

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

YÜKSEK LİSANS

**TAŞINMAZ MÜLKİYETİNE GERÇEKLEŞEN
MÜDAHALELER VE EL ATMANIN ÖNLENMESİ
DAVASI**

Kaan Can YILDIRIM

2501170719

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. Emrehan İNAL

İSTANBUL – 2020

ÖZ

TAŞINMAZ MÜLKİYETİNE GERÇEKLEŞEN MÜDAHALELER VE EL ATMANIN ÖNLENMESİ DAVASI KAAN CAN YILDIRIM

Taşınmaz malların sahip oldukları sosyal ve ekonomik değeri göz ardı etmek mümkün değildir. Taşınmazlar gerek bu ekonomik değerleri gerekse yapıları itibarıyla taşınır mallardan daha ağır ve ortadan kaldırılması daha zor müdahalelere uğramaya müsaittirler. Bu sebeple sağlanacak hukuki korumanın da ayrıca incelenmesi gerekir. Bu eserin konusu taşınmaz mülkiyetinin el atmanın önlenmesi davası ile korunmasıdır.

Taşınmaz mülkiyetine gerçekleşen müdahalelere karşı el atmanın önlenmesi davasının uygulanması incelenirken öncelikle el atmanın önlenmesi davasına ilişkin genel esaslar değerlendirilmiştir. Daha sonra ise davanın uygulaması sırasında taşınmaz eşyalara ilişkin olarak karşılaşılabilecek sorunlar incelenmiştir. Bu çerçevede müdahalenin varlığının tespit edilebilmesi noktasında önem taşıyan mülkiyet hakkının kapsamı ve malikin mevcut müdahaleye karşı olumsuz yetkilerini kullanamayacağı durumları tespit eden katlanma yükümlülüğü kavramları taşınmaz mülkiyeti yönünden ayrıca araştırılmıştır. Bu hususların yanında taşınmaz mülkiyetinin uğrayabileceği olası müdahaleler sınıflandırılmıştır. Son olarak ise yargılama süreci incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Taşınmaz Mülkiyeti, Taşınmaz Mülkiyetinin Korunması, El Atmanın Önlenmesi, Müdahalenin Men'i, Komşuluk Hukuku, Taşınmaz Malikin Sorumluluğu, Taşınmaz Malikin Katlanma Yükümlülüğü

ABSTRAKT

**EINWIRKUNGEN AUF DAS GRUNDSTÜCKSEIGENTUM UND
EIGENTUMSFREIHEITSKLAGE**

KAAN CAN YILDIRIM

Die wirtschaftliche und gesellschaftliche Bedeutung von Grundstücken kann nicht außer Acht gelassen werden. Aufgrund des Wertes und der Beschaffenheit von Grundstücken sind sie anfällig für schwerwiegende Einwirkungen, die nicht einfach zu beseitigen sind. Dementsprechend bedarf ihr Rechtsschutz einer besonderen Untersuchung. Der Gegenstand dieser Arbeit ist der Schutz des Grundstückeigentums durch Eigentumsfreiheitsklage.

Während die Anwendung der Eigentumsfreiheitsklage auf unbewegliche Sachen erforscht wird, werden zunächst die allgemeinen Bestimmungen der Eigentumsfreiheitsklage erläutert. Danach werden die Probleme untersucht, die in Bezug auf Grundstücken auftreten können. In diesem Rahmen kommen insbesondere der Umfang und die Grenzen des Grundstückseigentums sowie die Duldungspflicht des Eigentümers in Betracht. Den letzten Teil der Arbeit bilden die prozessualrechtlichen Fragen.

Stichwörter: Grundstückseigentum, Immobiliarsachen, Unbewegliche Sachen, Eigentumsfreiheitsklage, Nachbarrecht, Schutz des Grundstückeigentums, Verantwortlichkeit des Grundstückeigentümers, Duldungspflicht des Grundstückeigentümers

ÖNSÖZ

Günümüz koşullarında bir arada yaşamanın neredeyse kaçınılmaz hâle gelmesi ve buna bağlı olarak nüfusun belirli alanlarda yoğunlaşmasıyla beraber bu alanlardaki taşınmazların önemi artmıştır. Belirli alanlarda daha fazla kişinin hak sahibi olmak istemesi, taşınmazların bölünmesi ya da kat mülkiyeti gibi çözümlerle belirli bir alandan faydalanan kişi sayısının artması sonucunu doğurmuştur. Bu şekilde daha dar alanda daha fazla kişinin taşınmazlar üzerinden birbirleriyle temasta bulunması ise taşınmaz mülkiyetini konu alan müdahale ve uyuşmazlıkların artmasına ve çeşitlenmesine sebep olmuştur. Bu şekilde giderek daha yoğun bir müdahale tehlikesiyle karşılaşan taşınmazların korunmasını sağlayacak hukuki yollardan birisi de el atmanın önlenmesi davasıdır.

Taşınmaz mülkiyetinin korunmasına duyulan ihtiyacın bu şekilde artmasına rağmen bu korumanın nasıl sağlanacağını konu alan eserlerin aynı hızla arttığını söylemek mümkün değildir. Bu çalışma, taşınmaz mülkiyetinin el atmanın önlenmesi davasıyla korunması çerçevesinde bu ihtiyaca hizmet etmek amacını taşımaktadır. Bu çerçevede çalışmanın günlük hayattan da teorik temellerden de uzak olmayacağı bir denge kurabilmek adına bilimsel çalışmaların yanında mahkeme kararları da göz ardı edilmemiştir.

Çalışmanın takdimi vesilesiyle derslerinde oluşturduğu tartışma ortamıyla bana farklı bakış açıları kazandıran, hukuki araştırmalar yapma azmimi güçlendiren, çalışmanın hazırlandığı süreçte yaşadığı kurum değişikliğine rağmen bana ve çalışmalarıma desteğini esirgemeyen hocam Prof. Dr. Başak Baysal'a teşekkürü borç bilirim. Danışmanımın kurum değiştirmesinden sonra herhangi bir sorun yaşamaksızın çalışmalarıma devam edebilmem için gerekli desteği sağlayan hocam Prof. Dr. Emrehan İnal'a da ayrıca teşekkür ederim.

Yalnızca yüksek lisans sürecinde değil bütün eğitim hayatım boyunca beni koşulsuz destekleyen aileme teşekkür etmeden bu önsözü tamamlamam imkânsız. Hukuk alanına attığım ilk adımdan beri onlarca yıllık bilgi ve tecrübe birikimleriyle bana yol gösteren annem Hüsün Yıldırım ve babam Hüseyin Yıldırım'a; özellikle yurtdışında bulunduğum süreçte, pandemi koşullarında dâhi, Türkçe kaynaklara erişimimi sağlayan meslektaş adayı kardeşim İremnur Yıldırım'a çok teşekkür ederim. İyi ki varsınız.

Kaan Can Yıldırım

İstanbul/Heidelberg, Aralık 2020

İÇİNDEKİLER

ÖZ	ii
ABSTRAKT	iii
ÖNSÖZ	iv
İÇİNDEKİLER	v
KISALTMALAR LİSTESİ	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

DAVANIN HUKUKİ NİTELİĞİ, AMACI, YASAL DAYANAĞI, MÜLKİYET HUKUKUNDAKİ YERİ VE DİĞER DAVALARLA KARŞILAŞTIRILMASI

I. El Atmanın Önlenmesi Davasının Amacı, Hukuki Niteliği, Yasal Dayanağı	7
A. El Atmanın Önlenmesi Davasının Amacı	7
B. El Atmanın Önlenmesi Davasının Niteliği	8
C. El Atmanın Önlenmesi Davasının Yasal Dayanağı	9
1. Tarihsel Gelişim	9
a. Roma Hukuku	9
b. Türk Hukukunda Tarihsel Gelişim	11
2. Türk Hukukunda Genel Olarak Taşınmaz Mülkiyetini Korumayı Amaçlayan Yasal Düzenlemeler	13
II. El Atmanın Önlenmesi Davasının Konusu Olabilecek Hukuki Değerler	17
A. Eşyalar	17
1. Taşınmazlar ve Taşınmazlar Üzerindeki Haklar	17
2. Taşınırılar	19
B. Diğer Değerler	19
III. El Atmanın Önlenmesi Davasının Benzer Davalar Karşısında Durumu	22
A. İstihkak Davası	22
B. Zilyetliğe İlişkin Davalar	23
C. Tapu Sicilinin Düzeltilmesi Davası	25
D. TMK m. 730'a Dayanan Davalar	26
E. Kat Mülkiyet Kanunu'ndan Doğan Davalar	31

İKİNCİ BÖLÜM

OLUMLU KOŞUL: MALİKİN MÜLKİYET HAKKINA BİR MÜDAHALE BULUNMASI

I. Genel Olarak	35
II. Mülkiyet Hakkına Konu Bir Taşınmaz Bulunması	35

A. Genel Olarak Taşınmaz Mülkiyeti	35
B. Taşınmaz Mülkiyetinin Konusu	36
1. Arazi	36
2. Tapu Kütüğünde Ayrı Sayfaya Kaydedilen Bağımsız ve Sürekli Haklar	38
3. Kat Mülkiyeti Kütüğüne Kayıtlı Bağımsız Bölümler	39
C. Taşınmaz Mülkiyetinin Kapsamı	39
1. Arazi Yönünden	40
a. Mülkiyetin Yatay Kapsamı	40
b. Mülkiyetin Dikey Kapsamı	41
c. Mülkiyetin Maddi Kapsamı	45
(1) Yapılar	45
i. Genel Kural: Taşınır Yapı – Taşınır Olmayan Yapı Ayrım	45
ii. Malikin Olumsuz Yetkilerinin Haksız Yapılar Karşısında Durumu	47
aa. Haksız Yapı Kavramı	47
bb. TMK m. 683/2 ve TMK m. 722 Hükümleri Açısından Değerlendirme	49
cc. Haksız Yapının Kaldırılması İçin Gerekli Koşullar	51
aaa. Taşınmaz Malikin Rızasının Bulunmaması	52
bbb. Yapının Kaldırılmasının Aşırı Zarara Yol Açmaması	54
iii. Maddi Kapsama Dâhil Olmayan İstisnai Haller	55
aa. Taşkın Yapı	55
bb. Üst Hakkı	57
cc. Mecralar	57
dd. Taşınır Yapı	59
(2) Dikili Bitkiler	59
(3) Kaynaklar	60
2. Tapu Kütüğünde Ayrı Sayfaya Kaydedilen Bağımsız ve Sürekli Haklar Yönünden	62
3. Kat Mülkiyeti Kütüğüne Kayıtlı Bağımsız Bölümler Yönünden	63
III. Malikin Taşınmaz Üzerindeki Mülkiyet Hakkının Sağladığı Yetkileri	
Kullanmasının Engellenmiş Olması	65
A. Taşınmaz Mülkiyetinin Sağladığı Yetkiler	65
B. Malikin Mülkiyet Hakkının Sağladığı Yetkilerden Tam Olarak Faydalanamıyor Olması	67
1. Genel Olarak	67
2. Genel Kural: Engel Olmanın Gerçekleşmiş Olması	70
3. İstisna: Engel Olmanın Gerçekleşecek Olması	70
C. Söz konusu Engellemenin Nesnenin Gasrı Biçiminde Gerçekleşmemiş Olması	72
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
OLUMSUZ KOŞUL: MALİKİN MÜDAHALEYE KATLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN	
BULUNMAMASI	
I. Genel Olarak Katlanma Yükümlülüğü	73
A. Katlanma Yükümlülüğü Kavramı	73
B. Katlanma Yükümlülüğünün Sınıflandırılması	74
1. Kanundan ve Hukuki İşlemden Doğan Katlanma Yükümlülüğü Ayrımı	74
2. Doğrudan Doğruya ve Dolaylı Katlanma Yükümlülüğü Ayrımı	75

II. Türk Medeni Kanunu'na Dayanan Katlanma Yükümlülüğü.....	78
A. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı.....	78
B. Taşınmaz Mülkiyetine Getirilen ve Herkesin Faydalanabileceği Kısıtlamalar	79
1. Orman ve Mer'aya Girme	79
2. İztirar Hali	80
C. Komşuluk Hukukuna Dayanan Katlanma Yükümlülüğü	82
1. Komşuluk Kavramı	82
2. TMK m. 730/2 ve m. 737 Hükümlerine Dayanan Katlanma Yükümlülüğü	83
a. TMK m. 730/1, m. 730/2 ve m. 737/2 Hükümleri Arasındaki İlişki.....	83
(1) Müdahale Kavramı ve Doğrudan – Dolaylı Müdahale Ayrımı.....	83
(2) Dolaylı Müdahalelerin Önlenebilirliği.....	86
b. TMK m. 737 Özelinde Aşkın Kullanma: Taşkınlık.....	89
(1) Genel Olarak Aşkın Kullanma Kavramı	89
(2) Hoş Görülebilir Müdahale – Taşkınlık Ayrımı	92
i. Genel Olarak Taşkınlık Değerlendirmesi.....	92
ii. TMK m. 737/2 Hükümünde Öngörülen Kriterler	95
aa. Taşınmazın Durumu ve Niteliği.....	95
bb. Yerel Adet.....	97
c. TMK m. 730/2 ve TMK m. 737/3 Hükümlerinde Öngörülen Hukuka Uygunluk Sebebi.....	100
3. Komşuluk Hukukuna İlişkin Diğer Hükümlere Dayanan Katlanma Yükümlülükleri.....	103
a. Ağaç Dal ve Köklerinin Taşmasına Katlanma Yükümlülüğü	103
b. Suların Akışına Katlanma Yükümlülüğü	105

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÖZELLİKLE TMK VE İÇTİHATLAR ÇERÇEVESİNDE MÜDAHALE ÇEŞİTLERİ

I. Doğrudan Müdahale – Dolaylı Müdahale Ayrımı	108
II. Yapma Şeklinde Gerçekleşen Müdahale – Yapmama Şeklinde Gerçekleşen Müdahale Ayrımı.....	108
III. Olumlu Müdahale – Olumsuz Müdahale Ayrımı.....	109
IV. Maddi Müdahale – Manevi Müdahale Ayrımı	111
A. Maddi Müdahaleler	111
1. Duman, Buğu, Kurum, Toz, Koku ile Meydana Gelen Müdahaleler	111
2. Gürültü İle Meydana Gelen Müdahaleler	112
3. Sarsıntı	117
4. Diğer Müdahaleler	117
5. Kazı ve Yapı Yaparken Ortaya Çıkan Müdahaleler	121
6. Suyu İlişkin Müdahaleler	124
7. Bitkilerden Kaynaklanan Müdahaleler.....	127
B. Manevi Müdahaleler.....	128
V. Hukuki Müdahale – Fiili Müdahale Ayrımı	131

BEŞİNCİ BÖLÜM
EL ATMANIN ÖNLENMESİ DAVASINDA YARGILAMA

I. Görevli ve Yetkili Mahkemenin Tespiti	134
A. Yargı Kolu İncelemesi	134
B. Görev İncelemesi	135
C. Yetki İncelemesi	139
II. Davanın Tarafları	139
A. Davacı Taraf	139
1. Genel Olarak	139
2. Taşınmaz Malikinin Durumu	140
a. Genel Olarak	140
b. Birden Fazla Mâlik Olması	140
(1) Paylı Mülkiyet Durumunda	140
(2) Elbirliği Mülkiyeti Durumunda	142
2. Sınırlı Aynı Hak Sahibinin Durumu	142
3. Kişisel Hak Sahibinin Durumu	143
4. Kamusal Otoritelerin Durumu	145
5. Yararlananlar ve Diğer Kişiler	146
6. KMK'ya İlişkin Özel Durum: Ortak Alanların Korunmasında Davacı Sıfatı	147
B. Davalı Taraf	148
1. Genel Olarak	148
C. Dava Sürecinde Taşınmazın Devri	149
1. Davacı Tarafın Taşınmazını Devretmesi	149
2. Davalı Tarafın Dava Konusunu Devri	149
D. Dava Talebinin Devri	150
III. Tarafların Muhtemel Savları ve İspat Yükü	150
A. Genel Olarak	150
B. Davacı Taraf Yönünden	151
C. Davalı Taraf Yönünden	153
IV. Yargılama Sonunda Kurulan Hüküm ve Hükümün İcrası	154
A. Yargılama Sonunda Kurulan Hükümün Nitelik ve İçeriği	154
B. Yargılama Sonunda Kurulan Hükümün İcrası	157
VI. Zamanaşımı	162
SONUÇ	164
KAYNAKÇA	169

KISALTMALAR LİSTESİ

Abs.	:	Absatz
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	:	1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
AYM	:	Anayasa Mahkemesi
a.g.e.	:	adı geçen eser
Art.	:	Artikel
aş.	:	aşağıda
BGB	:	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
Bkz.	:	Bakınız
C.	:	cilt
dn.	:	dipnot
E.	:	Esas
Ed.	:	Editör
eMK	:	743 sayılı Türk Kanunu Medenisi
EÜHFD	:	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.T.	:	Erişim Tarihi
HD	:	Hukuk Dairesi
HGK	:	Hukuk Genel Kurulu
HMK	:	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Hrsg.	:	Herausgeber
İBHKG	:	İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu
İİK	:	2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
İÜHFM	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
KK	:	3402 sayılı Kadastro Kanunu
KMK	:	634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu
K.	:	Karar
MHAD	:	Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

m.	:	madde
N.	:	Numara
R.G.	:	Resmi Gazete
S.	:	Sayı
s.	:	sayfa
TBK	:	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	:	6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	:	4027 sayılı Türk Medeni Kanunu
TDK	:	Türk Dil Kurumu
TST	:	Tapu Sicil Tüzüğü
T.	:	Tarih
UYM	:	Uyuşmazlık Mahkemesi
vd.	:	ve devamı
Yarg.	:	Yargıtay
yuk.	:	yukarıda
ZGB	:	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)

GİRİŞ

Mülkiyet hakkı, hukuk düzeninin tanıdığı haklar arasında sahibine hakkın konusu olan eşya üzerinde en kapsamlı ve mutlak hâkimiyeti sağlayan haktır.¹ Mülkiyet hakkı hem tek başına toplumsal yaşamın bir gerekliliği hem de diğer hak ve özgürlüklerin ön koşuludur.² Örneğin Anayasa'nın³ 17. maddesinde düzenlenen maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkı ya da 27. maddesinde düzenlenen bilim ve sanat hürriyeti güvence altına alınmış bir mülkiyet hakkı olmaksızın işlevsizdir. Hemen hemen her şeyin ve değerın para ile ölçülebilir bir karşılığının bulunduğu modern dünyada bireyin mülkiyete konu eşyalara ihtiyaç duymaksızın ne sanat ya da bilim icra etmesi ne de başka yollarla varlığını geliştirmesi mümkündür.

