El Kitabı C. II**, s. 1301; Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 985; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 720; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 592; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 568; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku II**, s. 225, 226; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 737; Umar, **a.g.e.**, s. 1167.

⁷ “...Öte yandan kural olarak bir ecrimisil davasında, davanın konusu para alacağı olduğundan para üzerinde ihtiyati tedbir konulması mümkün değildir. Kaldı ki para alacağına ilişkin uyuşmazlıklarda ihtiyati tedbir değil, HMK’nin 257. maddesinde öngörülmüş olün ihtiyati haciz talep edilebilir...” Ankara BAM, 16. HD., E. 2019/565, K. 2019/442, T. 4.4.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

devam eden müdahaleler için açılabilceğinden müdahalenin ispatı da dava sırasında mümkün olabilir. Kural olarak devam eden müdahalenin ispatında kullanılabilecek delilin kaybolma ihtimali olmayacağından delil tespitine de gerek olmayabilir. Keza delilin kaybolma ihtimalinin olmadığı durumlarda delil tespitinde hukukî yarar da bulunmaz⁸. Ancak bunun aksi de mümkün olabilir. Örnek olarak davacı keşif ve bilirkişi incelemesinin yanı sıra hâkimde oluşan kanaati sağlamlaştırmak için tanık da dinletmek istiyor olabilir. Tanık deliline daha sonra ulaşmak mümkün olmayacaksa delil tespiti ile yargılamada inceleme sırası gelmeden tanık dinlenebilir. Yapılan bu açıklamalar neticesinde uyuşmazlık konusu paradan başka şey olan elatmanın önlenmesi davasında uygulanabilecek geçici korumanın kural olarak ihtiyatî tedbir olduğu sonucuna varılabilir.

İhtiyatî tedbirin amacı, kural olarak hükmün icra edilebilmesi için dava konusunu korumaktır. Ancak elatmanın önlenmesi davasında verilecek ihtiyatî tedbirin amacı tam olarak bu değildir. Zira hüküm davacı lehine verilirse müdahale bertaraf edilir ve malik taşınmazını müdahale olmadan kullanmaya devam edebilir. Kural olarak hükmün icrasına engel bir durum söz konusu değildir. Ancak yapılan müdahale bertaraf edildikten sonra taşınmazda zarar meydana gelebilir. Elatmanın önlenmesi davasında da verilecek ihtiyatî tedbirin amacı taşınmazda meydana gelecek bu zararın önlenmesi; müdahale bertaraf edildikten sonra da taşınmazın yapısının, değerinin korunmasıdır. Zira hüküm icra edilip müdahale bertaraf edilse dahi taşınmaz önemli özelliklerini kaybedecek olabilir⁹. Özetle elatmanın önlenmesi davasında ihtiyatî tedbir ile dava konusuna erişilmesi değil; dava konusuna müdahaleden önceki özellikleriyle birlikte erişilmesi hedeflenir. Bu amaçla verilecek ihtiyatî tedbir

⁸ Arslandoğan, **a.g.e.**, s. 125, 126.

⁹ “...Davacı, Kumluca Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 2002/357 Esas 2004/148 Karar sayılı tapu iptali davası sonunda çekişme konusu 102 ada 420 parsel sayılı taşınmazın adına tesciline karar verildiğini, buna rağmen davalının mülkiyet iddiası ile taşınmaz üzerine ev inşaa ettiğini, mahkemece verilen ihtiyatî tedbir kararına rağmen inşaaat devam ettiğini, arazideki toprağın verimli kısmını kendi taşınmazına götürdüğünü, taşınmazı kullanmasına izin vermediğini ileri sürerek, elatmanın önlenmesine, evin yıkılmasına, arazinin verimsiz duruma düşmesi nedeniyle fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydı ile 10.000-TL toprak bedelinin tazminine, ihtiyatî tedbir kararı tarihinden itibaren hesaplanacak şimdilik 1.000-TL ecrimisilin yasal faizi ile tahsiline karar verilmesini istemiştir...” Yargıtay 1. HD., E. 2016/10547, K. 2017/2198, T. 27.04.2017, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

kararları da kural olarak müdahaleyi durdurmak biçiminde olur¹⁰. Bu noktada davanın sürüncemede kalmasına yol açacak şekilde ihtiyatî tedbir kararı verilmemesine dikkat edilmelidir. Zira ihtiyatî tedbirin etkilerini yeterli gören davacı davaya devam etmek istemeyebilir¹¹.

Elatmanın önlenmesi davasında ihtiyatî tedbir olarak tapu kütüğüne şerh veya beyanların yazılıp yazılamayacağını da değerlendirilmesi gerekir. Geçici hukukî koruma olarak haciz ve iflas kararlarının (TMK m. 1010/f. 1, b. 2), aile konutu kararının (TMK m. 194/f. 3) şerh edilmesi gibi çeşitli düzenlemeler yapılmış olsa da genel nitelikte iki düzenlemeden bahsedilebilir. Bunlardan ilki çekişmeli hakların korunmasına dair mahkeme kararlarının şerh edilmesidir (TMK m. 1010/f. 1, b. 1). Taşınmaz aynına etki edecek nispî hakkı üzerinde uyuşmazlık bulunan kişi, malikin tasarruflarından korunmak için bu hakkını tapuya şerh ettirebilir¹². Böylelikle malik taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunarak nispî hakkın ileri sürülmesini engelleyemez. Nitekim şerh verilmekle nispî hak, taşınmaz üzerinde sonradan hak kazanan kişilere karşı da ileri sürülebilir (TMK m. 1010/f. 2). Elatmanın önlenmesi davasında da bu nitelikte bir şerh verilmesi mümkün olmakla birlikte hem taşınmaz aynında değişikliğe yol açacak hem de taşınmaza müdahalede bulunmayı haklı kılacak nispî hakkın mevcut olması pratikte mümkün gözükmemektedir.

Elatmanın önlenmesi bağlamında incelenebilecek diğer bir şerh ise iddia edilen bir aynî hakkın güvence altına alınmasının gerektiği durumlarda yapılacak olan geçici tescil şerhidir (TMK m. 1011/f. 1, b. 1). Aynî hakka sicil dışında sahip olunması durumunda sicilde adına tescil bulunan kimse tasarrufta bulunabilir. Sicildeki tescile iyiniyetle kazanım korunacağından (TMK m. 1023) bu durum gerçek hak sahibinin hakkını kaybetmesine yol açar. Bu tehlikenin önüne geçebilmek için aynî hak iddiası

¹⁰ Kuru, **Usul C. 4**, s. 4308, 4310, 4311; Kuru, **Usul El Kitabı C. II**, s. 1269. “...Davacı, maliki olduğu ve henüz kooperatif ortaklarına devredilmeyen çekişme konusu ... ada ... ve ... ada ... parsel sayılı taşınmazda bulunan dört adet binanın ısı yalıtım sisteminin izni olmaksızın davalı şirket tarafından yapılmaya başlandığını, sözlü uyarılara rağmen netice alınamadığını,...2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2011/101 D.İş sayılı ihtiyatî tedbir kararı ile mantolama işinin durdurulmasına karar verildiğini, davalının taşınmazlara müdahalesinin haklı ve geçerli bir nedene dayanmadığını ileri sürerek elatmanın önlenmesine karar verilmesini istemiştir...” Yargıtay 1. HD., E. 2015/6975, K. 2016/10771, T. 1.12.2016, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

¹¹ Konuralp, **a.g.m.**, s. 250; Üstündağ, **Usul**, s. 583; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 406.

¹² Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 248.

şerh edilerek sicil dışı hak sahibi olan kişiye koruma sağlanır¹³. Elatmanın önlenmesi davasında geçici tescil şerhi, tapu kaydının düzeltilmesi davasıyla bağlantılı olarak gündeme gelebilir. Şöyle ki elatmanın önlenmesi davasının davacısı tapuda hak sahibi olarak gözükmüyorsa öncelikle tapu kaydının düzeltilmesi davasıyla sicilin düzeltilmesini sağlamalı; ardından müdahalenin bertaraf edilmesi talebi hakkında hüküm elde edebilir¹⁴. Bu durumda davacı aynî hak iddiasını tapu kaydının düzeltilmesi davasında talep edeceği geçici tescil şerhi ile güvence altına alabilir. Elatmanın önlenmesi davasında davalı da karşı dava olarak açacağı tapu kaydının düzeltilmesi davasında¹⁵ geçici tescil şerhinden yararlanabilir.

Tapu kütüğünde yer alabilecek kayıtlar bağlamında son olarak “*davalıdır şerhi*”nin¹⁶ incelenmesi gerekir. TMK m. 1010/f. 1, b. 1’de olduğu gibi aynî hakta değişiklik meydana getirecek kişisel hakka dayanarak açılan davalarda veya TMK m. 1011/f. 1, b. 1’de olduğu gibi aynî hakka dayanarak açılan tapu kaydının düzeltilmesi davasında tapu kaydına yapılacak bahsedilen kayıt ile hak güvence altına alınmaya çalışılır¹⁷. Elatmanın önlenmesi davası bağlamında “*davalıdır şerhi*” olarak anılan bu

¹³ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 252.

¹⁴ Bkz.: Birinci Bölüm, I, B, 4, c, (2), iii.

¹⁵ Bkz.: İkinci Bölüm, VI, D, 2.

¹⁶ Şerh olarak belirtilse de tapu kütüğüne yapılan bu kayıt beyan niteliğindedir. Mustafa Alper Gümüş, “*Uygulamada Tapu Kütüğünün veya Kat Mülkiyeti Kütüğünün Beyanlar Sütununa Yapılan ve ‘Davalıdır Şerhi’ olarak adlandırılan Kaydın Geçerliliğine İlişkin Bir Değerlendirme*”, **Uluslararası Eşya Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, sa. 83-110, s. 83, 90, 93.

¹⁷ TMK m. 1010 ve 1011’de yer alan şerhlerin yerine “*davalıdır şerhinin*” tercih edilmesinin nedeni ise Yargıtayın bu kaydı ihtiyatî tedbir niteliğinde görmemesidir. Böylelikle bu kayıt için ihtiyatî tedbir kurumunda kural olarak gerekli olan teminat (HMK m.392/f. 1) aranmaz. Oysaki HMK m. 391 hükmünde ihtiyatî tedbir olarak alınabilecek önlemler sınırlı sayıda sayılmamıştır. Uyuşmazlık konusu hakkında gerekli korumayı sağlayacak tedbire karar verebilir. Bahsedilen kayıt da taşınmaza ilişkin uyuşmazlıklarda verilebilecek en hafif tedbirlerden biri olarak görülebilir. Gümüş, **a.g.m.**, s. 84, 94, 95, 100, 101. Tedbir niteliğine olmadığında dair bkz.: “...*Takip dosyası içerisinde bulunan ... 29. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 2014/360 Esas ve 16.02.2016 tarihli yazısında; taşınmazın davalı ve davanın taşınmazın aynına ilişkin olup halen derdest olduğu ve icra müdürlüğünce satışa engel bir şerhin bulunduğu bildirildiği görülmektedir. Bu durumda, mahkemece tapu kaydına düşülen “davalıdır” şerhi, tedbir niteliğinde olmayıp, cebri icra yolu ile yapılacak satışa engel olmayacağından, mahkemenin, aksi yöndeki yazı cevabının sonuca etkisi bulunmamaktadır...*” Yargıtay 12. HD., E. 2016/28553, K. 2017/10126, T. 5.7.2017, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 06.11.2021. Aynı yönde bkz.: Yargıtay 12. HD., E. 2015/27199, K. 2016/4366, T. 18.2.2016, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 06.11.2021; İstanbul BAM, 3. HD., E. 2018/2386, K. 2018/1620, T. 16.11.2018, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 06.11.2021. Tedbir niteliğinde olduğuna dair bkz.: “...‘*Davalıdır*’ şerhi HMK’nun 397/2. Maddesi gereğince taşınmazın devir ve temlikini önleyici bir fonksiyonu olmayan bir hukuki koruma tedbiri olup; davalının bu şerh nedeniyle herhangi bir zarara uğraması söz konusu olmadığından,

kayıt, hemen yukarıda açıklandığı gibi, karşı dava olarak açılan tapu kaydının düzeltilmesi davasında uygulanabilir¹⁸. Zira sicildeki kayıtlar gerçek durumu yansıtmadığında öncelikle tapu kaydının düzeltilmesi ve ilgili hakkın bu davada güvence altına alınması gerektiği kanaatindeyiz.

II. Elatmanın Önlenmesi Davasında Hüküm

A. Davanın Kabulü

Tahkikat sonucunda davacının iddiasının doğru ve gerçek olduğuna dair kanaat getirilirse ve hem maddî hukuka hem de usûl hukukuna dair davacının lehine karar verilmesini engelleyen bir hal yoksa esasa ilişkin nihaî karar niteliğinde davanın kabulü kararı verilir¹⁹. Davanın esası hakkındaki bu nihaî karar hükümdür²⁰ ve bununla davacının iddia ettiği hakkın varlığı kabul edilerek uyuşmazlık bu yönde çözülür.

Elatmanın önlenmesi davasının eda davası olduğu yukarıda²¹ belirtildi. Buna uygun olarak da verilen hüküm müdahalenin giderilmesi için bir şeyin yapılması ya da yapılmaması şeklinde eda hükmü olur. Davacının elatmanın önlenmesi davası açmasına imkân veren bir aynî hakkı olduğunun tespit edilmesi de eda hükmünün niteliğini değiştirmez.

taşınmazın devir ve temlikini engelleyici mahiyeti bulunmadığından..." Antalya BAM, 1. HD., E. 2017/162, K. 2017/156, T. 23.3.2017, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 06.11.2021.

¹⁸ “*Davalıdır şerhi*” beyanına dair yasal düzenleme Kadastro Güncelleme Yönetmeliği’nin (29.11.2006 tarihli 26361 sayılı Resmî Gazete; değişiklik 25.10.2018 tarihli 30576 sayılı Resmî Gazete) m. 39/f. 4 hükmüne dayanmaktadır. Bu hükme göre, kadastro uygulaması sırasında askıya çıkarılan kadastro tutanağına konu olan taşınmaza ilişkin, kadastro uygulaması öncesi açılmış davalar ile askı ilânı süresi içinde açılan davaların görülmekte olduğu, görüldüğü mahkemenin adı ve dosya numarası dava açılan taşınmazların tapu kütük sayfalarının beyanlar hanesine yazılır. Hükümden anlaşılabacağı üzere bahsedilen kayıt Kadastro Kanunu ve ilgili alt mevzuatı ile sınırlı uygulama alanına sahiptir. Kadastro uygulaması dışında bir taşınmazın tapu kütüğünün beyanlar sayfasına o taşınmazı konu alan bir aynî veya şahsî hak uyuşmazlığına dayalı bir dava için bu kayda yer verilemez. Nitekim beyanlar sütununa yazılacak hususlar tüzükle belirlenir (TMK m. 1012/f. 2). Kadastro uygulamaları dışında bu beyanın verilebileceği mevzuatta yer almadığından beyanın hukuken bir değeri yoktur. Gümüş, **a.g.m.**, s. 93, 94, 110.

¹⁹ Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 554.

²⁰ Murat Atalı, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 3 Cilt, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, C. 3, s. 1970, 1974; Kuru, **Usul C. 3**, s. 2997, 3005; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 877, 880; Yılmaz, **Şerh C. 4**, s. 4342; Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 735; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 435; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 557; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 482; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 450, 451; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 1118, 1119; Karşı, **a.g.e.**, s. 359; Muşul, **Usul**, s. 474; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 436.

²¹ Bkz.: Birinci Bölüm, III, C, 2.

Hâkim, hüküm fıkrasında vardığı kanaati, taraflara tanınmış hak ve yüklenmiş borç olarak kısa ve açık biçimde belirtecektir. Ancak her hüküm gibi elatmanın önlenmesi davasında verilen hüküm de gerekçeli olmalıdır. Bu sebeple hâkim vardığı kanaatin öncelikle gerekçelerini ortaya koymalıdır. Keza HMK m. 297/f. 1, b. c hükmü de toplanan deliller ile bunların değerlendirilmesinin ve sabit görülen vakıalar ile bunlardan çıkarılan sonuçların hükümde yer alması gerektiğini açıkça düzenlemiştir. Buna uygun olarak gerekçeli karar verilebilmesi için öncelikle ispat için yeterli kanaatin oluşmasını sağlayacak delillere başvurulmalıdır; bu delillerin değerlendirilmesine yer verilmelidir. Eksik araştırma ile hüküm verilmemelidir²².

²² “...Mahkemece, davaya konu edilen 115 ve 50 parseller hakkında davanın reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiş ise de, davaya konu edilen diğer parseller yönünden yapılan araştırma ve incelemenin hüküm kurmaya yeterli olduğunu söyleme imkanı bulunmamaktadır. Şöyle ki, keşifte muhtarın ve davalı tanıklarının dinlendiği, davacı tanıklarının ise duruşmada beyanlarının alındığı, davacının davalılarla arasındaki husumetten dolayı güvenlik endişesi nedeniyle keşifte tanıklarını hazır edemediğini beyan ettiği, mahkemece, keşifte dinlenen muhtarın beyanı ve davacının beyanına göre karar verildiği anlaşılmaktadır. O halde, Mahkemece yapılması gereken iş, gerekli güvenlik önlemleri alınmak suretiyle, tüm tarafların hazır bulunmasına imkan verecek şekilde mahallinde keşif yapılması, taraf tanıklarının keşif mahallinde dinlenmesi, tarafların iddia ve savunmalarına yönelik delillerinin eksiksiz toplanması, iddia ve savunma kapsamındaki bilgi ve belgeler göz önünde bulundurularak davaya konu taşınmazlardan davalıların kullanımında olan taşınmazların olup olmadığını tereddüte mahal bırakmayacak şekilde aydınlığa kavuşturulması, ondan sonra toplanmış ve toplanacak delillere göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve araştırmayla yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir...” Yargıtay 8. HD., E. 2018/10136, K. 2021/701, T. 1.2.2021, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; “...Ne var ki, mahkemece, hem doğrudan tecavüz iddiası nedeniyle hem de komşuluk hukuku yönünden hükme yeterli bir araştırma yapılmamıştır. Şöyle ki, mülkiyet hakkına dayalı elatmanın önlenmesi yönünden alınan bilirkişi raporu çelişkilidir. Bilirkişiler, 20 sayılı parsel üzerine davalı tarafından yapılan yeni yapının 0,007 m²'lik (yani 5 cm ile 13 cm'lik) kısmının davacıya ait 19 no'lu parselde taşkın olduğu, bu tecavüz miktarının tecvizi hata dahilinde kaldığı ve inşaat sırasında kalıp şişmesi nedeniyle oluşmasına rağmen ruhsatsız ve projesiz inşa edilen bu kısımdaki tecavüzün traşlanarak giderilebileceğini bildirdikleri halde; ek raporlarında, 20 sayılı parseldeki projesiz ve ruhsatsız binanın 0,007 m²'lik kısmının traşlanarak giderilmesinin yasal olarak mümkün olmadığını, Encümen Kararına istinaden ruhsatsız ana yapının tamamının yıkılarak eski hale getirilmesi gerektiğini, dolayısıyla 20 sayılı parseldeki ana yapıdaki tüm taşkınlıkların ana binanın tamamının kal'ı halinde giderilebileceğini bildirmişlerdir...Hal böyle olunca; tarafların iddia ve savunmaları doğrultusunda delillerin toplanması, özellikle yerinde yeniden içinde inşaat statüğü konusunda uzman bir bilirkişinin de bulunduğu yeni bir bilirkişi heyeti oluşturularak keşif yapılması, davacı taşınmazına fiili elatmanın olup olmadığının, varsa tecavüzün giderim şeklinin ve tecavüzlü kısmın yıkımı halinde kalan binanın durumunun duraksamaya yer bırakmayacak şekilde açıklığa kavuşturulması, daha önce alınan bilirkişi raporları arasındaki çelişkinin giderilmesi...sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken noksan soruşturma ile yetinilerek yazılı olduğu üzere hüküm tesisi isabetsizdir...” Yargıtay 1. HD., E. 2012/15394, K. 2013/13740, T. 1.10.2013, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021. Aynı yönde kararlar için bkz.: Yargıtay 1. HD., E. 2011/5901, K. 2011/6619, T. 02.06.2011, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; Yargıtay 1. HD., E. 2011/967, K. 2011/5701, T. 11.05.2011, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; Yargıtay HGK., E. 2007/968, K. 2007/976, T. 12.12.2007, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; Yargıtay HGK., E. 2006/233, K. 2006/262, T. 03.05.2006, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

Delillerin değerlendirilmesine yer verilirken müdahalenin ne şekilde oluştuğuna dair hüküm kurmaya elverişli açıklamalar yapılmalıdır²³.

Hüküm gerekçesinde yapılan delil değerlendirilmesinden sonra açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde hüküm fıkrası yazılmalıdır (HMK m. 297/f. 2). Hüküm fıkrası, cebri icraya konu olacak kısım olduğu için tarafların hak ve borçların açık olması gerekir²⁴. Bu sebeple “elatmanın önlenmesine” veya “müdahalenin men’ine” şeklinde karar verilmesi yerinde değildir²⁵. Hüküm yeterli açıklığının

²³ “...b) Hükme esas alınan bilirkişi raporunda müdahaleli alanlar, mavi, pembe ve turuncu olarak gösterilmiş ise de, rapor eki kroki ölçekli olmadığı gibi, bu renkler ile gösterilen müdahaleli alanlara ne şekilde müdahale edildiği de açıklanmamış olup, bu haliyle rapor hüküm kurmaya elverişli değildir. Hal böyle olunca, müdahaleli olduğu belirtilen alanların ne şekilde ve ne ölçüde müdahaleli olduğunun açıkça belirlenmesinden sonra denetime ve hükme elverişli, ölçekli ve krokili rapor alınması, belirlenecek bu müdahaleli alanların, Dairenin ilkelerine uygun olarak yapılacak ecrimisil hesabında dikkate alınması, bu tespitler ve hesaplamalar yapılırken, taraflar arasındaki sulh protokolünün içeriği ile, davalı şirket aleyhine 1067 Parsel Yöneticiliği tarafından Bodrum 4.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2019/44 Esas sayılı dosyası ile dava konusu 1067 parsel ile ilişkin olarak dava açılmış olduğu anlaşıldığından bu dosya içeriğinin de gözönünde bulundurulması ve oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve araştırma ile hüküm kurulması doğru olmamıştır...” Yargıtay 8. HD., E. 2019/3720, K. 2021/479, T. 26.1.2021, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; “...Ne varki, yapılan keşif ile bilirkişiler kurulundan alınan 24.08.2009 havale tarihli rapor ve kroki ile 23.12.2009 havale tarihini taşıyan ek raporun hükme yeterli,ayrıntılı ve kanaat verici olduğunu söyleyebilme olanağı bulunmadığı gibi , anılan raporlar ve kroki hükmün infazını sağlamaya elverişli de değildir. Şöyle ki, yapılan keşif sonucu bilirkişiler kurulu tarafından düzenlenen raporlar ve krokide ;çekişmeli taşınmaz duvarın taşkın olup olmadığı, yapının dava konusu taşınmaz içerisinde kalıp kalmadığı hususlarının ve var ise tecavüzlü bölümün miktarının denetime imkan verecek şekilde açıkça saptanmadığı, tecavüzlü olduğu ileri sürülen kısmın ne miktar yer kapsadığının krokide gösterilmediği anlaşılmaktadır... Daha sonra belirlenen bu durum gözönünde tutularak hazır bulundurulmuş kadastro fen memuru veya mühendisi sıfat ve yeteneğini taşıyan uzman bilirkişi veya bilirkişilere kadastro sırasında konan nirengi noktalarından, bunlar yoksa hem paftada hem arazide mevcut sabit noktalardan yararlanılarak takometrik alatlarla kadastral yöntemlereuygun biçimde ölçüm yaptırılmalı; bilirkişilerden uygulamayı yansıtan, infazı sağlamaya yeterli ve özellikle davacı tarafın taşınmazına bir tecavüzünün bulunup bulunmadığını varsa miktarını açıkça gösteren kroki ve rapor alınmalıdır. Hal böyle olunca, yukarıda açıklanan ilkeler gözetilmek suretiyle, mahallinde yeniden uzman bilirkişiler aracılığıyla keşif ve ölçüm yapılarak keşfi izlemeye, infazı sağlamaya elverişli rapor ve kroki alınması, varsa tecavüzlü bölüm saptanarak ölçekli krokiye yansıtılması, keşif sonucu düzenlenecek rapor ve buna bağlı krokinin ilamın eki niteliğinde olduğu hususunun dikkate alınması, hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken,hüküm vermeye elverişli olmayan rapor ve krokiye itibar edilerek yazılı olduğu şekilde karar verilmiş olması isabetsizdir...” Yargıtay 1. HD., E. 2013/364, K. 2013/4363, T. 27.3.2013, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

²⁴ Atalı, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1988, 1993; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 440.

²⁵ “...Mahkemece, elatmanın önlenmesi ve kal davasının kabulü ile; davalının, dava konusu 11984 parsel sayılı taşınmaz üzerindeki fen bilirkişisi rapor ve krokisinde kırmızıya boyalı olarak gösterilen pencerenin duvar örülerek kapatılması suretiyle aynı yerde kain 13591 parselde yapmış olduğu müdahalesinin men'ine, rapora ekli krokide kahverengiye boyalı olarak gösterilen sarmaşık ağacının kal'ine, yine krokide kahverengiye boyalı olarak gösterilen su borusunun zemine kadar indirilmesi suretiyle müdahalesinin men'ine karar verilmiştir.Karar, davalı tarafından süresinde

sağlanabilmesi için taraflara tanınmış hak ve yüklenmiş borçlara açıkça yer verilmelidir. Özellikle yapılan müdahalenin nasıl giderileceği kararda belirtilmelidir²⁶. Böylelikle hüküm icra edilmeye de uygun olur. Aksi takdirde hüküm icra edilebilecek açıklıkta olmaz²⁷. Ayrıca belirtilmesi gerekir ki hüküm fıkrasının gerekçeye uygun olması gerekir. Gerekçeye aykırı karar verilemeyeceği gibi gerekçelendirilmemiş bir karar da verilemez²⁸.

temyiz edilmiştir... Yine sarmaşık ağacıyla ilgili olarak da, davacı taşınmazına zarar vermesini engelleyecek şekilde ne gibi önlemler alınabileceği hususunda araştırma yapılmaksızın kal kararı verilmesi de doğru görülmemiştir... Yargıtay 8. HD., E. 2018/8970, K. 2018/14722, T. 2.7.2018, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

²⁶ “...Bu durumda mahkemece, ziraat bilirkişisinden ek rapor alınmak suretiyle, gerekirse mahallinde uzman bilirkişiler eşliğinde yeniden keşif yapılarak, taraflara ait taşınmazların ortak sınırında bulunan davaya konu ağaçların ayrı ayrı numaralandırılması, davalıya ait 36 No’lu parsel içerisinde bulunan ağaçların davacıya ait 37 No’lu parsel açısından herhangi bir zarar oluşturup oluşturmadığının da net bir şekilde belirlendikten sonra zararın giderilmesi amacıyla hangi numaralı ağaç için ne tür bir tedbir alınması gerektiğinin açık bir biçimde tespit edilmesi ve daha sonra oluşacak sonuca göre infaza elverişli şekilde bir hüküm kurulması gerekirken, eksik incelemeye dayalı olarak salt davacıya ait 46 No’lu parsel yönünden davanın kabulü ile davalıya ait 34 No’lu parsel içerisindeki bir kısım ağaçların dallarının kesilmesi suretiyle infazda tereddüt yaratacak şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş; bu nedenlerle hükmün bozulması gerekmiştir...” Yargıtay 14. HD., E. 2016/17224, K. 2020/5735, T. 1.10.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021. Karar, komşuluk hukukundan kaynaklan bir müdahale olsa da müdahalenin giderim biçiminin açıkça tespit edilmesi gerekliliğinin tespiti bakımından elatmanın önlenmesi davası bakımından da dikkate alınabilir.