Mülkiyet hakkının modern insan açısından bu derece önemli olması sebebiyle bu hakka hem anayasal düzeydeki hem de uluslararası hukuka ait metinlerde yer verilmiştir. Anayasa'nın "*Mülkiyet Hakkı*" kenar başlıklı 35. maddesi, İsviçre Konfederasyonu Federal Anayasası'nın "*Mülkiyet Teminatı*" başlıklı 26. maddesi ve Federal Almanya Anayasası m. 14 içerik bakımından küçük farklar barındırmalarına rağmen ilke olarak mülkiyet hakkının anayasal düzlemde korunduğunu gösteren hükümlerdir.⁴ Türkiye'nin de taraf olduğu İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m. 17

¹ Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, 21. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018, s. 274; Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, **Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1991, s. 66; Selahattin Sulhi Tekinay, **Eşya Hukuku Cilt 1**, s. 324 vd.; Mehmet Ayan, **Eşya Hukuku – II (Mülkiyet)**, 9. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 32 vd.; Kemal Tahir Gürsoy/Fikret Eren/Erol Cansel, **Türk Eşya Hukuku**, 2. Bası, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984, s. 341.; Rona Serozan, "*Mülkiyet Hakkının Özü, İşlevi ve Sınırları*", Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan C. I, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 245.; Jale G. Akipek, **Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) İkinci Kitap: Mülkiyet**, 2. Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, 1973, s. 10 vd.; Ferit H. Saymen/ Halid K. Elbir, **Türk Eşya Hukuku Ayni Haklar**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1954, s. 219-221; Suad Bertan, **Ayni Haklar C. 1**, Ankara, 1976, s. 273; Lâle Sirmen, **Eşya Hukuku**, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 249.

² Aynı yönde bkz.: AYM T. 12.10.1976, E. 1976/38, K. 1976/46: "*Toplum yararının bireyler yararına üstün tutulması, sosyal hukuk devletin temelini oluşturur. Fakat bunda güdülen amaç, sonunda yine bireylerin mutluluğunun sağlanmasıdır. Bu mutluluğun temelinde bireylerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirme haklarının ve bunları yüceltme özlemlerinin yattığı kuşkusuzdur. Bu tür haklardan ve söz gelimi mülkiyet hakkından yoksun yaşamasına insanın doğal yapısı elverişli değildir.*"; Yarg. HGK T. 03.02.2010, E. 2010/4-4, K. 2010/56 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 9.10.2020); Veysel Başpınar, **Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 182: "*Mülkiyet şahsi hürriyetlerin bir teminatı -deyim yerinde ise- sigortası niteliğindedir.*". Mülkiyetin toplumda algılanış şeklinin ve hukuk düzenlerinin mülkiyete yaklaşımlarının eleştirel bir değerlendirmesi için bkz. Serozan, **Mülkiyetin Özü**, s. 239 vd.

³ R.G. T. 09.11.1982, S. 17863 (Mükerrer)

⁴ AY m. 35/1: "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.". Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 Art. 26/1: "*Das Eigentum ist gewährleistet.*". Grundgesetz für

ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ait 1 numaralı ek protokolün “Mülkiyetin Korunması” başlıklı 1. Maddesi de kişilerin mülkiyet hakkı bulunduğunu ve bu hakkın keyfi şekilde sınırlandırılmayacağını belirterek mülkiyet hakkını tanımışlardır.⁵

Ulusal ve uluslararası düzeyde normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alan hukuki metinlerde zikredilen mülkiyet hakkının tam olarak temini için bu hakkın tanınmasından daha ileriye giden hukuki düzenlemelerin ve özellikle koruma mekanizmalarının varlığı zaruridir. Nitekim doktrinde de mülkiyet hakkının sağladığı yetkiler olumlu ve olumsuz olarak sınıflandırılmakta ve olumsuz yetkilerin malikin eşya üzerindeki hâkimiyetini hukuk düzeni içerisinde istenmeyen müdahalelere karşı korumasını konu aldığı belirtilmektedir.⁶ İşte el atmanın önlenmesi davası da mülkiyet hakkının koruyucu yetkileri arasında yer alır ve mülkiyet hakkını korumayı amaçlayan özel hukuk nitelikli kurumlardan birisidir. Türk Medeni Kanunu⁷ m. 683'e göre “Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Malik, malını haksız

die Bundesrepublik Deutschland Art. 14/1: “Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt.”.

⁵ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (R.G. T. 27.05.1949 S. 7217) m. 17: “Herkesin tek başına veya başkalarıyla ortaklaşa mülkiyet hakkı vardır. Hiç kimse keyfi olarak mülkiyetinden yoksun bırakılamaz.”. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1. Numaralı ek protokol (R.G. T. 19.03.1954 S. 8662) madde 1: “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.” Mülkiyet hakkına anayasalarda yer verilmesiyle sağlanan koruma hakkında bilgi için bkz. Bölüm II. C. 2.

⁶ Meier-Hayoz, Art. 641 – 654 ZGB, Art. 641 N. 25; Peter Breitschmid/Alexandra Rumo-Jungo, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, 2. Baskı, Zürich/Basel/Genf, Schulthess, 2012, Art. 641, N. 28. Gürsoy/Eren/Cansel, a.g.e., s. 341-342; Saymen/Elbir, a.g.e., s. 221; Tekinay, a.g.e., s. 326; Serozan, **Mülkiyetin Özü**, s. 246; Fikret Eren, **Mülkiyet Hukuku**, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 16; Esin Örüçü, **Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı Mülkiyet Hakkının Sınırlanması**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1976, s. 132; Turhan Esener/Kudret Güven, **Eşya Hukuku**, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 180,185; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 251; Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altıtop, **Eşya Hukuku Cilt 1**, 5. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989, s. 478. Doktrinde mülkiyet hakkının sağladığı yetkileri aynı şekilde sınıflandırmakla beraber farklı isimlendiren yazarlar da vardır. Olumlu ve olumsuz yön kavramları yerine aktif ve koruyucu yetki kavramlarını kullanan yazarlar için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 274 vd.; Halûk Nami Nomer/Mehmet Serkan Ergüne, **Eşya Hukuku**, 6. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2018, s. 188-189. İç muhteva ve dış muhteva kavramları kullanan yazarlar için bkz. Hatemi/Serozan/Arpacı, a.g.e., s. 68 vd.; Akipek, **Eşya - II**, s. 10 vd; Bertan, a.g.e., s. 278. Tasarruf ve dava hakkı kavramlarını kullanan yazarlar için bkz.: Schmid/Hürliman-Kaup, a.g.e., N. 656. Tasarruf ve engel olma hakkı kavramlarını kullanan yazarlar için bkz.: Tuor/Schnyder/Schmid, a.g.e., N. 3-10.

⁷ R.G. T. 8.12.2001 S. 24607.

olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir.”.

TMK m. 683 hükmü mehzaz kanundaki karşılığı olan ZGB m. 641 hükmüyle hemen hemen aynı içeriğe sahiptir.⁸ Nitekim madde gerekçesinde de belirtildiği üzere eMK⁹ m. 618 hükmü içerikte bir değişiklik yapılmaksızın arılaştırılıp iki fıkra haline getirilerek ZGB m. 641’e tam uyum sağlanmıştır.¹⁰ ZGB m. 641/1 hükmü ile malikin eşya üzerindeki hâkimiyeti belirlenmiş ZGB m. 641/2 hükmü ile de bu hâkimiyeti sayılan şekillerde koruyabileceği söylenmiştir. İki hüküm arasındaki yegâne fark TMK m. 683/1 hükmünde malikin yetkileri kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma olarak ayrı ayrı sayılmışken ZGB m. 641/1 hükmünde “dilediğince kullanma” (*nach seinem Belieben verfügen*) tabirini kullanmakla yetinilmiş olmasıdır.

Alman hukukundaki düzenlemelerde ise Türk hukukuyla paralellik bulunmakla beraber birtakım farklar da mevcuttur. “Malikin Yetkileri” başlıklı BGB §903 hükmü TMK m. 683’ten farklı olarak malikin yetkilerini üç başlık altında toplamak yerine ZGB m. 641 ile paralel şekilde malikin eşya üzerinde dilediğince (kanunlara ve üçüncü kişilerin haklarına aykırılık teşkil etmemek koşuluyla) tasarrufta bulunabileceğini (olumlu yetki) ve üçüncü kişileri müdahaleden menedebileceğini (olumsuz yetki) söylemektedir.¹¹ TMK m. 683/2 hükmünde yer verilen istihkak ve el atmanın önlenmesi davaları ise BGB içerisinde farklı maddelerde bulunmaktadır. BGB §1004 hükmü uyarınca mülkiyetin zilyetlik kaybı olmaksızın müdahaleye uğradığı hallerde, eğer bir katlanma yükümlülüğü yoksa, malik müdahaleyi gerçekleştirenlerden bu müdahalenin ortadan kaldırılmasını talep edebilir.¹² BGB § 903

⁸ ZGB m. 641: (1) Kim ki bir eşyanın maliki ise o eşyayı hukuk düzeninin sınırları içerisinde dilediğince kullanabilir. (2) Malik, malını alıkoyanlardan geri talep etme ve haksız müdahaleleri defetme hakkına sahiptir. ((1) Wer Eigentümer einer Sache ist, kann in den Schranken der Rechtsordnung über sie nach seinem Belieben verfügen. (2) Er hat das Recht, sie von jedem, der sie ihm vorenthält, herauszuverlangen und jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren.)

⁹ R.G. T. 04.04.1926 S.339.

¹⁰ https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_4.pdf (E.T.: 30.09.2020)

¹¹ BGB §903: “Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen”

¹² BGB §1004: “Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist.”

hükmü malikin yetkilerini belirlemek suretiyle BGB §1004'ün uygulama alanını tespit etmektedir.¹³

Mülkiyet hakkının müdahaleye uğradığı ve fakat bu müdahalenin eşyanın çekilip alınması şeklinde gerçekleşmediği durumlarda TMK m. 683/2 hükmüne dayanarak açılacak davayı karşılamak üzere doktrinde “el atmanın önlenmesi” ve “müdahalenin men’i” terimlerinin kullanıldığı görülmektedir. Bu fark esasen 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ve 4722 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda yer alan lafzi farktan kaynaklanmaktadır. eMK m. 618’de malikin her nevi müdahaleyi men edebileceğinden bahsedilirken TMK m. 683/2 malikin her türlü haksız el atmanın önlenmesini dava edebileceğini belirtir. Kanun koyucunun bu şekilde müdahalenin men’i terimi yerine el atmanın önlenmesi terimini tercih etmesi tartışmaya açık bir karardır. Zira her ne kadar müdahale ve el atma tabirleri birbirlerini karşılasalar da men etme ve önleme fiilleri farklı anlamlara sahiptirler. Men etmek fiilinin bir şeyi yasaklamak veya bir şeye engel olmak anlamında kullanılması itibariyle, önlemek fiili esasen anlam olarak (engel olmak) menetmek fiilinin içinde bulunmaktadır.¹⁴ Bu değişikliğin sebebi olarak madde gerekçesinde hükmü etkileyecek herhangi bir değişiklik yapılmaksızın hükmün lafzının arılaştırılmasından bahsediliyor oluşu da göz önünde bulundurulunca böyle bir değişikliğin yerinde olduğundan bahsetmek kanımızca mümkün değildir. Zira bu davanın uygulama alanı kural olarak mevcut müdahalelerdir ve henüz mevcut olmayan bir müdahaleye karşı bu yola başvurulması, yani böyle bir müdahalenin *önlenmesi*, ancak istisnai olarak mümkün olabilir.¹⁵ Menetmek fiilinin henüz meydana gelmemiş bir şeyin gerçekleşmesinin engellenmesi anlamında da kullanılabiliyor olması itibariyle el atmanın önlenmesi yerine müdahalenin meni teriminin tercih edilmesi kanımızca daha yerinde olurdu. Bununla birlikte yürürlükteki kanunun lafzından ayrılmamak adına çalışmamızda da el atmanın önlenmesi terimi kullanılmıştır.

¹³ Neclâ Giritlioğlu, **Müdahalenin Men’i (Elatmanın önlenmesi) Davası**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1984, s. 9.

¹⁴ www.sozluk.gov.tr (Güncel Türkçe Sözlük – TDK) (E.T.: 30.09.2020)

¹⁵ bkz.: aş. 2. Bölüm: III.B.3

Malik, el atmanın önlenmesi davası ile hâlâ hâkimiyetinde bulunan eşya üzerindeki yetkilerini haksız müdahalelerden arındırmak istemektedir.¹⁶ Mülkiyet hakkına konu olan eşyayı malik istediği gibi kullanamamakta, ondan istediği gibi faydalanamamakta veya tasarruf hakkı bir şekilde kısıtlanmaktadır ve malik bu durumun son bulması için el atmanın önlenmesi yoluna başvurmaktadır.¹⁷ Bu dava ile herhangi bir zararın tazmini istenemez.¹⁸ Meydana gelen bir zararın tazmini haksız fiil hükümleri çerçevesinde veya tarafların arasında hukuki bir ilişki varsa bu ilişki uyarınca talep edilebilir.¹⁹ Bu dava ancak malikin mülkiyet hakkını gereği gibi kullanabilmesini temin etmek için açılabilir. Bu davanın amacı malike TMK m. 683 hükmünde zikredilen yetkilerin tam olarak sağlanmasından fazlası değildir.

El atmanın önlenmesi davasının kabul edilebilmesi için gerekli şartlar TMK m. 683 hükmünden çıkarılmaktadır.²⁰ Buna göre malikin mülkiyet hakkına konu olan mal üzerindeki yetkilerinin hukuka aykırı şekilde kısıtlanmış olması ve fakat malın zilyetliğinin başka birine geçmemiş olması gerekli ve yeterlidir. Bu davanın açılabilmesi ve kabul edilmesi için davacının zarar görmesi şart değildir.²¹ Dolayısıyla Yargıtay içtihatlarında el atma/müdahale kavramlarını karşılamak üzere zarar tabirinin

¹⁶ Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 89; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 281; Tekinay, **a.g.e.**, s. 332; Eren, **Mülkiyet**, s. 42 vd.; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 75; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 52; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 489.

¹⁷ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 365-366; Esener/Güven, **a.g.e.**, s. 189. Her ne kadar genel çerçeve bu şekilde olsa da dava hakkının yalnızca malike ait olmadığını ve el atmanın önlenmesi davasının yalnızca mülkiyet hakkına dayanarak açılmadığını hatırlatmak gerekir. Malik dışındaki dava hakkı sahipleri hakkında detaylı bilgi için bkz.: aş. 5. *Bölüm: II.A*. El atmanın önlenmesi davası ile korunabilecek mülkiyet hakkı dışındaki haklar hakkında bilgi için bkz.: aş. 1. *Bölüm: II.B*.

¹⁸ Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 109; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 77. Bu konuda doktrinde neredeyse görüş birliği olmasına rağmen bu dava ile davacının tazminat istemesinin de mümkün olduğunu söyleyen görüş için bkz.: Akipek, **Eşya - II**, s. 86 vd. Yazara göre bu dava ile güdülen amaç eski durumun iadesi olduğu için bu amaca hizmet edebilecek bir araç olan tazminatın da talep edilmesi mümkündür. Kanımızca davanın amacı önceki durumun iadesi değil malikin yetkilerini müdahale öncesinde olduğu gibi kullanmasını sağlamaktır. Dolayısıyla davanın işlevleri arasında meydana gelen zararları tazmin yer almaz ve bu dava kapsamında tazminat istenmesi mümkün değildir. Bu konuda bkz.: aş. 1. *Bölüm: I.A*.

¹⁹ Ayan, **Mülkiyet**, s. 146.

²⁰ El atmanın önlenmesi davasının kabulü için gerekli koşullar ikinci ve üçüncü bölümlerde detaylı şekilde incelendiği için burada sadece bu koşulları zikretmekle yetinilmiştir.

²¹ Eren, **Mülkiyet**, s. 43; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s.282-283; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 76; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 366.; Akipek, **Eşya - II**, s. 85; Bertan, **a.g.e.**, s. 281; Esener/Güven, **a.g.e.**, s. 189; Sirmen, **Eşya**, s. 265.

kullanılması haklı olarak eleştirilmektedir.²² Davalının kusursuz olması bu dava yönünden önem taşımayacaktır, zira kusur bu davanın şartlarından birisi değildir.²³

Çalışmamız da TMK m. 683/2 hükmünden çıkarılan bu koşullar çerçevesinde şekillenmektedir. Çalışmanın ilk bölümünde daha sonraki incelemelere dayanak oluşturacak amaç, nitelik gibi temel hususlar incelenmiştir. Çalışmanın ikinci ve üçüncü bölümleri ise el atmanın önlenmesi davasının olumlu koşulu olan mülkiyet hakkına bir müdahale bulunmasını ve olumsuz koşulu olan malikin müdahaleye katlanma yükümlülüğünün bulunmamasını konu edinmektedirler. Dördüncü bölümde TMK hükümleri ve içtihatlar çerçevesinde olası müdahale tipleri sınıflandırılmakta ve incelenmektedir. Son olarak beşinci bölümde ise bu davaya ilişkin yargılama süreci konu alınmıştır.

²² Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 97; Ayşe Havutçu/Müslüm Akıncı/Mutlu Dinç/Özge Uzun Kazmacı/Ayşe Nilay Şenol, “Mülkiyet Hakkının Korunması – İstihkak ve El Atmanın Önlenmesi Davaları”, **Gayrimenkul Davaları** (ed. Ayşe Havutçu, Müslüm Akıncı, Mutlu Dinç) **C.1**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 498.

²³ Eren, **Mülkiyet**, s. 43; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s.282-283; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 76; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 366.; Akipek, **Eşya - II**, s. 85; Bertan, **a.g.e.**, s. 281; Esener/Güven, **a.g.e.**, s. 189; Sirmen, **Eşya**, s. 265.

BİRİNCİ BÖLÜM: **DAVANIN HUKUKİ NİTELİĞİ, AMACI, YASAL DAYANAĞI,** **MÜLKİYET HUKUKUNDAKİ YERİ VE DİĞER DAVALARLA** **KARŞILAŞTIRILMASI**

I. El Atmanın Önlenmesi Davasının Amacı, Hukuki Niteliği, Yasal Dayanağı

A. El Atmanın Önlenmesi Davasının Amacı

El atmanın önlenmesi davasının amacı daha önce de belirtildiği gibi malikin mülkiyet hakkının sağladığı yetkileri önceden olduğu gibi bir müdahale olmaksızın dilediğince kullanabilmesini temin etmektir.¹ Malik bu davayı icraya elverişli bir karar elde etmek² ve bu sayede eşya üzerindeki tam hâkimiyetini tekrar tesis etmek için açar. Aynı zamanda müdahalenin tekrarlanması da engellenmek istenir.³ Bununla birlikte doktrinde davanın amacının mülkiyete yönelen tecavüzleri ortadan kaldırmak ve bunun yanında eski halin iadesi olduğunu söyleyen bir görüş de bulunmaktadır.⁴ Kanımızca bu görüşe katılmak mümkün değildir. Şöyle ki gerek el atmanın önlenmesi davasını düzenleyen TMK m. 683 hükmünün kanun sistematigi içerisindeki yeri gerekse madde lafzı göstermektedir ki bu davanın amacı malikin mülkiyet hakkından doğan yetkilerini dilediğince kullanabilmesinin temin edilmesidir. “Eşya Hukuku” kitabı içerisinde “Mülkiyet” başlıklı birinci kısım içerisinde yer alan “Mülkiyet hakkının içeriği” kenar başlığı altında düzenlenen TMK m. 683 hükmünün birinci fıkrasında malikin mülkiyet hakkına dayanan yetkileri sayılmış ve hemen ardından ikinci fıkrada malikin bu yetkileri kullanamaz duruma gelmesi halinde başvurabileceği yollar belirtilmiştir. Dolayısıyla davanın amacı malikin mülkiyet hakkını kullanma yetisi yönünden bir eski hali iadesidir; yoksa yazarın belirttiği gibi genel bir “evvelki

¹ Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 109; Schmid/Hürliman-Kaup, **a.g.e.**, N. 677; Rey, **a.g.e.**, N. 2051; Eren, **Mülkiyet**, s. 43; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 365-366.

² Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 56.

³ Akipek, **Eşya - II**, s. 85.

⁴ Akipek, **Eşya - II**, s. 85-86.

durumun iadesi gayesi”nden⁵ söz edilemez. Davanın amacının yazarın belirttiği gibi genel bir eski hal iadesi olduğu kabul edilseydi buna paralel şekilde yine yazarın belirttiği gibi bu dava kapsamında tazminat talep etmenin de mümkün olduğunu kabul etmek gerekecekti ki böyle bir kabul az önce belirtilen yorumsal sonuçlara aykırı olacaktı. Nitekim bu konuda doktrin ve içtihatlarda neredeyse bir görüş birliği oluşmuş durumdadır.⁶

Dava, kural olarak mevcut müdahalelere karşı açılrsa da ileride gerçekleşecek müdahaleleri engellemek amacıyla açılması da mümkündür.⁷ Müdahalenin mevcut olmasıyla kastedilen şey müdahalenin kendisinin hâlâ devam ediyor olmasıdır. Müdahalenin ortadan kalktığı durumlarda zarar gibi birtakım etkiler devam ediyor olsa bile el atmanın önlenmesi davası açılamaz. Özellikle müdahale sebebiyle zarar meydana gelen ve fakat aradan zaman geçmesi sebebiyle müdahalenin ortadan kalktığı durumlarda uygulanacak hüküm TMK m. 683 değil zararı tazmine yönelik diğer hükümler ve özellikle haksız fiil hükümleridir.⁸ Nitekim daha önce de belirtildiği gibi el atmanın önlenmesi davası ile herhangi bir zararın tazmini mümkün değildir.⁹

B. El Atmanın Önlenmesi Davasının Niteliği

El atmanın önlenmesi davası maddi hukukla alâkalı talep açısından aynı bir davadır.¹⁰ El atmanın önlenmesi davasının mülkiyet (TMK m. 683) veya başka bir aynı hakka (örn. TMK 865/1) dayanarak açılması mümkündür.

⁵ Akipek, **Eşya - II**, s. 86.

⁶ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 366; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya, a.g.e.**, s. 283; Petek, **a.g.e.**, s. 119; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 53; Esener/Güven, **a.g.e.**, s. 189. Aynı yönde bkz. : Yarg. 1. HD T. 15.03.2016 E. 2014/14637 K. 2016/3061 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 27.08.2020): “*Ayrıca el atma haksız eylem olup, el atma nedeniyle uğradığı zararın tazminini isteyebilir.*”; Yarg. 8. HD T. 20.04.2015 E. 2015/5666 K. 2015/8875(Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 27.08.2020): (tapusuz bir taşınmaza gerçekleşen el atmanın önlenmesi hakkındaki uyumsuzlukta) “*Zilyetliğe müdahaleden doğan sorumluluk hakkında haksız eylem (TBK 49 vd) hükümlerinin uygulanması gerekir.*”

⁷ Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 103; Bertan, **a.g.e.**, s. 284, Eren, **Mülkiyet**, s. 43; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 14; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 75; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 366; Akipek, **Eşya - II**, s. 86. El atmanın önlenmesi davasının henüz mevcut olmayan müdahaleye karşı açılması hususunda bkz.: aş. 2. Bölüm: III.B.3

⁸ Eren, **Mülkiyet**, s. 43.

⁹ Meier-Hayoz, **Art. 641 – 643 ZGB**, Art. 641 N. 109; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 77; Sirmen, **Eşya**, s. 265.

¹⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 283; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 103 vd.; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 75; Ayan, **Mülkiyet**, s. 146.

El atmanın önlenmesi davası usul hukuku yönünden yapılan tasnife göre ise davacının müdahalede bulunanın belirli bir şeyi yapmaya ya da yapmamaya mahkûm edilmesini dava ediyor olması itibariyle bir eda davasıdır.¹¹ HMK¹² m. 105 hükmü eda davasını davalının yapma, yapmama veya vermeye mahkûm edilmesinin talep edildiği dava türü olarak tanımlamıştır. El atmanın önlenmesi davasında da davalıdan istenen şey davalının fiiline dayanan durumlarda bu fiili sonlandırması ve davalının iradesine dayanan durumlarda bu durumun ortadan kaldırılmasıdır.¹³ Gelecekte ortaya çıkması ihtimali söz konusu olan bir müdahaleye karşı açılan davalarda iste dava edilen şey genellikle kaçınma halidir.¹⁴

C. El Atmanın Önlenmesi Davasının Yasal Dayanağı

1. Tarihsel Gelişim

a. Roma Hukuku

Roma hukukunda mülkiyete dayanan ve mülkiyeti korumayı amaçlayan *rei vindicatio* (istihkak davası) ve *actio negatoria* (el atmanın önlenmesi davası) olmak üzere iki dava vardır.¹⁵ Her iki dava da esasen aynı davalar olup¹⁶ bu ikili sistem görünüm itibariyle günümüz hukukuyla paralellik gösterse de esasen davaların kapsamaları ve amaçları zaman içerisinde değişmiştir ve bu bağlamda içerik açısından günümüzle tamamen aynı olduklarını söylemek mümkün değildir. Günümüzdeki haliyle el atmanın önlenmesi davası Roma hukukundaki karşılığı olan *actio negatoria*’ya kıyasla çok daha geniş kapsamlıdır.¹⁷

¹¹ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 103; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 75; Ayan, **Mülkiyet**, s. 146; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 367; Sirmen, **Eşya**, s. 266.

¹² **R.G.** T. 04.02.2011, S. 27836.

¹³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 283.

¹⁴ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 103.

¹⁵ Paul Koschaker/Kudret Ayiter, **Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1977, s. 158; Belgin Erdoğan, **Roma Eşya Hukuku**, 5. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2012, s. 95; Özcan Karadeniz-Çelebican, **Roma Eşya Hukuku**, 3. Basım, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 213. *Actio Negatoria* davanın İustinianus’tan sonra kullanılan adı olup bu davanın Klasik Hukuk devrinde *Actio Negativa* olarak anılmakta olduğunu söyleyen eser için bkz.: Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 158. Bu iki terimin Klasik Hukuk Çağı’nda beraber kullanıldığını söyleyen eser için bkz. Karadeniz-Çelebican, **a.g.e.**, s. 230.

¹⁶ Bahar Öcal, “**Roma Hukukunda Taşınmaz Lehine İrtifaklara İlişkin Davalardaki (Actio Confessoria ve Actio Negatoria) Temel Sorunlar**”, AÜHFD C. 59 S. 3, 2010, s. 494.

¹⁷ Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 89; Rey, **a.g.e.**, N. 2044; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 1, 8; Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 165; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 101; Karadeniz-Çelebican, **a.g.e.**, s. 229.

Roma hukukunda el atmanın önlenmesi davasını karşılayan *actio negatoria* Roma hukukunun ilk zamanlarında sadece irtifak hakları karşısında söz konusu olan bir davaydı.¹⁸ Malik bu dava ile kendisine ait bir mülk üzerinde kendisini hak sahibi sayanlara karşı çıkıp mülkü üzerindeki irtifak haklarını reddederek mülkiyet hakkını korumak ve ihlal öncesi durumu tesis etmek istemekteydi.¹⁹ Eğer ki irtifak haklarına karşı açılan bir dava yerine irtifak hakkını korumak için açılan bir dava söz konusu ise bu durumda *actio negatoria*'dan değil *actio confessoria*'dan söz edilirdi.²⁰ *Actio confessoria* Klasik Hukuk döneminde irtifak haklarını koruyan *vindicatio servitutis* ile intifa hakkını koruyan *vindicatio ususfructus*'un Iustinianus döneminde birleştirilmesiyle ortaya çıkan ve bütün irtifak haklarını koruyan davanın adıdır.²¹ *Actio negatoria*'nın davalısı *actio confessoria*'nın davacısı ve *actio negatoria*'nın davacısı *actio confessoria*'nın davalısı olabilirdi.²² Roma hukukundaki bu ayırmadan farklı olarak günümüzde el atmanın önlenmesi davası hem mülkiyet hakkını hem de sınırlı ayni hakları korumak için açılabilir. Örneğin intifa hakkı sahibinin bugün bu hakkını malikin müdahalelerine karşı korumak için el atmanın önlenmesi davası açması gerekirken²³ Iustinianus döneminde gidilmesi gereken yol el atmanın önlenmesi davasını karşılayan *actio negatoria* değil irtifak hakkını korumayı amaçlayan *actio confessoria* olacaktı.²⁴ Şunu da belirtmek gerekir ki herhangi bir ayni hak iddiası olmaksızın gerçekleştirilen fiili müdahalelere karşı *interdictum*'lar veya meşru müdafaa da kullanılabildi.²⁵

Actio negatoria sonunda hâkimin *restitutio in integrum* emriyle dava konusunun eski hale getirilmesi; *cautio de amplius non turbando* emri ile de davalının gelecekte tekrar bir müdahalede bulunmayacağı temin edilirdi.²⁶ Bunun yanında

¹⁸ Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 165, Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 8; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 101; Karadeniz-Çelebican, **a.g.e.**, s. 229. Bu davanın Roma hukukunda esasen irtifak haklarına karşı mı, irtifak haklarını korumak için mi yoksa mülkiyet hakkına yönelen her türlü müdahaleye karşı mı kullanıldığının tartışmalı olduğunu söyleyen eser için bkz. Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 3.

¹⁹ Öcal, **a.g.e.**, s. 495; Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 165; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 101; Karadeniz-Çelebican, **a.g.e.**, s. 230.

²⁰ Öcal, **a.g.e.**, s. 494.

²¹ Öcal, **a.g.e.**, s. 495, dn.1.

²² D.39.1.15 (Öcal, **a.g.e.**, s. 509, naklen); Öcal, **a.g.e.**, s. 507.

²³ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 30.

²⁴ Öcal, **a.g.e.**, s. 495.

²⁵ Erdoğan, **a.g.e.**, s. 101 dn. 27.

²⁶ Öcal, **a.g.e.**, s. 505, Karadeniz-Çelebican, **a.g.e.**, s. 230.

davacının davayı kazandığı hallerde davalının hâkim tarafından uyuşmazlık konusuna göre takdir edilen parayı (*litis aestimatio*) ödemeye mahkûm edilmesi de mümkündür.²⁷ *Restitutio* ve *Cautio* uygulamaları TMK m. 683 hükmüne dayanarak açılan bir el atmanın önlenmesi davası sonucunda alınabilecek kararın gerek bir yapma veya yapmamaya zorlama teşkil etmesiyle gerekse sadece mevcut olanları değil aynı zamanda gelecekteki olası müdahaleleri de önlemeyi amaçlamasıyla paralellik göstermekle beraber günümüzde el atmanın önlenmesi davası sonucunda uyuşmazlık konusuyla alakalı olarak belirli bir paranın ödenmesine hükmedilmesi söz konusu olmamaktadır. Daha önce de belirtildiği gibi el atmanın önlenmesi davası sonunda TMK m. 683 hükmüne dayanarak herhangi bir tazminata hükmedilmesi mümkün değildir.²⁸

b. Türk Hukukunda Tarihsel Gelişim

Tarihimizde medeni kanun karakterli ilk kodifikasyon çalışması 19. yüzyılda Osmanlı İmparatorluğu'nda İslam hukukuna dayalı şekilde tanzim edilen Mecelle'dir (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye).²⁹ Mecelle, esasen bir kanun sayılmamasına rağmen 1926 yılında Türk Kanunu Medenisi'nin kabulüne kadar bir kanun hüküm ve kuvvetinde uygulanmış olması³⁰ itibariyle konumuz açısından incelemeye değerdir.

Mecelle belirli tasnifler içermektedir fakat bununla beraber her bir kitabının konusal bir bütünlük arz ettiğini söylemek de mümkün değildir.³¹ 1192. Maddeden itibaren mülkiyet hakkını konu alan düzenlemelerle karşılaşmaktadır. 1195 ve 1196. maddeler ile binaların ve bitkilerin komşu taşınmaza taşınması hali düzenlenmiş ve bu

²⁷ Öcal, **a.g.e.**, s. 514. Buna ek olarak haksız şekilde toplanan semerelerin tazmininin de bu dava kapsamında istenebileceği yönünde bkz. Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 165. *Actio confessoria* uygulamasında davalının öncelikle *restitutio* veya *cautio*'ya mahkûm edildiği ve her ikisi de yerine getirilmezse bu parayı ödemekle yükümlü hale geldiği yönünde bkz.: D.8.5.7 (Öcal, **a.g.e.**, s. 503, naklen); Öcal, **a.g.e.**, s. 504 vd.

²⁸ Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 77.

²⁹ Sıddık Sami Onar, “Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukukunun Bir Kısımının Codification’u Mecelle”, İÜHFM, C. 20 S: 1-4, 1955, s. 57.

³⁰ Onar, **a.g.e.**, s. 63 vd. Mecelle'nin gerek teokratik esaslara dayanması ve sadece belirli bir dini grubun uygulamalarını benimsemesi gerekse yeni bir kanun olmaktan ziyade farklı alanlarda zaten mevcut olan uygulamaların ihtiyaca yönelik olarak bir araya toplandığı bir derleme olması itibariyle batı hukuk ve kanunlarından uzaklaşıyor olması hakkında bkz. Onar, **a.g.e.**, s. 58 vd., 63 vd. Yazara göre bu derlemenin adı da (Mecelle-i ahkâm-ı adliyye adliyye taallûk eden kaideleri ihtiva eden kitap demektir.) zaten bu durumu gösterir niteliktedir.

³¹ Onar, **a.g.e.**, s. 68.

duruma izin verilmediği söylenmiştir. Mecelle’de el atmanın önlenmesi hususuna karşılık olacak genel bir hüküm bulunmamaktadır ve bu konuyla benzerlik taşıyan hususlar 1197 ve devamındaki hükümlerde yer almaktadırlar.³² 1192. ve 1197. maddelerle günümüzdeki sisteme paralel şekilde malike mutlak bir tasarruf hakkı tanınmış³³ ve yine 1197. madde ile malikin bu tasarruf hakkını kullanırken fahiş zarara sebep olduğu durumlarda bu hakka müdahale edilebileceği; 1200. madde ile de fahiş zararların engelleneceği söylenmiştir. Buna dayanarak fahiş zarara uğrayan komşunun el atmanın önlenmesini talep edebilirdi.³⁴ Fahiş zarar tanımı yapılmamış olmakla beraber fahiş zarar olabilecek durumlar örnek olarak sayılmıştır: binaya zarar vermek, çökmesine sebep olmak ya da binadan sağlanan asıl menfaatleri engellemek (Mecelle m. 1199); mutfak, avlu, kuyu başı gibi kadınların bulunduğu yerleri (karr-ı nisvan) görecekte şekilde pencere açmak (Mecelle m. 1202); bir kimsenin su kuyusu yakınına lağım, bulaşık gibi amaçlarla kullanmak üzere çukur açıp kuyuyu kirletmek (Mecelle m. 1212).³⁵ Dolayısıyla fahiş zarar olarak kabul edilmeyen durumlarda, örneğin bir evin güneşini, manzarasını ya da havasını kesme hallerinde, el atmanın önlenmesinden söz etmek mümkün olmayacaktı.³⁶

Mecelle, içerdiği bu düzenlemelerle birlikte ciddi bir değişiklik geçirmeden 1926 yılında Türk Kanunu Medenisi’nin kabulü ile yürürlükten kalkana kadar uygulanmıştır. ³⁷ 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin kabulünden sonra ise “Mülkiyet Hakkının Unsurları” kenar başlıklı eMK m. 618 hükmü el atmanın önlenmesi davasının temel dayanağı olmuştur. Bu hüküm uyarınca malik haksız her

³² Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 2. Taşınmaz mallardan mülk mahiyetinde olanlar, yani özel mülkiyete konu olabilecek mallar, Mecelle hükümlerine tabi tutulurken mülkiyeti esasen devlete ait olmakla beraber kişilerin üzerlerinde belirli haklar edinebildikleri miri araziler (memleket arazileri) daha önce tanzim edilmiş olan Arazi Kanunu’na tabi kılınmıştır. (Bkz.: Onar, **a.g.e.**, s. 70)

³³ Bu tasarruf hakkının Mecelle m. 1194 ile mülkün altı ve üstünü de kapsadığı belirlenmiştir. Bu düzenleme bu haliyle TMK m. 718 hükmünde zikredilen “*kullanılmasında yarar olduğu ölçüde*” gibi bir sınırlama içermemesi itibarıyla günümüze kıyasla malike daha geniş bir mutlak tasarruf alanı sunmuştur. Bkz.: Onar, **a.g.e.**, s. 75.