²⁷ Kuru, **Usul C. 3**, s. 3060. “...Şöyle ki; fen bilirkişisi tarafından hazırlanan rapora göre davalıya ait binanın ikinci katında imalat hatası nedeniyle "A" harfi ile gösterilen bölümün izdüşümsel olarak 5-10 cm arasında davacının taşınmazına tecavüzün saptandığı, fakat duvarın hangi kısımlarının ne kadar tecavüzlü olduğunun belirlenmediği görülmektedir. Bu durumda yıkımı gereken bölümün infaza elverişli olacak şekilde raporda gösterildiği söylemek mümkün değildir. Hal böyle olunca, yerinde keşif yapılarak davacının kayden maliki olduğu çekişmeli taşınmaza, davalının duvar örmek suretiyle hangi kısımlara elattığının duraksamaya yol açmayacak şekilde saptanması, bu konuda fen ve inşaat bilirkişilerden rapor ve kroki alınması sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, noksan soruşturmayla yetinilerek yazılı şekilde karar verilmiş olması doğru değildir...” Yargıtay 1. HD., E. 2013/20971, K. 2014/10674, T. 29.5.2014, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; “...Somut olayda; mahkemece davalının dereye yaptığı müdahalenin meni’ne, derenin davacının taşınmazından geçmediğinin tespitine ve derenin eski haline iadesine karar verilmiş ise de hükme esas alınan bilirkişi raporlarında zararın nasıl giderileceği ve derenin eskiden beri nereden aktığı tam olarak belirlenmemiştir. Bu durumda mahkemece seçilecek jeoloji, ziraat, ve fen bilirkişilerden oluşacak bilirkişi kurulu aracılığı ile taşınmazlar başında keşif yapılarak yukarıda değinilen komşuluk hukuku ilkeleri yönünden inceleme yapıp, asıl ve birleştirilen davanın taraflarınca inşa edilen duvarların verdiği zararın giderilmesi için alınması gereken önlemlerin neler olduğu konusunda yeniden bilirkişi kurulu görüşüne başvurulup (HMK m.266), denetim ve infaza elverişli ayrıntılı rapor alınarak (HMK m.279), sonucuna göre bir karar vermek gerekirken uyuşmazlığı çözümsüz bırakacak şekilde infaza elverişli olmayan bir karar verilmiş olması doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulması gerekmiştir...” Yargıtay 14. HD., E. 2014/3297, K. 2014/4370, T. 2.4.2014, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021. Aynı yönde bkz.: Yargıtay 14. HD., E. 2007/16317, K. 2008/493, T. 28.01.2008, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

²⁸ “...Bu hükümler yargıda açıklık ve netlik prensibinin gereği ve kamu düzeni ile ilgili olup yasanın aradığı anlamda oluşturulacak kısa ve gerekçeli kararların hüküm fıkralarının açık, anlaşılır,

Hüküm fıkrasında taleplerden her biri hakkında verilen hüküm gösterilmelidir. (HMK m. 297/f. 2). Bu sebeple reddedilen talepler varsa bunların da açıkça gösterilmesi gerekir. Hakkında bir karar verilmeyen veya karar verilip de müdahalenin nasıl giderileceğini gösterilmeyen talepler hakkında tavzih (HMK m. 305) yoluna da başvurulamamalıdır. Zira bu durumdaki talepler için tavzih yoluna başvurulması taraflara tanınan hak ve yüklenen borçların genişletilmesi, değiştirilmesi anlamı gelir. Bu sebeple hakkında karar verilmesi unutulmuş bir talep tavzih aracılığıyla hükmeye eklenemez²⁹. Hakkında hüküm verilmeyen bir talep olması veya müdahalenin nasıl giderileceğinin hiç belirtilmediği durumlarda, kanaatimizce, 7251 sayılı Kanunla eklenen hükmün tamamlanması (HMK m. 305/A) yoluna başvurulabilir³⁰. Taraflardan her biri yargılamada ileri sürülmesine rağmen hakkında karar verilmeyen hususlarda ek karar verilmesini isteyerek bu eksikliğin giderilmesi talep edebilmelidir. Böylelikle belirtilen hususlardaki eksiklik kanun yoluna başvuru veya yeni dava açılması yolu ile değil de bizzat mahkeme tarafından daha hızlı ve daha az emekle, masrafla tamamlanır³¹.

Hâkimin bir yandan bütün talepler hakkında karar vermesi gerekirken diğer yandan da talep edilmeyen hususlar hakkında karar vermemesi gerekir. Zira elatmanın önlenmesi davasında taleple bağıllık kuralı (HMK m. 26) geçerlidir. Buna uygun

çelişkisiz, uygulanabilir olmasının gerekliliği kadar, kararın gerekçesinin de sonucu ile tam bir uyum içinde, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuyla yer vermeyecek açıklıkta olması zorunludur. Yargıtayın hukuka uygunluk denetimi yapabilmesi için de ortada usulüne uygun şekilde oluşturulmuş bir hüküm bulunması gerektiği açıktır. Somut olayda, Mahkeme gerekçesinde, eldeki dava ile ilgisi olmayan ve dosya kapsamında da bulunmayan bilirkişi raporlarına, bozma ilamına ve ilgisiz taraf işlemlerine (ıslah gibi) yer verildiği anlaşılmıştır. Bu durumda, Mahkemece yukarıda açıklanan yasa hükümlerine ve içtihada uygun şekilde, kendi içinde tutarlı, maddi olaya ve talebe uygun, denetime elverişli gerekçeli karar oluşturulduğunu söyleyebilme olanağı olmadığından hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir...” Yargıtay 8. HD., E. 2018/8031, K. 2021/246, T. 19.1.2021, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

²⁹ Tolga Akkaya, “*Medeni Usûl Hukukunda Hükmün (Nihai Kararların) Tamamlanması*”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 25, S. 1, 2021, sa. 19-60, s. 30; Atalı, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 2005; Kuru, **Usul C. 5**, s. 5286; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 914; Kuru, **Usul El Kitabı C. II**, s. 1581, 1584, 1585; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 444; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 570, 571; Karşlı, **a.g.e.**, s. 706; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 591.

³⁰ Hükmün tamamlanmasının zaman bakımından uygulanması hakkında bkz.: Akkaya, **a.g.m.**, s. 21 vdm.; Derya Belgin Güneş, “*Medeni Usûl Hukukunda Hükmün Tamamlanması (HMK m. 305/A)*”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 1, 2021, sa. 313-328, s. 327.

³¹ Akkaya, **a.g.m.**, s. 21; Belgin Güneş, **a.g.m.**, s. 328.

olarak elatmanın önlenmesi davasında da talep edilenden başka bir şeye³² veya talep edilenden fazlasına³³ karar verilemez.

Bu başlıkta son olarak hükümde yargılama giderlerine de yer verilmesi gerektiği belirtilmelidir. Yargılama giderleri hakkında hüküm verilebilmesi için talep olması gerekmez; hâkim re'sen yargılama giderlerine hükmeder (HMK m. 332/f. 1). Yargılama giderlerinin kapsamı ise HMK m. 323'te düzenlenmiştir. Bu giderler harçlardan ve yargılamada yapılan diğer giderlerden oluşur. Yargılamada ilk olarak davanın başında davacıdan başvuru harcı alınır. Başvuru harcı görevli mahkemeye göre belirlenir. Elatmanın önlenmesi davası için görevli olan asliye hukuk mahkemelerinde başvuru harcı 2021 yılı için 59,30 Türk Lirasıdır³⁴. Başvuru harcı davanın başında davacıdan peşin olarak alınır (Harçlar Kanunu m. 27). Dava sonunda ise aleyhine hüküm verilen taraf başvuru harcına katlanır.

³² “...Olayları anlatmak taraflara, hukuki nitelendirmeyi yapmak ise, 1086 sayılı HUMK'un 74, 75 ve 76. maddeleri (HMK'nin 25, 26, 31 ve 33. maddeleri) gereğince, Hakime aittir. Ancak, 1086 sayılı HUMK'un 74. (6100 sayılı HMK'nin 26.) maddesine göre; hakim tarafların talep sonuçları ile bağlıdır, ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez, duruma göre talep sonucundan daha azına karar verebilir. Talepten fazlaya karar verilebilmesi ancak davalının muvafakatiyle mümkündür (HMK mad.141/2). Somut olayda, mahkemece, temyize konu kararda, taşınmazın kararın kesinleşmesinden sonraki 1. Periyotta ilk 4 yıl davacı tarafından sonraki 6 yıl davalı tarafından, 2. Periyotta ilk 6 yıl davacı tarafından sonraki 4 yıl davalı tarafından idare edilmek suretiyle kullanılmasına, bu periyodun taşınmaz malikliği süresince devamına karar verilmiş ise de, bu görüşe katılma olanağı bulunmamaktadır. Şöyle ki, davacı vekili, dava dilekçesinde, dava konusu taşınmaza ilişkin olarak, TMK'nin 693/2 maddesi uyarınca, taşınmazın kullanım şeklinin belirlenmesine yönelik herhangi bir talepte bulunmamıştır...Bu durumda, davacının dava dilekçesinde ve yargılama aşamasında, dava konusu yerlere ilişkin sadece el atma ve ecrimisil talep ettiği, mahkemeden taşınmazın yararlanma ve kullanım şekline ilişkin bir talepte bulunmadığı, kaldı ki, davacı vekili dosya içerisinde bulunan 03.02.2010 tarihli beyan dilekçesinde de, taşınmazın kullanım şeklinin belirlenmesine ilişkin bir taleplerinin olmadığını da belirtmesi karşısında, mahkemece taşınmazın kullanım biçiminin belirlenmesine ilişkin hükmün doğru olduğunu söyleyebilme olanağı yoktur. Ne var ki, bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden hükmün HUMK'un 438/7. maddesi (HMK mad. 370) uyarınca aşağıdaki şekilde düzeltilerek onanması yoluna gidilmiştir...” Yargıtay 8. HD., E. 2018/16127, K. 2019/4161, T. 16.4.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021. Benzer yönde bkz.: Yargıtay 8. HD., E. 2018/7652, K. 2020/8153, T. 10.12.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

³³ “...Ayrıca bilindiği üzere; taleple bağlılık ilkesini düzenleyen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 26. maddesi; “Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir. (2) Hâkimin, tarafların talebiyle bağlı olmadığına ilişkin kanun hükümleri saklıdır.” şeklindedir. Somut olayda; dava dilekçesinde tel örgüyle ilgili bir talep olmadığına göre, mahkemece tel örgünün kal'ine karar verilmesi de doğru görülmüştür...” Yargıtay 8. HD., E. 2018/5671, K. 2020/4863, T. 7.9.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021. Komşuluk hukukundan kaynaklanan elatmanın önlenmesi davası için aynı yönde karar için bkz.: Yargıtay 14. HD., E. 2008/56, K. 2008/1459, T. 11.02.2008, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

³⁴ 1 Sayılı Tarife. 29.12.2020 tarihli 31349 sayılı (mükerrer) Resmî Gazete.

Diğer bir harç olan karar ve ilâm harcı ise davanın niteliğine göre maktu veya nispî olarak alınır. Dava konusu değerinin para veya para ile ölçülebilir olduğu hallerde, davanın kabulüne karar verilirse, karar ve ilâm harcı nispî olarak alınır. Elatmanın önlenmesi davasında da dava konusu değerinin müdahalede bulunulan taşınmazın değerine göre, taşınmazın bir kısmına el atılması halinde bu kısma göre belirleneceği; ayrıca tazminat, ecrimisil talepleri varsa bunların da dava konusu değerine dahil edilmesi gerektiği yukarıda³⁵ ifade edildi. Bu durumda para ile ölçülebilen dava konusu değerine haiz olan elatmanın önlenmesi davasında, davanın kabulüne karar verilirse, karar ve ilâm harcı nispî olarak alınır. Nispî harç miktarı ise 2021 yılı için dava konusu değerinin binde 68,31'idir³⁶. Bu miktarın 1/4'ü davanın başında davacıdan peşin olarak alınır; geri kalanı kararın tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde ödenir (Harçlar Kanunu m. 28). Dava sonunda ise aleyhine hüküm verilen karar ve ilâm harcına katlanır. Konu bütünlüğünün sağlanması açısından davanın reddi halinde karar ve ilâm harcının maktu olarak alınacağı bu başlık altında belirtilmesinde fayda vardır. Peşin alınan nispî harç, maktu harçtan fazla olursa fazla kısım iade olunur; eksik olursa eksik kısım tamamlanır.

Taraf ve vekilleri mazeretsiz olarak celsenin ertelenmesine sebep olmuşlarsa, dava sonunda celsenin ertelenmesine sebep olanın sorumlu olacağı, celse harcı alınır. Elatmanın önlenmesi davası nispî harca tabi olduğundan celse harcı da nispî olarak 2021 yılı için dava konusu değerinin binde 2,27'si olarak alınır³⁷.

Yargılama giderleri ise harçlar dışında kalan ve yerine getirilmesi için ayrı bir gider gerektiren talepler için yapılması zorunlu olan giderleri ifade eder³⁸. Bu giderler gider avansı, delil avansı ve kanunî vekâlet ücretini kapsar.

³⁵ Bkz.: Birinci Bölüm, III, B. Ayrıca belirtilmesi gerekir ki hükmün icrasına yönelik masrafların dava konusu değerine dahil edilmemesi gerekir. "...Somut olayda; dosya kapsamındaki 08.04.2014 tarihli fen, inşaat ve ziraat bilirkişilerinden oluşan heyetçe düzenlenen rapora göre; el atılan yerin değeri 6.156,15 TL olduğu anlaşılmakla, bu miktar üzerinden karar ve ilam harcının hesaplanması gerekirken, kal masraflarının da dava değerine dahil edilerek karar ve ilam harcının 14.756 TL üzerinden belirlenmesi doğru olmamıştır. Ancak anılan hususun düzeltilmesi yeniden yargılama yapılmasını zorunlu kılmadığından, mahkeme kararının düzeltilerek onanması uygun görülmüştür. (HUMK mad. 438/7, HMK mad. 370/2)..." Yargıtay 8. HD., E. 2018/8005, K. 2021/549, T. 27.1.2021, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

³⁶ 1 Sayılı Tarife.

³⁷ 1 Sayılı Tarife.

³⁸ Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 683.

Gider avansı her türlü tebligat ücreti, dosyanın bölge adliye mahkemesi ve Yargıtaya gidiş dönüş ücreti ile diğer posta ücretleri gibi giderleri kapsar. Gider avansının miktarı her yıl Adalet Bakanlığınca çıkarılacak gider avansı tarifesine göre belirlenir. Delil avansı ise tarafların ikamesini talep ettikleri deliller için mahkemece belirlenen ve önceden yatırılması gereken giderdir. Taraflardan her biri ikamesini talep ettiği delil için mahkemece belirlenen avansı, verilen kesin süre içinde yatırmak zorundadır. Taraflar birlikte aynı delilin ikamesini talep etmişlerse, gereken gideri yarı yarıya avans olarak öderler (HMK m. 324/f. 1). Kanunî vekalet ücreti ise avukat ile takip edilen işlerde davada haksız çıkan taraf aleyhine Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre hükmedilen vekâlet ücretidir.

Yargılama giderleri, tutarı, hangi tarafa ve hangi oranda yükletildiği ve dökümü hüküm altında gösterilir (HMK m. 332/f. 2). Hükümden sonra ödenecek yargılama giderleri de aynı şekilde ilâm altında gösterilir (HMK m. 332/f. 2). Yukarıda belirtilen yargılama giderlerinden kural olarak aleyhine hüküm verilen taraf sorumludur (HMK m. 326/f. 1). Ancak celse harcından davada haksız çıkan değil mazeretsiz olarak celsenin ertelenmesine sebep olan taraf sorumlu olur. Elatmanın önlenmesi davasında da yargılama giderlerinden sorumluluk bu kurallar çerçevesinde hükümde açık olarak gösterilmelidir. Davalının kabulü halinde davalı haksız çıkacağından yargılama giderlerinden de kural olarak davalının sorumlu olduğu kararlaştırılmalıdır.

B. Davanın Reddi

Davanın, davacının aleyhine olacak şekilde sonuçlanması halinde davanın reddinden bahsedilir. Davanın reddine usûle ilişkin sebeplerle veya esasa ilişkin sebeplerle karar verilebilir. Usûl hukukuna dair bir eksiklikten kaynaklanan bir nedenle davanın reddine karar verildiğinde bu, usûle ilişkin nihai karar olarak isimlendirilir³⁹. Bu kararlar şeklî anlamda kesinleşebilir ancak maddî anlamda kesinleşmeye elverişli değildir⁴⁰. Diğer bir deyişle uyumsuzluğun esası hakkında maddî

³⁹ Kuru, **Usul C. 3**, s. 3014; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 554.

⁴⁰ Meriç, **a.g.m.**, s. 387; Yılmaz, **Şerh C. 4**, s. 4463; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 554; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 1118; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku II**, s. 112; Ulukapı, **Usûl**, s. 415.

anlamda kesin hüküm oluşmaz. Bu sebeple usûlî eksiklik tamamlandıktan sonra aynı dava tekrar açılabilir.

Davanın reddine esasa dair sebeplerle de karar verilebilir. Elatmanın önlenmesi davasında ileri sürülen esasa dair bu savunmalar karşısında, davacının elatmanın önlenmesi davası açmasına imkân veren bir hakkı olmadığını tespitiyle veya hakkı olmasına rağmen müdahaleye katlanması gerektiği sebebiyle elatmanın önlenmesi davası esasa dair gerekçelerle reddedilebilir. Verilen bu karar hâkimin dosyadan el çekmesine neden olacağı için nihai karardır ve esasa ilişkin olduğu için hüküm olarak anılır⁴¹. Usûle ilişkin nihai kararların aksine hüküm, hem şeklî anlamda hem de maddî anlamda kesinleşir⁴². Bu sebeple de aynı dava tekrar açılmaz.

Davanın reddi kararında davalı bir şeye yapmaya veya yapmamaya mahkum edilmez. Aksine davacının esasa ilişkin haklı olmadığı tespit edilerek davacının aleyhine hüküm verilir. Bu sebeple davanın reddi kararları tespit hükmü niteliğindedir⁴³. Davanın hangi nedenle reddedildiği ise hükmün gerekçesinden anlaşılabilir. Davanın kabulü kararlarında olduğu gibi davanın reddi kararları da gerekçeli olmalıdır. Mahkeme delilleri değerlendirerek hangi nedenle iddia edilen hakkın varlığına dair kanaat oluşturmadığını açıklamalıdır. Böylelikle davacının hakka sahip olmadığı nedeniyle mi yoksa müdahaleye katlanmakla yükümlü olması sebebiyle mi yahut müdahalenin sona ermiş olması sebebiyle mi davanın reddedildiği anlaşılabilir.

Davanın reddi kararlarında da yargılama giderlerine resen karar verilir. Davanın reddi halinde davacının iddia ettiği hakkın olmadığı tespit edilerek onun aleyhine hüküm kurulacağından kural olarak yargılama giderlerine de davacı katlanmalıdır.

Davanın konusuz kalması halinde, hüküm niteliğindeki davanın reddine değil nihaî karar olan “*davanın esası hakkında karar verilmesine gerek olmadığına*” karar verilmelidir⁴⁴. Örnek olarak dava sırasında taşınmaza yapılan müdahaleye son verilirse

⁴¹ Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 554.

⁴² Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 555.

⁴³ Kuru, **Usul C. 3**, s. 3011; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 555.

⁴⁴ Kuru, **Usul C. 3**, s. 3021, 3022, 3023; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 882; Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 746; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 555; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 484; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 452; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 642.

elatmanın önlenmesi talebi için karar verilmesine gerek olmadığına karar verilmelidir⁴⁵. Diğer talepler için ise incelemeye devam edilerek onların hakkında karar verilmesi gerekir. Örnek olarak elatmanın önlenmesi davasıyla birlikte görülen ecrimisil talebinin bulunması halinde bu talep için yargılamaya devam edilip hakkında karar verilmesi gerekir⁴⁶.

III. Elatmanın Önlenmesi Davasında Kesin Hüküm

A. Şeklî Anlamda Kesin Hüküm

İlk derece mahkemesinin esasa dair vereceği nihaî karar hükümdür. Ancak bu hüküm kural olarak verildiği anda kesin değildir. Yargılamada yapılabilecek hataların önüne geçebilmek için ilk derece mahkemelerinin verdikleri kararların kontrol ve denetimi sağlanmalıdır. Bu amaçla ilk derece mahkemelerinde verilen kararlar kural olarak istinaf ve temyiz incelemesinden geçer⁴⁷. İlk derecenin verdiği kararda gerçekten bir hata varsa kanun yollarında bu hata giderilerek iddia edilen sübjektif hakka ulaşılması sağlanır. İlk derece kararında bir hata olmadığı hallerde ise kanun yollarında yapılan inceleme tarafların hükme ikna olmalarını, hükmün doğruluğuna kanaat getirmelerini sağlar. Böylelikle hükmün yerine getirilmesi kolaylaşır. Zira hükmün yerindeliğine inanılması halinde tarafın gönüllü olarak hükmün gereğini yerine getirilmesi daha olasıdır.

Belirtilen nedenlerle hükmün kanun yolları incelemesinden geçirilmesi yerindedir. Ancak bu inceleme ilelebet sürdürülemez. Zira tarafların hukukî durumunun kesin olarak belirlenmesi gerekir. Aksi takdirde davacı lehine olan hüküm, davalı tarafından sürekli kanun yoluna başvurularak yerine getirilmesi engellenir. Davalı lehine olan hüküm de davacı tarafından kanun yolu denetimine götürülerek davalı sürekli baskı altında tutulur. Bu durumun engellenmesi ve hukuk barışının korunması için hükmün kesinleşmesi kurumu mevcuttur⁴⁸. Bazı kararlar verildiği anda

⁴⁵ Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 1**, s. 45; Kuru, **Usul C. 3**, s. 3017; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 884; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 484; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 452, 453; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 642.

⁴⁶ Kuru, **Usul C. 3**, s. 3026.

⁴⁷ Ramazan Arslan, “*Kesin Hüküm İhtiyacı ve Yanılma Gerçeği*”, **Ankara Barosu Dergisi**, C. 45, S. 5-6, 1988, sa. 722-737, s. 735 (Kısaca Kesin Hüküm).

⁴⁸ Gürdoğan, **a.g.e.**, s. 16, 17; Arslan, **Kesin Hüküm**, s. 722.

bazı kararlar da sınırlı sayıda olan kanun yolu incelemesinden sonra kesinleşir. Diğer bir deyişle ilk derece mahkemesi kararı olağan kanun yollarında incelenemez, değiştirilemez ve böylelikle yargı süreci sonlandırılarak tarafların haklılık durumu kesin olarak ortaya koyulur⁴⁹. Bu durum şekli anlamda kesin hüküm olarak ifade edilir. Şekli anlamda kesinliğin ardından maddi anlamda kesinleşen hüküm adli gerçekliği ifade eder⁵⁰.

Elatmanın önlenmesi davasında verilen hüküm de kanun yolu denetimine açık olduğundan kanun yoluna süresinde başvurulmadığında veya kanun yolundan açıkça feragat edildiğinde ya da son olarak kanun yolları tüketildiğinde hüküm şekli anlamda kesinleşir. Bu hüküm için artık olağan kanun yollarına başvurulamaz. Tarafların haklılık durumları ve buna binaen hak ve yükümlükleri hükümde belirtilen şekilde kesin hükme bağlanmış olur.

B. Maddi Anlamda Kesin Hüküm

1. Genel Olarak Maddi Anlamda Kesin Hüküm

Hükümün şekli anlamda kesinleşmesi ile ilgili hüküm, olağan kanun yollarından geçerek değiştirilemeyecek hale gelir. Tarafların haklılık durumu, hak ve borçları kesin olarak ortaya koyulur. Ancak kesin olarak belirlenmiş bu haklılık durumunun korunması, hukuki olarak varlığını devam ettirmesi gerekir. Ne hükmü veren mahkeme tarafından ne de başka bir mahkeme tarafından aynı dava hakkında farklı bir karar verilememesi gerekir. Aksi takdirde birbiriyle çelişen hükümlerle tarafların belirlenmiş olan hak ve borçları ortadan kaldırılır. Hükümün varlığını koruması, aynı dava hakkında başka bir hüküm verilmemesi maddi anlamda kesin hüküm ile sağlanır⁵¹.

⁴⁹ Gürdoğan, **a.g.e.**, s. 13, 25; Özkaya-Ferendeci, **a.g.e.**, s. 1, 2; Hamide Özden Özkaya-Ferendeci, “*Kesin Hükümün Zaman İtibariyle Sınırları*”, **Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan**, İstanbul, Alkım Yayınları, 2007, sa. 183-195, s. 183 (Kısaca Kesin Hükümün Zaman İtibariyle Sınırları); Atalı, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 2056; Kuru, **Usul El Kitabı C. II**, s. 1479; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 456.

⁵⁰ Derya Belgin Güneş, **Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Bakımından Etkileri**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 115; Atalı, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 2055; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 455; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku II**, s. 111.

⁵¹ Gürdoğan, **a.g.e.**, s. 17, 29, 30; Meriç, **a.g.m.**, s. 402; Mine Akkan, “*Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükümün Delil Niteliği*”, **Dokuz Eylül Üniversitesi**

Maddî anlamda kesin hüküm, aynı davanın tekrar görülememesini ve aynı uyuşmazlık için daha sonradan açılan davalarda hükmün bağlayıcı olmasını ifade eder⁵². Böylelikle maddî anlamda kesinleşen hükme konu olan uyuşmazlık için tekrar dava açılmaz.

Kesin hüküm oluşabilmesi için davaların aynı olması gerekir. Davaların aynı olması için de her iki davanın taraflarının, dava sebebinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir (HMK m. 303/f. 1). İlk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davanın talep sonucunun aynı olması doktrinde, dava konularının aynı olması olarak ifade edilmektedir. Çalışmamızda da bu ifade kullanılmıştır. Kesin hükmün varlığını ortaya koyabilmek için taraf, sebep ve konu unsurlarının incelenmesi gerekir. İncelemeye başlamadan önce belirtmek gerekir ki elatmanın önlenmesi davası bağlamında her bir unsur ayrı ayrı incelenecek ve kesin hüküm etkisi oluşur/oluşmaz biçiminde değerlendirme yapılacaktır. Ancak kesin hüküm etkisinin oluşabilmesi için taraf, sebep ve konu unsurlarının üçünün birlikte aynı olması gerektiği unutulmamalıdır.

2. Kesin Hükümün Unsurları

a. Tarafların Aynı Olması

Kesin hüküm etkisinin oluşabilmesi için ilk olarak iki davanın taraflarının aynı olması gerekir (HMK m. 303/f. 1). Davada verilen hüküm kural olarak yalnızca tarafları için kesin hüküm teşkil eder. Zira bir yargılamada mahkeme önüne getirilen uyuşmazlık tarafları arasında çözülür. Üçüncü kişilerin bu davada iddia ve savunmada bulunmaları mümkün olmadığı için kural olarak kesin hüküm etkisi bu kişiler için oluşmaz⁵³. Aksi halde davada iddia ve savunma ileri süremeyen kişiler hakkında kesin

Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. Özel Sayı (Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan), 2009, sa. 3-61, s. 4 vdm.; Belgin Güneş, **a.g.e.**, s. 116, 117.

⁵² Meriç, **a.g.m.**, s. 398, 399; Arslan, **Kesin Hüküm**, s. 725, 726; Arwed Bloomeyer, “*Kesin Hüküm Tesiri ve Sınırları*”, Çev. İrfan Yazman, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 25, S. 3-4, 1968, sa. 225-238, s. 225; Özkaya-Ferendeci, **a.g.e.**, s. 3, 4; Özkaya-Ferendeci, **Kesin Hüküm Zaman İtibariyle Sınırları**, s. 183, 184; Simil, **a.g.e.**, s. 18; Atalı, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 2057; Kuru, **Usul El Kitabı C. II**, s. 1487; Yılmaz, **Şerh C. 4**, s. 4428; Pekcanıtez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 456; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 563.

⁵³ Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 15.

hüküm oluşturulması hukukî dinlenilme hakkını ihlal eder⁵⁴. Bu sebeple kesin hüküm etkisi kural olarak taraflar arasında oluşur. Ancak tarafların davadaki konumları kesin hüküm açısından önemli değildir. Tarafların davacı-davalı konumları değişse de ikinci davada kesin hüküm itirazı ileri sürülebilir⁵⁵.

Elatmanın önlenmesi davasında verilen hüküm de buna uygun olarak taraflar arasında kesin hüküm teşkil eder. Tarafların değişmesi halinde kesin hüküm varlığından bahsedilemez⁵⁶.