³⁴ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 3

³⁵ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 3

³⁶ Komşunun yaptığı bina eğer ki bir odanın ışığını engelleyip odayı içeride yazı okunmayacak duruma sokuyorsa ya da harman yerinin ihtiyacı olan rüzgar kesiliyorsa veya başka bir şekilde komşunun asıl ihtiyaçlarını kesiyorsa ancak bu durumlarda meydana gelen zarar fahiş kabul edilip ortadan kaldırılmaktaydı. Bkz.: Feyzi N. Feyzioğlu, “**Komşuluk Hukuku Üzerinde Zarar Verici Taşkınlıklar – Açılan Pencere Konusunda Tartışmalı Bir İnceleme**”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kubalı’ya Armağan (Melanges Kubalı), 1974, s. 566-567..

³⁷ Onar, **a.g.e.**, s. 84 vd.

müdahaleyi men edebiliyordu. eMK. 618 hükmünde haksız müdahalelerin men edileceği söylenmekle beraber haksızlık kıstası bulunmamaktaydı. Doktrinde bu kıstasların komşuluk hukukuna ilişkin eMK m. 661 ve devamındaki hükümler ile taşınmaz malikin sorumluluğunu düzenleyen eMK m. 656 hükmünden faydalanarak ortaya koymanın mümkün olduğu söylenmekteydi.³⁸

2. Türk Hukukunda Genel Olarak Taşınmaz Mülkiyetini Korumayı Amaçlayan Yasal Düzenlemeler

Mülkiyet hakkının sağladığı yetkiler, bu hakkın mutlak bir hak olması itibariyle, herkese karşı ileri sürülebilir ve dolayısıyla korunabilir yetkilerdir.³⁹ Bu hakka saygı duyması gerekenler sadece gerçek veya tüzel özel hukuk kişileri değil aynı zamanda kamusal otoriteler ve kamu kuruluşlarıdır.⁴⁰ Dolayısıyla mülkiyet hakkının tam olarak korunmasından bahsedebilmek için bu hakkın hem özel hukuk kişilerine hem de idareye karşı korunuyor olması şarttır. Bu sebeple malikin haklarını sadece genellikle malikle eşit durumdaki özel hukuk kişilerine karşı koruyan özel hukuk karakterli hükümlerle sağlanacak bir koruma eksik ve yetersiz olacaktır.⁴¹ Nitekim Türk hukukunda mülkiyet hakkını korumayı amaçlayan hem kamu hukuku hem de özel hukuk karakterli yasal düzenlemeler mevcuttur.

Mülkiyeti korumayı amaçlayan kamu hukuku karakterli düzenlemelerin başında Anayasa m. 35 hükmü gelir. “*Kişinin Hakları ve Ödevleri*” başlıklı ikinci bölümde “*Mülkiyet Hakkı*” kenar başlığı altında düzenlenen bu hükümle mülkiyet hakkına iki farklı yönden koruma sağlanmıştır.⁴² İlk olarak mülkiyet hakkının temel hak ve hürriyetler arasında sayılmasıyla mülkiyete anayasal bir müessese vasfı yüklenmiş ve bu şekilde mülkiyet hakkının varlığı bir müessese olarak kanun

³⁸ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 12

³⁹ Eren, **Mülkiyet**, s. 27; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 354.

⁴⁰ Eren, **Mülkiyet**, s. 27; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 354.

⁴¹ Jale G. Akipek, “**Mülkiyetin Anayasa Tarafından Korunması ile İlgili Bir Deneme**”, Adalet Dergisi, Y. 58 S. 5, Mayıs 1967, s. 302; Başpınar, **Müdahale**, s. 183.

⁴² 1961 Anayasası’nda ise mülkiyet hakkını konu alan m. 36 hükmü tam olarak aynı içeriğe sahip olmakla beraber 1982 Anayasası’ndan farklı olarak “*Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler*” başlıklı üçüncü bölümde yer almaktaydı. Bu durumun mülkiyet hakkına olması gerekenden daha az bir koruma sağladığı yönündeki değerlendirmeler için bkz. Başpınar, **Mülkiyet Teminatı**, s. 648-650. Anayasal düzlemde koruma altına alınanın sadece eşya üzerindeki mülkiyet hakkı değil özel hukukun bütün malvarlığı değerleri olduğu yönünde bkz.: Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 16.

koyucuya karşı korunmuştur.⁴³ Bu koruma sayesinde mülkiyet hakkının asgari içeriği olan kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma unsurları herhangi bir düzenleme ile ortadan kaldırılamaz hale getirilmiştir.⁴⁴ Mülkiyet hakkının hukuk düzenindeki varlığını temin eden bu korumadan soyut şekilde bütün malikler ve hatta bütün toplum faydalanır.⁴⁵ Bu şekilde belirli bir mülkiyet hakkının sahipleri idarenin hukuki işlem ve tasarruflarıyla mülkiyet haklarının ihlal edilmesine veya benzer durumdaki maliklere farklı hak ve yükümlülükler sağlanarak eşitlik ilkesine aykırı davranılmasına karşı korunur.⁴⁶ Burada devamı sağlanmak istenen husus maliklik durumudur.⁴⁷ Mülkiyetin bir kurum olarak korunmasından faydalanan bütün malikler ve hatta toplumken bu korumadan hakkı tehlike altında olan veya ihlal edilen belirli malikler yararlanır.⁴⁸ Mülkiyet hakkına ve dolayısıyla maliklik durumuna müdahale teşkil eden düzenleme ve eylemlere ancak kanunda öngörülen esaslarla ve kamu yararı gayesiyle izin verilebilir.

Kamu hukukuna ait bir başka alan olan idare hukukunda ise mülkiyet hakkı inzibati nitelikli düzenlemelerle ve zilyetlik dolayısıyla korunmaktadır.⁴⁹ 3091 sayılı *“Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun”*⁵⁰ kapsamında özel kişilerin zilyet olduğu, kamusal otoriteler tarafından idare edilen, sahipsiz veya umuma ait taşınmazlara gerçekleşen tecavüz ve müdahaleler idari makamlarca önlenecek ve bu şekilde kamu düzeni temin edilecektir. Taşınmaz zilyetliğine gerçekleşen müdahalelerin idare tarafından ortadan kaldırılması hususu hukuki ve daha da yoğun şekilde sosyal gereklilikler karşısında ortaya çıkmıştır.⁵¹ Taşınmaz mal zilyetliğine gerçekleşen müdahaleler ve ihkakı hak teşebbüsleri kamu düzeninin bozulmasına yol açar ve bu bozulmanın yargı yoluyla yeterince hızlı şekilde

⁴³ Akipek, **Deneme**, s. 304; Başpınar, **Müdahale**, s. 183-184; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 355; Eren, **Mülkiyet**, s. 28.

⁴⁴ Başpınar, **Müdahale**, s. 184.

⁴⁵ Akipek, **Deneme**, s. 304.

⁴⁶ Akipek, **Deneme**, s. 304, 309, 310; Başpınar, **Müdahale**, s. 184-185.

⁴⁷ Başpınar, **Müdahale**, s. 184.

⁴⁸ Akipek, **Deneme**, s. 304.

⁴⁹ Başpınar, **Müdahale**, s. 185.

⁵⁰ **RG**: T. 31.07.1985, S. 18828.

⁵¹ Türkiye Büyük Millet Meclisi, Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ve İçişleri ve Adalet Komisyonları Raporları, Dönem: 17 Yasama Yılı: 2 S. 184, s.1

sonuçlandırılması usuli kurallar sebebiyle zordur.⁵² Bu bozulmanın mümkün olduğunca hızlı şekilde ortadan kaldırılması amacıyla idari amirlere mülkiyet hakkına dokunmama ve TMK hükümlerinin saklı kalması koşuluyla taşınmaz mallara gerçekleşen tecavüzleri önleme yetkisi verilmiştir.⁵³ Bu kanunun kapsamına gerçek kişilere, özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişilerine ait olan ya da devlete ait olan veya devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan (m. 1) tarla, bağ, bahçe, arsa, orman, ağıl, apartman, dükkân, fabrika, otel gibi bütün arazi, bina ve madenler (Yönetmelik⁵⁴ m. 7) girer.⁵⁵ İdari makamlar tarafından alınacak kararlar hak durumuna ilişkin olmayıp yalnızca hakka ilişkin uyuşmazlık sonuca bağlanana kadar mevcut zilyetlik durumunu koruyarak kamu düzenini koruma amacıyla alınmış olacakları için tarafların bu konuda başka bir dava açmaları önünde engel teşkil etmezler.⁵⁶

Cezai hükümler içeren yasal düzenlemelerde de mülkiyet hakkı konu alınmaktadır. Ceza Hukuku yoluyla sağlanan koruma mülkiyet hakkının üçüncü kişilerin suç niteliğindeki haksız fiilleriyle ihlallerine yönelik bir korumadır.⁵⁷ 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun⁵⁸ “*Malvarlığına Karşı Suçlar*” başlıklı onuncu bölümü mülkiyet hakkını suç teşkil eden fiillere karşı korumaktadır. Özellikle 154. Madde ile düzenlenen hakkı olmayan yere tecavüz suçu konumuzla yakından ilgilidir. Hükme göre “*Bir hakka dayanmaksızın başkasına ait taşınmaz mal veya eklentilerini malikmiş gibi tamamen veya kısmen işgal eden veya sınırlarını değiştiren veya bozan veya hak sahibinin bunlardan kısmen de olsa yararlanmasına engel olan kimseye, suçtan zarar*

⁵² Türkiye Büyük Millet Meclisi, Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ve İçişleri ve Adalet Komisyonları Raporları, Dönem: 17 Yasama Yılı: 2 S. 184, s.1-2: “Ülkemizde, özellikle tarım arazilerinin sayı ve alan bakımından çok ve geniş olması, halkımızın mülkiyete ve araziye karşı psikolojik ve maddî bağlılığı; cinayet davalarının % 55 inin ve asliye hukuk mahkemelerindeki davaların % 80 inin arazi anlaşmazlığından doğmuş olması, konunun ne denli önemli olduğunu göstermektedir. Taşınmaz mal anlaşmazlıklarının asayişe etkin büyük ve kültüvî olaylar doğurduğu incelemeler sırasında da saptanmıştır. Şu halde, güvenlik ve asayişten sorumlu olan idarî makama, taşınmaz mal anlaşmazlığından doğan olayları büyümeden, işin başlangıcında önleyebilmesi için anlaşmazlıkla ilgili konuda da karar alma yetkisi tanınmalıdır”.

⁵³ AYM T. 27.03.1984, E. 1984/3 K. 1984/4 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 27.08.2020).

⁵⁴ Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunun Uygulama Şekli ve Esaslarına Dair Yönetmelik (R.G. T. 31.7.1985 S. 18828)

⁵⁵ Taşınmazların tapusuz olmaları bu kanun kapsamındaki korumadan faydalanmalarını engellemez. (Nomer/Ergüne, a.g.e., s. 62)

⁵⁶ Safa Reisoğlu, “**Tapu Siciline Kayıtlı Olmayan Gayrimenkullerde Zilyedlerin Gasba Karşı Himayesi**”, Adalet Dergisi, C. 49 S.1, 1958, s. 51; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya, s. 93.

⁵⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya, s. 277.

⁵⁸ RG: T. 12.10.2004, S. 25611.

görenin şikâyeti üzerine altı aydan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası verilir.”.

Mülkiyet hakkı ihlal ve müdahalelere karşı kamu hukukuna ait bu düzenlemelerin yanında esasen en etkili şekilde özel hukuk niteliği taşıyan kurallarla korunmaktadır.⁵⁹ Özel hukuka ait bu düzenlemelerin başında TMK hükümleri ve daha özelinde TMK m. 683/2 hükmü gelmektedir. Bu hükme göre malik, mülkiyet hakkını korumak için durumun özelliklerine göre istihkak veya el atmanın önlenmesi davası açma imkânına sahiptir. Madde lafzında herhangi bir ayrıma gidilmemiş olması itibarıyla bu davaların hem taşınır mallar hem taşınmaz mallar için açılmasının mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Bu düzenleme dışında “*Komşu hakkı*” yan başlığı altında düzenlenmiş olan TMK m. 737-750 hükümleri ve belirli bir komşuluk tipini konu alan Kat Mülkiyeti Kanunu⁶⁰ ise taşınmaz mülkiyetinin kullanımına ilişkin sınırlamalar içermek suretiyle diğer taşınmaz maliklerini ve onların mülkiyet haklarını özellikle komşuları tarafından gerçekleştirilebilecek müdahalelere karşı korumayı amaçlamaktadır.⁶¹ Örneğin TMK m. 737/1 hükmü ile taşınmazın kullanımı ve işletme faaliyeti sırasında, TMK m. 738/1 hükmü ile kazı ve yapı yaparken ve KMK m. 18/1 hükmü ile bağımsız bölümler ve ortak alanlar kullanılırken komşu taşınmazlar üzerinde zarar ve etki yaratılmaması gerektiği söylenmektedir.⁶²

Konumuzla ilgisi daha sınırlı olmakla beraber yine de doğrudan veya dolaylı da olsa mülkiyet hakkını koruması itibarıyla zikredilmesi gereken özel hukuk nitelikli diğer koruma yolları tapu sicilinin düzeltilmesi davası (TMK m. 1025), zilyetliğe

⁵⁹ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 355; Eren, **Mülkiyet**, s. 30.

⁶⁰ **RG**: T. 02.07.1065 S. 12038.

⁶¹ Bu sınırlamalar taşınmaz maliklerini korumayı amaçlamakla beraber koruma çevresi bununla sınırlı değildir. Kiracı, irtifak hakkı sahibi gibi komşuluk ilişkisinin tarafı olabilecek diğer kişilerin de sağlanan korumadan ve dolayısıyla bu hükümlere aykırı hareket edilmesi halinde başvurulabilecek imkânlardan faydalanabilecekleri kabul edilmektedir. Bu konuda bu yönde bkz. Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 658-660; Eren, **Mülkiyet**, s. 479-480; Petek, **a.g.e.**, s. 340-343; Akipek, **Eşya - II**, 237; Tekinay, **Takyitler**, s. 133-135. Bu konuda farklı görüşlerin detaylı incelemesi için bkz. Jale G. Akipek, **Gayrimenkul Malikin Mesuliyetinin Hukuki Neticeleri**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1955, s. 9-28.

⁶² TMK m. 737/1: “*Herkes, taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkileri kullanırken ve özellikle işletme faaliyetini sürdürürken, komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınmakla yükümlüdür.*” TMK m. 738/1: “*Malik, kazı ve yapı yaparken komşu taşınmazlara, onların topraklarını sarsmak veya tehlikeye düşürmek ya da üzerlerindeki tesisleri etkilemek suretiyle zarar vermekten kaçınmak zorundadır.*” KMK m. 18/1: “*Kat malikleri, gerek bağımsız bölümlerini, gerek eklentilerini ve ortak yerleri kullanırken doğruluk kaidelerine uymak, özellikle birbirini rahatsız etmemek, birbirinin haklarını çiğnememek ve yönetim planı hükümlerine uymakla, karşılıklı olarak yükümlüdürler.*”

dayanan davalar (TMK m. 982 ve m. 983) ve menkul davası (TMK m. 989), sebepsiz zenginleşme(TMK m. 77-82) ve hatta haksız fiil davalarıdır.⁶³

II. El Atmanın Önlenmesi Davasının Konusu Olabilecek Hukuki Değerler

A. Eşyalar

1. Taşınmazlar ve Taşınmazlar Üzerindeki Haklar

Taşınmaz eşya, özü zarar görmeksizin bir yerden başka bir yere taşınamayan eşyadır.⁶⁴ TMK m. 704 hükmü uyarınca taşınmaz mülkiyetine konu olabilecek şeyler ise araziler, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerdir.

Taşınmazlar, el atmanın önlenmesi davalarının en fazla gündeme geldiği hukuki değerlerdir. TMK 683/2 hükmüne göre malik, mülkiyet hakkına dayanarak istihkak veya el atmanın önlenmesi davası açabilir. İstihkak davası dolaysız zilyet olmayan malik tarafından mülkiyet hakkına sahip olmayan haksız dolaysız zilyede karşı açılır.⁶⁵ El atmanın önlenmesi halinde ise malik mülkiyet hakkını ve doğrudan zilyetliğini muhafaza etmekle birlikte mülkiyet hakkına gerçekleşen müdahaleleri defetmek istemektedir. Yani el atmanın önlenmesi davasının açılabilmesi için mülkiyet hakkına gerçekleşen müdahalenin malikin doğrudan zilyetliğini ortadan kaldırmaması gerekir ki bu durumla en sık karşılaşılan alan da doğal olarak taşınmaz mallardır. Zira TMK m. 992 hükmüyle tapu sicilinde kayıtlı olan malike dolaysız zilyede ait olan yetkilerin tanınmış olması malike bir nevi dolaysız zilyetlik sağlamıştır.⁶⁶ Dolayısıyla tapuya kayıtlı bir taşınmaz, tamamen işgal edilse dahi tapu sicilinde kayıtlı olan malikin zilyetliği devam edeceği için bu durum zilyetlik gaspı değil mülkiyete müdahale teşkil edecektir ve istihkak davası değil el atmanın

⁶³ Bu davalar konumuzla ilgileri ölçüsünde aşağıda incelenecekleri için burada isimlerini zikretmekle yetinilmiştir.

⁶⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 10; Akipek, **Eşya – I**, s. 39-40; Nuşin Ayiter, **Eşya Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, Savaş Yayınları, 1987, s. 104.

⁶⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 278; Eren, **Mülkiyet**, s. 31.

⁶⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 278. Zilyetliğin taşınır mallarda üstlendiği görevi taşınmazlar açısından tapu sicilinin yerine getirdiği yönünde bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 57; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 97. Bu durumu açıklama üzere sicil zilyetliği ifadesinin kullanıldığı eser için bkz.: Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 97.

önlenmesi davası açmak gerekecektir. ⁶⁷ Tapu sicilindeki yolsuz kayıt sebebiyle gerçek malikin zilyet olamadığı hallerde ise istihkak davası yerine TMK m. 1025 hükmünde düzenlenen tapu sicilinin düzeltilmesi davasına başvurulacaktır.