Kesin hüküm kural olarak davadaki taraflar arasında geçerli olur. Bu kişiler haricinde Kanun açıkça küllî ve cüzî halefler hakkında da kesin hüküm etkisinin oluşacağını kabul etmiştir (HMK m. 303/f. 3, 4). Cüzî haleflerin kesin hüküm etkisine dahil olabilmesi için hükmün kesinleşmesinden sonra dava konusu şeyin mülkiyetinin, Türk Medenî Kanunu'nun iyiniyetle mal edinmeye ait hükümleri saklı kalmak kaydıyla⁵⁷, dava taraflarından devralınması veya sınırlı aynî hak kazanılması gerekir (HMK m. 303/f. 4). Henüz dava görülürken dava konusu devredilirse buna ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir⁵⁸. Aksi takdirde kesin hüküm, dava devam ederken

⁵⁴ İyilikli, **a.g.e.**, s. 405; Akkan, **a.g.m.**, s. 21; Atalı, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 2063; Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 753; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 459.

⁵⁵ Gürdoğan, **a.g.e.**, s. 86, 87; İyilikli, **a.g.e.**, s. 307; Arslan, **Kesin Hüküm**, s. 726; Saim Üstündağ, “*Kesin Hükmün Hukukî Haleflere Etkisi*”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 35, S. 8-9-10, 1961, sa. 227-235, s. 227; Mert Namlı, **Türk ve Fransız Medenî Usûl Hukuku’nda Yargılamanın Yenilenmesi**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2014, s. 220 (Kısaca Yargılamanın Yenilenmesi); Belgin Güneş, **a.g.e.**, s. 121; Atalı, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 2063; Kuru, **Usul C. 5**, s. 5020; Üstündağ, **Usul**, s. 696; Yılmaz, **Şerh C. 4**, s. 4432; Bilge, Önen, **a.g.e.**, s. 690; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 459; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 564; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 701; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 661; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku II**, s. 122; Karşlı, **a.g.e.**, s. 574; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 640; Muşul, **Usul**, s. 484; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 558; Köroğlu, **a.g.e.**, s. 272, 273.

⁵⁶ “...Somut olayda; dosya içerisinde bulunan ... Asliye Hukuk Mahkemesinin 2008/67 Esas, 2008/194 Karar sayılı dosyası incelendiğinde, davacının ... , davalıların ... , ... ve ... davanın ise suya elatmanın önlenmesi davası olduğu, mahkemece davanın reddine karar verildiği ve bu kararın Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin denetiminden geçerek 21.04.2009 tarihinde kesinleştiği anlaşılmıştır. Ayrıca ... Asliye Hukuk Mahkemesinin 2014/647 Esas, 2016/21 Karar sayılı dosyası incelendiğinde davanın suya elatmanın önlenmesi ve eski hale iade davası, davacının ... , davalıların ise ..., ..., ..., ... ve ... olduğu her iki davanın taraflarının farklı olduğu görülmektedir. Bu durumda mahkemece işin esasının incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir...” Yargıtay 14. HD., E. 2016/11481, K. 2019/3389, T. 15.4.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

⁵⁷ Taşınmazı devralan üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmadığına bakılmaksızın kesin hüküm etkisi oluşacağı yönünde bkz.: Kurşun, **a.g.e.**, s. 234.

⁵⁸ Dava konusunun devri hakkında bkz.: İkinci Bölüm, VIII.

dava konusunu devralan kimseler hakkında etki oluşturmaz⁵⁹. Elatmanın önlenmesi davasında da hükmün kesinleşmesinden sonra taşınmazı devralan cüzî veya küllî halefler hakkında kesin hüküm etkisi oluşur.

Elatmanın önlenmesi davası açısından asıl incelenmesi gereken paylı mülkiyette ve elbirliği mülkiyette her bir malikin taşınmazın tamamına yönelik dava açma yetkisinin (TMK m. 693/f. 3 ve 702/f. 4) diğer malikler için kesin hüküm oluşturup oluşturmayacağıdır. Doktrinde bu yetki ile açılan davalardan hükmün lehe olması durumunda diğer paydaşların da yararlanacağı; hükmün aleyhe olması durumunda diğer paydaşları etkilemeyeceği savunulmuştur⁶⁰. Konuyu dava takip yetkisi açısından değerlendiren yazarlar ise ağırlıklı olarak dava takip yetkisinin türüne göre kesin hüküm etkisinin kabul edileceğini belirtmişlerdir. Bu görüşleri açıklamak için dava takip yetkisine kısaca değinmek gerekirse, bu yetki doktrinde davayı kendi adına

⁵⁹ Üstündağ, **a.g.m.**, s. 229; Kuru, **Usul C. 5**, s. 5029.

⁶⁰ Ağca Toplandı, **a.g.e.**, s. 85, 86, 94 vdm., 196. Yazara göre bölünemeyen ortak menfaatlerin korunmasına dair açılan davalar birbirleri için derdestlik ve kesin hüküm oluşturmaz. Birden çok malik bu korumayı birlikte de sağlayabilir. Bu durumda maliklerin arasında ihtiyarî dava arkadaşlığı ilişkisi oluşacağı belirtilmiştir. İhtiyarî dava arkadaşlığının hükümlerine göre de birden çok malikin kendi davası üzerinde tasarruf edebileceği, her dava için ayrı karar verilebileceği savunulmuştur. Ağca Toplandı, **a.g.e.**, s. 185 vdm. Ancak yazar aynı taşınmaz üzerinde aynı korumaya dair farklı hükümlerin nasıl icra edileceğine dair açıklama getirmemiştir. Örnek olarak bir malikin taşınmazın tamamına yapılan elatmanın önlenmesine dair açtığı davayı kaybettiğinde; diğer bir malik ise aynı müdahale için açtığı davayı kazandığında birbiri ile çatışan hükümlerin icrası kanaatimizce mümkün görünmemektedir. Bu noktada ilk olarak belirtilmesi gerekir ki malikler davanın başında hep birlikte açmayıp farklı zamanlarda dava açıyorsa katıldığımız görüşe göre derdestlik meydana gelmelidir (Dişel, **a.g.e.**, s. 199). Bu ihtimalde katıldığımız görüş belirtilen sakıncayı gidermeye muktedirdir. Şöyle ki açılan dava bir malik için sonuçlandığında diğer bir malik aynı uyumsuzluk için tekrar dava açamayacaktır veya henüz nihayete ermeyen davalar için derdestlik oluşacaktır. Bu durum hem kesin hükmün varlığını koruyarak ya da çelişen hükümler verilmesini engelleyerek hukuk güvenliğini sağlar hem de icrası kâbil olmayan hüküm verilmesini engeller. Dava açmayan maliklerin hukukî dinlenilme hakkının sağlanabilmesi için ise fer'î müdahil olarak davaya katılmaları sağlanabilir. Paylı maliklerin davanın başında birlikte dava açmaları halinde ise dava arkadaşı olarak birlikte davada yer alabilirler (Dişel, **a.g.e.**, s. 199). Bu ihtimalde dava arkadaşlığının kabul edilmesinin gerekçelerinden biri olan çelişen hüküm verilmemesinin ön planda tutulması gerekir. Ayrıca birbirinden bağımsız olan davalar için birinde davanın kabulüne karar verildiğinde diğer maliklerin davaları için konusuz kaldıkları gerekçesiyle karar verilmesine yer olmadığı yönünde karar verilmesi düşünülebilir. Lehe olan hükümden diğer paydaşların yararlanacağı; aleyhe olan hükümden etkilenmeyeceği yönündeki diğer görüşler için bkz.: Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 40; Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 1**, s. 36, 37; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 199, 266; Ergüne, **a.g.e.**, s. 41; Ayan, **Mülkiyet**, s. 167; Eren, **a.g.e.**, s. 113, 137; Kurşun, **a.g.e.**, s. 229; Kuru, **Usul C. 3**, s. 3388, 3389; Üstündağ, **Usul**, s. 703; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 121; Eroğlu, **a.g.e.**, s. 181. Elbirliği ile maliklerden birinin açtığı davanın olumlu sonuçlanması durumunda diğer malikler için de kesin hüküm oluşacağı yönünde bkz.: Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 102; İyilikli, **a.g.e.**, s. 327; Erişir, **Taraf Ehliyeti**, s. 94; Peksöz, **a.g.e.**, s. 255; Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 757, 758.

yürütebilme ve kendi adına hüküm alabilme yetkisi olarak tanımlanmıştır⁶¹. Bu yetkiye kimin sahip olduğu ise kural olarak maddî hukuktaki tasarruf yetkisine göre belirlenir. İstisnaî olarak da dava takip yetkisine kimin sahip olduğu kanunda açıkça düzenlenir (HMK m. 53).

Maddî hukuktaki tasarruf yetkisine göre belirlenen dava takip yetkisi “*bağımlı dava takip yetkisi*” olarak isimlendirilmiştir⁶². Bu dava takip yetkisinde, yetki maddî hukuk ilişkisinde tasarruf yetkisine sahip olan kişilerde olur. Bu kişi de kural olarak esas hakka sahip olan kişi olacağı için sıfat ile dava takip yetkisi aynı kişide olur. Böylelikle maddî hukuk ilişkisinin tarafı ile usûl hukuku ilişkisinin tarafları aynı kişi olur⁶³.

Dava takip yetkisinin diğer bir türü ise yetkinin maddî hukuk ilişkisine taraf olmayan kişilere ait olduğu “*bağımsız dava takip yetkisi*”dir⁶⁴. Bu dava takip türünde, yetkiye sahip olan kişi maddî hukuk ilişkisinin tarafı olmamasına rağmen davayı kendi adına yürüterek hüküm alabilir. Bu bağımsız dava takip yetkisi kanun tarafından sağlanmış olabilir. Kanundan doğan takip yetkisinde hak sahibinin dava takip yetkisi kaldırılarak üçüncü kişiye verilebilir. Bu durum “*zorunlu dava takip yetkisi*” olarak isimlendirilmiştir⁶⁵. Kanundan doğan takip yetkisinin diğer halinde ise maddî hukuk açısından hak sahibinin dava takip yetkisi kaldırılmaksızın üçüncü bir kişiye daha bu yetki verilir. Bu yetki hali “*paralel dava takip yetkisi*” olarak anılmıştır⁶⁶. Zorunlu dava

⁶¹ Dişel, **a.g.e.**, s. 16; Akil, **Dava Yetkinliği**, s. 2; Börü, **Kısaca Sıfat ve Dava Takip Yetkisi**, s. 258; Levent Börü, “*Medeni Usul Hukukunda Taraf Kavramı*”, **Legal Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, C. 8, S. 21, 2012, sa. 44-60, s. 50 (Kısaca Taraf Kavramı); Kale, **a.g.e.**, s. 24; Erişir, **Taraf Ehliyeti**, s. 71; Erdoğan, **a.g.m.**, s. 201; Pekcanitez, Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 593; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 330; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 149; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 227; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 269; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 559; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 251, 252; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 117; Budak, Karaaslan, **a.g.e.**, s. 111; Ulukapı, **Usûl**, s. 189.

⁶² Akil, **Dava Yetkinliği**, s. 2; Börü, **Sıfat ve Dava Takip Yetkisi**, s. 269; Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 24; Pekcanitez, Taş Korkmaz, **a.g.m.**, s. 935; Pekcanitez, Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 594; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 560.

⁶³ Erdönmez, **a.g.m.**, s. 99; Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 24; Pekcanitez, Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 594; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 560.

⁶⁴ Akil, **Dava Yetkinliği**, s. 2, 3; Börü, **Sıfat ve Dava Takip Yetkisi**, s. 269; Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 24; Pekcanitez, Taş Korkmaz, **a.g.m.**, s. 936; Pekcanitez, Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 596.

⁶⁵ Dişel, **a.g.e.**, s. 79, 80; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 228. “*Münhasır dava takip yetkisi*” olarak da ifade edilmiştir. Bu yönde bkz.: Dişel, **a.g.e.**, s. 79, 80.

⁶⁶ Dişel, **a.g.e.**, s. 80; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 228. “*Yarışan dava takip yetkisi*” olarak da ifade edilmiştir. Bu yönde bkz.: Dişel, **a.g.e.**, s. 80.

yetkisinin olduğu hallerde maddî hukuk açısından hak sahibi olan kişinin de kesin hükümle bağlı olacağı kabul edilirken; paralel dava takip yetkisinin olduğu hallerde bu kabul edilmemiştir⁶⁷.

Kanaatimizce de hükmün lehe ve aleyhe olmasına dair ayırım yapılmadan her bir paydaşın yine TMK m. 693/f. 3 ve 702/f. 4 hükümlerine dayanarak açacakları elatmanın önlenmesi davalarında tarafların aynı olması yönünden kesin hüküm etkisi oluşmalıdır⁶⁸.

Yukarıda⁶⁹ açıklandığı üzere TMK m. 693/f. 3 ve 702/f. 4 hükümleri, dava takip yetkisi tanıyarak tek bir malikin dava açmasını sağlar. Bu şekilde tek bir malikin açtığı davanın diğer paydaşların aynı hükme dayanarak açacağı davayla derdestlik oluşturacağı yukarıda⁷⁰ açıklandı. Kesin hüküm etkisi ile derdestlik arasında zamansal bir fark vardır. Derdestlik devam eden davalar için söz konusu olurken kesin hüküm ise hakkında hüküm verilip kesinleşmiş davalarda söz konusu olur. Bu sebeple yukarıda derdestlik oluşturacağına dair belirtilen gerekçeler burada kesin hükmün ortaya çıkması bakımından da geçerlidir.

Özetle, bir paylı ve elbirliği malikin taşınmazın tamamına yönelik yapılan saldırının bertaraf edilmesi için açacağı elatmanın önlenmesi davasında verilen ve kesinleşmiş olan hüküm, diğer paydaşların aynı düzenlemeye dayanarak açacakları dava bakımından kesin hüküm oluşturur. Zira her bir malik, taşınmazın tamamına yönelik koruma talep ederek diğer malikler lehine de koruma talep etmiş olur⁷¹. Nitekim dava açmayan malikler de sağlanan korumadan yararlanır. Davanın aleyhe

⁶⁷ Erişir, **Taraf Ehliyeti**, s. 82, 95; Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 100, 101; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 229; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 562; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku II**, s. 129, 130; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 120, 121. Ayırım yapılmadan hak sahibi için kesin hüküm etkisi oluşması gerektiği yönünde bkz.: Dişel, **a.g.e.**, s. 81, 188 vdm.; Kale, **a.g.e.**, s. 25. Karş.: Börü, **Sıfat ve Dava Takip Yetkisi**, s. 269, 270; Pekcanitez, Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 596; Kuru, **Usul C. 5**, s. 5019, 5025, 5026; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 269; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 252; Ulukapı, **Usûl**, s. 190.

⁶⁸ Dişel, **a.g.e.**, s. 289, 291 dpn. 133; Pekcanitez, Meriç, **a.g.e.**, s. 175.

⁶⁹ Bkz.: Birinci Bölüm, III, D, 1, b ve c.

⁷⁰ Bkz.: İkinci Bölüm, IV, B, 3, a.

⁷¹ Kesin hükmün yalnızca taraflar arasında geçerli olmasının gerekçelerinden biri de uyumsuzluğun yalnızca bu taraflar arasında çözülmesidir. Paylı malikler açısından konuya bakıldığında diğer malikler lehine de koruma talep edilmiş olması bu malikler ile müdahalede bulunan kişi arasında meydana gelen uyumsuzluğun çözüldüğü anlamına gelir. Bu sebeple dava takip yetkisi ile açılan davanın diğer malikler için kesin hüküm oluşturması, kesin hükmün taraflar arasında geçerli olmasına dair gerekçeye de uygundur. Dişel, **a.g.e.**, s. 197, 198.

sonuçlanması durumunda diğer maliklerin tekrar hukukî koruma talep edebilmesi, davalıyı aynı dava için tekrar yargılamaya muhatap kılmak anlamına gelir. Paylı veya elbirliği malik sayınca aynı davanın açılabilmesinin kabul edilmesi kendisine dava açılan aynı davalıyı davacılar karşısında zayıf konuma düşürür. Zira herhangi bir paydaş davayı kazandığında daha önce davayı kaybetmiş olan malikler de bundan yararlanır. Bu sebeple bir paydaş taşınmazın tamamı için elatmanın önlenmesi davası açıldığında bu davada elde edilen hüküm, diğer paydaşların taşınmazın tamamı için açacağı elatmanın önlenmesi davası açısından da kesin hüküm etkisi oluşturmalıdır. Aksi takdirde sağlanan koruma taşınmazın tamamına yönelik olacağından daha önce açtığı davayı kaybetmiş paylı mülkiyet hakkına sahip davacının aleyhine verilen hüküm anlamsızlaşır⁷²; hukuka duyulan güven zedelenir. Oysa maddî anlamda kesin hüküm oluşacağının kabul edilmesi aynı uyuşmazlığın tekrar tekrar mahkeme önüne gelmesini engelleyerek hem hukuk güvenliğini sağlar hem de usûl ekonomisine hizmet eder. Şöyle ki aynı uyuşmazlığın tekrar incelenmesi farklı yönde karar verme ihtimalini de beraberinde getirir. Bu durumun hukuk güvenliğini bozacağı şüphesizdir⁷³. Ayrıca kesin hükme bağlanmış uyuşmazlık için tekrar yargılama yapılması gereksiz emek, zaman ve para harcanmasına yol açarak usûl ekonomisine de aykırılık oluşturur.

TMK m. 693/f. 3 ve 702/f. 4 hükümlerinin tanıdığı dava takip yetkisi ile her bir malik şekli olarak farklı kişiler olsa da mülkiyet konusunu korumak için var olan aynı dava takip yetkisini kullanmaları onları aynı kişi haline getirir. Böylelikle kesin hüküm oluşması için gereken tarafların aynı olması gerekliliği sağlanmış olur⁷⁴.

Katıldığımız bu görüşün paylı mülkiyetin niteliğine dair kabul edilen görüşe de uygun olduğu kanaatindeyiz. Şöyle ki Türk hukukunda kabul edilen genel görüşe göre paylı mülkiyete konu eşya üzerinde bölünmemiş tek bir mülkiyet hakkı vardır. Bu

⁷² Dişel, **a.g.e.**, s. 197. Kesin hükmün üçüncü kişiye etki etmemesine ilişkin menfaatin çelişkili karar verilmemesi amacına nazaran üstün tutulması gerektiği yönünde bkz.: Akkan, **a.g.m.**, s. 28; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 559.

⁷³ Gürdoğan, **a.g.e.**, s. 30; İyilikli, **a.g.e.**, s. 39; Meriç, **a.g.m.**, s. 392; Arslan, **Kesin Hüküm**, s. 723, 724; Aşık, **a.g.e.**, s. 188; Atalı, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 2057; Kuru, **Usul El Kitabı C. II**, s. 1487; Yılmaz, **Şerh C. 4**, s. 4428, 4430; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 456, 455.

⁷⁴ Dişel, **a.g.e.**, s. 162, 201.

mülkiyet hakkına paydaşlar birlikte sahiptirler. Mülkiyet hakkı üzerindeki yetkiler, bölünebilir nitelikte ise paydaşlar payları oranında tek başına bu yetkileri kullanırlar. Bölünemeyen nitelikte olan yetkileri ise paydaşlar birlikte veya TMK m. 693/f. 3 hükmü sayesinde tek başlarına kullanırlar⁷⁵. Eşyanın bütününe yapılmış bir müdahale olması halinde bölünemeyen bir yetki olarak paylı malik eşyanın tamamı için yani eşyanın tamamı üzerindeki mülkiyet hakkına yönelik koruma talep eder. Davacı malik burada sadece kendi pay hakkı için değil bütün mülkiyet hakkı için koruma talep eder. Mülkiyet hakkı bu şekilde bir kere korunduğunda söz konusu hak için aynı müdahaleye karşı farklı bir paydaş tarafından tekrar koruma talep edilememesi gerekir. Aksi takdirde her malikin aynı eşya üzerinde ayrı mülkiyet hakkına sahip olduğu yönünde yorum yapılması gerekir.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki tarafı, konusu ve sebebinin üçünün birlikte, kesin hüküm elde edilen dava ile aynı olmayan yeni bir dava açıldığında kesin hükmün “güçlü delil” olacağı kabul edilmiştir⁷⁶. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda böyle bir delil türü kabul edilmemiştir. Kanun’a göre deliller takdirî ve kesin olarak ayrılır. Vakıanın varlığına ve doğruluğuna dair hâkimin takdir yetkisini kaldıran kesin delillere bu niteliği ancak kanun tarafından verilebilir⁷⁷. Haliyle kesin deliller kanunda kesin olduğu belirtilen delillerle sınırlıdır; bunlar haricinde kesin delil oluşturulamaz. Bu durumda güçlü delil olarak tabir edilen delillerin takdirî delil olduğu söylenebilir⁷⁸. Zira kesin delil dışında kalan deliller takdirî delil oluşturur⁷⁹. Kesin delillerin aksine takdirî deliller sınırlı sayıda da değildir. Nitekim HMK m. 192, kanunun belirli delillerle ispat mecburiyeti öngörmediği durumlarda, Kanunda düzenlenmemiş delillere de başvurulabileceğini açıkça öngörmüştür. Güçlü olarak ifade edilmesinin

⁷⁵ Arpacı, **Müşterek Mülkiyet**, s. 3; Kuşat, **a.g.e.**, s. 21 vdm.; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 346 dpn. 107; Eren, **a.g.e.**, s. 89, 90; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s. 213.

⁷⁶ Yılmaz, **Şerh C. 4**, s. 4466. Kesin hükmün taraflarının farklı olması halinde “*emsal karar*” olacağı yönünde bkz.: Meriç, **a.g.m.**, s. 393.

⁷⁷ Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 491.

⁷⁸ Recep Akcan, “*Yargıtay Kararlarında ‘Güçlü Delil’ Kavramının Hukuki Niteliği*”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 1-2, 2004, sa. 7-24, s. 23; İyilikli, **a.g.e.**, s. 568; Aşık, **a.g.e.**, s. 223; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 351.

⁷⁹ Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 492.

nedeni ise hâkimin kanaatini etkileyebilme kabiliyetinin yüksek olmasından kaynaklanır⁸⁰.

Farklı paydaşların açtıkları davaların birbirine etkisi konusunda, kesin hüküm etkisinin oluşmasının yerine takdirî delil oluşturduğu ifade edilen güçlü delilden yararlanılması gerektiği düşünülebilir⁸¹. Ancak, kanaatimizce, bu görüş yukarıda belirttiğimiz sakıncaları giderilebilecek nitelikte değildir. Nitekim hâkim, takdirî delilleri serbestçe değerlendirir. Haliyle her kararda olduğu gibi gerekçelerini ortaya koyarak güçlü delil olarak mahkemeye sunulan ilâmın aksine karar verebilir⁸². Bu durum da bir paylı malike karşı alınan kesin hükmü etkisiz hale getirir. Bu sebeple güçlü delilden yararlanılması değil aynı dava takip yetkisini kullanarak aynı hukukî korumayı talep eden paydaşlar için kesin hüküm etkisinin oluştuğunun kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz⁸³.

b. Sebeplerin Aynı Olması

Kesin hüküm etkisinin oluşabilmesi için davaların aynı olmasını sağlayan ikinci unsur dava sebeplerinin aynı olmasıdır. Dava sebebi ile kastedilen talep sonucunun dayandırıldığı vakılardır⁸⁴. Aynı taraflar arasında aynı talep sonucu ile açılan davaların vakıları aynı ise kesin hüküm etkisi oluşur ve ikinci davanın bu sebeple

⁸⁰ Akkan, **a.g.m.**, s. 38, 39; İyilikli, **a.g.e.**, s. 568; Aşık, **a.g.e.**, s. 223.

⁸¹ Kuru, **Usul C. 5**, s. 5090; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 710; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 668.

⁸² Akcan, **a.g.m.**, s. 24; Akkan, **a.g.m.**, s. 39.

⁸³ Kesin hüküm etkisinin maddî hukuk kuralları sebebiyle oluşacağı yönünde bkz.: Gürdoğan, **a.g.e.**, s. 85, 86.

⁸⁴ Gürdoğan, **a.g.e.**, s. 80, 81; İyilikli, **a.g.e.**, s. 222; Arslan, **Kesin Hüküm**, s. 729; Özkaya-Ferendeci, **a.g.e.**, s. 43; Namlı, **Yargılamanın Yenilenmesi**, s. 222; Belgin Güneş, **a.g.e.**, s. 121, 122; Atalı, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 2065; Kuru, **Usul C. 5**, s. 4996; Kuru, **Usul El Kitabı C. II**, s. 1490; Yılmaz, **Şerh C. 4**, s. 4441; Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 759; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 460; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 564; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 702; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 658; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku II**, s. 123; Karlı, **a.g.e.**, s. 574; Umar, **a.g.e.**, s. 882; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 561; Küçük, **a.g.e.**, s. 150.

usulden reddedilmesi gerekir⁸⁵. Ancak yeni vakıalara dayanarak açılan dava görülebilir⁸⁶.

Elatmanın önlenmesi davası açısından bakıldığında Yargıtay, elatmanın haksız eylem niteliğinde olduğundan müdahalenin devam ettiği sürece bu davanın açılabilirliği; kesin hükmün ancak hüküm anındaki durumu tespit edeceğinden daha sonra meydana gelen vakıalara dayanılarak yeni dava açılabilirliği, bu davaların kesin hükümden etkilenmeyeceği yönünde karar vermektedir⁸⁷. Kanaatimizce Yargıtayın bu yöndeki uygulaması yerindedir. Nitekim aynı taraflar arasında aynı taşınmaza yönelik farklı müdahaleler söz konusu olabilir. Bu müdahalelerden bir kısmı hüküm

⁸⁵ "...Somut olayda, taraflar arasında aynı konuda Burdur 1.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2002/682 Esas 2003/330 Karar sayılı dava görülmüştür. O dava da 25 parsel nunameralı taşınmaz maliki K1 24 parsel numaralı taşınmaz maliki K2 ve diğer iki komşu parsel malikine karşı elatmanın önlenmesi isteğinde bulunmuş, mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş ve hüküm kesinleşmiştir. Eldeki davada ise, bu kez davacı K2 aynı yerden davacı K1'nin müdahalesinin men'ini istemiştir. Yukarıda da açıklandığı gibi, tarafları ve hukuki sebebi aynı olan her iki davada, müdahalenin men'i istenen yer de aynı yer olup, ilk davada taraflar arasındaki uyuşmazlık K2'nin müdahalesinin men'ine şeklinde hükmen çözüme ulaştırılmıştır. Mahkemece, davanın kesin hükmün varlığı nedeniyle reddi gerekirken, yazılı gerekçelerle kabulü doğru görülmemiştir..." Yargıtay 14. HD., E. 2006/9414, K. 2006/10772, T. 11.10.2006, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

⁸⁶ "...Mahkemenin 2006/169 Esas ve 2012/11 Karar sayılı dosyası incelendiğinde, davacının - eldeki davanın davacısı K1, davalının ise eldeki davanın davalısı K2 ve F1 Turistik Tesisler İşletmecilik Yatırım Anonim Şirketi olduğu, dava konusunun elatmanın önlenmesi, yıkım, ecrimisil olduğu, havuz sebebi ile elatmanın önlenmesine, 2.73 metrekaarelik kısımda K2'nun yapmış olduğu müdahalenin men'i ile üzerindeki taşan yapının kal'ine karar verildiği ve verilen kararın kesinleştiği anlaşılmıştır. Mahkemece, aynı yere ilişkin kesinleşmiş bir mahkeme ilamı olduğu, söz konusu ilamın infaz edildiği gerekçesiyle davanın HMK 114/1-i , 115/1 maddeleri uyarınca dava şartı yokluğundan reddine karar verilmiştir. Davacı, bahsi geçen mahkeme kararına karşın, davalının havuzun içine yeni bir duvar örmek ve yıkmak zorunda olduğu bölümü toprakla doldurmak suretiyle tecavüzünü sürdürdüğü, havuzun yanı sıra havuz platformu, su ve denge deposu, çiçeklik, duvar vs. yapmak, ağaç vs. dikmek suretiyle de elatmasına devam ettiğini ileri sürerek eldeki davayı açmıştır... Bu haliyle her iki davanın nedenleri ve tarafları aynı olmakla birlikte, davaların konusu (talep sonucu) farklı olduğundan kesin hüküm koşulları oluşmamıştır..." Yargıtay 8. HD., E. 2018/3129, K. 2019/3093, T. 21.3.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021. Kararda davaların nedenlerinin aynı olduğu, talep sonuçlarının farklı olduğu belirtilse de davaların dayandığı vakıalar yani sebepler de farklıdır. İlk davada inşa edilen havuz sebebiyle ikinci davada ise su ve denge deposu inşası, ağaç vs. dikilmesi sebebiyle elatmanın önlenmesi davası açılmıştır.