Tapusuz bir taşınmazın el atmanın önlenmesi davasına konu olabilmesi ise taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkının kazanılmış olmasına bağlıdır.⁶⁸ Dolayısıyla örneğin mülkiyeti kazanmak için TMK m. 713 hükmünde öngörülen olağanüstü kazandırıcı zamanaşımının dolmasını bekleyen birisi bu süreçte meydana gelen müdahalelere karşı, henüz mülkiyet hakkını kazanmadığı için, el atmanın önlenmesi davası açamayacaktır. Mülkiyet hakkına konu olmayan bir taşınmaza gerçekleşen müdahalelerin engellenmesi için mülkiyet hakkına dayanan el atmanın önlenmesi davası değil zilyetliğe dayanan ve TMK m. 983'te düzenlenen saldırıyı sona erdirmeye davası açılabilir.⁶⁹

El atmanın önlenmesi davasının taşınmaz üzerindeki bir sınırlı ayni hakka, örneğin taşınmaz rehnine veya intifa hakkına, dayanarak açılması da mümkündür.⁷⁰ Taşınmaz rehnine ilişkin hükümlerin düzenlendiği bölümde bulunan TMK m. 865/1 hükmü uyarınca alacaklının hâkimden malikin taşınmazın değerini düşüren davranışlardan menedilmesini istemesi mümkündür. Rehinli alacaklının ayni hakkını korumayı amaçlayan bu dava da bir el atmanın önlenmesi davasıdır. ⁷¹ Bu durumda da davanın konusu bir taşınmaz olmakla birlikte davacı mülkiyet hakkına değil başka bir ayni hakka dayanmaktadır ve hatta bu davayı mülkiyet hakkı sahibine karşı açmaktadır.

⁶⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 278; Eren, **Mülkiyet**, s. 32 vd. Aynı yönde: Esener/Güven, **a.g.e.**, s. 186. Tapu sicilinin düzeltilmesi davasının istihkak davası karşısında durumu tartışmalıdır. Detaylı bilgi için bkz. aş. 1. Bölüm: III.A.

⁶⁸ Ayan, **Mülkiyet**, s. 146; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 98. Mülkiyet hakkının sicil dışı kazanıldığı hallerde ise tescil davasının el atmanın önlenmesi davasıyla birlikte açılması gerektiği doktrinde ifade edilmektedir. (Akipek, **Eşya - II**, s. 86.)

⁶⁹ Ayan, **Mülkiyet**, s. 146. Aynı yönde bkz.: Yarg. 8. HD. T. 17.03.2008, E. 2008/971, K. 2008/1403(Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 27.08.2020): “...yayla evi niteliğinde bulunan dava konusu taşınmazda tarafların mülkiyet haklarının olmadığı, uyumsuzluğun TMK'nın 981. ve devamı maddeleri uyarınca zilyetliğin korunması kuralları çerçevesinde çözüme kavuşturulması gerekirken...”

⁷⁰ Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 77; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 30.

⁷¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 283, 948.

2. Taşınırlar

Özüne zarar vermeksizin bir yerden başka bir yere taşınabilen eşyalar taşınır eşya olarak adlandırılmaktadır.⁷² Daha önce de açıklandığı üzere el atmanın önlenmesi davası açılması için mülkiyete gerçekleşen müdahalenin doğrudan zilyetliğin kaybı sonucunu doğurmaması gerekliliği sebebiyle bu dava tipi taşınırlarda taşınmazlarda olduğu kadar sık uygulama alanı bulamamaktadır.⁷³ Bunun yerine istihkak davası veya TMK m. 981 vd. hükümlerinde düzenlenen zilyetliği koruyucu hükümler ve özellikle taşınır davası daha sık uygulanmaktadır.⁷⁴ Bununla beraber bu demek değildir ki el atmanın önlenmesi davasının konusu bir taşınır olamaz.

Pratikte karşılaşmak zor olmakla beraber taşınır bir mal üzerindeki mülkiyet hakkına malikin doğrudan zilyetliğini ortadan kaldırmaksızın bir müdahale gerçekleşirse bu durumda açılacak dava yine el atmanın önlenmesi davası olacaktır. Örneğin Atatürk Havalimanı otoparkına aracını parkeden A, seyahatini tamamladıktan sonra aracını almak için tekrar havalimanına döndüğünde havalimanının ve dolayısıyla otoparkının artık kullanılmadığını, yaya girişiyle aracına ulaşabildiğini fakat bütün çıkışların kapalı olması sebebiyle aracını dışarı çıkaramadığını fark edip kapıları açtırmak için bir dava açmak isterse açması gereken dava el atmanın önlenmesi davası olacaktır. Nitekim A hâlâ aracın doğrudan zilyedi olmakla beraber mülkiyet hakkının sağladığı yetkilerden olan dilediği gibi kullanma yetkisine artık sahip değildir.

B. Diğer Değerler

Eşyalar ve eşyalar üzerindeki haklar dışında korunan hukuki varlıklardan ilki TMK kapsamında bir korumaya sahip olan kişilik hakkıdır. Kişilik hakkı, bir kişiyi insan yapan maddi manevi bütün değerlere ilişkin haktır.⁷⁵ Bu hak mutlak bir hak olması itibarıyla herkese karşı etki gösterir.⁷⁶ Mutlak bir hak olması itibarıyla kişilik

⁷² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 10; Akipek, **Eşya – I**, s. 40; Ayiter, **a.g.e.**, s. 104.

⁷³ Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 91.

⁷⁴ Eren, **Mülkiyet**, s. 34; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 75; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 357.; Akipek, **Eşya – II**, s. 85; Sirmen, **Eşya**, s. 265.

⁷⁵ Rona Serozan, “**Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler**”, MHAD C. 11 S. 14, 1977, s. 93

⁷⁶ Serozan, **Kişilik**, s. 93; Mustafa Dural/ Tufan Ögüz, **Kişiler Hukuku**, 8. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, s. 97; Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, 8. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005, s. 125.

hakkının ihlali haksız fiil sonucunu doğurur ve kişilik hakkına özgü koruma yolları dışında haksız fiil hükümlerinden faydalanmak da dolayısıyla mümkündür.

TMK m. 23 hükmüyle kişilik hakkı kişinin kendi tasarruflarına karşı korunurken TMK m. 24 hükmü başkaları tarafından gerçekleştirilecek saldırıları konu edinmektedir.⁷⁷ TMK m. 24/1 ile kişilik hakkına müdahale gerçekleşmesi halinde buna karşı hâkimden koruma talep edilebileceğini söyleyen genel kural hükme bağlanmış ve TMK m. 24/2 ile kişilik hakkına müdahaleye izin verilen yani müdahalenin hukuka aykırı olmadığı istisnai haller sayılmıştır.⁷⁸ TMK m. 25 hükmü ise kişilik hakkına müdahale halinde açılacak davaları konu almaktadır.

TMK m. 25 hükmüne göre kişilik haklarını korumak için önleme, durdurma, hukuka aykırılığın tespiti, maddi ve manevi tazminat davaları ile vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanan davalar açılabilir.⁷⁹ Bu davalardan önleme ve durdurma davaları konumuz olan el atmanın önlenmesi davası ile benzerlikler taşımaktadırlar.

Kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişinin TMK m. 25 hükmüne dayanarak açacağı durdurma davası bir çeşit el atmanın önlenmesi davasıdır.⁸⁰ Öncelikle her iki dava da mutlak hakları korumak üzere açılırlar. Her iki dava açısından da mutlak hakka gerçekleşen müdahalenin hukuka aykırılığı yeterli olup bunun yanında kusur veya zarar şartları gerekli değildir.⁸¹ Bu dava (tıpkı TMK m. 683 hükmüne dayanan el atmanın önlenmesi davasında olduğu gibi) başlamış ve devam etmekte olan müdahalelere karşı açılır ve bu müdahalelerin ortadan kaldırılması amaçlanır.⁸²

Kişilik hakkını korumak için açılacak bir diğer dava olan önleme davası ise mülkiyet hakkını korumak amacıyla açılan el atmanın önlenmesi davasının henüz mevcut olmayan fakat gelecekte gerçekleşecek olan müdahalelere karşı açılması hali ile paralellik gösterir. Önleme davası (tıpkı TMK m. 683 hükmüne dayanan el atmanın

⁷⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler**, s. 139.

⁷⁸ Dural/Öğüz, **a.g.e.**, s. 140 .

⁷⁹ Bu davaların tahdidi olarak mı tadadi olarak mı sayıldığı konusundaki tartışma için bkz. Dural/Öğüz, **a.g.e.**, s. 143 ve özellikle dn. 447’de sayılan yazarlar.

⁸⁰ Serozan, **Kişilik**, s. 95 vd.

⁸¹ Dural/Öğüz, **a.g.e.**, s. 144; Serozan, **Kişilik**, s. 96 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler**, s. 159.

⁸² Dural/Öğüz, **a.g.e.**, s.144; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler**, s. 159.

önlenmesi davasında olduğu gibi) müdahalenin henüz başlamadığı fakat tecavüz tehlikesinin bulunduğu hallerde açılır.⁸³

Şunu da belirtmek gerekir ki davalar arasındaki bu benzerliklere rağmen el atmanın önlenmesi (müdahalenin men'i) terimi aslen kişilik hakkını korumayı amaçlayan davalar için değil TMK m. 683 hükmüne dayanan dava için kullanılmaktadır.

Türk Medeni Kanunu dışında ayrıca diğer kanunlarda da el atmanın önlenmesi yoluyla çeşitli değerler korunmuştur. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 66 ve m. 69 ile eser sahibine, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 56 ile haksız rekabet sebebiyle menfaatleri zarar gören kişiye, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu m. 149 ile sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahibine haksız müdahale teşkil eden bu davranışların durdurulmasını ve muhtemel müdahalelerin önlenmesini talep etme hakkı tanınmıştır.⁸⁴

FSEK kapsamından korumadan yararlanabilmek için manevi veya mali haklara bir tecavüz veya tecavüz tehlikesinin bulunması şart olup buna ek olarak kusur aranmaz.⁸⁵ Gerçekleşmiş bir müdahaleye karşı açılan davaya ref davası adı verilirken tehlikenin henüz tecavüze dönüşmediği hallerde açılan dava men davası olarak adlandırılır.⁸⁶

TTK m. 56 hükmünde zikredilen men davası esasen sadece mevcut tecavüzleri sona erdirmeye yönelik olmasına rağmen gelecekteki tecavüzlerin önlenmesi de bu hükme dayanarak talep edilmektedir.⁸⁷ Her iki dava açısından da kusur bir şart değildir.⁸⁸

⁸³ Dural/Öğüz, **a.g.e.**, s. 144; Serozan, **Kişilik**, s. 96; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler**, s. 161.

⁸⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Füsün Nomer Ertan, **Haksız Rekabet Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 403-412; Ünal Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 307-327; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Fikri Haklar**, 4. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018.

⁸⁵ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 307, 311.

⁸⁶ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 326.

⁸⁷ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 407, 410.

⁸⁸ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 409, 411.

III. El Atmanın Önlenmesi Davasının Benzer Davalar Karşısında Durumu

A. İstihkak Davası

İstihkak davası, malikin malını haksız şekilde elinde bulundurana karşı geri verme talebiyle açacağı davadır.⁸⁹ TMK m. 683/2 hükmünde istihkak davası ile el atmanın önlenmesi davası malikin sahip olduğu imkânlar olarak bir arada sayılmışlardır. Her iki dava da mülkiyet hakkına dayanıyor olmaları itibariyle aynı dava niteliğindedir.⁹⁰

Bununla beraber mülkiyet hakkı ihlale uğrayan bir malikin her iki davayı aynı anda açması mümkün değildir. Bu davalar uygulama alanları ve koşulları itibariyle birbirlerini paralel konumda olan ve kesişmeyen iki davadır. Öyle ki hükme göre malik istihkak davasını ancak malını haksız olarak elinde bulunduran kişiye karşı açabilir. El atmanın önlenmesi davası açısından ise bu malın haksız olarak bir başkasının elinde bulunuyor olması koşulunun gerçekleşmiyor olması bir dava şartıdır.⁹¹ İstihkak davasına ait olumlu bir koşul el atmanın önlenmesi davasına ait olumsuz bir koşul olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla bu taleplerin aynı anda mevcut olması veya yarışması mümkün değildir.⁹²

Konumuz olan taşınmazlar açısından istihkak davasının işlevini tapu sicilinin düzeltilmesi davası görür.⁹³ Belirtmek gerekir ki bu durum pek tabii ki yalnızca tapuya

⁸⁹ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 356; Eren, **Mülkiyet**, s. 31; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 480.

⁹⁰ Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya**, s. 279; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 356; Eren, **Mülkiyet**, s. 31; Akipek, **Eşya - II**, s. 82; Ayan, **Mülkiyet**, s. 140; Bertan, **a.g.e.**, s. 292.

⁹¹ Bu konuda bkz. aş. 2. Bölüm: III.C.

⁹² Aynı yönde değerlendirmeler için bkz. Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 128. Bu iki hakkın aynı anda mevcut olduğu durum olarak tapuda malik hanesinde yer alan yolsuz tescil hali akla gelebilir. Bu durumda malik yolsuz tescil sebebiyle hem dolaysız zilyetliğini kaybetmiştir hem de tasarruf yetkisini kullanamadığı için mülkiyet hakkına bir müdahale söz konusudur. Ne var ki bu durumda TMK m. 1025 hükmü öncelikli olarak uygulanacağı için TMK m. 683/2'den doğan taleplerin uygulanması ve dolayısıyla bir arada bulunmaları mümkün değildir.

⁹³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 278; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 224. Aynı yönde değerlendirmeler için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 480; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 357; Eren, **Mülkiyet**, s. 32. Yazar durumun “*her zaman olmasa bile çoğu zaman*” böyle olduğunu belirtmektedir. Taşınmazlar açısından istihkak davasının neden işlevsiz olduğu konusunda bilgi için bkz. yuk. 1. Bölüm: II.A. Tapu sicilinin düzeltilmesi davasının eda davası olmaması sebebiyle istihkak davasını karşılıyor olmadığı yönündeki değerlendirmeler için bkz. Akipek, **Eşya - II**, s. 79; Saim Üstündağ, **Tapu Kütüğünün Tashihi Davası**, İstanbul, Baha Matbaası, 1959, s. 147.

kayıtlı taşınmazlar açısından böyledir. Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar açısından zilyetliğin korunmasının hâlihazırdaki zilyet açısından kuvvet kullanmayla (TMK m. 981), idari yolla (bkz.: yuk. 1. Bölüm: I. C. 2) veya zilyetlik davası (TMK m. 982) yoluyla gerçekleştirilebileceği; zilyetliğini hâlihazırda kaybetmiş malikin ise menkul davasına başvurması gerektiği doktrinde ifade edilmektedir.⁹⁴ Bu durumda malik esasen mülkiyet hakkına dayanarak istihkak talebinde de bulunabilir ancak tescilsiz bir taşınmaz üzerindeki mülkiyetin ispat edilmesi güç olacaktır.⁹⁵

B. Zilyetliğe İlişkin Davalar

Zilyet olan malikin mülkiyet hakkına ilişkin korumanın dışında zilyetliğe ilişkin korumadan yararlanması da mümkündür.⁹⁶ Bu bağlamda zilyetliğe ilişkin olarak zilyetliğin gaspını konu alan TMK m. 982, zilyetliğe saldırı durumunu konu alan TMK m. 983 ve zilyetliğe haklılık (taşınır) davasını konu alan TMK m. 989 hükümleri mülkiyet hakkının korunmasıyla alakalı olarak incelenmesi gereken hükümlerdir.

Bu hükümlerden TMK m. 989 hükmü, konumuzu taşınmaz mülkiyetiyle sınırlamış olmamız itibariyle çalışmamızla ilgisini yitirmektedir. Öyle ki TMK m. 989/1 hükmüne göre bu davayı ancak bir taşınırı iradesi dışında elinden çıkan kişi açabilir.⁹⁷ Bu dava ayrıca zilyetliğin elden tamamen çıkmış olmasını şart koşması açısından da el atmanın önlenmesi davasından ayrılır.⁹⁸ Fakat şunu da belirtmek gerekir ki tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlardaki zilyetliğin korunması için bu davaya başvurulabileceği ve hatta zilyetliğe dayanan bu davanın sağladığı imkânlar ile mülkiyete dayanan istihkak davasının sağladığı bütün imkânlardan faydalanılabileceği de doktrinde ifade edilmektedir.⁹⁹ Bu durumda kurulan hüküm malikin kim olduğunu

⁹⁴ Reisoğlu, **Himaye**, s. 47-57. Şunu da belirtmek gerekir ki bu davanın açılması için mülkiyet hakkına sahip olmak şart değildir. Konumuzun zilyetliği dışarıda tutacak şekilde mülkiyet hakkının korunması ile sınırlanmış olması itibariyle malikin dava hakkı mevzu bahis yapılmışsa da bu davanın herhangi bir ayni hak söz konusu olmaksızın açılması da mümkündür. Nitekim hâkim taraflar arasından kimin zilyetliğe şayan olduğuna karar verecektir. Bkz. Reisoğlu, **Himaye**, s. 56.

⁹⁵ Reisoğlu, **Himaye**, s. 58

⁹⁶ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 134.

⁹⁷ TMK m. 989/1: “*Taşınırı çalınan, kaybolan ya da iradesi dışında başka herhangi bir şekilde elinden çıkan zilyet, o şeyi elinde bulunduran herkese karşı beş yıl içinde taşınır davası açabilir.*”

⁹⁸ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 135.

⁹⁹ Reisoğlu, **Himaye**, s. 58-59.

değil taraflardan hangisinin daha üstün hakka sahip olduğunu belirleyeceği için malikin mevcut zilyede karşı istihkak davası açması her zaman mümkündür.¹⁰⁰

“Zilyetliğin gasbında dava hakkı” başlıklı TMK m. 982 hükmü ise anlaşılabilirliği üzere ancak zilyetliğin gasp edildiği hallerde uygulanabilir. Bu dava ile zilyetliğin gasp edilen kişi söz konusu malın geri verilmesini talep etmektedir.¹⁰¹ Konumuz olan el atmanın önlenmesi davasının uygulanabilmesi için ise malikin zilyetliğinin gasp edilmiş olmaması şartlardan birisidir ve bu sebeple iki talebin aynı anda oluşması mümkün değildir.

Zilyetliğin gaspa değil fakat saldırıya uğradığı durumlarda açılacak olan TMK m. 983 hükmüne dayanan zilyetliğe saldırıya dava hakkı ise el atmanın önlenmesi davası ile benzerlikler taşır.¹⁰² El atmanın önlenmesi davasında mülkiyet hakkına gerçekleşen bir müdahale varken bu durumda zilyetliğe gerçekleşen bir müdahale söz konusudur. Malikin aynı zamanda zilyet olduğu durumlarda bu durum aynı zamanda mülkiyete de bir müdahale teşkil edeceği için el atmanın önlenmesi davası da söz konusu olabilecektir. Bu dava her ne kadar mülkiyet veya zilyetliğe haklılık ispatı yerine sadece zilyet bulunmanın ispatını gerektiriyor¹⁰³ olması itibarıyla el atmanın önlenmesi davasından daha avantajlı görünse de taşınmazlar yönünden daha önce de belirtildiği gibi zilyetlik ve ona bağlı haklardan yararlanmada tapu sicilindeki hak sahipliği esas alındığı için bu davanın taşınmaz mülkiyetinin korunmasında önemli bir rol oynaması mümkün değildir.¹⁰⁴ Nitekim taşınmazlar yönünden sicile bağlı olmayan bir zilyetlik uygulaması ancak tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar yönünden mümkündür ve günümüzde tapu kadastrо çalışmaları büyük ölçüde tamamlanmıştır.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Reisoğlu, **Himaye**, s. 62.