⁸⁷ "...Somut olayda, her ne kadar her iki davanın tarafları ve konusu aynı ise de elatma eylemi haksız eylem olduğundan devam ettiği müddetçe her zaman dava açılabilmesi mümkündür. Kesin hüküm ancak hüküm anındaki durumu tespit edeceğinden hükümden sonraki döneme etkili değildir. Bu nedenle daha sonra meydana gelen vakıalara dayalı olarak açılan elatmanın önlenmesi istemli dava kesin hüküm ilkesine aykırılık teşkil etmez ve dinlenilmesi gerekir..." Yargıtay 1. HD., E. 2014/1892, K. 2015/943, T. 12.02.2015, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021. Aynı yönde kararlar için bkz.: Yargıtay 1. HD., E. 2014/4795, K. 2014/5842, T. 18.3.2014, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; Yargıtay 1. HD., E. 2013/21872, K. 2014/12073, T. 19.6.2014, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; Yargıtay 1. HD., E. 2013/8975, K. 2013/12359, T. 11.9.2013, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; Yargıtay 1. HD., E. 2013/11229, K. 2013/12167, T. 9.9.2013, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

kesinleştikten sonra meydana gelmiş olabilir. Kesin hüküm yalnızca davanın karara bağlandığı tarihe kadar ileri sürülebilen vakıalar hakkında etkiye sahiptir.

Eda ve tespit hükümleri geçmişe etkili olur ve kesin hükümden sonra meydana gelen vakıalar için kesin hüküm itirazı ileri sürülemez⁸⁸. Bu vakıalar yeni bir davanın konusu olabilir. Kesin hüküm bu şekilde zaman açısından sınırlandırılmıştır⁸⁹. Ancak bu durum elatmanın önlenmesi davalarında bir ön kabul olmamalıdır. Yani her elatmanın önlenmesi davasında, haksız eylemden doğan müdahalenin her zaman bertaraf edilebileceğinden bahisle, kesin hüküm oluşturmayacağı söylenemez. Müdahalenin yeni bir vakıa mı olduğu yoksa kesin hüküm elde edilen aynı vakıa mı olduğu araştırılmalıdır. Bir taşınmazın işgali gibi süregelen bir müdahale olması halinde, kanaatimizce, eylemin devam etmesi sebebiyle kesin hüküm etkisi oluşmayacağı savunulamaz. Devam eden bu müdahalenin bertaraf edilmesi için elde edilen hüküm icra edilmelidir; yeni dava açılması durumunda kesin hüküm engeli oluşur. Aynı eylemi tekrar ederek yapılan müdahaleler ise yeni vakıa oluşturur. Örneğin taşınmaza ağaç dikilerek müdahale edilmesi halinde her bir ağacın dikilmesi ayrı müdahaledir. Kesin hükümden sonra dikilen ağaçlar için yeni bir dava açılabilir; kesin hüküm etkisi oluşmaz. Ancak daha önceden dikilmiş bir ağacın oluşturduğu müdahale için hüküm elde edilmiş ise bu hüküm icra edilmeden taşınmaz üzerinde müdahalenin devam ettiğinden bahisle aynı ağaç için yeniden dava açılmamalıdır. Yargıtay da belirtilen kararlarında “*daha sonra meydana gelen vakıalar*” için kesin hüküm etkisi oluşmayacağını belirtmekle birlikte bazı kararlarında da isabetli olarak bu durumu ayrıca değerlendirmiştir⁹⁰.

⁸⁸ Gürdoğan, **a.g.e.**, s. 81, 82; İyilikli, **a.g.e.**, s. 226, 227; Özkaya-Ferendeci, **Kesin Hükümün Zaman İtibariyle Sınırları**, s. 191; Kuru, **Usul C. 5**, s. 5011; Bilge, Önen, **a.g.e.**, s. 696; Muşul, **Usul**, s. 488; Küçük, **a.g.e.**, s. 151.

⁸⁹ Özkaya-Ferendeci, **Kesin Hükümün Zaman İtibariyle Sınırları**, s. 185; Özkaya-Ferendeci, **a.g.e.**, s. 6, 7; Atalı, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 2062, 2072, 2073; Kuru, **Usul El Kitabı C. II**, s. 1493; Yılmaz, **Şerh C. 4**, s. 4436; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 458, 463; Küçük, **a.g.e.**, s. 151..

⁹⁰ “...Öncelikle, elatma haksız eylem olduğundan devam ettiği veya yenilendiği müddetçe her zaman yeni bir davanın konusunu teşkil edebilir. Hemen belirtilmelidir ki, kesin hüküm ancak hüküm anındaki durumu tespit eder. Hükümden sonraki döneme etkili olmaz. Bu nedenle yeni meydana gelen vakıalara dayanılarak açılan ikinci dava için birinci dava kesin hüküm oluşturmaz. O halde, Mahkemece, müdahalenin önlenmesi talep edilen yer ile retle kesinleşen dava dosyasındaki yerin aynı yer olup olmadığının, müdahale şeklinin aynı olup olmadığının, dava tarihinde müdahale olup olmadığının keşif yapılarak ve deliller toplanarak sonucuna göre, davacının talepleri yönünden

Davanın görüldüğü ve henüz davaya getirilmesinin mümkün olduğu aşamada var olan vakıalar için de kesin hüküm etkisinin oluşacağı kabul edilmiştir⁹¹. Yani bu vakıalar daha sonra yeni bir yargılamaya konu edilemez. Aksi halde iddiasını ispatlayamayacağını düşünen taraf ilgili vakıayı yargılamaya getirmez; daha sonra ispat edebileceğini düşündüğü anda aynı uyuşmazlığı mahkeme önüne getirir. Aynı uyuşmazlık içinde yer alan farklı vakıalar için bu durumun gerçekleşmesi aynı yargılamanın defalarca tekrarlanmasına yol açar. Dava devam ederken mevcut olan ve fakat ileri sürülmeyen vakılardan hem tarafın bildikleri hem de bilmedikleri için kesin hüküm etkisinin oluşacağı kabul edilmiştir⁹². Zira tarafın bilmediği vakıaları kesin hüküm etkisinden hariç tutmak, kesin hükmün kapsamının belirlenmesini güçleştiren karmaşık bir durum oluşturur. Nitekim bir tarafın hangi vakıaları bildiği halde ileri sürmediğini tespit etmek oldukça zor olur; hatta yapılan araştırmalar neticesinde tarafın bildiği veya bilmediği vakıaların tam olarak tespiti dahi mümkün olmaz⁹³. Bu

derdestlik oluşup oluşmayacağı da göz önünde bulundurularak bir karar verilmesi gerekirken, eksik araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olmuş, bozmayı gerektirmiştir..." Yargıtay 8. HD., E. 2018/10133, K. 2020/226, T. 16.1.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021. Karar metninde derdestlik oluşup oluşmayacağından bahsedilse de kastedilen kesin hüküm etkisidir. Zira karar metninde önceki davada verilen hükmün kesinleştiği belirtiliyor. "...Oysa, elatmanın önlenmesi bir haksız eylem olduğundan devam ettiği veya yenilendiği müddetçe her zaman yeni bir davanın konusunu teşkil edebilir. Hemen belirtilmelidir ki, kesin hüküm ancak hüküm anındaki durumu tespit eder. Hükmünden sonraki döneme etkili olmaz. Bu nedenle yeni meydana gelen vakıalara dayanılarak açılan ikinci davanın, birinci davadaki kesin hükme aykırı olduğu söylenemez ve kesin hüküm oluşturmaz. Ne var ki; somut olayda davacı tarafından ilk alınan elatmanın önlenmesi kararının infaz ettirilip-ettirilmediği, eldeki davada da yeni vakıalara dayanılıp-dayanılmadığı hususlarının araştırılmadığı görülmektedir. Bu durumda 5089 parsel sayılı taşınmaz bakımından verilen önceki hükmün eldeki dava bakımından kesin hüküm teşkil etmeyeceği gibi davacının yeni dava açmasında hukuki yararı bulunduğu kuşkusuzdur...Halböyle olunca; mahalinde uzman bilirkişiler aracılığıyla keşif yapılarak işin esasının incelenmesi, davacı tarafından ilk alınan elatmanın önlenmesi kararının infaz ettirilip-ettirilmediği, eldeki davada da yeni vakıalara dayanılıp- dayanılmadığı, yeni bir elatmanın olup-olmadığı hususlarının araştırılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yanılığlı değerlendirme ile yazılı olduğu üzere karar verilmesi doğru değildir..." Yargıtay 1. HD., E. 2013/1851, K. 2013/7259, T. 9.5.2013, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

⁹¹ Özkaya-Ferendeci, **Kesin Hükmün Zaman İtibariyle Sınırları**, s. 188; İyilikli, **a.g.e.**, s. 228, 266; Üstündağ, **Usul**, s. 705; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku II**, s. 133; Küçük, **a.g.e.**, s. 151, 152. Aksi yönde bkz.: Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 778. İlk davada dava sebebi yapılmaması şartıyla kesin hükümden önce oluşan vakıaların kesin hüküm etkisi oluşturmayaacağı yönünde bkz.: Gürdoğan, **a.g.e.**, s. 81. Söz konusu vakıalar yalnız başına dava sebebi oluşturabilecek nitelikte ise kesin hüküm oluşmayacağı; müstakil olarak dava sebebi oluşturmayıp ilk davada ileri sürülen vakıalara zımnen dahil ise kesin hüküm oluşacağı yönünde bkz.: Kuru, **Usul C. 5**, s. 5013.

⁹² Özkaya-Ferendeci, **Kesin Hükmün Zaman İtibariyle Sınırları**, s. 188; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku II**, s. 133. Tarafın bilmediği vakıalar hakkında kesin hüküm oluşmayacağı yönünde bkz.: İyilikli, **a.g.e.**, s. 230, 268, 270, 271, 433.

⁹³ Özkaya-Ferendeci, **Kesin Hükmün Zaman İtibariyle Sınırları**, s. 188.

durum da uyuşmazlığı kesin olarak çözen ve tarafların haklılığını kural olarak değişmeyecek şekilde ortaya koyan kesin hüküm ile bağdaşmayan bir hal oluşturur. Bu gerekçelerle tarafın bilip bilmediğine bakılmaksızın vakıaların ileri sürülebileceği anda mevcut olan ve fakat ileri sürülmemeyen vakıalar için kesin hüküm etkisinin oluşacağını kabul etmek gerekir⁹⁴. Elatmanın önlenmesi davasında da buna uygun olarak müdahalenin bertaraf edilmesini sağlayacak vakıalar yargılama sırasında ileri sürülmelidir; aksi takdirde yargılama sırasında ileri sürülmesi mümkün olan ancak ileri sürülmemiş vakıalara dayanılarak aynı müdahalenin bertaraf edilmesi talep edilmez. Keza bu vakıalar bakımından kesin hüküm etkisi söz konusudur.

c. Konuların Aynı Olması

Kesin hüküm etkisinin gerçekleşebilmesi için taraf ve sebep unsurlarıyla birlikte son olarak dava konularının da aynı olması gerekir. İlk davada kesinleşen hüküm fıkrası ile ikinci davanın talep sonucunun aynı olması halinde dava konuları aynı olur (HMK m. 303/f. 1).

Elatmanın önlenmesi davasında da kesin hüküm oluşturan hüküm fıkrası ile ikinci davanın talep sonucunun aynı olması halinde dava konularını aynı olur. Bu davada talep sonucu elatmanın önlenmesidir. Ancak bu talep sonucu, vakıaya göre belirginleşir. Yani talep sonucu belli bir müdahaleye yönelik elatmanın önlenmesi halini alır. Böylelikle talep sonucunun farklı olabilmesi için dava sebeplerinin de farklı olması gerekir. Farklı vakılardan kaynaklanan ve böylelikle de farklı müdahale oluşturan eylemlerin önlenmesi talebi ile dava konuları farklılaşır; kesin hüküm etkisi oluşmaz⁹⁵. Aksi takdirde dava konuları aynı olacağı için kesin hüküm itirazı ileri sürülebilir.

⁹⁴ Özkaya-Ferendeci, **Kesin Hükümün Zaman İtibariyle Sınırları**, s. 188.

⁹⁵ Yılmaz, **Şerh C. 4**, s. 4446. “...Mahkemece, kesin hüküm oluşturduğuna karar verilen Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2006/556 Esas, 2007/352 Karar sayılı dosyası incelendiğinde; dava konusunun ... Noterliğinin 07.06.1989 tarih ve 9330 yevmiye nolu işlemiyle senede bağlanan adi ortaklık ilişkisinin karşılıklı anlaşma ile sona erdiğinden dava konusu taşınmazdan davalı ...'in tahliyesi ile davacılara teslimi istemine ilişkin olup, mahkemece davanın kabulü ile ... Noterliğinin 07.06.1989 tarih ve 9337 yevmiye nolu adi ortaklık sözleşmesine dahil olduğunun tespitine, sözleşme gereği davalılardan ...'in hissesine tekamül eden alan dışında kalan 9885 m2'lik kısma yaptığı müdahalesinin önlenmesine karar verildiği, bu kararın Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Başkanlığının 18.03.2008 tarih ve 2007/14536-2008/3797 sayılı ilamı ile Onandığı ve Yargıtay 13.Hukuk Dairesi Başkanlığının 23.12.2008 gün ve 2008/13896-15465 sayılı ilamı ile tashihi karar talebi reddedilerek

Elatmanın önlenmesi davasında kesin hükümle ilgili olarak bu davadan sonra aynı taraflar arasında tapu kaydının düzeltilmesi davasının açılıp açılmayacağını incelenmesi gerekir. Zira elatmanın önlenmesi davasının kabulü için öncelikle bir aynı hakkın, genelde de mülkiyet hakkının varlığının tespit edilmesi gerekir. Tapu kaydının düzeltilmesinde ise zaten mülkiyet hakkının tespiti talep edilir. Böylelikle bu iki davada tespiti gereken aynı iki unsur vardır.

Doktrinde bir görüşe göre⁹⁶ elatmanın önlenmesi davasının kabulü kararında tespit edilen mülkiyet hakkı, tapu kaydının düzeltilmesi davası için kesin hüküm oluşturmaz. Zira mülkiyet hakkı hükmün gerekçesinde tespit edilmiştir. Oysaki kesin hüküm etkisi yalnızca hüküm fıkrası için oluşur. Bu sebeple elatmanın önlenmesi davasının kabulü kararında tespit edilen mülkiyet hakkının varlığı tapu kaydının düzeltilmesi davasında kesin hüküm oluşturmaz. Bu görüşü savunan yazarlara göre mülkiyet hakkının tespitini hüküm fıkrasının zorunlu unsuru olarak da saymamak gerekir⁹⁷.

Yargıtay da verdiği bir kararında⁹⁸ dava konularının farklı olması sebebiyle daha önce açılmış olan elatmanın önlenmesi davasında verilen hükmün sonradan açılan tapu

kesinleştiği görülmektedir. Eldeki davada ise davacıya icra müdürlüğü tarafından teslim edilen 303 parsel nolu taşınmazda tekrar giren davalının haksız tecavüzünün müvekkiline ait dava konusu bahçenin tüm sınırları boyunca direkler dikilerek tellerle çevrilmesine, giriş kapısının yapılması suretiyle müdahalesinin men'ine, müvekkilinin bu suretle bahçesinden yararlanmasına ve sınırlarının tam olarak muhafaza altına alınmasına karar verilmesi talep edilmektedir. Bu haliyle her iki davanın nedenleri ve tarafları aynı olmakla birlikte, davaların konusu (talep sonucu) farklı olduğundan kesin hüküm koşulları oluşmamıştır. Ayrıca davacının el atmanın önlenmesi isteği önceki eylemden sonra meydana gelen ve kendisine teslim edilen taşınmazda davalı tarafından yapılan yeni bir haksız işgalin önlenmesi isteğine ilişkindir. Somut olayda da HMK'nın 303. maddesinde düzenlenen anlamda, koşulları mevcut bir kesin hüküm bulunmadığından, mahkemece işin esası incelenip deliller toplandıktan sonra, sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, aksine düşünceyle ve kesin hüküm gerekçesiyle davanın reddi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir..." Yargıtay 8. HD., E. 2015/22241, K. 2018/10448, T. 2.4.2018, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021. Karardaki dava nedenlerinin aynı olduğuna yönelik tespit dava sebeplerinin aynı olduğunu ifade ediyor olamaz. Zira açıkça ikinci davanın yeni bir haksız işgal için açıldığı belirtilmiştir.

⁹⁶ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 105, 108, 112; Neclâ Giritlioğlu, "Müdahalenin Men'i Davasında Kesin Hükümün Kapsamı", **Yargı Dergisi**, Cilt Bilgisi Yok, S. 34, 1979, sa. 10-13, s. 10, 11; Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 1**, s. 26, 27; Üstündağ, **Tahsis Davası**, s. 149; Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 496; Kurşun, **a.g.e.**, s. 236, 237.

⁹⁷ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 107; Giritlioğlu, **a.g.m.**, s. 10, 11; Özkaya, **Elatmanın Önlenmesi C. 1**, s. 26; Kurşun, **a.g.e.**, s. 236.

⁹⁸ Yargıtay 1. HD., E. 2013/17843, K. 2015/3524, T. 10.3.2015, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

kaydının düzeltilmesi davası için kesin hüküm oluşturmayaacağına karar vermiştir. Bu kararın ardından verdiği diğer bir kararda⁹⁹ ise taraf, sebep ve konularının aynı olması nedeniyle önceden verilen tapu kaydının düzeltilmesine dair hükmün elatmanın önlenmesi davasında kesin hüküm oluşturmayaacağına karar vermiştir.

Elatmanın önlenmesi davası ile tapu kaydının düzeltilmesi arasındaki bu problemin derdestlik bakımından bekletici mesele yapılarak çözülebileceği yukarıda¹⁰⁰ tespit edildi. Nitekim bu iki davanın konuları farklıdır. Biri yapılan müdahalenin bertaraf edilmesinin talep edildiği eda davası; diğeri ise mülkiyetin tespitinin talebini içeren tespit davasıdır. Bu sebeple derdestlik oluşmaz. Ancak iki davada da mülkiyetin tespit edilecek olması ortaktır ve davaların birinde verilen karar bu noktada diğerini etkiler. Bu sebeple bekletici mesele ile sorun çözülmelidir. Kanaatimizce kesin hüküm problemi de bu gerekçeler kapsamında çözülmelidir.

Elatmanın önlenmesi davasında yapılan mülkiyet hakkının tespitinin tapu kaydının düzeltilmesi davasında kesin hüküm oluşturup oluşturmayaacağı meselesinin çözümü için ilk olarak bu tespitin kesin hüküm kapsamında olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Maddî anlamda kesin hüküm kural olarak yalnızca hüküm fıkrası için geçerli olur; gerekçe maddî anlamda kesin hükmün kapsamına girmez¹⁰¹. İstisna olarak

⁹⁹ Yargıtay 1. HD., E. 2016/8746, K. 2016/10857, T. 5.12.2016, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

¹⁰⁰ Bkz.: İkinci Bölüm, IV, B, 3, b.

¹⁰¹ Gürdoğan, **a.g.e.**, s. 40; İyilikli, **a.g.e.**, s. 383, 448; Özkaya-Ferendeci, **a.g.e.**, s. 180. Yazar kesin hükmün, hüküm fıkrası ile sınırlı olduğunu mutlak olarak kabul etmektedir. İstisna olarak belirtilen üç halin de (bkz. Üçüncü Bölüm, dñn. 102, 103, 104) kesin hüküm kapsamında olmadığını savunmaktadır. Yazara göre, kesin hükmün objektif sınırlarının genişlemesi Alman hukukunda mevcut olan “ara tespit davası” ile kontrollü, belirgin ve sürprizlere yer vermeden sağlanabilir. Bu davada taraflar talep sonucunun hükme bağlanması için ön mesele teşkil eden hususlar hakkında aynı davada tespit davası açarak bu meseleler hakkında hükmün kesinleşmesini sağlayabilir. Yazarın verdiği örneğe göre istihkak davasında mülkiyet hakkının tespiti ara tespit davası ile sağlanabilir. Hamide Özden Özkaya-Ferendeci, “*Alman Medeni Usul Hukuku’ndaki Ara Tespit Davası ve Buna İlişkin Düşünceler*”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 13, S. 1-2, 2007, sa. 193-209, s. 199 vdm. (Kısaca Ara Tespit Davası). Meriç, **a.g.m.**, s. 388, 420; Akkan, **a.g.m.**, s. 30; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 105; Giritlioğlu, **a.g.m.**, s. 10; Arslan, **Kesin Hüküm**, s. 732; Aşık, **a.g.e.**, s. 207, 208, 211; Atalı, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 2059; Kuru, **Usul C. 5**, s. 5049; Kuru, **Usul El Kitabı C. II**, s. 1499, 1500; Üstündağ, **Usul**, s. 718; Postacioğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 772, 773; Bilge, Önen, **a.g.e.**, s. 700; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 457; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 565; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 707; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 664; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku II**, s. 123, 124, 130.

hüküm fıkrasının açık olmadığı hallerde gerekçe, kesin hüküm fıkrasını açıklamaya yardımcı olur¹⁰². Diğer bir istisna olarak, bir davanın usulden reddedilip reddedilmediğini anlamak ve özellikle de usulî eksikliklerin ne olduğunun tespit edilebilmesi için gerekçeye bakılması gerektiği savunulmuştur¹⁰³. Son olarak, hüküm fıkrası ile gerekçenin sıkı biçimde bağlı olduğu hallerde gerekçenin ilgili kısmının da kesin hüküm kapsamında olduğu belirtilmiştir¹⁰⁴. Gerekçe, hükme ulaşmak için yapılması gereken hukukî ve mantıkî değerlendirmeyi aşır hüküm fıkrası ile ayrılmaz bir bağ oluşturuyorsa bu kısmın da kesin hükme dâhil olduğunu kabul etmek gerekir. Özellikle bu son istisna dışında gerekçedeki vakıa tespitleri kesin hüküm kapsamında değildir¹⁰⁵. Zira kesin hüküm davada ve karşı davada ileri sürülen ve hükme bağlanan taleplerden oluşur (HMK m. 303/f. 2).

Kanaatimizce elatmanın önlenmesi davasında yapılan mülkiyet hakkının tespiti hüküm fıkrasının ayrılmaz bir parçasıdır. Zira bu dava, tespiti yapılan aynî hakka dayanır. Bu aynî hak tespit edilmeden davanın kabulü kararı verilmesi mümkün değildir. Haliyle mülkiyet hakkının tespiti, hükme varabilmek için yapılması gereken hukukî ve mantıkî değerlendirmenin üzerinde hükmün varlık sebebidir. Bu sebeple mülkiyet hakkının tespitinin hüküm fıkrasının ayrılmaz parçası olarak kesin hüküm oluşturacağı kanaatindeyiz. Böylelikle gerekçede yer alan mülkiyet hakkının tespiti kesin hüküm oluşturmalıdır¹⁰⁶.

¹⁰² Gürdoğan, **a.g.e.**, s. 43; İyilikli, **a.g.e.**, s. 383, 448; Meriç, **a.g.m.**, s. 421; Atalı, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 2059; Kuru, **Usul C. 5**, s. 5050; Kuru, **Usul El Kitabı C. II**, s. 1500; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 457; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 707; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 664; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku II**, s. 131; Karşı, **a.g.e.**, s. 575; Köroğlu, **a.g.e.**, s. 270.

¹⁰³ İyilikli, **a.g.e.**, s. 454; Belgin Güneş, **a.g.e.**, s. 159; Kuru, **Usul C. 5**, s. 5050; Kuru, **Usul El Kitabı C. II**, s. 1500; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 457; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 708; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 664; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku II**, s. 132; Karşı, **a.g.e.**, s. 575.

¹⁰⁴ Gürdoğan, **a.g.e.**, s. 44; İyilikli, **a.g.e.**, s. 448, 451, 454; Meriç, **a.g.m.**, s. 423; Arslan, **Kesin Hüküm**, s. 732; Aşık, **a.g.e.**, s. 217; Belgin Güneş, **a.g.e.**, s. 159; Atalı, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 2059; Kuru, **Usul C. 5**, s. 5051; Kuru, **Usul El Kitabı C. II**, s. 1500; Üstündağ, **Usul**, s. 719, 720; Yılmaz, **Şerh C. 4**, s. 4476; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 457; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 565, 567; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 708; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 664; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku II**, s. 132; Karşı, **a.g.e.**, s. 576; Muşul, **Usul**, s. 485; Köroğlu, **a.g.e.**, s. 269, 270.

¹⁰⁵ Atalı, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 2060; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 458.

¹⁰⁶ Umar, **a.g.e.**, s. 871; İyilikli, **a.g.e.**, s. 272. Yazar aynı eserinde elatmanın önlenmesi davasının daha sonra açılan tapu kaydının düzeltilmesi davasında kesin hüküm oluşturmayaacağını belirtmiştir. Yazarın genel açıklamalarından tespit edilebildiği kadarıyla burada kesin hükmün menfi etkisinin oluşmayacağını kastedildiği düşüncesindeyiz. İyilikli, **a.g.e.**, s. 378.

Mülkiyet hakkı için yapılan tespitin tapu kaydının düzeltilmesi davasında kesin hüküm etkisi oluşturmaması aynı zamanda bir gerekliliktir. Nitekim elatmanın önlenmesi davasında mülkiyet hakkının varlığı tespit edildikten sonra bu hususun tekrar değerlendirilmesi aksi yönde karar verilme ihtimalini doğurur. Bu ihtimalin gerçekleşmesi halinde aynı konuda çelişkili iki kararın varlığına sebep olur. Aynı konuda verilen ikinci hükmün ilk kesin hükmü geçersiz kılması, aynı konuda farklı yönde karar verilmesi şüphesiz hukuk güvenliğini bozar; mahkemelere duyulan güveni zedeler. Bu davaların aynı anda açılması durumunda birinde verilecek kararın diğerini etkileyecek olması sebebiyle bekletici mesele ile çözülen problem davaların farklı zamanlarda açılması halinde kesin hüküm etkisi ile çözülmelidir.

Mülkiyet hakkı tespitin kesin hüküm kapsamında olduğu, kesin hüküm oluşturmamasının bir gereklilik olduğu açıklandı. Ancak bu etki kanaatimizce tapu kaydının düzeltilmesi davasının görülmesini engellemez. Diğer bir deyişle kesin hüküm menfi etki¹⁰⁷ göstermez. Zira taraf unsurları aynıdır, konu unsurlarında ortaklık vardır ancak sebep unsurları farklıdır. Bu nedenle kesin hüküm müspet etki¹⁰⁸ göstermelidir. Nitekim ilk davada tespit edilen mülkiyet hakkı ikinci davanın kabulüne karar verilmesi için ispatlanması gereken bir husustur. Oysaki ilk davada kesin hükümle mülkiyet hakkının varlığı tespit edilmiştir. İkinci davada hâkim bu tespitle

¹⁰⁷ Kesin hükmün menfi etkisi aynı dava hakkında yeni bir dava açılmasını engeller. Zira kesin hüküm olumsuz dava şartıdır. Açılmış olan davanın görülebilmesi için aynı davanın daha önce hükme bağlanmamış olması gerekir. Hakkında kesin hüküm olan davanın tekrar açılması halinde ikinci davada kesin hüküm itirazı ileri sürülür. Kesin hüküm dava şartı olduğu için bu itiraz taraflarca her zaman ileri sürülebilir; mahkeme de re'sen gözetir. Gürdoğan, **a.g.e.**, s. 52; Özkaya-Ferendeci, **a.g.e.**, s. 99; Meriç, **a.g.m.**, s. 399; Aşık, **a.g.e.**, s. 194; Atalı, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 2070; Kuru, **Usul El Kitabı C. II**, s. 1501; Üstündağ, **Usul**, s. 693; Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 750, 751; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 462; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 563; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 952; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku II**, s. 120; Muşul, **Usul**, s. 482; Budak, Karaaslan, **a.g.e.**, s. 332; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 104.

¹⁰⁸ Kesin hükmün müspet etkisi, ikinci davada ileri sürülen talebin ilk davada kesin hüküm oluşturacak şekilde çözüme kavuşturulması durumunda ikinci mahkemenin kesin hükümle bağlı olmasını ifade eder. Özkaya-Ferendeci, **a.g.e.**, s. 99; Aşık, **a.g.e.**, s. 194, 200; Akkan, **a.g.m.**, s. 8; Atalı, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 2060; Kuru, **Usul El Kitabı C. II**, s. 1504, 1505; Üstündağ, **Usul**, s. 694; Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 751; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 565; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku II**, s. 116; Muşul, **Usul**, s. 483; Budak, Karaaslan, **a.g.e.**, s. 333, 311. İlk davada kesin hüküm oluşan talepler hakkında ikinci davada delil ikame edilemez, değerlendirme yapılamaz; kesin hükmün ilgili kısmı ikinci davada hükme esas alınır. Akkan, **a.g.m.**, s. 14, 15, 17; Aşık, **a.g.e.**, s. 201, 202; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 565; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku I**, s. 952; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku II**, s. 116.

bağlı olması gerekir. Bu konuda yeni delil ikame edilemez; kesin hükmün ilgili kısmı ikinci davada hükme esas alınır¹⁰⁹. Böylelikle kesin hükmün müspet etkisi oluşur.

Yukarıda¹¹⁰ taraf unsurunda belirtildiği gibi burada da elatmanın önlenmesi davasında elde edilen ilâmın tapu kaydının düzeltilmesi davasında, müspet anlamda kesin hüküm etkisi oluşturmaya yerine güçlü delil olarak mahkemeye sunulması gerektiği düşünülebilir. Güçlü delilin takdirî delil olması sebebiyle daha önce elatmanın önlenmesi davasında tespiti yapılan mülkiyet hakkının varlığına dair, tapu kaydının düzeltilmesi davasında aksi yönde değerlendirme yapılabilir. Hukuka olan güvenin korunması için “güçlü” takdirî delile dayanılsa bile daha önce varlığı tespit edilen mülkiyet hakkı tekrar tartışılmaya açılmamalıdır.

Elatmanın önlenmesi davasının reddi halinde verilen hükmün etkisi de değerlendirilmelidir. Yukarıda¹¹¹ belirtildiği üzere eda davasının reddi halinde verilen hüküm tespit hükmü olur. Eda davası niteliğindeki elatmanın önlenmesi davasının reddi halinde verilen hüküm de tespit hükmü niteliğindedir. Ancak davanın hangi nedenlerle reddedildiği hükmün gerekçesinden anlaşılır. Bu durumda hüküm fıkrasının yeterince açık olmaması ve hüküm fıkrasının gerekçe ile tamamlanabilecek olması sebebiyle, gerekçenin ilgili kısmı da kesin hüküm kapsamında olmalıdır¹¹². Böylelikle elatmanın önlenmesi davası aynî hakkın olmaması sebebiyle reddedildiğinde, hakkın olmadığına yönelik tespit bakımından kesin hüküm oluşur.

C. Ceza Mahkemesi Kararlarının Elatmanın Önlenmesi Davasına Etkisi

Hukuk mahkemelerinin verdikleri kararların kesin hüküm bağlamında birbirine etkisi yukarıda incelendi. Ayrıca ceza mahkemesi kararlarının da hukuk mahkemesi kararlarına etkisi incelenmelidir. Keza aynı vakıalardan dolayı hem suç teşkil ettikleri için ceza davası açılabilir hem de haksız fiil teşkil ettikleri için hukuk davası açılabilir. Bu davalarda verilen kararların birbirine etkisinin nasıl olacağı açıklanmalıdır.

¹⁰⁹ İyilikli, **a.g.e.**, s. 272. Karş.: Köroğlu, **a.g.e.**, s. 278 vdm.

¹¹⁰ Bkz.: Üçüncü Bölüm, III, B, 2, a.

¹¹¹ Bkz.: Birinci Bölüm, III, C, 2.

¹¹² Bkz.: Üçüncü Bölüm, Dpn. 103.

Ceza davaları ile hukuk davalarının hükümleri, birbiri için kesin hüküm etkisi oluşturmaz. Zira bu davaların konuları ve tarafları aynı olmaz¹¹³. Ancak bu davalarda hükme ulaşabilmek için değerlendirilen, varlığı ya da yokluğu hakkında kanaat oluşturulan ortak vakıalar mevcut olabilir. Vakıaların mevcudiyeti hakkında ceza mahkemesinde verilen hükmün hukuk mahkemesini etkilemeyeceği düşünülemez. Zira aynı hayat olayının bir yargılamada varlığının kabul edilip başka bir yargılamada aksinin kabul edilmesi hukuk güvenliğini bozar¹¹⁴. Hayat olayının gerçekleştiği veya gerçekleşmediği, bunun kimin tarafından gerçekleştirildiği bir mahkeme önünde tespit edildikten sonra bu kabulün diğer mahkemelerde de geçerli olması gerekir.

Elatmanın önlenmesi davası bakımından da ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesi kararlarına etkisi söz konusu olabilir. Bu anlamda Türk Borçlar Kanunu m. 74'ün dikkate alınması gerekir. Hükme göre “*Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.*”. Bu hüküm hukuk mahkemesi hâkiminin, kusurun, ayırt etme gücünün ve zararın belirlenmesinde ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle ve ceza hâkiminin kararıyla bağlı olmadığını düzenlemiştir. Bu sebeple hukuk mahkemesi hâkimi ceza hukuku kuralları ve ceza mahkemesi hâkiminin kararıyla bağlı olmadan kusuru kendisi belirler¹¹⁵. Hüküm kapsamında olmayan maddî fiilin gerçekleştiğine, fiilin belirli kişi tarafından gerçekleştirildiğine, fiilin suç teşkil ettiğine

¹¹³ Belgin Güneş, **a.g.e.**, s. 123, 124; Ahmet Kılıçoğlu, “*Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medenî Hukuk İlişkisi*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 29, S. 3, 1973, sa. 185-225, s. 196; Kadir Berk Kapancı, “*Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m. 74)*”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1, 2016, sa. 511-552, s. 517; İyilikli, **a.g.e.**, s. 582; Atalı, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 2074, 2084; Kuru, **Usul C. 5**, s. 5103; Kuru, **Usul El Kitabı C. II**, s. 1511; Yılmaz, **Şerh C. 3**, s. 3225; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 465; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 714; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 671. Kesin hükmün olumlu etkisinin oluşabileceği yönünde bkz.: Belgin Güneş, **a.g.e.**, s. 157 vdm.

¹¹⁴ Belgin Güneş, **a.g.e.**, s. 55, 58, 62, 63; Kapancı, **a.g.m.**, s. 521; Atalı, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 2084; Kuru, **Usul C. 5**, s. 5112.

¹¹⁵ Kılıçoğlu, **a.g.m.**, s. 194; Arslan, **Kesin Hüküm**, s. 733; İyilikli, **a.g.e.**, s. 542, 584; Atalı, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 2075; Kuru, **Usul C. 5**, s. 5126; Kuru, **Usul El Kitabı C. II**, s. 1514, 1516; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 465. Kusurun varlığına dair tespitle bağlı olunacağı ancak kusur derecesinin belirlenmesi açısından bağlayıcı etkinin oluşmayacağı yönünde bkz.: Belgin Güneş, **a.g.e.**, s. 168, 169.

ve failin mahkûmiyetine¹¹⁶ dair kararların ise hukuk hâkimini bağlayacağı söylenebilir¹¹⁷. Ceza mahkemesi kararlarının bu etkisini sadece haksız fiil sorumluluğu ile sınırlı tutulmaması gerektiği de savunulmuştur¹¹⁸.

Elatmanın önlenmesi davası bakımından da ceza mahkemelerindeki vakıa tespitlerinin hukuk mahkemelerini bağlayacağı savunulabilir. Zira mülkiyet hakkı çeşitli suç tipleri düzenlenerek ceza hukuku kapsamında da korunur. Bu kapsamda taşınmaza yapılan müdahalenin suç oluşturması halinde hüküm kurulabilmesi için bu müdahalenin varlığının veya yokluğunun, müdahalenin kim tarafından yapıldığının tespit edilmesi gerekir. Bu tespit hem yukarıda belirtildiği üzere hukuk güvenliği için hem de TBK m. 74'ün mefhumu muhalifinden anlaşılacağı üzere hukuk mahkemesinde verilecek hüküm için bağlayıcıdır. Ayrıca biz de TBK m. 74 hükmünün haksız fiil sorumluluğu ile sınırlı tutulması gerektiği görüşüne katılıyoruz. Bu durumda ceza mahkemesinde müdahale oluşturan vakıaların tespiti ve bunların kim tarafından yapıldığına dair tespitler elatmanın önlenmesi davasında hâkimi bağlar¹¹⁹. Kusur ve

¹¹⁶ Beraat kararlarının bağlayıcı olmaması da mutlak değildir. Beraat kararlarının bağlayıcı etkisi hakkında bkz.: Belgin Güneş, **a.g.e.**, s. 174 vdm.; Kuru, **Usul C. 5**, s. 5129 vdm.; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 716; Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 673.

¹¹⁷ Belgin Güneş, **a.g.e.**, s. 161; Kılıçoğlu, **a.g.m.**, s. 202, 207; Kapancı, **a.g.m.**, s. 520, 521, 527, 528; Arslan, **Kesin Hüküm**, s. 734; İyilikli, **a.g.e.**, s. 542, 585; Atalı, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 2076; Kuru, **Usul El Kitabı C. II**, s. 1514; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 715.

¹¹⁸ Belgin Güneş, **a.g.e.**, s. 84, 85; Atalı, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 2076. TBK m. 74 hükmünün münhasıran haksız fiilden doğan tazminat sorumluluğuna ilişkin olduğu yönünde bkz.: Kapancı, **a.g.m.**, s. 517.

¹¹⁹ “...Davacı, 2975 parsel sayılı taşınmaza davalının elatıp, 4 adet zeytin ağacının zeytinlerini topladığını ve sattığını, ağaçların çevresindeki araziye de nohut, vs. ektiğini ileri sürerek; sınırlarının tespiti ile elatmanın önlenmesi ve ecrimisil istekleriyle eldeki davayı açmıştır. Hemen belirtmelidir ki, davacının şikayeti üzerine davalı aleyhine yapılan ceza soruşturması sonucunda “4 adet zeytin ağacının sanığa (davalıya) ait tarla sınırları içerisinde kaldığı, müştekiye (davacıya) ait sınırlara tecavüzün olmadığı keşfen tespit edilmiş olmakla hakkı olmayan yere tecavüz suçunu işlemediği” gerekçesiyle sanığın (davalının) beraatine, sanığın sövme suçundan cezalandırılmasına dair verilen Kuşadası 2. Asliye Ceza Mahkemesi’nin 26.06.2006 tarih ve 66-342 sayılı kararının temyizi üzerine Yargıtay 8. Ceza Dairesi tarafından 07.07.2010 tarihinde, beraat kararının onandığı, sövme suçu yönünden bozulduğu; hakkı olmayan yere tecavüz suçundan beraat kararının 07.07.2010 tarihinde kesinleştiğine dair şerh verildiği görülmektedir...Her ne kadar kesinleşen beraat kararları hukuk hakimini bağlamaz ise de, beraat kararının gerekçesini oluşturan maddi vakıaların bağlayıcı olduğu kuşkusuzdur. O halde; ceza davasında suça konu ağaçların davalı parselinde kaldığı belirlendiğine ve bu gerekçeyle davalının beraatine dair verilen karar kesinleştiğine göre, anılan ağaçların, eldeki davaya konu yapılan yer ve ağaçlarla aynı olduklarının saptanması halinde ceza davasının eldeki davayı bağlayacağı gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekeceği tartışmasıdır. Hal böyle olunca, ceza davasına konu yer ve ağaçlar ile eldeki davaya konu yer ve ağaçların aynı olup olmadıklarının kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde saptanması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, noksan soruşturma ile yetinilerek yazılı olduğu üzere hüküm kurulmuş olması doğru değildir...” Yargıtay 1. HD., E. 2012/13747, K. 2013/2358, T. 21.2.2013, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

ayırt etme gücüne ilişkin verilen karar ise hukuk hâkimi için bağlayıcı değildir. Zaten elatmanın önlenmesi davasında da müdahalenin bertaraf edilmesi için kusurun ve ayırt etme gücünün varlığı da gerekmez.

IV. Elatmanın Önlenmesi Davasında Kanun Yolları

Elatmanın önlenmesi davasında verilen hüküm (parasal sınır aşıldığı takdirde) kanun yolu incelemesine açıktır. Bu inceleme Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan genel hükümlere göre yapılır. Genel hükümlerin ayrıntısıyla açıklanması çalışmamızın kapsamını aşacağından aşağıda yalnızca elatmanın önlenmesi davası bakımından göz önünde bulundurulması gereken hususlar açıklanmıştır.

A. İstinaf

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu iki dereceli kanun yolu sistemi kabul etmiştir. Böylelikle şartlarının oluşmasıyla, kural olarak, ilk olarak istinaf incelemesi daha sonra temyiz incelemesi yapılabilir.

Elatmanın önlenmesi davasında verilen hüküm için yapılan istinaf başvurusunda ilk derece mahkemesi kararı hem olaya hem de hukuka uygunluğu yönünden incelenir¹²⁰. Böylelikle karar hem vakıaların tespit ve değerlendirilmesi açısından hem de hukuk kurallarına uygunluğu açısından incelenir.

Aleyhine istinaf yoluna başvurulabilecek kararlar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 341. maddesinde belirtilmiştir. Buna uygun olarak da elatmanın önlenmesi davasında ilk derece mahkemelerinin nihaî kararları ile ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz taleplerinin reddi kararlarına, karşı tarafın yüzüne karşı verilen ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz kararlarına, karşı tarafın yokluğunda verilen ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine verilen kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir (HMK m. 341/f. 1).

¹²⁰ Tolga Akkaya, **Medenî Usûl Hukukunda İstinaf**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 28, 79; Murat Yavaş, **Medenî Usul Hukukunda Temyiz**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 21; Özekes, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 2202; Bilge, Önen, **a.g.e.**, s. 639; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 604, 605; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku II**, s. 50; Karşlı, **a.g.e.**, s. 766; Budak, Karaaslan, **a.g.e.**, s. 394; Ulukapı, **Usûl**, s. 466.

Aleyhine istinaf yoluna başvurulabilecek nihaî kararlar için parasal sınır belirlenmiştir. Bu parasal sınır mal varlığı davalarına ilişkindir; manevi tazminat davalarında uygulanmaz (HMK m. 341/f. 2). Her yıl değişen bu miktar 2021 yılı için 5.880 Türk Lirasıdır. Mal varlığı hakkı olan aynî haklarla ilgili elatmanın önlenmesi de mal varlığı davası olarak bu sınıra tabidir¹²¹. Yukarıda¹²² açıklandığı şekilde belirlenen dava konusunun değeri, başvuru miktarını geçiyorsa (taşınmaza yapılan müdahalelerde genelde bu miktar aşılır) istinaf yoluna başvurulabilir. Aksi takdirde ilk derece mahkemesinde verilen karar şekli anlamda kesin niteliktedir. Ancak belirtmek gerekir ki elatmanın önlenmesi ile birlikte ecrimisil talep edilmişse objektif dava birleşmesi meydana gelir ve kanun yoluna başvuru sınırını her dava için ayrı ayrı belirlemek gerekir¹²³.

Elatmanın önlenmesi davasında da istinafa başvuru süresi ilâmın tebliğinden itibaren iki haftadır (HMK m. 345). Bu süre içinde hazırlanan istinaf dilekçesinin (HMK m. 342) kararı veren mahkemeye veya başka bir yer mahkemesine verilmesiyle istinaf yoluna başvurulur (HMK 343/f. 1). İstinaf incelemesi genel hükümler çerçevesinde yapılır.

B. Temyiz

İkinci derece kanun yolu incelemesi temyizdir. Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasından sonra temyiz kural olarak bölge adliye mahkemelerinin kararlarına karşı başvurulacak kanun yolu olacaktır (HMK m. 361).

¹²¹ Kuru, *Usul Hukuku El Kitabı C. II*, s. 1339, dpn. 26, 1344; Kuru, *Usul El Kitabı C. I*, s. 144. Komşuluk hukuka dayalı elatmanın önlenmesine dair verilen bir karar için bkz.: "...Dava, komşuluk hukukundan kaynaklanan elatmanın önlenmesi ve kal isteğine ilişkindir...Yukarıda açıklanan yasal düzenlemeler ve yapılan açıklamalar doğrultusunda somut olay değerlendirildiğinde; komşuluk hukukuna elatmanın önlenmesi ve kal isteği yönünden dava değeri 2.900,00 TL olarak belirlenmiş olup, bu bedel üzerinden davanın görülerek sonuçlandırılmış olduğu görülmüştür. Yukarıda açıklanan yasal düzenlemeler kapsamında, karar tarihinde yürürlükte bulunan 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 341/(2). ve 341/(4). maddelerine göre, istinafa konu yapılan karar, değer itibarıyla kesinlik sınırında kalmakta olup, aynı yasanın 346/(1). maddesine göre, kararı veren mahkemece istinaf dilekçesinin reddine karar verilmediği, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 352. maddesi gereğince yapılan inceleme sonucunda anlaşıldığından; davalıların istinaf başvuru dilekçesinin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 341/(2). ve 341/(4). maddeleri ile 366/(1). maddesinin yollaması ile, 346/(1). ve 352. maddeleri gereğince reddine karar vermek gerekmiş ve aşağıdaki hüküm kurulmuştur..." İzmir BAM, 14. HD., E. 2020/1413, K. 2020/1097, T. 2.10.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

¹²² Bkz.: Birinci Bölüm, III, B.

¹²³ Yavaş, *a.g.e.*, s. 38; Kırtıloğlu, *a.g.m.*, s. 165; Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku II*, s. 54.

Bölge adliye mahkemesinin temyiz edilemeyen kararları HMK m. 362’de sayılmıştır. Çalışmamızın konusu açısından belirtilmesi gereken husus mal varlığına ilişkin davalarda temyize başvuru için getirilmiş olan parasal sınırdır. 2021 yılı için 78.630 Türk Lirasını aşmayan mal varlığına ilişkin uyuşmazlıklar için temyiz yolu kapalıdır. Bu durumda mal varlığı davası olan elatmanın önlenmesi davasında da dava konusunun değeri bu miktarı aşmıyorsa temyize başvurulamaz¹²⁴.

Kural olarak sulh hukuk mahkemesinin verdiği kararların da temyize kapalı olduğu belirlenmiştir (HMK m. 362/f. 1, b. b). Ancak 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu’ndan doğan ve taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar bundan hariç tutulmuştur. Yukarıda¹²⁵ açıklandığı üzere kat maliklerinin ortak yerlere yaptıkları müdahaleler Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamında olduğu kabul edilmiş ve bu sebeple açılan elatmanın önlenmesi davaları için sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu kabul edilmiştir. Ayrıca¹²⁶ yine yukarıda açıklandığı üzere, kanaatimizce, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar yalnızca aynî hakkın sahibinde değişiklik oluşturan uyuşmazlıklar değil; aynı zamanda aynî hakkın içeriğinde değişiklik oluşturan uyuşmazlıklardır. Bu sebeple mülkiyet hakkının içeriğindeki yetkilerde değişiklik meydana getiren bu sulh hukuk mahkemesi kararı için, kanaatimizce, temyiz yolunun açık olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca anagayrimenkuldeki ortak alana kat maliki olmayan bir kişinin müdahalede bulunması durumunda bu uyuşmazlık için asliye hukuk mahkemesi görevli olacak ve kararın temyizi mümkün olacaktır. Müdahalenin kat maliki tarafından yapılması halinde basit yargılamaya tabi olup uyuşmazlığı daha hızlı çözecek sulh hukuk mahkemesinin görevli olması kabul edilebilir bir farklılıktır. Zira uyuşmazlığın tarafları düşünüldüğünde komşuluk gereği birbirine yakınlığı bulunan kişilerin arasındaki uyuşmazlığın çabuk çözülmesinde fayda vardır. Ancak uyuşmazlığın konusu düşünüldüğünde asliye hukuk mahkemesinde görülen elatmanın önlenmesi davası ile aynı önemi taşır. Bu nedenle, taşınmaz aynı ile ilgili gerekçemizle birlikte düşünüldüğünde, uyuşmazlığın kat malikleri arasında doğmuş olmasının temyize kapalı olmasını haklı kılmayacağı kanaatindeyiz.

¹²⁴ Kuru, **Usul El Kitabı C. II**, s. 1389, dpn. 23; Kuru, **Usul El Kitabı C. I**, s. 144.

¹²⁵ Bkz.: İkinci Bölüm, II, A.

¹²⁶ Bkz.: İkinci Bölüm, II, B.

Son olarak belirtmek gerekir ki geçici hukukî korumalar hakkında ve HMK m. 353/f. 1-a hükmü kapsamında verilen kararlar için temyiz yolu kapalı olduğundan (HMK m. 362/f. 1, b. f, g) elatmanın önlenmesi davasıyla ilgili bu kararlar temyiz edilemez.

Temyize başvuru süresi kararın tebliğinden itibaren iki haftadır (HMK m. 361/f. 1). Bu süre içinde hazırlanan temyiz dilekçesinin (HMK m. 364) kararı veren bölge adliye mahkemesi hukuk dairesine veya Yargıtayın bozması üzerine hüküm veren ilk derece mahkemesine yahut temyiz edenin bulunduğu yer bölge adliye mahkemesi hukuk dairesine veya ilk derece mahkemesine verilmesiyle temyiz yoluna başvurulur (HMK 365/f. 1). Hazırlanan bu dilekçede temyiz sebeplerinin ve gerekçesinin belirtilmesi önemli olsa da şart değildir. Zira Yargıtay ileri sürülen temyiz sebepleri bağlı olmadan inceleme yapar (HMK m. 369/f. 1).

Elatmanın önlenmesi davası temyiz incelemesi açısından bir farklılık taşımaz. Bu sebeple yukarıda temel noktaları belirtilmiş olan temyiz incelemesinin hükümleri, temyize başvurulabilecek kararlar noktasındaki görüşlerimiz saklı kalmakla birlikte, elatmanın önlenmesi davasında da geçerlidir.

C. Yargılamanın İadesi

Yargılamanın iadesi, ağır ve ciddi yargılama hataları sebebiyle maddî anlamda kesin hükmün yeniden incelenmesi yolunu açan ve duruma göre esas hakkında yeniden karar verilmesini sağlayan hukukî çaredir¹²⁷. Yargılamanın iadesi yolu,

¹²⁷ Ramazan Arslan, **Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi (İade-i Muhakeme)**, Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1977, s. 6, 14, 15, 48; Namlı, **Yargılamanın Yenilenmesi**, s. 76; Özokes, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 2323, 2324; Pekcanitez, Atalay, Özokes, **a.g.e.**, s. 515, 516; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 663. Yargılamanın iadesinin eski hale getirme gibi diğer hukukî çarelerle karşılaştırılması için bkz.: Arslan, **a.g.e.**, s. 40, 41.

aktarıcı ve erteleyici etkiye¹²⁸ sahip olmadığından olağan kanun yolu niteliğinde kabul edilmemiştir¹²⁹.

Aleyhine yargılamanın iadesi yoluna başvurulmuş kararın uyuşmazlığın esası hakkında verilen nihaî karar olması gerekir. Ayrıca bu karar için olağan kanun yolları açık ise bu kanun yollarına başvurulmadığı için kesinleşmiş veya bu yollar tüketilerek kesinleşmiş bir karar olması gerekir¹³⁰. Elatmanın önlenmesi davasında verilen kararlar da hem şeklî hem de maddî anlamda kesin hüküm teşkil edeceğinden bu davada verilen hüküm için Kanun'da belirtilen sınırlı sebeplerle¹³¹ yargılamanın iadesi yoluna başvurulabilir.

Elatmanın önlenmesi davası yargılamanın iadesi açısından bir farklılık taşımaz. Bu sebeple yargılamanın iadesi hükümleri elatmanın önlenmesi davasında da geçerlidir.

V. Hükümün İcrası

A. Genel Olarak Elatmanın Önlenmesi Kararının İcrası

Bir miktar paranın ödenmesi veya teminat gösterilmesine yönelik talepler (İİK m. 42/f. 1) ile kira bedelinin ödenmemesi veya kira süresinin sona ermesi sebebiyle

¹²⁸ Yapılan denetimin kanun yolu incelemesi olabilmesi için erteleyici ve aktarıcı etkiye sahip olması gerekir. Aktarıcı etki, kararın üst mercii tarafından incelenmesidir. Erteleyici etki ise, hükmün şeklî anlamda kesinleşmesinin engellenmesidir. Arslan, **a.g.e.**, s. 9, 10, 45; Akkaya, **a.g.e.**, s. 57 vdm.; Yavaş, **a.g.e.**, s. 15 vdm.; Namlı, **Yargılamanın Yenilenmesi**, s. 65, 67, 75; Çiğdem Yazıcı Tıktık, “Bir İşin Yapılmasına veya Yapılmamasına İlişkin İlâmların İcrası”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, S. Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), 2014, sa. 2735-2776, s. 2742, 2743; Özekes, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 2158; Üstündağ, **Usul**, s. 816; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 476; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 603, 604; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku II**, s. 38; Karlı, **a.g.e.**, s. 755, 756; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 648; Ulukapı, **Usûl**, s. 448.

¹²⁹ Arslan, **a.g.e.**, s. 45, 46; Namlı, **Yargılamanın Yenilenmesi**, s. 76; Yavaş, **a.g.e.**, s. 20, 21; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 663; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku II**, s. 135.

¹³⁰ Namlı, **Yargılamanın Yenilenmesi**, s. 89 vdm.; Özekes, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 2324, 2325; Kuru, **Usul El Kitabı C. II**, s. 1534; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 664; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 640; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku II**, s. 135; Karlı, **a.g.e.**, s. 818; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 567; Ulukapı, **Usûl**, s. 493, 494.

¹³¹ Arslan, **a.g.e.**, s. 128; Namlı, **Yargılamanın Yenilenmesi**, s. 177; Özekes, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 2328; Kuru, **Usul C. 5**, s. 5171; Kuru, **Usul El Kitabı C. II**, s. 1534; Üstündağ, **Usul**, s. 912; Yılmaz, **Şerh C. 4**, s. 5150; Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 838; Bilge, Önen, **a.g.e.**, s. 708, 710; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 516; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 665; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 641; Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku II**, s. 140; Karlı, **a.g.e.**, s. 819; Görgün, Börü, Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 706; Muşul, **Usul**, s. 589; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 568.

taşınmazın tahliyesine yönelik talepler (İİK m. 269 vdm.) için ilâmsız icra yoluyla takip yapılır. Bunlar haricindeki talepler için ise kural olarak öncelikle dava açılarak eda hükmü içeren bir ilâm elde edilmeli ve bu ilâmın icrası sağlanmalıdır. Elatmanın önlenmesi talebi de bir şeyin yapılmasına veya yapılmamasına yönelik olduğundan ilâmsız icraya konu edilemez. Bu sebeple öncelikle elatmanın önlenmesi davası açılıp bu yönde elde edilen ilâm ile ilâmlı takip yapılmalıdır.

İlâmlı takip ile ilgili olarak ilk belirtilmesi gereken husus ilâmların icrasının her icra dairesinden talep edilebileceğidir (İİK m. 34). İlâmın elde edildiği uyuşmazlığın görüldüğü mahkemenin kesin yetkili mahkeme olması da bu kuralı etkilemez. Dolayısıyla elatmanın önlenmesi davasında elde edilen ilâm her icra dairesinde icra edilebilir. Ancak bunun taşınmazın bulunduğu yer icra dairesinde takibe konulmasında yarar vardır¹³². Çünkü icra dairelerinin yetki çevresi, kuruldukları yerdeki asliye hukuk mahkemesinin yetki çevresi ile sınırlı olup bunun dışındaki işlemleri istinabe ile yapmaları gerekir. İstinabe işlemlerinin zaman ve emek kaybı ile masrafa yol açtığı düşünüldüğünde ilâmın taşınmazın bulunduğu yer icra dairesinde icra edilmesinin yararı anlaşılır.

İlâmların icrası ile ilgili belirtilmesi gereken bir diğer konu ise icra edilebilmesi için kural olarak ilâmın kesinleşmesinin gerekmemesidir¹³³. İstisna olarak, kişiler hukuku, aile hukuku ve taşınmaz mal ile ilgili aynı haklara ilişkin kararlar kesinleşmedikçe yerine getirilemez (HMK m. 350/f. 2, 367/f. 2). Bu durumda taşınmaz üzerindeki aynî haktan kaynaklanan elatmanın önlenmesi davasında verilen kararın kesinleşmedikçe icra edilmemesi gerekir¹³⁴. Zira elatmanın önlenmesi davası aynî hakkın sağladığı kullanma, yararlanma yetkilerini korumaya yönelik aynî hakkın olumsuz içeriğidir¹³⁵. Böylelikle aynî hakka ilişkin olarak açılan bu davanın kesinleşmedikçe icra edilememesi gerekir. Ancak Yargıtayın bu konuda farklı uygulaması mevcuttur. Yargıtay, uyuşmazlıkta taşınmaz aynının tartışma konusu

¹³² Atalı, Ermenek, Erdoğan, **İcra ve İflâs Hukuku**, s. 418.