¹⁰¹ Oğuzman, **Eşya**, s. 84-85; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 101.

¹⁰² Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 134.

¹⁰³ Oğuzman, **Eşya**, s. 88.

¹⁰⁴ Zilyetliğe dayanan davanın esasen gerek koşulları gerek zarar talep etme imkânının varlığı sebebiyle el atmanın önlenmesi davasından daha avantajlı olduğu yönünde bkz. Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 89; Bertan, **a.g.e.**, s. 283; Schmid/Hürliman-Kaup, **a.g.e.**, N. 659.

¹⁰⁵ Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü tarafından sağlanan verilere göre ülkemizin tapu ve kadastrо sistemine entegrasyon oranı 03.11.2020 itibarıyla %99.98’dir. Bkz. cbs.tkgm.gov.tr/istatistik/MegsisGenel.aspx (E.T: 4.11.2020) Fakat buna rağmen tapuya kayıtlı olmayan bir taşınmaza gerçekleşen müdahalenin TMK m. 983/2 ile değerlendirildiği yakın tarihli

C. Tapu Sicilinin Düzeltilmesi Davası

TMK m. 1025 hükmü ile kurucu unsurlarında eksiklik veya sakatlık bulunan tescil sebebiyle aynı hakkı zedelenen kişilere bir düzeltme davası açma imkânı tanınmıştır.¹⁰⁶ Öyle ki zilyetliğin taşınır mallarda sağladığı aleniyetin taşınmazlarda aynı şekilde sağlanamayacağı düşüncesiyle tutulan tapu sicilinde kim hak sahibi olarak görünüyorsa hak ve zilyetlik karinelerinden yararlanabilecek olan da odur.¹⁰⁷ Gerçek hak sahibi yolsuz tescil devam ettiği sürece söz konusu hakkı üzerinde tasarruf edemez.¹⁰⁸ Dolayısıyla sicildeki durumun gerçekteki duruma uygun olması hak sahipleri açısından oldukça önemlidir.

Yolsuz tescil durumunda gerçek hak sahibinin hakkı üzerindeki tasarruf yetkisi hukuka aykırı olarak sınırlandırılmış olacağından esasen hukuki bir müdahale söz konusudur.¹⁰⁹ Bu düzenleme kanunda hiç yer almasaydı yolsuz tescilin düzeltilmesi TMK m. 683/2 hükmünde yer alan davalar aracılığıyla mümkün olurdu. Bu durumda yolsuz tescil ile malikin zilyetliği gasp ediliyor olacağından istihkak davası veya hak sahibinin tasarruf hakkı sınırlandırılıyor olacağından el atmanın önlenmesi davası uygulanarak aynı sonuca ulaşılabilirdi.¹¹⁰ Fakat mevcut durumda mülkiyet hakkına gerçekleşen bir müdahale söz konusu olmasına rağmen kanımızca bu durumda el atmanın önlenmesi davası açılamaz. Her ne kadar her iki davanın da aynı sonuca ulaşması mümkün olsa da son derece belirli şekilde tespit edilmiş bir müdahale tipi için kanunda özellikle düzenlenmiş bir hüküm varken bu hükme göre çok daha geniş olan el atmanın önlenmesi talebinin burada kullanılması yerinde olmayacaktır.¹¹¹

uyuşmazlık için bkz. Yarg. 8. HD T. 20.04.2015 E. 2015/5666 K. 2015/8875. (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 27.08.2020)

¹⁰⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, *Eşya*, s. 260. Kanun lafzında aynı hak denmesine rağmen şahsi hak sahiplerinin de bazı durumlarda bu davayı açabilmesi gerektiği yönünde bkz. Üstündağ, *a.g.e.*, s. 91-92; Gürsoy/Eren/Cansel, *a.g.e.*, s. 310.

¹⁰⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, *Eşya*, s. 112, 130; Akipek, *Eşya – I*, s. 42-43.

¹⁰⁸ O. Gökhan Antalya, *Eşya Hukuku Cilt III Tapu Sicili*, İstanbul, Legal Yayınları, 2018, s. 202; Üstündağ, *a.g.e.*, s. 35

¹⁰⁹ Bertan, *a.g.e.*, s. 286; Üstündağ, *a.g.e.*, s. 35. Hukuki müdahale kavramı hakkında bkz.: aş. 4. Bölüm: V..

¹¹⁰ Paralel şekilde bu davanın gerçek malik tarafından yolsuz olarak malik görünen kişiye karşı açılması halinde istihkak davası, yolsuz olarak sınırlı aynı hak sahibi olarak görünen kişiye karşı açılması halinde ise el atmanın önlenmesi davasının söz konusu olacağı yönündeki değerlendirme için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, *a.g.e.*, s. 264.

¹¹¹ Üstündağ, *a.g.e.*, s. 35-36. Tapu sicilinin düzeltilmesi davasının el atmanın önlenmesi davasının özel bir görünüm biçimi olduğu yönünde bkz.: Meier-Hayoz, *Art. 641 – 654 ZGB*, Art. 641 N. 124.

Yolsuz tescil sayesinde tapuda hak sahibi olarak görünen kişinin taşınmaz üzerinde dolaysız zilyetliği de bulunmaktaysa tapu sicilinin düzeltilmesi davasının yanında TMK m. 683/2 hükmüne dayanarak el atmanın önlenmesi davası da açılabilir.¹¹²

Tapu sicilinin düzeltilmesi davası el atmanın önlenmesi davasıyla paralel şekilde aynı nitelikte bir davadır ve bu sebeple zaman aşımına uğramaz.¹¹³ Yine aynı niteliği itibarıyla herkese karşı ileri sürülebilmesi mümkündür.¹¹⁴

D. TMK m. 730'a Dayanan Davalar

Malikin taşınmaz mülkiyetini kanuni sınırlamalara aykırı kullandığı iddiasıyla taşınmaz malikinin sorumluluğuna dayanarak dava açmak isteyen kişinin sahip olacağı imkânlar TMK m. 730/1 hükmünde sayılmıştır. Buna göre malik aleyhine açılacak davalar eski hale getirme davası, tazminat davası ve tehlikenin giderilmesi davasıdır.¹¹⁵ Bu davalardan tazminat davası nitelik ve amacı itibarıyla TMK m. 683'ten tamamen ayrılmaktadır. Bu dava taşkın kullanım sebebiyle meydana gelen zararları gidermek amacıyla açılır.¹¹⁶ Dolayısıyla dava şartlarından birisi de zarardır.¹¹⁷ Öte yandan TMK m. 683/2 kapsamında bir dava açmak için ne zarar olması bir şarttır ne de bu kapsamda, benimsediğimiz görüş uyarınca, meydana gelen herhangi bir zararın tazminini istemek mümkündür.

TMK m. 683/2'ye dayanan el atmanın önlenmesi talebi ile TMK m. 730/1 hükmüne dayanan eski hale getirme talepleri ise esasen aynı sonuca, mülkiyet hakkının

¹¹² Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s. 177.

¹¹³ Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 467; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 30, 33; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 303-304. Bu dava ile ileri sürülecek düzeltme talebinin zamanaşımına uğraması mümkün değildir fakat doktrinde sicilde yolsuz şekilde hak sahibi görünen kişinin zamanaşımı ile söz konusu hakkı kazandığı hallerde artık tescilin yolsuzluğu ortadan kalkmış olduğundan talebin ileri sürülemeyeceği belirtilmektedir. Bu konuda bkz. Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 304; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya**, s. 263.

¹¹⁴ Üstündağ, **a.g.e.**, s. 33; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 304.

¹¹⁵ TMK m. 730'a dayanan dava imkânları genel olarak bu şekilde sınırlandırılmakla birlikte farklı sınıflandırmalar yapan yazarlar da vardır. Aynı yöndeki sınıflandırma için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya**, s. 594-596. Tekinay aynı şekilde üçlü bir ayrıma giderek davaları tazminat davası, davacı taşınmazında eski halin iadesi davası ve tecavüzün men'i, tehlikenin ortadan kaldırılması veya taşkınlığı önleyecek tedbirlerin alınması davası şeklinde sınıflandırmaktadır. Bkz. Tekinay, **Takyitler**, s. 122-144. Gürsoy/Eren/Cansel ise dörtlü bir ayırım oluşturmuş ve tazminat davası dışındaki davaları taşkınlıkların önlenmesi davası, taşkın davranışlardan kaçınma davası ve zarar tehlikesinin giderilmesi davası olarak sınıflandırmıştır. Bkz. Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 661-663.

¹¹⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya**, s. 594.

¹¹⁷ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 656 Eren, **Mülkiyet**, 469.

korunmasına, hizmet etmektedirler. TMK m. 730 kapsamında açılacak eski halin iadesi davası hukuki niteliği itibariyle bir el atmanın önlenmesi davasıdır.¹¹⁸ Buna rağmen bu iki hükmün hareket noktaları farklıdır. Müdahale teşkil eden ve ortadan kaldırılmak istenen davranış, TMK m. 683 hükmünün öngördüğü el atmanın önlenmesi davasında malikin mülkiyet hakkından gereği gibi faydalanmasını önlediği için; TMK m. 730 hükmünün öngördüğü eski hale getirme talebi kapsamında ise müdahalede bulunan malik kendi mülkiyet hakkına ilişkin sınırlamalara riayet etmediği için engellenmektedir.¹¹⁹ Yani TMK m. 683 müdahaleye uğrayanın mülkiyet hakkından hareket ederken TMK m. 730 müdahalede bulunanın mülkiyet hakkından hareket etmektedir.¹²⁰ Aynı sonuca yönelen bu iki talebin birbirleri karşısındaki durumu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre TMK m. 730 ile TMK m. 683 arasındaki özel hüküm-genel hüküm ilişkisi vardır ve dolayısıyla 730. madde öncelikle uygulanmalıdır.¹²¹ Bu görüşe göre TMK 683 maliki koruyan genel hüküm niteliğindedir ve bu korumayı yetersiz gören kanun koyucu özel bir hüküm olarak TMK m. 730'u ihdas etmiştir.¹²² Ayrıca TMK m. 737 çerçevesindeki müdahaleler TMK m. 683 kapsamındaki müdahalelerin sadece bir bölümüdür.¹²³ Diğer görüşe göre ise bu hükümler arasında bir genellik-özellik durumu yoktur ve dolayısıyla talepte bulunacak kişi dilediği gibi tercihte bulunabilir.¹²⁴ Kanımızca bu iki hüküm arasında bir genellik-özellik ilişkisinden bahsetmek mümkün değildir. Daha önce de bahsedildiği gibi TMK m. 683 hükmü malikin malı üzerindeki hâkimiyetini korumayı

¹¹⁸ Meier-Hayoz, **Art. 655-679**, Art. 679 N. 120; Akipek, **Neticeler**, s. 65. Belirtmek gerekir ki burada eski halin iadesinden maksat zarara sebep olan taşkınlığın ortadan kaldırılması şeklinde gerçekleşecek olan müdahalenin önlenmesidir. Doktrinde de ifade edildiği üzere müdahalenin gerçekleştiği taşınmaz üzerindeki eski halin iadesi aynı nitelikte bir dava olmayıp bir tazminat davasıdır. Bkz. Rey, **a.g.e.**, N. 2078; Breitschmid/Rumo-Jungo/Göksu, **a.g.e.**, Art. 679, N. 11; Tekinay, **Takyitler**, s. 139-140; Petek, **a.g.e.**, s. 456-457. Aynı yönde: Havutçu/Akıncı/Dinç/Çelik/Aksoy Dursun, **a.g.e.**, s. 809.

¹¹⁹ Bertan, **a.g.e.**, s. 688-689; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya**, s. 597. Başka bir deyişle TMK m. 683/2 kapsamında açılan davada malikin kendi mülkü sınırları içerisinde vuku bulan müdahalenin giderilmesi istenirken TMK m. 730 kapsamında müdahaleye sebep olan ve komşu gayrimenkulde gerçekleşen müdahale konu alınır. Bkz. Bertan, **a.g.e.**, s. 689.

¹²⁰ Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 123; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 129.

¹²¹ Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 123; Breitschmid/Rumo-Jungo/Arnet/Belser, **a.g.e.**, Art. 641, N. 40; Rey, **a.g.e.**, N. 2056b, 2074; Petek, **a.g.e.**, s. 118; İ. Sahir Çörtoğlu, **Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etki ve Sonuçları (MK 661)**, Ankara, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, 1982 s. 237, 239; Schmid/Hürliman-Kaup, **a.g.e.**, N. 671; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 129-130; Bertan, **a.g.e.**, s. 283; Honsell/Vogt/Geiser/Rey/Strebel, **Basler Kommentar**, Art. 679 N. 7.

¹²² Bertan, **a.g.e.**, s. 283; Çörtoğlu, **Etki ve Sonuçlar**, s. 238; Sirmen, **Eşya**, s. 265 dn. 44.

¹²³ Çörtoğlu, **Etki ve Sonuçlar**, s. 238.

¹²⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya**, s. 597; Akipek, **Eşya - II**, s. 88.

amaçlarken TMK m. 730 hükmü komşuluk hukukuna ilişkin düzenlemeler başta olmak üzere mülkiyet hakkına ilişkin sınırlamaların yaptırım sistemini oluşturmaktadır.¹²⁵ Taşınmazların doğal durumlarından kaynaklanan bitişik ve yeri değiştirilemez yapıları bu taşınmazlardan faydalananlar arasında çoğu zaman kaçınılmaz bir ilişki ve de bu ilişkiye bağlı olarak farklı uyumsuzluklara neden olmaya yatkın bir durum oluşturmaktadır.¹²⁶ Öte yandan mülkiyet hakkı eşya üzerinde mutlak bir hâkimiyet sağlamaktadır. Bu niteliği itibariyle bu mutlak hâkimiyete dayanarak mülkiyete konu eşyanın nasıl kullanılabileceği noktasında belirli sınırlar çizilmesi ve bu sınırlara riayet edilmesi toplumsal yaşamın devamlılığı açısından elzemdir. Özellikle söz konusu eşya bir taşınmaz olduğunda günümüz koşullarında malikin taşınmazıyla istediği her şeyi yapabilmesi, böylesi sınırsız bir hareket alanına sahip olması düşünülemez. Bu özel durumların sonucu olarak taşınmaz mülkiyetinin kullanılmasından kaynaklanan zararlar için kusur sorumluluğu ilkesinden ayrılarak genel haksız fiil sorumluluğu esaslarından uzaklaşan bir sorumluluk hükmü kabul edilmiştir.¹²⁷ Yani esasen TMK m. 730 hükmü “*Taşınmaz malikinin sorumluluğu*” şeklindeki madde başlığının da gösterdiği üzere bir sorumluluk hükmüdür. Öyle ki bu hüküm kanunda yer almasaydı da meydana gelen zararlar haksız fiil hükümleri uyarınca, daha güç olsa bile, tazmin ettirebilirdi.¹²⁸ TMK m. 730/1 hükmünün amacı taşınmaz malikini mülkiyet hakkının sınırları içerisinde kalmaya mecbur etmektir¹²⁹ ve bunu da sınırların aşılması halinde meydana gelen olumsuz sonuçları mülkiyet

¹²⁵ Baysal, **a.g.e.**, N. 3.160-3.162.

¹²⁶ Bertan, **a.g.e.**, s. 674-675; Uluşan, **a.g.e.**, s. 121; Petek, **a.g.e.**, s. 22; Akipek, **Neticeler**, 2.

¹²⁷ Petek, **a.g.e.**, s. 22, 23; Akipek, **Neticeler**, s. 2,3. eMK m. 656 (TMK m. 730) hükmünün esasen bir sorumluluk hükmü olması itibariyle kanundaki yerinin doğruluğunun irdelendiği eser için bkz. Tekinay, **Takyitler**, s. 123. TMK m. 730 hükmünün karşılığı olan ZGB Art. 679 hükmünün

¹²⁸ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 647; Eren, **Mülkiyet**, s. 466.