¹³³ Mustafa Serdar Özbek, “*Kesinleşmeden İcra Edilmeyecek İlâmların Kesinleşmeden Önce İcraya Konulması*”, **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 1, 2016, sa. 37-78, s. 39, 40; Yazıcı Tıktık, **a.g.m.**, s. 2743.

¹³⁴ Özbek, **a.g.m.**, s. 41; Yavaş, **a.g.e.**, s. 111; Kurşun, **a.g.e.**, s. 246, 247.

¹³⁵ Bkz.: Birinci Bölüm, I, A.

yapılmadığı; aynî hak üzerinde doğrudan bir etki doğmayacağı hallerde kararın kesinleşmeden icra edilebileceğini kabul etmektedir¹³⁶. Bununla birlikte Yargıtay, müdahale yıkımla giderilecekse telafisi güç zararın doğma ihtimali bulunduğundan bu yöndeki kararların da kesinleşmesi gerektiğini belirtmektedir¹³⁷.

Doktrinde uyuşmazlık konusu aynî hakka bağlı olarak hükmedilen vekâlet ücreti, yargılama gideri gibi fer'î nitelikteki yükümlülüklerin de kesinleşmeden icra edilemeyeceği savunulmuştur¹³⁸. Yargıtay da bu taleplerin aslî taleple birlikte icra edilmesini kabul etmekle birlikte hükmün kesinleşmesi hakkındaki görüşünü burada da uygulamaktadır. Yargıtay, yukarıda belirtilen görüşü çerçevesinde hükmün

¹³⁶ “...HMK'nun Geçici 3. maddesi gereğince uygulanması gereken HUMK'nun 443/4 (HMK'nun 367/2.) maddesi gereğince gayrimenkule ve buna ilişkin aynı haklara dair hükümler kesinleşmedikçe icra edilemez. Bu nedenle aynı ilamda yazılı eklentilerin de infazının istenebilmesi için ilamın kesinleşmesi zorunludur. Buna karşılık, gayrimenkulün aynına ilişkin olmayan (gayrimenkul üzerindeki kişisel "şahsi" haklara ilişkin olan) ilamların icraya konulabilmesi için bunların kesinleşmelerine gerek yoktur. Yani bu ilamlar kesinleşmeden icraya konulabilir. Takibe dayanak olan İstanbul 9. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 17.03.2015 tarih ve 2013/173 Esas, 2015/107 Karar sayılı ilamı incelendiğinde, ilam konusunun Elatmanın ve Muarazanın Önlenmesi-Kal'e yönelik olup bu durumda, ilamda taşınmazın aynının tartışma konusu yapılmadığı görülmektedir. Dairemizce telafisi mümkün olmayacak zararın doğma ihtimali bulunduğundan kal'e ilişkin ilamların da uygulanması için kesinleşmesi gerektiği kabul edilmekle birlikte, takip konusu ilamda, sabit telekomünikasyon cihazı ve ekipmanlarının kaldırılmasına karar verildiği anılan cihaz ve ekipmanlarının bir yerden bir yere nakli ya da sökülüp takılması, mümkün olduğundan, telafisi mümkün olmayacak zarardan sözedilemez. Bu nedenle dayanak ilamın takibe konu edilmesi için, kesinleşmesi gerekmez. Mahkemece; tarafların iddia ve savunmaları doğrultusunda şikayetin esası incelenerek karar verilmesi gerekirken ilamın kesinleşmediğinden bahisle işlemin iptaline karar verilmesi doğru değildir...” Yargıtay 8. HD., E. 2015/17581, K. 2015/19183, T. 26.10.2015, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021. Aynı yönde karar için bkz.: Yargıtay 8. HD., E. 2015/17576, K. 2015/19186, T. 26.10.2015, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; Samsun BAM, 4. HD., E. 2018/3131, K. 2019/457, T. 14.2.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021. Taşınmazın aynına ilişkin bir uyuşmazlık olması sebebiyle elatmanın önlenmesi davasında verilen kararın kesinleşmesi gerektiği yönünde bkz.: “...Alacaklı vekili tarafından borçlu aleyhinde, Datça Asliye Hukuk Mahkemesi'nin elatmanın önlenmesi ve ecrimisil ilamına dayalı olarak, ilamların icrası yolu ile takibe başlanılmış... Somut olayda, takibe dayanak Datça Asliye Hukuk Mahkemesi ilamının içeriğinden, davacının, uyuşmazlığa konu taşınmazı, ortaklığın satış suretiyle giderilmesine ilişkin karara istinaden yapılan ihalede satın aldığını iddia ettiği; davalının ise, taşınmazın tapu kaydının tasarruf krokisinde malik gözüken dava dışı Z. B.. isimli bir şahıstan taşınmazı satış vaadi sözleşmesi ile satın aldığını ileri sürdüğü anlaşılmaktadır. Bu durumda, uyuşmazlık taşınmazın aynına ilişkin olup, yukarıda yer verilen yasal gerekçeyle göre ilamın icrası için kesinleşmesi gerekir...” Yargıtay 8. HD., E. 2015/14961, K. 2015/15962, T. 9.9.2015, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021. Aynı yönde karar için bkz.: Yargıtay 8. HD., E. 2014/17436, K. 2014/16698, T. 23.09.2014, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

¹³⁷ Bkz.: Üçüncü Bölüm, dpn. 136.

¹³⁸ Özbek, **a.g.m.**, s. 60, 61; Yazıcı Tıktık, **a.g.m.**, s. 2744; Yavaş, **a.g.e.**, s. 112; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **İcra ve İflâs Hukuku**, s. 422; Budak, Karaaslan, **a.g.e.**, s. 410, 411.

kesinleşmesi gerekmiyorsa fer'î talebin de kesinleşmeden icra edilebileceğini savunmaktadır¹³⁹.

Taşınmaza yapılan müdahale taşınmazın işgal edilmesi, onun kullanılmasını engelleme biçiminde olabileceği gibi taşınmazın kullanımını engellemeyen ancak zilyetliği ihlal eden müdahaleler biçiminde de olabilir. İlk durumda taşınmazın kullanımını engelleyen halin giderilmesi, İİK m. 26 ve devamında düzenlenen taşınmaz mal teslimine ilişkin hükümlere göre talep edilir¹⁴⁰. İkinci halde ise ilâm, bir şeyin yapılması veya yapılmamasını düzenleyen İİK m. 30'a göre icra edilir¹⁴¹.

B. Taşınmaz Mal Teslimine İlişkin İlâmların İcrası

İlâmlı icra, ilâmın icra dairesine verilmesi ile başlar (İİK m. 35). Taşınmazın tahliyesine ilişkin talepte, ilâmı alan icra müdürü İİK m. 24/f. 2'ye göre hazırlanan icra emrini borçluya gönderir (İİK m. 26/f. 1). İcra emrinde, 7 gün içinde taşınmazın teslim edilmesi gerektiği veya aynı süre içerisinde icranın geri bırakıldığına dair karar getirmesi gerektiği borçluya bildirilir. Elatmanın önlenmesi davasında elde edilen hüküm kesinleşmeden icra edilememekle birlikte, Yargıtayın görüşü kabul edilerek bu hükmün kesinleşmeden icra edilmesi mümkün kabul edilirse İİK m. 36'ya göre icranın geri bırakılması talep edilebilir.

¹³⁹ "...Somut olayda taşınmazın maliki olan Süleyman Aksay taşınmazına, ekip dikmek suretiyle kısmen müdahale eden şikayetçilerin de bulunduğu kişilere karşı el atmanın önlenmesi davası açmış ve neticeten istem kabul edilerek, el atmanın önlenmesine ve yargılama giderlerine hükmedilmiştir. Hüküm temyiz incelemesinde olup, kesinleşmemiştir. Hukuk Genel Kurulu görüşmeleri sırasında öne sürülen bir görüş olarak, karşı taraf olan Süleyman Aksay'ın kayden maliki olduğu 221 parsel sayılı taşınmazına, davalılardan olan şikayette bulunanların müdahale ettiği iddiası ile el atmanın önlenmesi(men'i müdahale) istemi ile dava açtığı ve mahkemece müdahalenin önlenmesine karar verildiğine göre, el atmanın önlenmesi davası mülkiyet hakkına dayalı olarak açıldığından verilen karar taşınmazın aynına ilişkin olup, karar kesinleşmeden infaza konulamaz. Dolayısıyla ilamda hükme bağlanan yargılama giderlerinin de ilamın fer'î niteliğinde olduğundan infaza konulamayacağı hususu savunulmuşsa da, bu görüş azınlıkta kalmıştır. Taşınmazın aynının ihtilaflı olduğu hallere ilişkin ilamların kesinleşmeden icraya konulamayacağı yasa hükmü gereğidir. Ne var ki, taraflar arasında görülen el atmanın önlenmesi davasında davalılar bir mülkiyet iddiasında bulunmamışlar, bu hususta bir dava da açmamışlardır. Takibe konu hususunda el atmanın önlenmesine ilişkin karar değil, yargılama giderleridir. Asıl olan mülkiyet hakkına üstünlük tanınması, malikin malına bir an evvel kavuşmasını temin etmek olduğuna ve müdahale edenler tarafından mülkiyete yönelik bir istemde de bulunulmamış bulunmasına göre yargılama giderine ilişkin ilamın icraya konulması için kesinleşmesinin gerekmeyeceği hususu Hukuk Genel Kurulu çoğunluğu tarafından kabul edilmiştir..." Yargıtay HGK., E. 2012/823, K. 2012/780, T. 14.11.2012, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

¹⁴⁰ Giritlioğlu, a.g.e., s. 126; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **İcra ve İflâs Hukuku**, s. 442.

¹⁴¹ Ayan, **Mülkiyet**, s. 172; Akipek, **Mülkiyet**, s. 87; Akipek, Akıntürk, Ateş, a.g.e., s. 452.

Borçlu taşınmazı tahliye etmez veya icranın geri bırakılması kararı da getirmezse zorla çıkarılır. Borçlunun çıkarıldığı taşınmazda ilâma dâhil olmayan eşyanın bulunması halinde bunlar çıkarılarak borçluya; borçlu hazır değilse, vekiline ya da ailesi halkından veyahut müstahdemlerinden ergin bir kimseye teslim edilir. Bu kişiler de yoksa eşyalar, ilerde borçluya ödetilmek üzere alacaklıdan peşin alınan masraf ile emin bir yerde veya alacaklının yedinde saklanır. Borçlu eşyanın bulunduğu yerde ise 5 gün, değilse 30 gün içerisinde eşyayı almaktan veya masrafı ödemekten kaçınır yahut gerekli görülürse icra dairesi eşyaları satarak masrafı satıştan elde edilen bedelden karşılar (İİK m. 26/f. 4).

Taşınmaz malın cebri icra yoluyla alacaklıya teslimi bakımından taşınmaza girmeye imkân veren anahtar ve benzeri şeylerin icra dairesine bırakılması yeterli değildir. İcra memurunun anahtarı teslim alıp alacaklıya teslim etmesi gerekir; aksi takdirde takip sona ermiş olmaz¹⁴².

Taşınmazdan çıkarılan borçlu, haklı bir sebep olmaksızın taşınmaza tekrar girerse ayrıca hüküm gerekmeksizin zorla çıkarılır (İİK m. 26/f. 3) ve İİK m. 342'ye göre cezalandırılır.

Taşınmazda üçüncü kişinin bulunması halinde ise tahliyenin sağlanıp sağlanamayacağı İİK m. 27'ye göre belirlenir. İİK m. 27'ye göre davadan sonra fakat hükümden önce üçüncü kişi bir aynî hak kazanmışsa kural olarak elde edilen hüküm ona karşı icra edilemez. Ancak üçüncü kişi şahsî hak iddiası ile taşınmazı işgal ediyorsa, borç ilişkisinin nispiliği gereği, bu hak alacaklıya karşı ileri sürülemeyeceğinden tahliye sağlanabilir¹⁴³. Aynı şekilde tapuya ihtiyatî tedbir olarak şerh verilmiş ve üçüncü kişinin kazanımı bu şerhten sonra ise yine tahliye sağlanabilir¹⁴⁴. Nitekim üçüncü kişi şerhi bilmediğini ileri süremez. Belirtilen istisnalar haricinde, İİK m.27 kapsamında kalan hallerde ise üçüncü kişi tahliye edilemez. Alacaklı isterse borçlunun, üçüncü kişiye karşı sahip olduğu haklara sahip olur; dilerse de borçluya karşı tazminat davası açar (İİK m. 27).

¹⁴² Atalı, Ermenek, Erdoğan, **İcra ve İflâs Hukuku**, s. 442.

¹⁴³ Atalı, Ermenek, Erdoğan, **İcra ve İflâs Hukuku**, s. 443.

¹⁴⁴ Atalı, Ermenek, Erdoğan, **İcra ve İflâs Hukuku**, s. 444.

Son olarak belirtmek gerekir ki İİK m. 27, üçüncü kişinin davadan sonra ve fakat hükümden önce aynî hak kazanımını düzenler. Üçüncü kişi davadan önce aynî hak kazanmış ve taşınmazı kullanıyor ise başkasına karşı açılan ve elde edilen hüküm ona karşı icra edilememelidir¹⁴⁵. Davanın taşınmazı işgal eden kimseye açılması gerekirdi.

C. Bir Şeyin Yapılması veya Yapılmamasına İlişkin İlâmların İcrası

Elatmanın önlenmesi davasına konu olan uyuşmazlıklar çoğu zaman bir taşınmazın tamamen işgali değil de zilyetliğin ihlal edilmesi şeklinde gerçekleşir. Yapılan müdahaleler genelde taşınmaza girilmesi, yol olarak kullanılması, bir şeyler bırakılması tarzında olmaktadır. Bu müdahaleler için verilen kararlar da taşınmazın tahliyesine ilişkin değil müdahaleyi engelleyecek bir eylemin yapılması veya yapılmamasına yöneliktir. Bu sebeple de elatmanın önlenmesi sonucunda elde edilen ilâm genelde bir şeyin yapılması veya yapılmamasına ilişkin ilâmların icrası (İİK m. 30) hükmüne göre icra edilir.

Bir şeyin yapılması veya yapılmamasına ilişkin ilâmların icrası da ilâmın icra dairesine verilmesi ile başlar (İİK m. 35). İlâmı alan icra dairesi borçluya İİK m. 24/f. 2'ye göre hazırlanan icra emri gönderir. Bu icra emrinde borçluya ilâmda verilen süre içerisinde ve eğer ilâmda süre yoksa işin mahiyetine göre icra dairesi tarafından verilen makul süre içerisinde işin yapılması emredilir (İİK m. 30/f. 1). Kanun açıkça ilâmda belirtilen sürenin verileceğini belirtse de Yargıtay bu sürenin makul olup olmadığını değerlendirmeden hükümde kararın icrası için süre verilemeyeceğine dair karar vermektedir¹⁴⁶. Verilen süre içerisinde icra emrinde belirtilen iş yapılmazsa yapılacak işlemler edimin yerine getirilmesi için borçlunun şahsının önemli olup olmamasına göre belirlenir.

¹⁴⁵ Atalı, Ermenek, Erdoğan, **İcra ve İflâs Hukuku**, s. 443.

¹⁴⁶ “...Mahkemece bir adet evin, bir adet kümes, bir adet sayanın ve etrafını çevirdiği çitin davalı tarafından 3 aylık makul süre içerisinde yıkımına karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekmiş ise de bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, HUMK'nun 438/VII maddesi uyarınca hükmün düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir...” Yargıtay 14. HD., E. 2015/6858, K. 2017/6269, T. 13.9.2017, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021. Aynı yönde bkz.: Yargıtay 14. HD., E. 2015/17303, K. 2016/4414, T. 14.4.2016, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

Yapma borcu şahsi edim niteliğinde ise bunu yalnızca borçlu yerine getirebilir. Üçüncü kişilerden borcun yerine getirilmesi talep edilemez. Bu durumda borcu yerine getirmeyen borçlu, alacaklının şikâyeti üzerine İİK m. 343'e göre üç aya kadar tazyik hapsine mahkûm edilebilir¹⁴⁷. Borçlu edimi yerine getirmemekte direnirse tekrar tazyik hapis uygulanması mümkün değildir¹⁴⁸.

Borç şahsi edim niteliğinde değilse üçüncü kişiler tarafından yerine getirilebilir. İİK m. 30/f. 2'ye göre, borçlu kendisine verilen makul süre içerisinde işe başlamaz veya yapmazsa, işin yapılması için gereken masraflar icra memuru tarafından bilirkişiye tespit ettirilir. Alacaklı bu masrafı, ileride hükme hacet kalmaksızın borçludan alınıp kendisine verilmek üzere, karşılırsa hükmolunan iş yaptırılır. Alacaklı masrafı karşılamazsa ayrıca hüküm gerekmeksizin borçlunun yeteri kadar malı haczedilip paraya çevrilerek iş yaptırılır¹⁴⁹. Bu halde borçlu tazyik hapsine mahkûm edilemez¹⁵⁰. Elatmanın önlenmesi davasında da çoğu zaman şahsi bir edim söz konusu olmaz; edim, üçüncü kişiler tarafından yerine getirilebilir.

Edimin üçüncü kişi tarafından yerine getirilebileceği hallerde icranın masrafları, icra memuru tarafından bilirkişiye hesaplatılır. Bu konuda Yargıtay, isabetli olarak ilâmda icra masrafların hüküm altına alınmaması gerektiğini belirtmektedir. Zira borçlu edimi kendiliğinden yerine getirilebilir¹⁵¹. İcra masraflarının tam olarak

¹⁴⁷ Atalı, Ermenek, Erdoğan, **İcra ve İflâs Hukuku**, s. 447.

¹⁴⁸ Yazıcı Tıktık, **a.g.m.**, s. 2768. Toplamda Kanunda belirtilen üst sınırı geçmemek kaydıyla yeniden tazyik hapsi uygulanabileceği yönünde bkz.: Mine Akkan, **Bir İşin Yapılması veya Yapılmamasına İlişkin İlâmların İcrası (İİK m. 30, m. 343)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 173 (Kısaca İlâmların İcrası).

¹⁴⁹ Doktrinde, alacaklının İİK m. 30/f. 2'yi kullanmak yerine TBK m. 113 hükmünden de yararlanılabileceği savunulmuştur. Yazıcı Tıktık, **a.g.m.**, s. 2757, 2762 vdm. Alacaklı (davacı), TBK m. 113 hükmünden yararlanarak edimin yerine getirilmesi için kendisinin veya kendisinin belirleyeceği üçüncü kişinin yetkili kılınmasını istiyorsa talebinde bunu belirterek dava açmalıdır. Davacı, borçlunun ifaya mahkûm edileceği bir dava açmış ise bu ilâm İİK m. 30'a göre icra edilecektir. Akkan, **İlâmların İcrası**, s. 86 vdm., 92.

¹⁵⁰ Akkan, **İlâmların İcrası**, s. 206, 229.

¹⁵¹ "...Mahkemece açıklanan yönler gözetilmeksizin davalının hüküm gereğini kendiliğinden yerine getirme olasılığı da düşünülmeden yıkım masraflarının davalıdan tahsiline karar verilmiş olması yanlış ise de yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden HUMK'nun 438/VII. maddesi gereğince hükmün düzeltilmesi gerekmiştir..." Yargıtay 14. HD., E. 2016/16944, K. 2017/561, T. 24.1.2017, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021. Aynı yönde bkz.: Yargıtay 14. HD., E. 2015/18618, K. 2017/6653, T. 20.9.2017, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; Yargıtay 14. HD., E. 2015/5171, K. 2017/6707, T. 20.9.2017, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; Yargıtay 14. HD., E. 2015/16058, K. 2017/6506, T. 18.9.2017, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; Yargıtay 14. HD., E. 2016/10562, K. 2017/2820, T. 6.4.2017, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021;

belirlenebilmesi için hükümde belirlenen edim tam olarak netleştirilmelidir. Bundan da önemlisi icra dairesi edimi yerine getirirken hükümle bağlı olacaktır¹⁵². Hüküm fıkrasını genişletilemez veya daraltılamaz. Bu yasak hükmü veren mahkemenin kendisi için de geçerli olduğundan hüküm fıkrasının belirsizliği tavzih yoluyla da giderilemez. Ancak 7251 sayılı Kanunla eklenen hükmün tamamlanmasına (HMK m. 305/A) başvurulabilir. Hükmün tamamlanmasına yargılamada ileri sürülmesine veya kendiliğinden hükme geçirilmesi gerekli olmasına rağmen hakkında tamamen veya kısmen karar verilmeyen hususlarda başvurulabilir. Bu sebeple müdahalenin giderilme biçimi de talep sonucunda açıkça belirtilmiş olmalıdır. Ayrıca bu imkâna nihaî kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde başvurulabilir (HMK m. 305/A). Bu sebeplerle Yargıtay da hüküm fıkrasının açık olması, edimlerin netleştirilmesi gerektiği yönelik karar vermektedir¹⁵³.

Yargıtay 14. HD., E. 2014/14203, K. 2015/10045, T. 9.11.2015, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; Samsun BAM, 1. HD., E. 2017/370, K. 2017/377, T. 4.5.2017, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

¹⁵² Akkan, **İlâmların İcrası**, s. 110,231, 232; Yazıcı Tıktık, **a.g.m.**, s. 2761. İcra dairesi ilâmın lafzi ile bağlı olsa da infaz alacaklıyı külfet altına sokacak şekilde gerçekleştirilmemelidir. Örnek olarak müdahalenin yıkımla gerçekleştirilmesine karar verildiği hallerde ilâm yıkım sonucu oluşan hafriyatın da kaldırılmasını sağlayacak şekilde infaz edilmelidir. Yazıcı Tıktık, **a.g.m.**, s. 2761. Aksi yöndeki görüş ise ilâm kapsamının bu şekilde genişletilemeyeceğini savunur. Zira ilâmın icra memuru tarafından yorumlanması söz konusu değildir. Ayrıca ilâmda belirtilen işin devam anlamına gelecek başka işleri de ilâm kapsamında değerlendirmek borçlunun masraflarının artmasına da sebep olabilir. Bu sebeple yapılacak iş ilâmda bütün yönleriyle somutlaştırılmalı, kapsamı net olarak belirlenmelidir. Akkan, **İlâmların İcrası**, s. 231, 232.

¹⁵³ “...Hükmün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir. Bunların yanında hakim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir. (HMK m.26/1)İcra ve İflas Kanununun 30. maddesi hükmü gereğince bir işin yapılmasına dair olan ilamın icra müdürlüğüne verilmesi üzerine borçluya bir icra emri gönderilerek ilamda gösterilen süre içinde ve eğer süre verilmemişse işin mahiyetine göre başlama ve bitirme zamanları tayin edilerek icra müdürlüğü tarafından o işin yapılması emredilir. Borçlu emir gereğini yerine getirmese lazım gelen masraf icra müdürü tarafından bilirkişiye hesaplatılarak ayrıca bir hüküm gerekmezsizin bu masraf borçludan tahsil edilir. Hüküm fıkrasında, müdahalenin men'ine karar verilen alanın ve kal'ine karar verilen yapıların infaza elverişli olacak şekilde gösterilmemesi doğru olmadığı gibi, ilamın infazını ilgilendiren konular hakkında hüküm kurulması da doğru görülmemiş, bu sebeplerle kararın bozulması gerekmiştir...” Yargıtay 14. HD., E. 2015/17441, K. 2016/10049, T. 5.12.2016, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021. Aynı yönde bkz.: Yargıtay 14. HD., E. 2015/12704, K. 2016/5249, T. 2.5.2016, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; Yargıtay 14. HD., E. 2014/13857, K. 2015/8932, T. 14.10.2015, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; Yargıtay 14. HD., E. 2013/6561, K. 2013/8414, T. 31.05.2013, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021; İstanbul BAM, 7. HD., E. 2017/375, K. 2017/387, T. 19.4.2017, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Çevrimiçi, E.T.: 15.03.2021.

Bir şeyin yapılmamasına yönelik edimlerde ilâmlı icraya konu olabilir. Bu edimler için alacaklıya bir icra emri gönderilir ve belirtilen işi yapmaması gerektiği aksi takdirde İİK 343'e göre cezalandırılacağı ihtar edilir. Borçlu, yapmaması gereken şeyi yaparsa şikâyet üzerine 3 aya kadar tazyik hapsine mahkûm edilir. Yapmama borcunu her ihlalde tazyik hapsi uygulanabilir¹⁵⁴.

Borçlu icra emri üzerine edimi yerine getirir ancak sonradan ilâm hükmünü ortadan kaldıracak bir davranışta bulunursa ayrıca hükme hacet kalmaksızın ilâm tekrar zorla yerine getirilir (İİK m. 30/f. 4). Borçlu, bu durumda tekrar hapisle tazyik edilebilir¹⁵⁵.

Son olarak elatmanın önlenmesi kesinleşmeden icra edilemeyecek olsa da yukarıda belirtildiği üzere Yargıtayın bu konudaki uygulaması farklıdır. Bu durumda her ne kadar İİK m. 36'ya göre icranın geri bırakılması para ve eşyanın teslimi hakkındaki ilâmların icrasında uygulanacak olsa da bir şeyin yapılması veya yapılmaması hakkındaki ilâmların icrasında da bu imkândan yararlanılabileceği kabul edilmektedir¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Akkan, **İlâmların İcrası**, s. 300 vdm.; Yazıcı Tıktık, **a.g.m.**, s. 2768.

¹⁵⁵ Akkan, **İlâmların İcrası**, s. 174, 175, 193, 306; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **İcra ve İflâs Hukuku**, s. 448.

¹⁵⁶ Akkan, **İlâmların İcrası**, s. 144. İcranın geri bırakılması halinde borçlunun göstereceği teminat işin başkası tarafından yapılacak olup olmamasına göre değişiklik gösterir. İşin başkası tarafından yapılabilecek olması halinde teminat başkası tarafından yapılan işin masrafı kadar olur. İşin başkası tarafından yapılamayacak olması veya bir işin yapılmamasına dair bir ilâm olması halinde ise teminatın miktarı, alacaklının işin yapılmaması veya yapılmaması gerekirken yapılması sebebiyle uğradığı zarara göre belirlenmelidir. Akkan, **İlâmların İcrası**, s. 146, 147. İcranın geri bırakılması hakkında aynı yönde bkz.: Yazıcı Tıktık, **a.g.m.**, s. 2745, 2746. Aynı şekilde bir şeyin yapılmasına veya yapılmamasına ilişkin ilâmların icrasında İİK m. 33 gereği icranın geri bırakılması yoluna da başvurulabileceği kabul edilmektedir. İcranın geri bırakılması yargılamasında borcun yerine getirildiği iddiasının ispatı için icra mahkemesinin keşif yapabileceği savunulmuştur. Yazıcı Tıktık, **a.g.m.**, s. 2758 vdm. İİK m. 33 hükmüyle icranın geri bırakılabileceği ancak açık kanunî düzenleme sebebiyle keşif deliline dayanılamayacağı; yapma ve yapmama borçlarının ispatı için İİK m. 33'te belirtilen belgelerin aranmamasına dair kanun değişikliği yapılması gerektiği yönünde bkz.: Akkan, **İlâmların İcrası**, s. 131 vdm. İİK m. 33 hükmüyle icranın geri bırakılabileceği yönünde bkz.: Mehmet Köle, **İlâmlı İcra Takibinde İcra Mahkemesi Tarafından İcranın Geri Bırakılması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 51, 52.

SONUÇ

Medenî usûl hukuku açısından taşınmaz mülkiyetine el atmanın önlenmesi davasının incelendiği bu çalışmada aşağıdaki sonuçlara varılmıştır:

Mülkiyet hakkı, eşya üzerinde en geniş yetkiler veren aynî haktır. Bu hak, hak sahibine olumlu yetki olarak, kullanma, yararlanma ve tüketme yetkilerini; olumsuz yetki olarak ise istihkak davası ve elatmanın önlenmesi davası açma yetkisini verir. Mülkiyet hakkı, olumsuz içeriğindeki davaların yanı sıra doğrudan veya dolaylı olarak farklı hukukî düzenlemelerle de korunmuştur.

Malik, mülkiyet hakkının verdiği yetkileri kısmen ortadan kaldıran veya yetkilerini kullanmasını zorlaştıran mevcut ya da muhtemel haksız müdahalelere karşı elatmanın önlenmesi davası açabilir. Yapılan müdahalelerin taşınmazın zilyetliğine etki eden doğrudan müdahaleler olması gerekir. Bir taşınmazın kullanılmasına bağlı olarak oluşan sonuçların diğer bir taşınmazı, mülkiyet hakkının kullanılmasını engelleyecek veya zorlaştıracak biçimde etkilemesini ifade eden dolaylı müdahaleler ise elatmanın önlenmesi davasının kapsamına girmemelidir.