¹²⁹ Jale G. Akipek, “**Gayrimenkul Malikinın Mesuliyetinin Kavram ve Mahiyeti**”, AÜHFD, C. 11 S. 1-2, 1954, 341; Başak Baysal, **Haksız Fiil Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2019, s. 3.168. Aynı yönde bkz. Yarg. 14. HD T. 27.05.2019 E. 2016/10889 K. 2019/4759 (Çevrimiçi: Legalbank, E.T.: 09.10.2020): “... (TMK) 730 ve 737. Maddeleriyle de taşınmaz malikinın başkalarına zarar vermesinin önlenmesi hedeflenmiştir.”; Yarg. 14. HD T. 14.05.2019 E. 2016/12595 K. 2019/4361 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 27.08.2020); Yarg. 14. HD, T. 12.11.2018, E. 2016/7450, K. 2018/7677 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 27.08.2020). Hükmün esas amacının taşınmazın taşkın kullanımı sebebiyle zarar görebilecek komşuları korumak olduğu da doktrinde ifade edilmektedir. (Bkz. Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 646; Tekinay, **Takyitler**, s. 123; Yıldız Abik, “Taşınmaz Malikinın Olumlu Müdahaleler Nedeniyle Komşulara Karşı Sorumluluğu”, EÜHFD, C. XIV, S. 3-4, 2010, s. 146) Kanımızca da nihai amaç taşınmaz mülkiyetinin sınırlara riayet edilmeksizin kullanılmasından zarar görecekt kişilerin korunmasıdır. Bu nihai amaca ulaşmak için taşınmaz maliklerini sınırlamalara riayet etmeye zorlayıcı bir yaptırım sistemine gerek vardır ki TMK m. 730 bu noktada bir görev üstlenmektedir.

hakkını aşarak bu sonuçlara sebep olan malike yükleyerek yapmaktadır. Maddede zikredilen diğer imkânlar ise tabiri caizse “işlerin o noktaya gelmesini” engellemek amacıyla kullanılacak imkânlardır. Tehlikenin giderilmesi davası ile henüz bir zarar meydana gelmeden bu durum ortadan kaldırılırken eski hale getirme davası ile zarara sebep olan durumu ortadan kaldırmak ve buna bağlı olarak yinelenebilecek zararlar engellenmek istenir.¹³⁰ Yani birincil amaç TMK m. 683 hükmünde olduğu gibi müdahaleye uğrayan malikin yetkilerini yeniden tesis etmek değildir; bu durum hükmün uygulanmasının bir sonucudur. TMK m. 730/1 hükmünde müdahale değil zarar tehlikesinden bahsedilmesi de bunu destekler niteliktedir. Bu değerlendirmeler çerçevesinde kanımızca TMK m. 730 hükmü haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen TBK¹³¹ m. 49 hükmüne göre özel hüküm niteliğindedir¹³²; yoksa bir sorumluluk hükmü olmaktan uzak olan TMK m. 683 karşısında değil. Dolayısıyla komşuluk hukukuna ilişkin bir mülkiyet hakkı ihlali gerçekleştiğinde bu iki maddeden çıkan haklar yarışmaktadırlar.¹³³ Taşınmazı müdahaleye uğrayan malik istediği hükme dayanarak men talebinde bulunabilir.¹³⁴

Öte yandan el atmanın önlenmesi davası ile TMK m. 730 hükmü ve komşuluk hukukuna ilişkin hükümler, özellikle TMK m. 737 hükmü, arasında oldukça sıkı bir ilişki vardır. TMK m. 683 hükmünde önlenebilecek müdahaleler “haksız” müdahaleler olarak belirlenmiş fakat bu kavramın için doldurulmamıştır. Bu kavrama ilişkin kriterlerin ortaya konmasında esas alınacak dayanaklardan birisi de TMK m. 730 ve TMK m. 737 hükümleri başta olmak üzere komşuluk hukukuna ilişkin hükümlerdir.¹³⁵ Komşu taşınmazdan kaynaklanan, başka bir deyişle doğrudan el atma şeklinde

¹³⁰ Akipek, **Neticeler**, s. 64,65, 67; Çörtoğlu, **Etki ve Sonuçlar**, 218; Aynı yönde bkz. Akipek, **Neticeler**, s. 59: “Gayrimenkul malikinın aşkın ve taşkın fiilleri muvakkat veya devamlı bir mahiyet arzedeblir. Bu fiiller devamlı oldukları takdirde komşular için de daimi bir tehlike meydana getirirler. Bu vaziyetlerde sadece tazminata müteallik bir talep komşuların hakkını siyanete kâfi gelmeyeblir. Çünkü onların temadi eden bir zararları mevcuttur. İşte kanun koyucu bu hallerde mutazarrırlara bu fiillere bir son verilmesini onların ortadan kaldırılmasını hâkimden istemek selâhiyetini bahşeder. Bu bir nevi tecavüzün önlenmesi mahiyetinde olan eski halin iadesi davasıdır.”

¹³¹ R.G. T. 4.2.2011, S. 27836.

¹³² Petek, **a.g.e.**, s. 43; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 422.

¹³³ Akipek, **Kavram ve Mahiyet**, s. 347; Petek, **a.g.e.**, s. 118; Uzun Kazmacı/Şenol, **a.g.e.**, s. 499. Aksi yönde bkz. Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 130; Ayan, **a.g.e.**, s. 357.

¹³⁴ Aynı yönde bkz. Tekinay, **Takyitler**, s. 122.

¹³⁵ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 12, 18, 19. Aynı yönde bkz.: Yarg. 14. HD T. 14.05.2019 E. 2016/12595 K. 2019/4361(Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 27.08.2020).

gerçekleşmeyen, bir müdahale söz konusu olduğunda bu müdahaleyle karşılaşan taşınmaz malikin bu müdahaleye katlanma yükümlülüğü olup olmadığı bu hükümler çerçevesinde belirlenecektir.¹³⁶ Başka bir deyişle TMK m. 730 uygulamasında (özellikle TMK m. 737 çerçevesinde) hukuka aykırı olmadığı söylenecek bir müdahale için TMK m. 683 kapsamında hukuka aykırılık (haksızlık) nitelmesi yapılamayacak ve dolayısıyla bu müdahalenin önlenmesi istenemeyecektir.¹³⁷

TMK m. 730/1’de zikredilen hukuki imkânlardan birisi de tehlikenin giderilmesi davasıdır. Bu talep, TMK m. 683/2 hükmü kapsamında gündeme gelebilecek tehlikenin önlenmesi talebiyle paralel şekilde, henüz gerçekleşmemiş bir müdahalenin önlenmesini amaçlar. Bu iki talep hangi tehlikeye karşı açılacakları noktasında ayrılmaktadırlar. TMK m. 683/2 kapsamındaki talep için aranan tehlike müdahalenin gerçekleşeceğine ilişkin bir tehlikedir. Yoksa TMK m. 730/1’deki gibi bir zarar tehlikesi olması şart değildir.

Her iki hükmün sağladığı imkânlar açısından da kusur bir şart değildir.¹³⁸ Dolayısıyla her iki maddedeki talepler de ayırt etme gücü olmayan kişilere yöneltilebilir.¹³⁹

TMK m. 683/2 ve TMK m. 730/1 açısından haksız bir müdahalenin varlığı ortak bir şarttır.¹⁴⁰ TMK m. 730 açısından bu müdahalenin taşınmaz mülkiyetinin kullanılmasından kaynaklanması gerekirken¹⁴¹ TMK m. 683 uygulamasında müdahale haksız olduğu sürece nasıl bir müdahale olduğu önemsizdir. Haksız olmayan, başka bir deyişle malikin katlanma yükümlülüğü bulunan, bir müdahaleye karşı ne TMK m. 683/2 ne de TMK m. 730/1’e dayanarak bir talepte bulunulabilir. TMK m. 730/2 hükmü ise bu noktada bir farklılık taşımaktadır. TMK m. 730/2 kapsamındaki bir

¹³⁶ Bertan, **a.g.e.**, s. 282, Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 19.

¹³⁷ Petek, **a.g.e.**, s. 119.

¹³⁸ Petek, **a.g.e.** s. 128; Ayan, **Mülkiyet**, s. 434; Akipek, **Neticeler**, s. 2,3; Tekinay, **Takyitler**, s. 124; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 647.

¹³⁹ Ayan, **Mülkiyet**, 434; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 647.

¹⁴⁰ Tekinay, **Takyitler**, s. 140; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 656.

¹⁴¹ Bertan, **a.g.e.**, s. 681; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 653; Ayan, **Mülkiyet**, s. 435, 436; Akipek, **Neticeler**, s. 60; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 421.

faaliyetin yasaklanması mümkün değildir; bu madde kapsamına giren müdahalelerin önlenmesi değil yalnızca uygun bedelle denkleştirilmesi mümkündür.¹⁴²

E. Kat Mülkiyet Kanunu'ndan Doğan Davalar

Kat mülkiyeti, tamamlanmış bir binanın tek başına kullanılmaya elverişli bölümlerini bütünden ayrı bir mülkiyet hakkına konu eden hukuki kurumdur.¹⁴³ Kat malikleri KMK¹⁴⁴ m. 15 uyarınca KMK hükümleri saklı kalmak üzere bağımsız bölümleri üzerinde TMK ile maliklere sağlanan bütün hak ve yetkileri haizdirler.¹⁴⁵ KMK m. 16/1 ile de maliklerin ana gayrimenkulün ortak alanları üzerinde birlikte malik oldukları hükme bağlanmıştır.¹⁴⁶

Kat malikleri mülkiyet haklarına ilişkin, el atmanın önlenmesi talebi de dâhil olmak üzere, her türlü dava ve talepten faydalanabilirler.¹⁴⁷ Kat malikleri arasında gerçekleşmeyen müdahaleler açısından el atmanın önlenmesi davası bir özellik teşkil etmeyecektir. Bağımsız bölüme dışarıdan gerçekleşen müdahaleler açısından bağımsız bölüm maliki tek başına; birlikte mülkiyete konu olan ortak alanlar ya da ana gayrimenkule gerçekleşen müdahaleler açısından ise kat mülkiyetine konu binada bağımsız bölüm sahibi olan malikler TMK'da yer alan birlikte mülkiyet hükümleri uyarınca el atmanın önlenmesini dava edebileceklerdir.¹⁴⁸

Bağımsız bölüm malikleri arasında gerçekleşen müdahaleler açısından ise Kat Mülkiyeti Kanunu özel düzenlemeler içerdiği için ayrıca bir incelemeye ihtiyaç vardır.

¹⁴² Petek, **a.g.e.** s. 456; Ertaş, **a.g.e.**, s. 415. Şirin Aydıncık Midyat, “Taşınmaz Malikinin İnşaat Faaliyetleri Sebebiyle Komşu Taşınmaz Maliklerine Karşı Sorumluluğu”, **İÜHF**, C. LXXV, S. 2, 2017, s. 612. Yazar bu durumda faaliyetin yasaklanmasının mümkün olmadığını fakat etki yaratılan taşınmazdaki durumun eski hale iadesinin mümkün olduğunu düşünmektedir. Yazara göre taşkınlık oluşturan taşınmazdaki durumun eski hale iadesi müdahalenin meni niteliğindeki zarar gören taşınmazın eski hale getirilmesi bir tazminat davası olacaktır. Bkz. Petek, **a.g.e.** s. 456.

¹⁴³ Eren, **Mülkiyet**, s. 144.

¹⁴⁴ **R.G.** T. 2.7.1965, S. 12038

¹⁴⁵ KMK m. 15: “Kat malikleri kendilerine ait bağımsız bölümler üzerinde, bu kanunun ilgili hükümleri saklı kalmak şartıyla, Medeni Kanunun maliklere tanıdığı bütün hak ve yetkilere sahiptirler.”

¹⁴⁶ KMK m. 16: “Kat Malikleri anagayrimenkulün bütün ortak yerlerine, arsa payları oranında, ortak mülkiyet hükümlerine göre malik olurlar.” Buradaki birlikte mülkiyetin özellik arz eden bir paylı mülkiyet olduğu yönünde bkz. Eren, **Mülkiyet**, s. 155-156; paylı mülkiyet olduğu yönünde bkz. Tekinay, **Kat Mülkiyeti**, s. 17; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. N. 2203 Ayan, **a.g.e.**, s. 457-459; Topuz, **a.g.e.**, s.93; Akipek, **Eşya - II**, s. 61; Akipek, **Kat Mülkiyeti**, s. 483.

¹⁴⁷ Eren, **Mülkiyet**, s. 153-154; Akipek, **Eşya - II**, s. 65.

¹⁴⁸ Birlikte mülkiyet hallerinde el atmanın önlenmesi davası hakkında bilgi için bkz.: aş. 5. Bölüm: III. A. 2. b.

KMK m. 18-25 hükümleri ile kat maliklerinin borçları belirlenmiştir. Kanunda ayrıca bu borçlar dışında başkaca kurallar ve yasaklar belirleyen hükümler de vardır. Bu düzenlemelere aykırı davranılması durumunda hem TMK m. 683/2'ye dayanan el atmanın önlenmesi talebi hem TMK m.730'a dayanan talepler hem de KMK içerisinde öngörülen yaptırımlar gündeme gelebilir. KMK anlamında bir ihlal halinde TMK m. 730'a dayanmanın mümkün olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre¹⁴⁹ TMK m. 730'a dayanmak için TMK m. 737 anlamında bir müdahale bulunması gerekirken diğer bir görüşe göre¹⁵⁰ KMK anlamında bir aykırılık gerçekleşmiş olması TMK m. 730 hükmüne dayanmak için yeterlidir.¹⁵¹

TMK m. 683/2 ile KMK arasındaki ilişki yönünden de benzer bir tartışma yürütülebilir. Kanımızca KMK anlamında bir aykırılık bulunan hallerde TMK m. 683/2'ye dayanarak el atmanın önlenmesi davası açmak mümkündür. Öyle ki TMK m. 683/2 lafzında geçen "haksızlık" kavramı için kanunda yer alan bir tanım yoktur. Nasıl ki TMK m. 730 bakımından TMK m. 737 başta olmak üzere taşınmazın kullanımına ilişkin sınırları belirleyen hükümler aracılığıyla hukuka aykırılık belirleniyorsa aynı şekilde çerçevesi KMK ile çizilen hukuka aykırılık da TMK m. 683/2 uygulamasında haksızlık kavramının içini doldurabilir. Aksi hâl, yani TMK m. 683/2'nin uygulanabilmesi için, söz konusu taşınmazların da komşu olmaları itibariyle TMK m. 737 anlamında bir müdahale bulunmasını şart koşturmak, söz konusu düzenlemenin bünyesine uygun düşmeyecektir. TMK m. 737 vd. hükümleri her ne kadar komşuluk ilişkilerini konu alsalar da hükmün yorumlanışı gereği, isabetli olarak, geniş bir çevrede uygulanabilir hükümlerdir.¹⁵² Hâl böyleyken çok daha sınırlı bir alanda, örneğin bir binada, birlikte yaşayan kişiler açısından bu özel düzene uygun ölçütler öngören bir düzenleme yerine diğer komşuluk hükümlerinin uygulanması ihtiyacı karşılayamayacaktır.

KMK m. 9 hükmü ile TMK hükümlerinin KMK uyuşmazlıklarına uygulanmasına izin verilmiştir. Hükme göre malikler arası sözleşmede, yönetim

¹⁴⁹Eren, **Mülkiyet**, s. 158.

¹⁵⁰ Çörtoğlu, **Etki ve Sonuçlar**, s. 252-254.

¹⁵¹ Bu tartışma konumuz dışında kalması itibariyle detaylandırılmayacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Petek, **a.g.e.**, s. 124-126.

¹⁵² Çörtoğlu, **Etki ve Sonuçlar**, s. 253. Komşuluk kavramının içinin nasıl doldurulduğu konusunda bkz.: aş. 3. Bölüm: II. C. 1.

planında ve Kat Mülkiyeti Kanunu'nda hüküm yer almayan hallerde Türk Medeni Kanunu başta olmak üzere diğer kanun hükümlerine göre bir karar verilir.¹⁵³ KMK m. 33 ile de hâkimin müdahalesi istenen hallerde Kat Mülkiyeti Kanunu ve yönetim planında hüküm yer almayan hallerde genel hükümler ve hakkaniyete göre karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁵⁴

KMK kapsamındaki hukuka aykırılığa dayanan el atmanın önlenmesi davasında pek tabii ki talep edilebilecek şey yalnızca el atmanın önlenmesiyle sınırlanacak olup KMK kapsamındaki bağımsız bölümün devrini isteme gibi talepler ancak KMK kapsamındaki diğer kriterlerin sağlanması halinde ve bu talebe uygun davalarda ileri sürülmeleri durumunda mümkün olabilecektir.¹⁵⁵

Örneğin KMK m. 18 ile maliklere kat mülkiyetine konu yerdeki bölümlerini kullanırken doğruluk kaidelerine uyma, birbirlerini rahatsız etmeme, birbirlerinin haklarını çiğnememe ve yönetim planına riayet etme borcu yüklenmiştir. Kat maliklerinden birisinin davranışları bir diğer malikin kendi bağımsız bölümü üzerindeki mülkiyet hakkı açısından bir tehlike yaratırsa, örneğin kendi bölümünde yaptığı tadilatlar sebebiyle alttaki bağımsız bölüm malikinin güvenliği tehlikeye düşürülürse, bu durum KMK m. 18 hükmüne aykırılık teşkil edecektir. Bu durumda kat maliki, KMK m. 33 uyarınca hâkimin müdahalesini veya TMK m. 683 uyarınca el atmanın önlenmesini talep edebilir.¹⁵⁶ KMK m. 33 hükmü uyarınca sulh hâkiminin

¹⁵³ KMK m. 9: “Kat mülkiyetine veya kat irtifakına ait kütük kaydında veya kat malikleri arasındaki sözleşmede veya yönetim planında veya bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde, kat mülkiyetinden doğan anlaşmazlıklar, Medeni Kanun ve ilgili diğer kanunlar hükümlerine göre karara bağlanır.” Bunlardan da önce kanunun emredici hükümlerinin zikredilmiş olması gerektiği yönünde bkz. Ayan, **a.g.e.** s. 459.

¹⁵⁴ KMK m. 33/2: “Hakim, ilgilileri dinledikten sonra, bu kanuna ve yönetim planına ve bunlarda bir hüküm yoksa, genel hükümlere ve hakkaniyet kaidelerine göre derhal kararını verir ve bunun, tesbit edeceği kısa bir süre içinde yerine getirilmesi lüzumunu ilgiliye tefhim veya tebliğ eder.” Şunu da ifade etmek gerekir ki Yargıtay içtihatları uyarınca her iki taraf da kat maliki ve uyuşmazlık ortak alana ilişkin ise uyuşmazlık KMK m. 33 uyarınca çözümlenmelidir ve görev kamu düzenine ilişkin olduğu için dava ancak sulh hukuk mahkemelerinde görülebilir. Bu konudaki inceleme için bkz.: aş. 5. Bölüm: I. B.

¹⁵⁵ Bununla beraber TMK m. 730 ve TMK m. 737 hükümleri kendi uygulama alanları açısından özel birtakım kriterler öngördükleri için kanımızca KMK anlamındaki bir aykırılık ancak bu hükümlerin belirlediği kriterler uyarınca da müdahale teşkil ediyorsa TMK m. 730'dan doğan haklar kullanılabilir.

¹⁵⁶ Böyle durumlarda hangi hükmün uygulanacağını davacının dava dilekçesinden anlaşılan talebine göre belirleneceği yönünde bkz. Yarg. 1. HD T. 22.02.2013 E. 2013/1550 K. 2013/2470(Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 27.08.2020): “...dava dilekçesi içeriğinden, davacının, maliki olduğu bağımsız bölüme davalının haklı bir nedene dayanmaksızın müdahale ettiğini ileri sürerek eldeki davayı açtığı anlaşılmakta olup, anılan isteğin 4721 sayılı TMK'nın 683. Maddesinden kaynaklandığı...”

müdahil olduğu hallerde de hâkimin kararı esasen bir el atmanın önlenmesi teşkil edecektir. KMK m. 25 hükmüyle öngörülen kat mülkiyetinin devri yaptırımı ise ancak hükümde yer alan “çekilmezlik” koşulunun gerçekleşmesi halinde ve buna ilişkin dava ile talep edilebilecektir.