Mülkiyet hakkının olumsuz içeriğini oluşturan davalardan diğeri ise istihkak davasıdır. İstihkak davasının ve elatmanın önlenmesi davasının farkı mülkiyete yapılan müdahalelerdir. Müdahale, malikin zilyetliğine son veriyorsa eşyanın geri alınması istihkak davası ile sağlanabilir. Müdahalenin zilyetliği sona erdirmediği, yalnızca ihlal ettiği hallerde ise elatmanın önlenmesi davası açılmalıdır.

Yolsuz tescilin düzeltilmesi amacıyla açılan tapu kaydının düzeltilmesi ise elatmanın önlenmesi davasından niteliği itibariyle ayrılır. Tapu kaydının düzeltilmesi tespit davasıyken; elatmanın önlenmesi davası eda davası niteliğindedir. Bu sebeple zilyetliğine müdahalede bulunulan taşınmazın, sicilinde yolsuz tescil bulunması halinde bu iki uyumsuzluk için belirtilen iki farklı dava açılmalıdır.

Elatmanın önlenmesi davası, taşınmaz malikinin sorumluluğu halinde açılacak davalardan ise müdahalenin kaynağı bakımından ayrılır. Taşınmaz üzerinde meydana gelen müdahale, başka bir malikin kendi taşınmazını taşkın kullanımından kaynaklanıyorsa taşınmaz malikinin sorumluluğuna ilişkin davalar

açılabilir. Müdahalenin, başkasının kendi mülkiyet hakkını kullanmasından değil de taşınmazın sınırları içerisine doğrudan yapılmış bir eylemden kaynaklanması halinde ise elatmanın önlenmesi davası açılmalıdır.

Haksız yapı hükümleri ise malzemenin sökülerek kaldırılması talebi yönünden elatmanın önlenmesi davasına benzer. Ancak haksız yapı hükümlerindeki bu talep şahsî bir taleptir. Elatmanın önlenmesi davası ise aynî hakka dayanır. Bu sebeple bu davalar sonuçları ve ileri sürülebilecek talepler bakımından birbirinden ayrılır.

Taşınmaza yapılan müdahale için zilyetliğin korunması yollarına da başvurulabilir. Bu davalar ile elatmanın önlenmesinin ayrıldığı temel nokta korumaya yöneldikleri hukukî değerdir. Zilyetliğin korunması ile müdahaleden önceki zilyetliğin tesis edilmesi amaçlanırken; elatmanın önlenmesi davası hak sahibinin mülkiyet hakkını tam olarak kullanması hedeflenir. Zilyetliğin korunması yollarından zilyetliğe saldırı halinde açılacak dava ile elatmanın önlenmesi davası yarışır. Aynı zamanda zilyet olan malik, yapılan müdahalenin bertaraf edilmesi için dilerse elatmanın önlenmesi davasına dilerse de zilyetliğe saldırı halinde açılacak dava yoluna başvurabilir.

Elatmanın önlenmesi davasının konusunu ileri sürülen usûlî talep olan, müdahalenin bertaraf edilmesi oluşturur. Müdahalede bulunulan taşınmaz ise dava konusu değil; çekişme konusunu (davanın konusunu veya uyuşmazlık konusunu) oluşturur. Dava konusunun değeri ise müdahalede bulunulan taşınmazın dava açıldığı andaki değerine göre belirlenir.

Elatmanın önlenmesi davası, mülkiyet hakkına müdahale edilmemesinin talep edildiği eda davasıdır. Dava sonunda hâkim, müdahalenin bertaraf edilmesi için somut olaydaki eyleme göre davalıyı bir şeyin yapılmasına veya yapılmamasına mahkûm eder. Elatmanın önlenmesi talebi ile birlikte ileri sürülen ecrimisil ve tazminat talebi olması halinde ise objektif dava birleşmesi meydana gelir. Dava konusunun dayandığı hakkın niteliğine göre yapılan ayrıma göre ise elatmanın önlenmesi davası aynî davadır. Dava açma hakkı, davanın dayanağı olan mülkiyetten ayrı olarak başkasına devredilemez.

Elatmanın önlenmesi davası, mülkiyet hakkına yapılan müdahaleleri bertaraf etmeye yönelik olduğundan bu davayı açabilecek kişilerin başında malik gelir. Malikin yanı sıra sınırlı aynî hak sahipleri de elatmanın önlenmesi davası açabilir. Şahsi hak sahibi olan kimseler ise elatmanın önlenmesi davası açamaz. Bu dava haksız müdahalede bulunan kişiye açılabilceğı gibi müdahaleye teşvik eden kişiye karşı da açılabilir.

Paylı mülkiyet ilişkisinde, bölünebilir talepler her bir malik tarafından ayrı olarak ileri sürülebilir. Elatmanın önlenmesi davası açısından ise paydaşın eşya üzerindeki yetkileri diğer bir paydaş tarafından engelleniyorsa tek başına bu davayı açabilir. Aynı şekilde eşyanın kullanımı paylar oranında bölünmüşse malik, kendi kullanımına tahsis edilen alan için de bölünebilir talep olarak elatmanın önlenmesi davası açabilir. Bu ihtimallerin dışında paylı mülkiyet hakkı sahibi olan malik, eşyanın tamamına yapılmış müdahaleler için bölünebilir bir talep olarak elatmanın önlenmesi davası açamaz. Son ihtimalde paylı mülkiyet ilişkisi içerisinde yar alan malik, TMK m. 693/f. 3 hükmüne dayanarak eşyanın tamamı için elatmanın önlenmesi davası açabilir. Bu hüküm malike, paylı mülkiyet hakkına sahip bütün maliklerin sahip olduğu bir hakka dayanarak hepsi hakkında sonuç doğuracak bir dava açma hakkı verdiğinden dava takip yetkisi sağlar. Paylı maliklerin davalı tarafında bulunması halinde ise müdahalenin giderilmesi, paylı mülkiyete konu eşya üzerinde tasarruf edilmesini gerektireceğinden mecburî dava arkadaşlığı hali oluşur.

Elbirliği mülkiyetinde, mülkiyet hakkı maliklerin tamamına ait olup hak konusu üzerinde birlikte tasarrufta bulunabilirler. Buna uygun olarak da açacakları ve onlara karşı açılacak davada mecburî dava arkadaşları olarak birlikte yer alırlar. Elatmanın önlenmesi davasını da kural olarak mecburî dava arkadaşlığı ilişkisi içerisinde birlikte açabilirler. Ancak elbirliği ile maliklerden birinin, taşınmazı kullanması engelleniyorsa bu malik tek başına elatmanın önlenmesi davası açabilir. Ayrıca TMK m. 702/f. 4 hükmü ile her bir malik eşyanın tamamına yapılmış müdahalenin bertaraf edilmesini tek başına talep edebilir. Bu hüküm, paylı mülkiyet ilişkisinde TMK m. 693/f. 3 hükmü gibi, bütün maliklerin sahip olduğu bir hakka dayanarak hepsi hakkında sonuç doğuracak bir dava açma hakkı verdiğinden dava takip yetkisi sağlar.

Kat mülkiyeti ilişkisinde, her kat maliki kendi bağımsız bölümü için elatmanın önlenmesi davası açabilir. Anagayrimenkulün ortak yerlerinde ise paylı mülkiyet ilişkisi geçerli olduğundan bu mülkiyet ilişkisinin kuralları çerçevesinde elatmanın önlenmesi davası açılabilir. Yönetici ise KMK m. 35 hükmünün sağladığı dava takip yetkisi ile anagayrimenkulün genel yönetim işleriyle ilgili dava açabilir. Gerek bağımsız bölümlere gerekse de ortak yerlere yapılan müdahalelerin bertaraf edilmesi genel yönetim işleri kapsamında olmadığı için yönetici, belirtilen yerler hakkında elatmanın önlenmesi davası açamaz.

Taşınmaza yapılan müdahale idare tarafından da gerçekleştirilebilir. Bu müdahale, usulüne uygun bir kamulaştırma süreci geçirilmeden ancak kanunların verdiği açık bir yetki ile yapılıyorsa hukukî el atma oluşur. Hukukî el atmadan doğan uyuşmazlıklar için idarî yargı yoluna başvurulmalıdır. Taşınmaza müdahalede bulunmak için idareye yetki veren açık bir kanuni düzenlenmenin olmadığı hallerde ise fiilî el atma oluşur. Fiilî el atma, haksız fiil niteliğinde olduğundan idarenin bu eylemine karşılık adlî yargı yolunda elatmanın önlenmesi davası açılmalıdır.

Mal varlığı haklarına ilişkin olan elatmanın önlenmesi davası asliye hukuk mahkemesinde görülür. Yargıtayın bazı kararlarında ise uyuşmazlığın konusu ve tarafları değerlendirilerek asliye ticaret mahkemesinin görevli olacağına karar verilmiştir. Bu bağlamda kooperatifleri ilgilendiren uyuşmazlıklar ile iki tarafın tacir olduğu ve uyuşmazlığın ticari işletmeleri ilgilendirmesi halinde asliye ticaret mahkemesinin görevli olacağı dair kararlar mevcuttur. Kat maliklerinin ortak yerlere yaptıkları müdahaleler için açılan elatmanın önlenmesi davası ise sulh hukuk mahkemelerinde görülür.

Elatmanın önlenmesi davasında taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir.

Derdestlik açısından elatmanın önlenmesi davasının taraf, konu ve sebep unsurları ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Taraf açısından, konusu ve sebebi aynı olan elatmanın önlenmesi davasının aynı taraflar arasında ikinci kez açılmasının derdestlik oluşturacağında şüphe yoktur. Paylı mülkiyet ve elbirliği mülkiyet ilişkilerinde de TMK m. 693/f. 3 ve 702/f. 4 hükümlerine dayanılarak açılan elatmanın önlenmesi

davasının, aynı hükme dayanarak açılan diğer bir elatmanın önlenmesi davası ile derdestlik oluşturacağı sonucuna varılmıştır. Zira, kanaatimizce, malikler aynı dava takip yetkisini kullanırlar ve bu durum onları aynı taraf haline getirir. Kabul ettiğimiz bu görüşün temel gerekçelerinden birincisi, bütün maliklerin eşyanın tamamı için aynı hukukî korumayı talep edecek olmasıdır. Böylelikle bir malik elatmanın önlenmesi davası açıldığında aslında bütün maliklerin yerine dava ikâme etmiş olur. İkincisi ise derdestliğin kabul edilmemesi halinde davalı tarafı aynı hukukî sorun için malik sayınca davaya muhatap kılmanın silahların eşitliğini bozacak olmasıdır. Ayrıca bir hukukî sorun bir defa mahkeme önüne götürülmelidir. Derdestliğin kabul edilmemesi aynı sorunun farklı maliklerce mahkeme önüne götürülmesine yol açıp hukuk güvenliğinin ihlaline yol açabilir. Belirtilen şekilde açılan davalar hakkında kesin hüküm etkisinin oluşacağı da aynı gerekçelerle kabul edilmiştir.

Derdestliğin konu unsuru açısından incelenmesinde ise zilyetliğe yapılan saldırının önlenmesi davası ile elatmanın önlenmesi davasının derdestlik oluşturmayacağı sonucuna varılmıştır. Zira birinde zilyetliği diğerinde mülkiyet hakkına yapılan saldırının bertaraf edilmesinin talep edildiği davaların talep sonuçları farklıdır. Aynı şekilde tespit davası olduğunu kabul ettiğimiz tapu kaydının düzeltilmesi davası ile eda davası olan elatmanın önlenmesi davası, talep sonuçları farklı olduğu için derdestlik oluşturmaz. Ancak elatmanın önlenmesi davasında yapılacak olan mülkiyet hakkının tespiti için tapu kaydının düzeltilmesi davasında verilecek karar bekletici mesele yapılabilir.

Sebeup unsuru açısından ise ikinci olarak açılan elatmanın önlenmesi davasında ileri sürülen talebin yeni bir müdahale olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Elatmanın önlenmesi davasında davalı, davacının mülkiyet hakkının bulunmadığını itiraz olarak ileri sürebilir. Keza müdahalenin sona erdiğine dair yapılan savunma da itiraz niteliğindedir. İtiraz niteliğinde olan bir diğer savunma ise hakkın kötüye kullanımıdır. Ancak bu savunmanın elatmanın önlenmesi davasında ileri sürülüp sürülemeyeceği her somut olayda değerlendirilmelidir.

Davalının, müdahalede bulunmasını haklı kılan aynî veya şahsî bir hakkının bulunduğunu ileri sürmesi def'i niteliğindedir. Aynı şekilde TMK m. 751, 752 ve

753'te düzenlenen ve herkes tarafından taşınmaza müdahalede bulunulmasını mümkün kılan hükümler de def'i olarak ileri sürülebilir. Aynî haklar zamanaşımına uğramayacağından aynî hakka dayanan talepler de her zaman ileri sürülebilir. Bu sebeple zamanaşımı def'i, elatmanın önlenmesi davasında ileri sürülemez. Bununla birlikte şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olan taşınmaz satışlarında malikin açtığı elatmanın önlenmesi davasında alıcı, satış bedeli kendisine ödenmedikçe müdahalenin sonlandırılmaması için ödemezlik defi'sini ileri sürebilir.

Elatmanın önlenmesi davasında davacı, savunma yapmaktan öte kendi ileri sürdüğü taleplerin hüküm altına alınması için karşı dava da açabilir. Bu bağlamda, örnek olarak, taşkın yapı hükümlerine göre arazi üzerinde irtifak hakkı kurulması talebi veya arazi mülkiyetinin devrinin talebi ya da tapu kaydının düzeltilmesi karşı dava olarak ileri sürülebilir.

Elatmanın önlenmesi davasında taraflar, kendilerine hukukî koruma sağlayacak normun koşul vakıalarına karşılık gelen somut vakıaları mahkemeye bildirme yükünü taşırlar. Bu bağlamda davacı, mülkiyet hakkını ve haksız müdahaleyi; davalı ise davacının hakkını kullanmasını engelleyen, durduran veya kaldıran vakıaları bildirme yükünü taşır. Ayrıca bu vakıaların ispata elverişli hale gelecek şekilde yer, zaman ve içerik bakımından somutlaştırılması gerekir. İspat yükü açısından ise davacı, mülkiyet veya sınırlı aynî hakkının, müdahalenin ve müdahale ile aynî hakkın ihlali arasındaki illiyet bağının ispat yükünü taşır. Davalı da kendi lehine sonuç çıkararak yaptığı savunmaların ispat yükünü taşır. Bu bağlamda davalı, geçerli bir şekilde mülkiyet hakkını kazandığının, davalının müdahaleye katlanmasını gerektiren aynî veya şahsî hakkının ya da hakkın kötüye kullanıldığının ispat yükünü taşır.

Taraflar, hukukî işlem niteliğindeki iddia ve savunmalarını, senetle ispat sınırının aşılması halinde, kesin delille ispatlamalıdır. Bu kapsamda davacı mülkiyet hakkına sahip olduğunu kesin delille ispatlamalıdır. Ancak davacı, tapu sicilinden yararlanabilir. Zira TMK m. 992/f. 1 bir hükmü gereği tapu sicilindeki kayıt, mülkiyet hakkının varlığına karine oluşturur. Davalı da tapu siciline tescil haklarına dayanarak yaptığı savunma için bu karineden yararlanabilir. Müdahale ise hukukî fiil olup takdir

delille ispat edilebilir. Özellikle müdahalenin varlığının ve nasıl yapıldığının tespiti ile müdahale yapılan alanın tespiti için bilirkişiden yararlanılabilir.

Elatmanın önlenmesi davasında dava konusunun devri kurumu, davacının yaptığı devir açısından incelenmelidir. Zira tasarruf yetkisi, malik olan davacının elindedir. Dava konusu devri dosyadan anlaşılıyorsa mahkeme bu durumu re'sen gözeterek yeni malike davayı ihbar etmelidir. Yeni malik davaya devam ederse bu dava, açılmış olan davanın devamıdır. Bu sebeple yapılan işlemler geçerliliğini korur. Ancak davalı, yeni malike karşı kişisel savunmalarını ileri sürebilir. Yeni malik davaya devam etmezse dosyanın işlemiden kaldırılması (HMK m. 150) gerekir.

Elatmanın önlenmesi davasında, müdahalenin bertaraf edilmesinden sonra oluşacak zararın en aza indirilmesi ve taşınmazın değerinin korunması amacıyla ihtiyatî tedbir kararı verilebilir. Bu tedbir kararı, genelde, yapılan müdahalenin durdurulması şeklinde olur. İhtiyatî tedbirin yanı sıra, müdahalenin bertaraf edilmesi ile birlikte ecrimisil ve tazminat talebi ileri sürülmesi halinde, İİK m. 257 ve devamındaki şartlar çerçevesinde bu talepler için ihtiyatî haciz kararı verilebilir. Elatmanın önlenmesi davası, devam eden müdahale için açılabilen kural olarak delillerin kaybolma ihtimali söz konusu olmaz ve haliyle delil tespitinde hukukî yarar bulunmaz.

Elatmanın önlenmesi davası, aynî hakkın içeriğinde değişiklik meydana getiren taşınmaz aynına ilişkin bir uyuşmazlık olduğu için objektif açıdan tahkime elverişli değildir. Diğer yandan elatmanın önlenmesi davası, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir uyuşmazlık olup kamu düzenini de ilgilendirmedikten arabuluculuğa elverişlidir.

Elatmanın önlenmesi davasında verilen hüküm, eda hükmüdür. Hüküm icraya elverişli olacak şekilde açık olmalıdır. Taraflara yüklenen hak ve borçlar açıkça yazılmalıdır. Özellikle müdahalenin nasıl giderileceği hükümde açıkça belirtilmelidir. Genel bir ifade ile “elatmanın önlenmesi” şeklinde karar verilmesi, hükmün icrasında yeterli açıklığı sağlamaz.

Kesin hüküm etkisinin taraflar açısından ele alınmasında, derdestlik meselesinde belirtilen gerekçelerle, TMK m. 693/f. 3 veya 702/f. 4 hükümlerine dayanılarak açılan

elatmanın önlenmesi davasının diğer malikler için kesin hüküm oluşturacağı kabul edilmiştir.

Kesin hükmün sebep unsuru açısından ele alınmasında, kesin hüküm etkisinin davanın karara bağlandığı ana kadar ileri sürülebilecek vakıalar hakkında oluşacağı kabul edilmiştir. Müdahale oluşturan vakıa hükmün kesinleşmesinden sonra oluşuyorsa bu müdahale için yeni bir elatmanın önlenmesi davası açılabilir. Bunun aksine müdahale, kesin hüküm elde edilen vakıanın süregelmesinden kaynaklanıyorsa kesin hüküm etkisi oluşur ve devam eden bu müdahale için yeni dava açılmaz.

Kesin hükmün konu unsuru açısından incelenmesinde, farklı elatmanın önlenmesi davalarında konuların aynılığının kabulü için bunların dayandığı vakıaların da aynı olması gerektiği sonucuna varılmıştır. Bu bağlamda ele alınan bir diğer meselede ise gerekçe kısmında yer alan mülkiyet hakkı tespiti hükmü fıkrasının ayrılmaz bir parçası olduğu gerekçesiyle kesin hüküm kapsamında kalacağı sonucuna varılmıştır. Kesin hüküm kapsamına giren bu tespit, daha sonra açılacak tapu kaydının düzeltilmesi davasında kesin hükmün müspet etkisini göstermelidir.

Elatmanın önlenmesi davasında verilen hüküm için HMK’da belirtilen başvuru şartlarını sağlaması ile istinaf, temyiz ve yargılamanın iadesi yollarına başvurulabilir. Kanaatimizce, KMK’dan kaynaklanıp sulh hukuk mahkemesinde görülmesi gereken elatmanın önlenmesi davaları da temyiz yoluna götürülebilmelidir. Zira mülkiyet hakkının içeriğindeki yetkilerde değişiklik meydana getirecek olması sebebiyle elatmanın önlenmesi davası, taşınmaz aynına ilişkin kabul edilmelidir. Ayrıca uyuşmazlığın konusu bakımından asliye hukuk mahkemesinde görülen elatmanın önlenmesi davasından bu yönüyle ayrılmasını gerektirecek haklı bir gerekçe de yoktur.

Elatmanın önlenmesi davasında elde edilen hüküm, ilâmlı icra yoluna tabidir. Elatmanın önlenmesi davasında elde edilen hüküm, mülkiyet hakkından doğan yetkileri etkileyecek olup taşınmaz aynına ilişkindir. Bu sebeple kesinleşmeden icra edilememesi gerekir. Yargıtay ise müdahale yıkımla giderilecekse telafisi güç zararların doğacağı uyuşmazlıklarda icra için kararın kesinleşmesi gerektiğini kabul etmektedir. Taşınmaza yapılan müdahale, taşınmazın kullanılmasını tamamen engelliyorsa taşınmaz mal teslimine ilişkin hükümlere (İİK m. 26 vdm) göre; müdahale

yalnızca zilyetliği ihlal ediyorsa bir Şeyin yapılması veya yapılmamasına ilişkin hükme (  K m. 30) göre icra edilir. Bu yollara baŐvurulduęunda, Yargıtayın, kesinleşmeden icra edilebileceğine dair görüşü kabul edilirse   K m. 36'ya göre icranın geri bırakılmasından yararlanılabilir.



KAYNAKÇA

Ağca Toplandı, Pınar:

Birlikte Mülkiyette Ortak Menfaati Koruma Yetkisi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.

Akcan, Recep:

“Yargıtay Kararlarında ‘Güçlü Delil’ Kavramının Hukuki Niteliği”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 1-2, 2004, sa. 7-24.

Akıntürk, Turgut/
Ateş, Derya:

Medenî Hukuk, 26. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2020.

Akil, Cenk:

“6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Çekişmeli Yargıya İlişkin Yetki Halleri”, **Legal Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, C. 8, S. 22, 2012/2, sa. 105-160. (Kısaca Kesin Yetki).

“Dava Yetkinliği”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Cilt Bilgisi Yok, S. 36, 2018, sa. 1-20. (Kısaca Dava Yetkinliği).

“Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Kapsamı”, **Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan**, 2 Cilt, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2014, C. 1, sa. 75-137. (Kısaca Arabuluculuk).

“Medeni Yargılama Hukukunda Mahkemelerce Yapılan Delil Tespiti”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 58, S. 1, 2009, sa. 1-62. (Kısaca Delil Tespiti).

Akipek, Jale:

“Mülkiyet Kavramı Üzerine Bir İnceleme”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 5, S. 1, 1969, sa. 1-15. (Kısaca İnceleme).

“Mülkiyetin Anayasa Tarafından Korunması ile İlgili Bir Deneme”, **Adalet Dergisi**, Cilt Bilgisi Yok, S. 58, 1967, sa. 302-311. (Kısaca Deneme).

Gayrimenkul Malikinin Mesuliyetinin Hukukî Neticeleri, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1955. (Kısaca Mesuliyet).

Menkul Davası, Ankara, Güzel Sanatlar Matbaası, 1959. (Kısaca Menkul Davası).

Türk Eşya Hukuku: Aynî Haklar, Mülkiyet, Ankara Sevinç Matbaası, 1971. (Kısaca Mülkiyet).

Türk Eşya Hukuku: Aynî Haklar, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 2. Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, 1972. (Kısaca Zilyetlik ve Tapu Sicili).

Eşya Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2018.

Akipek, Jale/
Akıntürk, Turgut/
Ateş, Derya:

Akkan, Mine:

“Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükmün Delil Niteliği”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, S. Özel Sayı (Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan), 2009, sa. 3-61.

Bir İşin Yapılması veya Yapılmamasına İlişkin İlâmların İcrası (İİK m. 30, m. 343), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020. (Kısaca İlâmların İcrası).

Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 3 Cilt, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, C. 1. (Kısaca Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku).

Akkaya, Tolga:

“Medeni Usûl Hukukunda Hükmün (Nihai Kararların) Tamamlanması”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 25, S. 1, 2021, sa. 19-60.

- Akman, Galip Sermet:
Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.
- Aksan Nar, Şerife:
Kat Mülkiyetinde Ortak Yerlerin Tâbi Olduğu Hukuki Rejim, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Aksoy Dursun, Sanem:
Eşya Kavramı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Akyılmaz, Bahtiyar/
Sezginer, Murat/
Kaya, Cemil:
Türk İdare Hukuku, 13. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2021. (Kısaca İdare Hukuku)
- Türk İdari Yargılama Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2021. (Kısaca İdari Yargılama).
- Alangoya, Yavuz:
“Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradî Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 3, S. 5, 1969, sa. 125-190.
- Medenî Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1973. (Kısaca Tahkim).
- Medeni Usul Hukukunda Dava Ortaklığı (Tarafların Taaddüdü)**, 2. (Tıpkı) Basım, İstanbul, Yayınevi Bilgisi Yok, 1999. (Kısaca Dava Ortaklığı).
- Alangoya, Yavuz/
Yıldırım, Kamil/
Deren Yıldırım, Nevhis:
Medenî Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2009.
- Ansay, Sabri Şakir:
“Tespit Davaları”, **Adalet Dergisi**, 31. Yıl, S. 2, 1940, sa. 70-86.

Arpacı, Abdülkadir:

“Medeni Kanun’un Haksız İnşaat Düzenlemesindeki Haksızlık”, **Uluslararası Eşya Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, sa.31-41.

Türk Medeni Kanunu Açısından Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1990. (Kısaca Müşterek Mülkiyet).

Kat Mülkiyetinde Yönetim, 2. Baskı, İstanbul, Temel Yayınları, 1994. (Kısaca Yönetim).

Arslan, Aziz Serkan:

“6100 Sayılı HMK Madde 401 Hükmüne Göre Delil Tespitinde Görevli ve Yetkili Mahkeme”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 21, S. 2, 2013, sa. 241-254.

Arslan, Ramazan:

“Dava ve Cevap Dilekçelerinin Hazırlanması ve Ön İnceleme”, **Bankacılar Dergisi**, C. 23, S. 80, 2012, sa. 67-82. (Kısaca Dilekçe).

“Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Geçici Hukuki Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler”, **Bankacılar Dergisi**, C. 24, Özel Sayı, 2013, sa. 7-27. (Kısaca Yenilikler).

“Kesin Hüküm İhtiyacı ve Yanılma Gerçeği”, **Ankara Barosu Dergisi**, C. 45, S. 5-6, 1988, sa. 722-737. (Kısaca Kesin Hüküm).

Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi (İade-i Muhakeme), Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1977.

Arslan, Ramazan/
Yılmaz, Ejder/
Taşpınar Ayvaz, Sema/
Hanağası, Emel:

Arslandoğan, Birce:

Arslanpınar Tat, Tuğçe:

Aşık, İbrahim:

Ataay, Aytekin:

Atalay, Oğuz:

Medenî Usûl Hukuku, 6. Baskı,
Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.

**Medenî Yargılama Hukukunda Delil
Tespiti**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha
Yayıncılık, 2020.

*“Olağanüstü Zamanaşımıyla Taşınmaz
Mülkiyetinin Kazanılmasının (TMK m.
713) Yargılama Hukuku Bakımından
Değerlendirilmesi”*, **Prof. Dr.
Necmettin M. Berkin’e Armağan**,
İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, sa. 127-
180.

*“Güncel Yargıtay Kararları Işığında
Dava ve Cevap Dilekçesinin Unsurları”*,
**Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dergisi**, C. 3, S. 3, 2014, sa. 145-175.

**Medenî Usul Hukukunda Bekletici
Sorun**, Ankara, Seçkin Yayıncılık,
2012.

**Kendi Malzemesile Başkasının
Gayrimenkulünde Haksız İnşaat:
Doktrin-İçtihat-Mevzuat**, İstanbul,
Baha Matbaası, 1959. (Kısaca Haksız
İnşaat).

**Medenî Hukukun Genel Teorisi:
Temel Bilgiler ve Kavramlar**, 3. Bası,
İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980.
(Kısaca Medenî Hukuk).

“Delil Kavramı Üzerine”, **Halûk
Konuralp Anısına Armağan**, 3 Cilt,
Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, C. 1, sa.
129-138.

**Medeni Usul Hukukunda Menfi
Vakıaların İspatı**, İzmir, Dokuz Eylül
Üniversitesi Yayını, 2001. (Kısaca
Menfi Vakıaların İspatı)

Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 3 Cilt, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, C. 2. (Kısaca Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku).

Atalı, Murat:

“Hukuk Yargılamamızda Genel Mahkemeler, Görev Kavramı ve Görevsizlik Kavramı”, Prof. Dr. Halil Cin’e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya, Selçuk Üniversitesi Basımevi, 1995, sa. 525-551.

Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 3 Cilt, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, C. 3. (Kısaca Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku).

Atalı, Murat/
Ermenek, İbrahim/
Erdoğan, Ersin:

İcra ve İflâs Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021. (Kısaca İcra ve İflâs Hukuku).

Medenî Usûl Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021. (Kısaca Medenî Usûl Hukuku).

Atlı, Banu:

“Taşkın Yapıya Katlanma Yükümlülüğünün Oluşma Koşulları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. Özel Sayı (Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan), 2017, sa. 981-1013.

Ayan, Mehmet/
Ayan, Nurşen:

Medenî Hukuka Giriş: Kaynaklar, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, 13. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020.

Ayan, Mehmet:

Eşya Hukuku I: Zilyetlik ve Tapu Sicili, 14. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020. (Kısaca Zilyetlik ve Tapu Sicili).

Eşya Hukuku II: Mülkiyet, 10. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020. (Kısaca Mülkiyet).

- Aybay, Aydın/
Hatemi, Hüseyin:
- Ayiter, Nuşin:
- Başpınar, Veysel:
- Belgesay, Mustafa Reşit:
- Belgin Güneş, Derya:
- Bilge, Necip/
Önen, Ergun:
- Bloomeyer, Arwed:
- Eşya Hukuku III: Sınırlı Aynî Haklar**, 9. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020. (Kısaca Sınırlı Aynî Haklar).
- Eşya Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Eşya Hukuku Kısa Ders Kitabı**, 3. Baskı, Ankara, Savaş Yayınları, 1987. (Kısaca Eşya Hukuku).
- Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968. (Kısaca Mamelek Kavramı).
- Mülkiyet Hakkını İhlâl Eden Müdahâleler**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.
- Dava Teorisi**, İstanbul, Nümune Matbaası, 1943. (Kısaca Dava Teorisi).
- Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller**, İstanbul, Güven Basımevi, 1940. (Kısaca Deliller).
- “Medenî Usûl Hukukunda Hükmün Tamamlanması (HMK m. 305/A)”*, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 1, 2021, sa. 313-328.
- Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Bakımından Etkileri**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Medenî Yargılama Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, 1978.
- “Kesin Hüküm Tesiri ve Sınırları”*, Çev.: İrfan Yazman, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 25, S. 3-4, 1968, sa. 225-238.

Bolayır, Nur:

“Medenî Usûl Hukukunda İspat Hakkı ve İspat Hakkının Sınırları”, **Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan**, 2 Cilt, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2014, C. 1, sa. 555-587.

Börü, Levent:

“Dava Konusu Kavramı ve Teorileri”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 28, S. 2, 2012, sa. 257-296. (Kısaca Dava Konusu Kavramı).

“Medeni Usul Hukukunda Taraf Kavramı”, **Legal Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, C. 8, S. 21, 2012, sa. 44-60. (Kısaca Taraf Kavramı).

“Sıfat ve Dava Takip Yetkisi”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 27, S. 3, 2011, sa. 249-278. (Kısaca Sıfat ve Dava Yetkisi)

Dava Konusunun Devri, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012. (Kısaca Dava Konusunun Devri).

Medenî Usûl Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016. (Kısaca İddia ve Somutlaştırma).

Budak, Ali Cem:

Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul, Beta Basım, 2000.

Budak, Ali Cem/
Karaaslan, Varol:

Medenî Usul Hukuku, 5. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021.

Bulur, Alper:

“6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler”, **Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan**, 2 Cilt, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, C. 1, sa. 499-514.

- Bulut, Nihat: “Mülkiyet Konusundaki Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 10, S. 3-4, 2006, sa. 15-26.
- Bulut, Uğur: **Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- Burcuoğlu, Halûk: “Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Menkul Davasının Hukukî Dayanağı, Zilyetliğe Bağlı Hak Karinelerinin Menkul Davasında Uygulanıp Uygulanmayacağı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 48, S. 1-4, 1981, sa. 493-535.
- Buz, Vedat: “Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TMK m. 60 Üzerine Düşünceler”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 29, S. 2, 2013, sa. 19-57.
- Büyük, Elif İrmak: **Medeni Usul Hukukunda İnşai Dava ve İnşai Hüküm**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Çabri, Sezer: “Kamulaştırmasız El Atma Kavramının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 15.12.2010 Tarihli Kararı Doğrultusunda Tanımlanması”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 1-2, 2011, sa. 77-107.
- Çelikoğlu, Cengiz Topel: “Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Dava ve Cevap Dilekçeleri”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 6, S. 63, 2011, sa. 48-60.

Çetiner, Bilgehan:

“İstihkak Talebi Temlik Edilebilir mi?”,
Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu’nun Anısına Armağan,
İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020,
sa. 139-159.

Çiftçi, Pınar:

Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.

Çörtoğlu, Sahir:

Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılması: Kavram, Unsurlar, Uygulama Alanı, Ankara, Kadioğlu Matbaası, 1988. (Kısaca Aşkın Kullanma).

Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etkisi ve Sonuçları (MK 661), Ankara, Olgaç Matbaası, 1982. (Kısaca Komşuluk Hukuku).

Deren Yıldırım, Nevhis:

“Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik”, **Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan**, İstanbul, Alkım Yayınları, 2007, sa. 47-61.

Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları, İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1996.

Direnisa, Efe:

Medenî Yargılamada Ön İnceleme Aşaması, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Dişel, Buse:

Dava Takip Yetkisi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

Dural, Mustafa/
Sarı, Suat:

Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medenî Hukukun Başlangıç Hükümleri, 16. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021.

Dursun Karaahmetoğlu, Şeyda:

“Taşınır Mülkiyetinin Kazanılması Bakımından TMK m. 988 ve 989 Hükümlerinin Uygulama Alanının Değerlendirilmesi”, **Yargı Kararları Sempozyumu-I Eşya Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Ekmekçi, Ömer/
Özekes, Muhammet/
Atalı, Murat/
Seven, Vural:

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

Ercan Özler, Meltem:

Medenî Usûl Hukuku’nda Dava Konusu, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

Erdoğan, Ersin:

“Paylı Mülkiyete Konu Eşya Eşyada Mecburi Dava Arkadaşlığı ve Davayı Birlikte Açma Zorunluluğunun Usûl Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi**, C. 9, S. 25, 2013, sa. 183-211.

Erdönmez, Güray:

“Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın Tarafların Ehliyetleri, Dava Arkadaşlığı, Davaların İhbarı ve Davaya Müdahaleye İlişkin Hükümlerinin Ana Hatlarıyla Değerlendirilmesi”, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi (İstanbul Barosu Yayınları)**, 2008, sa. 97-116.

Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 3 Cilt, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, C. 1. (Kısaca Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku).

Eren, Fikret:

Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.

Ergüne, Mehmet Serkan:

Taşınır Mülkiyeti, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Erişir, Evrim:

Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyatı Tedbir Türleri, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013. (Kısaca Geçici Hukuki Koruma).

Medeni Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir, Güncel Yayınevi, 2007. (Kısaca Taraf Ehliyeti).

Erkan, Vehbi Umut:

Türk Medeni Kanunu'nda Kendi Malzemesini Kullanarak Başkasının Arazisinde Haksız Yapı Meydana Getirilmesi (TMK m. 722-723-724), Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.

Erman, Hasan:

Eşya Hukuku Dersleri, 9. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2020. (Kısaca Eşya Hukuku Dersleri).

Medenî Hukuk Dersleri: Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, Der Yayınları, 2020. (Kısaca Medenî Hukuk Dersleri).

Ermenek, İbrahim:

Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021. (Kısaca Arabuluculuk).

Medenî Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014. (Kısaca Birleştirme Ayırma).

Eroğlu, Orhan:

Gayrimenkul Hukuku Davaları, 2 Cilt, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, Cilt 1.

Ertaş, Şeref:

Eşya Hukuku, 15. Baskı, İzmir, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 2020.

Esener, Turhan/
Demir, Ender:

Hukuka Giriş, 12. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.

Esener, Turhan/
Güven, Kudret:

Eşya Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.

Gemalmaz, Burak:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017.

Genç Arıdemir, Arzu:

Kat Mülkiyeti I, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Giritlioğlu, Neclâ:

“Müdahalenin Men’i Davasında Kesin Hükümün Kapsamı”, **Yargı Dergisi**, Cilt Bilgisi Yok, S. 34, 1979, sa. 10-13.

Müdahalenin Men’i (Elatmanın Önlenmesi) Davası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1984.

Görgün, Şanal/
Börü, Levent/
Kodakoğlu, Mehmet:

Medenî Usûl Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021.

Gözler, Kemal/
Kaplan, Gürsel:

İdare Hukuku Dersleri, 22. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2020.

Gözübüyük, Şeref/
Gölcüklü, Feyyaz/
Saygılı, Abdurrahman:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 12. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2019.

Gözübüyük, Şeref/
Tan, Turgut:

İdare Hukuku: Cilt I Genel Esaslar, 2 Cilt, 13. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2019, C. 1.

Gümüş, Mustafa Alper:

“Uygulamada Tapu Kütüğünün veya Kat Mülkiyeti Kütüğünün Beyanlar Sütununa Yapılan ve ‘Davalıdır Şerhi’ olarak adlandırılan Kaydın Geçerliliğine İlişkin Bir Değerlendirme”, **Uluslararası Eşya Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, sa. 83-110.

Gürdoğan, Burhan:

Medenî Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1960.

Güriz, Adnan:

Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu, 2. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2018.

Gürsoy, Kemal Tahir/
Eren, Fikret/
Cansel, Erol:

Türk Eşya Hukuku: Zilyetlik, Tapu Sicili, Mülkiyet, Sınırlı Aynî Haklar, 2. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1984.

Hatemi, Hüseyin:

Eşya Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020. (Kısaca Eşya Hukuku).

Medeni Hukuk'a Giriş, 9. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020. (Kısaca Medeni Hukuk'a Giriş).

Hatemi, Hüseyin/
Serozan, Rona/
Arpacı, Abdülkadir:

Eşya Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1991.

Hayta, Mehmet Ali:

Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Koyma Davaları, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.

Helvacı, Serap/
Erlüle, Fulya:

Medeni Hukuk: Medeni Hukuka Giriş, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 6. Bası, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2020.

İmre, Zahit:

Medeni Hukuka Giriş: Temel Kavramlar, Medeni Hukukun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku, 3. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980.

İnal, Emrehan:

“Haksız Yapı Kavramı ve Haksız Yapının Kaldırılması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 70, S. 1, 2012, sa. 245-276.

İyilikli, Ahmet Cahit:

“Mütekabil (Karşılık) Dava”, Yargıtay Dergisi, C. 30, S. 1-2, 2004, sa. 147-164.

Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.

Kalabalık, Halil:

İnsan Hakları Hukukuna Giriş, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.

Kale, Serdar:

Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.

Kapancı, Kadir Berk:

“Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m. 74”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2016, sa. 511-552.

Kaplan, Mikail Bora:

Sınai Mülkiyet Kanunu’nda İhtiyatî Tedbirler, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.

Karaaslan, Varol:

Medenî Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.

Karakaş, Fatma Tülay:

“Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 62, S. 3, 2013, sa. 729-759.

Karslı, Abdurrahim:

Medeni Muhakeme Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020.

Kılıçoğlu, Ahmet:

“Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medenî Hukuk İlişkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 3, 1973, sa. 185-225.

Kırtıloğlu, Serhat:

“Medeni Yargılama Hukukunda Objektif Dava Birleşmesi”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 3-4, 2014, sa. 133-172.

Kıyak, Emre:

“Yargıtay Kararları Işığında Dava Dilekçesinde Yer Alan Unsurların Eksik Olması Halinde Uygulanacak Hükümler”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 22, S. 1, 2014, sa. 127-158.

Koçak Diker, Duygu:

Gayrimenkul Hukuku Davaları, 2 Cilt, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, Cilt 1.

Kodakoğlu, Mehmet:

Medenî Usul Hukukunda Aslî Müdahale, Ankara, Legem Yayıncılık, 2018.

Konuralp, Cengiz Serhat:

“6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre İhtiyati Tedbirler”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 71, S. 2, 2013, sa. 225-274.

Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, İstanbul, 2011. (Yayınlanmamış Doktora Tezi) (Kısaca Tahkim).

İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Tedbirler, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013. (Kısaca İhtiyati Tedbir).

Köle, Mehmet:

İlâmlı İcra Takibinde İcra Mahkemesi Tarafından İcranın Geri Bırakılması, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

Köprülü, Bülent:

Medenî Hukuk: Genel Prensipler-Kişinin Hukuku, 2. Bası, İstanbul, Acar Matbaacılık, 1984.

Köroğlu, Anıl:

Medenî Usûl Hukuku Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

Kurşat, Zekeriya:

Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi, İstanbul, Arıkan Yayınevi, 2008.

Kurşun, Ali Suphi:

Elatmanın Önlenmesi Davası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Kurt, Ekrem:

Tapu Sicilinin Düzeltilmesi, İstanbul, Kazancı Matbaacılık, 2004.

Kuru, Baki:

Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt 1, 6 Cilt, 6. Baskı, İstanbul, Demir Demir Yayıncılık, 2001, C. 1. (Kısaca Usul C. 1).

Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt 2, 6 Cilt, 6. Baskı, İstanbul, Demir Demir Yayıncılık, 2001, C. 2. (Kısaca Usul C. 2).

Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt 3, 6 Cilt, 6. Baskı, İstanbul, Demir Demir Yayıncılık, 2001, C. 3. (Kısaca Usul C. 3).

Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt 4, 6 Cilt, 6. Baskı, İstanbul, Demir Demir Yayıncılık, 2001, C. 4. (Kısaca Usul C. 4).

Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt 5, 6 Cilt, 6. Baskı, İstanbul, Demir Demir Yayıncılık, 2001, C. 5. (Kısaca Usul C. 5).

Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt 6, 6 Cilt, 6. Baskı, İstanbul, Demir Demir Yayıncılık, 2001, C. 6. (Kısaca Usul C. 6).

Medenî Usul Hukuku El Kitabı Cilt I, 2 Cilt, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, C. I. (Kısaca Usul El Kitabı C. I).

- Kuru, Baki/
Arslan, Ramazan/
Yılmaz, Ejder:
- Küçük, Alper Tunga:
- Küçükaydın, Emine Aslı:
- Meriç, Nedim:
- Muşul, Timuçin:
- Namlı, Mert:
- Nomer, Halûk Nami/
Ergüne, Mehmet Serkan:
- Medenî Usul Hukuku El Kitabı Cilt II**, 2 Cilt, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, C. II. (Kısaca Usul El Kitabı C. II).
- Medenî Usûl Hukuku**, 24. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.
- Vakıaların Toplanması Açısından Teksif İlkesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- “Karşı Dava”**, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C. 29, S. 123, 2016, sa. 209-258.
- “Türk Hukukunda Maddî Anlamda Kesin Hükümün Objektif Sınırları”**, **Legal Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, C. 3, S. 7, 2007, sa. 377-434.
- Medenî Usul Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012. (Kısaca Usul)
- Medenî Usul Hukukunda Terdit İlişkileri**, 2. (Tıpkı) Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009. (Kısaca Terdit).
- Türk ve Fransız Medenî Usûl Hukuku’nda Yargılamanın Yenilenmesi**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2014. (Kısaca Yargılamanın Yenilenmesi).
- İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019. (Kısaca Haciz).
- Eşya Hukuku: Zilyetlik, Tapu Sicili, Mülkiyetin Genel Hükümleri, Taşınır Mülkiyeti, Rehin Hakları**, 8. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2020.

Oğuzman, Kemal/
Barlas, Nami:

Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 26. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020.

Oğuzman, Kemal/
Öz, Turgut:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, 2 Cilt, 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021.

Oğuzman, Kemal/
Seliçi, Özer/
Oktay-Özdemir, Saibe:

Eşya Hukuku, 22. Baskı, Filiz Kitabevi, 2020.

Özakman, Cumhuri:

“Menkul Davası”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 40, S. 1-4, 1974, sa. 481-517.

Özbay, İbrahim/
Korucu, Yavuz:

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim (HMK m. 407-444), Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.

Özbek, Mustafa Serdar:

“Kesinleşmeden İcra Edilemeyecek İlâmların Kesinleşmeden Önce İcraya Konulması”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, 2016, sa. 37-78.

Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2 Cilt, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, C. 2.

Özdemir, Mehmet:

Geçici Hukuki Korumalar, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.

Özekes, Muhammet:

“HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), 2014, sa. 263-300. (Kısaca Dava Dilekçesinde Eksiklik).

“Dava Dilekçesinde Hukukî Sebep Bildirmek Zorunludur”, **Halûk Konuralp Anısına Armağan**, 3 Cilt, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, C. 1, sa. 745-781. (Kısaca Hukukî Sebep).

Medeni Usul Hukukunda Asli Müdahale, İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1995. (Kısaca Asli Müdahale).

İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009. (Kısaca Temel Haklar).

İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1999. (Kısaca İhtiyati Haciz).

Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003. (Kısaca Hukuki Dinlenilme).

Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 3 Cilt, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, C. 2. (Kısaca Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku).

Özkaya, Eraslan:

Elatmanın Önlenmesi Davaları I: Tapulu ve Çaplı Taşınmazlara Elatmanın Önlenmesi, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019. (Kısaca Elatmanın Önlenmesi C. 1).

Elatmanın Önlenmesi Davaları II: İmar Çapına-Paydaşlar-Komşular Arasında Elatmanın Önlenmesi-Yıkım Temliken Tescil Davaları, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019. (Kısaca Elatmanın Önlenmesi C. 2)

Elatmanın Önlenmesi Davaları III: Zilyetliğe, Mera, Yaylak, Kışlak, Orman, Kıyı ve Yola, Devletin Hüküm ve Tasarrufu Altında Bulunan Taşınmazlara Kamulaştırılmayan Yerlere Elatmanın Önlenmesi, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019. (Kısaca Elatmanın Önlenmesi C. 3).

Özkaya-Ferendeci, Hamide Özden:

“Alman Medeni Usul Hukuku’ndaki Ara Tespit Davası ve Buna İlişkin Düşünceler”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 13, S. 1-2, 2007, sa. 193-209. (Kısaca Ara Tespit Davası).

“Kesin Hükümün Zaman İtibariyle Sınırları”, **Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan**, İstanbul, Alkım Yayınları, 2007, sa. 183-195. (Kısaca Kesin Hükümün Zaman İtibariyle Sınırları).

Kesin Hükümün Objektif Sınırları, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009.

Özmen, Etem Sabâ/
Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah:

Kat İrtifakı, 3. (Tıpkı) Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017

Özmumcu, Seda:

“Davanın Açılmasına Bağlanan Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 70, S. 2, 2012, sa. 183-206. (Kısaca Davanın Açılmamış Sayılması).

“Müddeabihin Temlikinin Etkilerine İlişkin Sistemler”, **Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan**, İstanbul, Alkım Yayınları, 2007, sa. 197-256. (Kısaca Temlik).

Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, 3. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013. (Kısaca Arabuluculuk).

Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Ön Sorun, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019. (Kısaca Ön Sorun).

Özsunay, Ergun:

Medenî Hukuka Giriş, 5. Bası, İstanbul, Güryay Matbaacılık, 1986.

Öztañ, Bilge:

Medenî Hukuk’un Temel Kavramları, 45. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.

Pekcanitez, Hakan:

“Bekletici Mesele (Meselei Müstehire)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, 1980, sa. 249-275 (Kısaca Bekletici Mesele).

“Belirsiz Alacak Davası”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, S. Özel Sayı (Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan), 2009, sa. 509-552, s. 528. (Kısaca Belirsiz Alacak).

Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 3 Cilt, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, C. 2. (Kısaca Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku).

Pekcanitez, Hakan/
Atalay, Oğuz/
Özekeş, Muhammet:

Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 9. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Pekcanitez, Hakan/
Meriç, Nedim:

Medenî Usûl Hukukunda Fer’i Müdahale, 2. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

Pekcanıtez, Hakan/
Taş Korkmaz, Hülya:

Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 3 Cilt, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, C. 1. (Kısaca Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku).

“Bir Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Sıfat ve Dava Takip Yetkisi Kavramlarının Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Necmettin M. Berkin’e Armağan**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, sa. 911-974.

Pekcanıtez, Hakan/
Yeşilırmak, Ali:

Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 3 Cilt, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, C. 3. (Kısaca Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku).

Peksöz, Vildan:

Medenî Usûl Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

Postacıoğlu, İlhan:

“(Zilyetliğin) Teslimsiz Edinimi İstihkak İddiasının Aktarılması”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 48, S. 1-4, 1983, sa. 405-413.

Postacıoğlu, İlhan/
Altay, Sümer:

Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 8. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020.

Sarı, Mehmet:

“Tahkime Elverişlilik”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 4, S. 32, 2009, sa. 145-172.

Saymen, Ferit Hakkı/
Elbir, Halid Kemal:

Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1963.

Schwab, Karl Heinz:

“İhtilaf Konusu (Müddeabih)Hakkındaki Doktrinin Durumu”, Çev. Yavuz Alangoya, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 33, S. 3-4, 1967, sa. 288-303.

Serozan, Rona:

“Komşunun Arsasına Taşan Yapı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 42, S. 1-4, 1976, sa. 359-375.

Taşınır Eşya Hukuku, 2. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2007.

Simil, Cemil:

Belirsiz Alacak Davası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.

“Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, S. Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), 2014, sa. 1351-1376.

Sirmen, Lale:

Eşya Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.

Şahiniz, Salih:

Teoride ve Uygulamada Kamulaştırmaz El Koyma, Ankara, Seçkin Yayınları, 2006.

Tahiroğlu, Fatih:

Medenî Usûl Hukukunda Re’sen Araştırma İlkesi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Tan, Turgut:

İdare Hukuku, 9. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2020.

Tanrıver, Süha:

“Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C. 19, S. 64, 2006, sa. 151-177.

Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020. (Kısaca Arabuluculuk).

Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, 2. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007. (Kısaca Derdestlik).

Medeni Usûl Hukuku Cilt I, 2 Cilt, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, C. 1. (Kısaca Medenî Usûl Hukuku I).

Medeni Usûl Hukuku Cilt II, 2 Cilt, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, C. 2. (Kısaca Medenî Usûl Hukuku II).

Taş Korkmaz, Hülya:

“6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Görev, Yetki ve Yargı Yeri Belirlenmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, C. 8, S. Özel Sayı (Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan), 2013, sa. 1753-1818.

Taspolat Tuğsavul, Melis:

Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.

Tekinay, Selâhattin Sulhi:

Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992. (Kısaca Medenî Hukuk).

Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1988. (Kısaca Takyitler).

Tekinat, Selâhattin Sulhi/
Akman, Sermet/
Burcuoğlu, Halûk/
Altop, Atilla:

Eşya Hukuku: Giriş, Zilyedlik, Tapu Sicili, Mülkiyet, 5. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989.

Tezcan, Durmuş/
Erdem, Mustafa Ruhan/
Sancakdar, Oğuz/
Önok, Rifat Murat:

İnsan Hakları El Kitabı, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.

Tığlı, Hüseyin:

“HMK Hükümleri Çerçevesinde İspat Yükü”, **Adalet Dergisi**, Cilt Bilgisi Yok, S. 43, 2012, sa. 240-266.

Topuz, Gökçen:

Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.

Topuz, Murat:

Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti, Ankara, Seçkin Yayınları, 2020.

Toraman, Barış:

“Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, S. Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), 2014, sa. 1483-1523.

Tunç Yücel, Müjgan:

“Türk Medeni Kanunu’nun Eşya Hukukuna İlişkin Bazı Hükümlerinin Hukuk Yargılamasına Yansıması”, **Prof. Dr. Necmettin M. Berkin’e Armağan**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, sa. 1142-1178.

Tuzcuoğlu, Tuğçe:

“Türk Hukukunda Haksız Yapı”, **Kamu ve Özel Hukuk Açısından Mülkiyet Hukuku VIII. Türkiye-Slovenya Karşılaştırmalı Hukuk Sempozyumu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, sa. 193-201.

Ulukapı, Ömer:

“Medeni Usul Hukukunda Derdestlik ve Sonuçları”, **Yargıtay Dergisi**, C. 21, S. 4, 1995, sa. 395-455.

Medenî Usûl Hukuku, 3. Baskı, Konya, Mimoza Yayınları, 2015. (Kısaca Usûl).

Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya, Mimoza Yayınları, 1991. (Kısaca Dava Arkadaşlığı).

Ulukapı, Ömer/
Kıyak, Emre:

“Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile Model Etik ve Uygulama Kuralları Çerçevesinde Arabuluculuk Yöntemi ve Sürecin İşleyişi”, **Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan**, 2 Cilt, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, C. 2, sa. 1645-1698.

Ulusoy, Yasin:

Yargıtay Kararları Işığında Kamulaştırmaz El Atma, Ankara, Nobel Yayın Dağıtım, 2004.

Umar, Bilge:

“Hususî Hukukta Karineler”, **Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan**, Ankara, Ajans-Türk Matbaası, 1964, sa. 181-195. (Kısaca Karine).

“İspat Yükü Kavramı ve Bununla İlgili Diğer Bazı Kavramlar”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 28, S. 3-4, 1962, sa. 790-798. (Kısaca İspat Yükü Kavramı).

“Medenî Usul Hukukunda Dâvanın Dinlenme Şartı Olarak Ehliyet”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 29, S. 3, 1963, sa. 591-619. (Kısaca Ehliyet).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

Umar, Bilge/
Yılmaz, Ejder:

İspat Yükü, 2. Bası, İstanbul, Kazancı Matbaacılık, 1980.

Uzun Kazmacı, Özge/
Şenol, Ayşe Nilay:

Gayrimenkul Hukuku Davaları, 2 Cilt, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, Cilt 1

Üstündağ, Saim:

“Kesin Hükmün Hukukî Haleflere Etkisi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 35, S. 8-9-10, 1961, sa. 227-235.

Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası, İstanbul, Nesil Matbaacılık, 2000. (Kısaca Usul).

Tapu Kütüğünün Tashihi Dâvası, İstanbul, Baha Matbaası, 1959. (Kısaca Tahsis Davası).

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet/
Esmer, Galip:

Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı, 2. Bası, İstanbul, İstanbul Matbaacılık, 1956.

Yardımcı, Taner Emre:

Hukuk Davalarında Mecburi Dava Arkadaşlığı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021. (Kısaca Dava Arkadaşlığı).

Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017. (Kısaca Somutlaştırma Yükü).

Yavaş, Murat:

“Medeni Yargılamanın Amacı Bağlamında İspat Yükü Kavramı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 21, S. 2, 2015, sa. 741-762.

Medeni Usul Hukukunda Temyiz, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.

Yazıcı (Tıktık), Çiğdem:

“Bir İşin Yapılmasına veya Yapılmamasına İlişkin İlâmların İcrası”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, S. Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), 2014, sa. 2735-2776.

Medenî Usûl Hukukunda Karşı Dava, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Yeşilırmak, Ali:

“Uyuşmazlıkların Arabuluculuk ve Tahkim Yollarının Birlikte Kullanılarak Çözümü (MED-ARB)”, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Ankara, Pozitif Matbaacılık, 2019, sa. 181-188.

Yıldırım, Kamil:

“Medeni Usul Hukukunda Dava Konusu Teorileri”, **Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 6, S. 1-3, 1991, sa. 23-50.

Yılmaz, Ejder:

“Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Dava Çeşitleri”, **Bankacılar Dergisi**, C. 23, S. 80, 2012, sa. 83-104.

Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, 2 Cilt, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2001, C. 1. (Kısaca Geçici Hukuki Himaye).

Medeni Yargılama Hukukunda Islah, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021. (Kısaca Islah).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt 1, 4 Cilt, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, Cilt 1 (Kısaca Şerh C. 1).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt 2, 4 Cilt, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, Cilt 2 (Kısaca Şerh C. 2).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt 3, 4 Cilt, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, Cilt 3 (Kısaca Şerh C. 3).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt 4, 4 Cilt, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, Cilt 4 (Kısaca Şerh C. 4).

Zevkliler, Aydın:

“Mülkiyetin Yapısı ve Mülkiyetten Doğan Ödevler”, **Prof. Dr. Bülent N. Esen’e Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1977, sa. 563-605.

Elektronik Kaynaklar:

<https://sozluk.gov.tr/> (TDK Güncel Türkçe Sözlük)

<https://www.lexpera.com.tr/> (Lexpera İçtihat Bilgi Bankası)

<https://www.resmigazete.gov.tr/> (Resmî Gazete)

Diğer Kaynaklar:

Türk Hukuk Lûgatı, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1991, 3. Baskı.