İKİNCİ BÖLÜM

OLUMLU KOŞUL: MALİKİN MÜLKİYET HAKKINA BİR MÜDAHALE BULUNMASI

I. Genel Olarak

TMK m. 683/2 uyarınca el atmanın önlenmesi talebinin ortaya çıkabilmesi için gerekli ilk şart mülkiyet hakkına bir müdahale bulunmasıdır. Başka bir deyişle malik ancak mülkiyet hakkına konu olan taşınmazından gereği gibi faydalanamadığında bu yola başvurabilir.¹

Bu davanın sadece mülkiyet hakkı sahibi tarafından değil sınırlı ayni hak sahipleri tarafından açılması da mümkündür.² Bu durum sınırlı ayni hakların da tıpkı mülkiyet hakkı gibi herkese karşı ileri sürülebilmesinin ve herkesin bu hakka saygı duyması yükümlülüğünün bulunmasının doğal bir sonucudur.³ Dolayısıyla her ne kadar bu bölümdeki incelemeler taşınmaz mülkiyeti ve malik üzerinden yürütülse de sınırlı ayni hak sahibinin de kendi yetkileri engellendiği ölçüde bu korumadan yararlanması mümkündür.

II. Mülkiyet Hakkına Konu Bir Taşınmaz Bulunması

A. Genel Olarak Taşınmaz Mülkiyeti

Taşınmaz eşya, esasen özü zarar görmeksizin bir yerden başka bir yere taşınamayan eşyadır.⁴ Bununla beraber hukuki nitelik itibarıyla hangi eşyaların taşınır hangilerinin taşınmaz nitelikte olacakları hukuki ve ekonomik ihtiyaçlar doğrultusunda eşyanın esas mahiyetine bağlı olmaksızın belirlenir.⁵ Bu ayrımın eşya mahiyetinden bağımsız olması ve hukuki düzenlemelerle belirlenmesi itibarıyla de

¹ Böyle bir müdahaleye maruz kalan eşya esasen taşınır veya taşınmaz olabilir fakat çalışmamızın taşınmaz mülkiyetine gerçekleşen müdahalelerle sınırlandırılmış olması itibarıyla bu bölümde ve sonraki bölümlerde yapılan değerlendirmeler taşınmaz mülkiyeti etrafında şekillenecektir.

² Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 77; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 30. Malik dışındaki dava hakkı sahipleri hakkında bilgi için bkz.: aş. 5. *Bölüm: II. A.*

³ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 30.

⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 10; Akipek, **Eşya – I**, s. 39-40; Ayiter, **a.g.e.**, s. 104.

⁵ Akipek, **Eşya – I**, 40; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 295-296, Ayiter, **a.g.e.**, s. 105.

aynı eşyanın (örneğin bir geminin) farklı kanunlarda farklı şekilde değerlendirilmesi mümkündür.

Çalışmanın bu bölümünde yapılan değerlendirmeler Türk Medeni Kanunu hükümleri uyarınca yapılmıştır. Öyle ki bu kanun tarafından taşınmaz niteliği verilen bir şey aksi yönde bir hüküm bulunmadıkça diğer kanunlar bakımından da taşınmaz olarak değerlendirilecektir.⁶ “*Taşınmaz mülkiyetinin konusu*” kenar başlıklı TMK m. 704 hükmü taşınmaz malları arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler olarak belirlemiştir.⁷ Bu sayılanlar dışındaki şeyler, başka kanunlarla taşınmaz kabul edilseler veya taşınmazlara ilişkin hükümlere tabi kılınırsalar bile TMK karşısında taşınmaz niteliğinde olamazlar.⁸

B. Taşınmaz Mülkiyetinin Konusu

1. Arazi

Arazi kavramına ilişkin bir tanımlama TMK’da yer almamaktadır. Bununla birlikte arazi kavramını (TMK’da kullanıldığı anlamıyla) sınırları belirli toprak parçası olarak tanımlamak mümkündür.⁹ Öyle ki yeryüzünün bir parçasını hukuki anlamda eşya sıfatını taşıyabilir hale getirmek için bu parçanın yeryüzü bütününden ayrılmış olması gereklidir.¹⁰ Söz konusu sınırların arazide gösterilmiş olması bir şart olmayıp bir toprak parçasının diğerinden ayrılmasını sağlayacak bilgilerin bulunması yeterlidir.¹¹

⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 356.

⁷ eMK döneminde bu hükmü karşılayan m. 632 hükmü ile taşınmaz mülkiyetinin konusu arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ve madenler olarak belirlenmiştir. Bunlara ek olarak KMK kapsamındaki bağımsız bölümlerin de taşınmaz olarak sayılması gerektiği doktrinde ifade edilmekteydi. (bkz. Çörtoğlu, **Aşkın Kullanma**, s. 131; Akipek, **Eşya – II**, s. 91) TMK ile madenler kanun kapsamından çıkarılmış ve üçüncü bir taşınmaz konusu olarak KMK kapsamındaki bağımsız bölümler zikredilmiştir. Madenler hakkında ise 3213 sayılı Maden Kanunu (**R.G.** T. 15.06.1985 S. 18785) ile farklı bir sistem kabul edilmiştir.

⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 355.

⁹ Meier-Hayoz, **Art. 655-679**, Art. 655 N. 7; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 296; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 367; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 159; Akipek, **Eşya – II**, s. 159; TST m.9: “*Arazi, sınırları hukuki ve geometrik yöntemlerle belirlenmiş yeryüzü parçasıdır.*” (**R.G.**: T. 17/8/2013 S. 28738)

¹⁰ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 560; Rona Serozan, “**Komşunun Arsasına Taşan Yapı**”, İÜHFM C. XLII S. 1-4, s. 359; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 144.

¹¹ Bertan, **a.g.e.**, s. 462; Esener/Güven, **a.g.e.**, s. 161.

Kadastrosu tamamlanmış yerlerde bu sınırlandırma kadastro planında yer alan bilgiler uyarınca yapılır ve buna göre sınırlanan toprak parçasına parsel denir.¹² Daha önce de belirtildiği gibi ülkemizde tapu-kadastro işlemleri hemen hemen tamamlanmış olmasına rağmen şunu da ifade etmek gerekir ki kadastrosu yapılmamış, zabıt defterinde kayıtlı bulunan ve hâkim kararıyla kütüğe geçirilmesi gereken taşınmazların sınırları mühendis ve fen memurları tarafından yapılan haritalar uyarınca; planı dahi olmayan ve fakat defterde kayıtlı bulunan taşınmazlar ise kayıtlarda yer alan tasvir edici bilgiler yardımıyla tespit edilir.¹³ Her ne kadar böyle bir belirlilik şeyin arazi olarak nitelenmesi için yeterli olsa da arazinin tam olarak taşınmaz hükümlerine tabi olması için tapu siciline kayıtlı olması şarttır.¹⁴ Fakat bu ayırım esasen konumuz olan el atmanın önlenmesi davası açısından bir fark yaratmamaktadır. Öyle ki tapuya kayıtlı olmayan bir taşınmaz da pekâlâ mülkiyete konu olabilir¹⁵ ve TMK m. 683/2 hükmü, taşınır veya taşınmaz, mülkiyete konu bütün eşyalar açısından uygulanabilir bir hükümdür. Dolayısıyla arazi üzerindeki mülkiyet hakkını ispat eden malik, taşınmaz tapuya kayıtlı olmasa da mülkiyet hakkına dayanarak taşınmazına gerçekleşen müdahaleleri önleyebilecektir.¹⁶ Arazinin tapuya kayıtlı olup olmamasına bu noktada bir fark yaratmayacaktır.

Doktrinde arazi kavramının sınırlar içerisindeki toprak parçası dışında bu parçanın altını ve üstünü de kapsadığı belirtilse de kanımızca bu alanlar arazi kavramı içerisinde yer almazlar. Arazi, daha önce de belirtildiği üzere sınırları belirli toprak parçasından ibaret olup onun altı ve üstü taşınmaz mülkiyetinin kapsamı içerisinde değerlendirilmelidir.¹⁷ Yoksa arazinin altının ve üstünün de arazi kavramı içerisinde olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim TMK m. 718 hükmü de arazi

¹² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 159; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 144.

¹³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 159.

¹⁴ Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 372-373.

¹⁵ Akipek, **Eşya – II**, s. 115; Kevork Acemoğlu, **Türk Hukukunda Tapu Kütüğüne Kayıtlı Olmayan Gayrimenkullerin Hukuki Durumu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1965, s. 27-33. Böyle bir taşınmazın mülkiyete konu olup olamayacağı hususu esasen tapu-kadastro işlemlerinin henüz tamamlanmaktan uzak olduğu dönemlerde oldukça tartışılmış bir konudur. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Çörtoğlu, **Aşkın Kullanma**, s. 132-133; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 25-33.

¹⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 113; Acemoğlu, **a.g.e.**, s. 35.

¹⁷ Aynı yönde: Rey, **a.g.e.**, N. 1067; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 159; Serozan, **Taşın Yapı**, s. 359.; aksi yönde: Eren, **Mülkiyet**, s. 202; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 245; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 145; Topuz, **a.g.e.**, s. 59-60.

mülkiyetinin arazinin alt ve üst katmanlarını kapsadığı belirtilmek suretiyle konunun böyle değerlendirilmesi gerektiğini göstermektedir.¹⁸

2. Tapu Kütüğünde Ayrı Sayfaya Kaydedilen Bağımsız ve Sürekli Haklar

Hukuk düzeni ekonomik ve sosyal gereklere uygun şekilde bazı hakları hukuki işlemler açısından taşınmaz olarak kabul etmektedir.¹⁹ TMK m. 704 ile ulaşılmak istenen sonuç bu hakların maddi bir mal haline getirilmesi değil devir ve takyitler yönünden arazilerle bir tutulmalarıdır.²⁰ Bu kapsamdaki haklar esasen sınırlı ayni hak olmalarına rağmen tıpkı gerçek bir taşınmaz gibi değerlendirilirler.²¹

Böyle bir kabule şayan haklar TST m. 10 hükmünde “*süresiz veya en az otuz yıl süreli olan ve tasarrufları kısıtlanmayan ve izne tâbi kılınmayan bağımsız ve sürekli irtifak hakları*” olarak belirlenmiştir. Hakkın bağımsız olması münhasıran bir taşınmaz veya kişi lehine kurulmuş olmamasını ve bu sayede tedavüle uygun olmasını ifade eder.²² Süreklilik koşulu ise TMK m. 998/3 ve TST m. 10 uyarınca hakkın süresiz veya en az 30 yıl süreyle kurulmuş olduğu durumlarda sağlanacaktır.

İşte bu koşulları taşıyan bir hakka tapu sicilinde bağımsız bir sayfa açılıp taşınmaz niteliği verilmesi için hak sahibinin TST m. 16 uyarınca talepte bulunması yeterli olup hakka konu olan taşınmaz malikinın veya diğer hak sahiplerinin rızasına ihtiyaç duyulmayacaktır.²³ Fakat şunu da belirtmek gerekir ki bir irtifak hakkının bu koşulları sağlayıp tıpkı bir arazi gibi tapu siciline kaydedilip taşınmaz muamelesi görmesi veya koşullardaki eksiklik sebebiyle bu imkândan faydalanamıyor olması konumuz açısından pratik bir önem taşımamaktadır. Zira daha önce de belirtildiği gibi el atmanın önlenmesi davasının taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hakka sahip olanlar

¹⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 159. TMK m. 718/1: “Arazi üzerindeki mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar.”

¹⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 160; Eren, **a.g.e.**, s. 200; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 298-299; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 145. Bu tercihin alman hukuk geleneğiyle bağdaştığı yönünde bkz.: Meier-Hayoz, **Art. 655-679**, Art. 655 N. 14.

²⁰ Eren, **Mülkiyet**, s. 200; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 299.

²¹ Tuor/Schnyder/Schmid, **a.g.e.**, §100 N. 34.

²² Meier-Hayoz, **Art. 655-679**, Art. 655 N. 20; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, 299-300; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 161; Ertas, **a.g.e.**, s. 108; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 146; Topuz, **a.g.e.**, s. 61-62.

²³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 162-163.

tarafından da açılması mümkündür.²⁴ Dolayısıyla söz konusu hakkın tapu sicilinde ayrı bir sayfaya kayıtlı olmaması bu hakkın sahibinin dava hakkı karşısında bir engel değildir. Bu sebeple bağımsız bir sayfa açılması için gerekli koşullar hakkında detaylı inceleme yapmadan bu konudaki açıklamalarımızı burada kesiyoruz.²⁵

3. Kat Mülkiyeti Kütüğüne Kayıtlı Bağımsız Bölümler

KMK m. 13/4 hükmü uyarınca kat mülkiyeti kütüğüne tescil edilen her bir bağımsız bölüm ayrı bir taşınmaz niteliğindedir. Bunun yanında ortak alanlar üzerinde ise KMK m. 16 hükmü uyarınca kat maliklerinin birlikte mülkiyet hakları söz konusudur. Dolayısıyla bu alanlara gerçekleşen müdahaleler de taşınmaz mülkiyetine gerçekleşen müdahale teşkil edecek olup el atmanın önlenmesi davasıyla önlenebileceklerdir.

C. Taşınmaz Mülkiyetinin Kapsamı

Taşınmaz mülkiyetinin kapsamı taşınmaz malikinın sahip olduğu yetkileri yer itibariyle nerede kullanabileceğini ifade eder.²⁶ Malik, mülkiyet hakkına dayanan olumlu ve olumsuz yetkilerini TMK m. 719 ve m. 720 hükümleri uyarınca ancak belirli sınırlar içerisinde belirli ölçüde aşağı ve yukarı uzanan üç boyutlu bir alan içerisinde kullanabilecektir. Dolayısıyla bu üç boyutlu alanın sınırlarını belirlemek malikin olumsuz yetkileri kapsamında olan el atmanın önlenmesi talebini ne zaman kullanabileceğini tespit etmek açısından önemlidir. Öyle ki malik ancak bu alan içerisinde etki yaratan bir müdahale bulunduğunda bu müdahaleyi engelleme yetkisine sahip olacaktır.

Taşınmaz mülkiyetinin kapsadığı alan “*Taşınmaz mülkiyetinin içeriği*” kenar başlığı altında yer alan TMK m. 718 ve m. 719 hükümleriyle belirlenmiştir. Her ne kadar kenar başlığı bu şekilde olsa da bu maddelerde kullanılan kelimeler ve maddelerin içerikleri esasen yalnızca arazi mülkiyeti açısından bu sınırların çizildiğini göstermektedir.²⁷ Bu bölümde öncelikle bu maddeler ışığında arazi mülkiyetinin

²⁴ Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 77; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 30.

²⁵ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 160-163, Bertan, **a.g.e.**, s. 463-468; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, 374-376.

²⁶ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 559.

²⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 467; Ayiter, **a.g.e.**, s. 119; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 287.

kapsamı tespit edilecek ve daha sonrasında tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler yönünden özellik taşıyan hususlar incelenecektir.

1. Arazi Yönünden

a. Mülkiyetin Yatay Kapsamı

Daha önce de belirtildiği gibi bir araziden söz edebilmek için söz konusunu yeryüzü parçasının diğer parçalardan ayrılmış olması, yani sınırlarının belirli olması şarttır.²⁸ İşte bu sınırlar aynı zamanda taşınmaz mülkiyetinin de yatay olarak sınırlarıdır.²⁹ Malik, yetkilerini ancak bu sınırlar içerisinde kullanabilecektir. Taşınmaz mülkiyetine el atmanın önlenmesi davalarında öncelikli olarak söz konusu yerin hangi taşınmazın sınırları içerisinde kaldığının tereddüde yer vermeyecek şekilde tespit edilmesi ve daha sonrasında bir hüküm kurulması gereklidir.³⁰ Öyle ki taşınmaz mülkiyetine gerçekleşen bir müdahale söz konusu olduğunda müdahalenin gerçekleştiği yerin hangi taşınmaza ait olduğu belirlenmeksizin bu konuda sağlıklı bir hüküm kurulması mümkün değildir.

Bu sınırlar TMK m. 719/1 hükmü uyarınca tapu planları ve arz üzerindeki sınır işaretleriyle (fiili sınır) belirlenecektir. Fiili sınır taşınmazı görünüm yönünden diğer taşınmazlardan ayırmayı sağlayan sınır olup doğal veya yapay olması mümkündür.³¹ Planla kastedilen ise kadastro planıdır.³² Kadastro planı taşınmazların hukuki ve fiili durumlarını belirli bir ölçek ile geometrik şekilde gösteren haritadır.³³ Pek tabiidir ki kadastrosu tamamlanmamış bir taşınmaz açısından böyle bir plandan bahsetmek mümkün değildir. Tapuya kayıtlı olmasına rağmen kadastrosu tamamlanmamış taşınmazlar açısından bu taşınmazlara ait tapu tahdit haritaları varsa bu belgeler de

²⁸ Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 296; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 367; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 159; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 560; Akipek, **Eşya – II**, s. 159.

²⁹ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 560, Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 468; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 629; Çörtoğlu, **Aşkın Kullanma**, s. 145; Aydın Zevkliler, **İmar Kurallarına Aykırı ve Zarar Verici İnşaat**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982, s. 13; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 387.

³⁰ Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 469 dn. 816.

³¹ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 560-561; Zevkliler, **Sınır İhtilafları**, s. 21; Zevkliler, **Zarar Verici İnşaat**, s. 13-14.

³² Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 562; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 469 dn. 816; Ayiter, **a.g.e.**, s. 119; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 787.

³³ Zevkliler, **Sınır İhtilafları**, s. 16.

TMK m. 719/1 anlamında plan kavramı içerisinde değerlendirileceklerdir.³⁴ TMK m. 719/2 hükmü ile plandaki ve fiili sınırların uyuşmadığı durumlarda, heyelân bölgesi olarak belirlenen yöreler dışında, plandaki sınırın doğruluğu karine olarak kabul edilmiştir. Bu karinenin aksini ispatlamak mümkündür.³⁵

Kadastrosu ya da böyle bir belgesi olmayan taşınmazın sınırları Tapu Kanunu³⁶ m. 30 hükmü uyarınca “*eskiden beri malûm ve muayyen*” sınıra göre belirlenir. Böyle bir durumda bütün sınırlar sabit sınır ise sabit sınırlar; bir veya daha fazla sınır değişken sınır ise tapudaki yüzölçümü dikkate alınarak sınırlar tespit edilir.³⁷ Taşınmaz bir yönden deniz ile sınırlanıyorsa bu durumda sınır belirlenirken taşınmazın sınırı dalgaların en fazla erişebileceği nokta ve gelgit hâllerindeki durum sınır teşkil eder.³⁸

Tapusuz taşınmazlarda ise sınır öncelikle komşu taşınmazlara göre; onlar da tapuya kayıtlı değilse belge ve tanık gibi delillere dayanarak hâkim tarafından tespit edilir.³⁹

b. Mülkiyetin Dikey Kapsamı

Taşınmaz mülkiyetinin dikey kapsamı malikin arazinin altındaki ve üzerindeki alanlardan ne ölçüde faydalanabileceğini tespit eder.⁴⁰ Taşınmazın altındaki ve

³⁴ Akipek, *Eşya – II*, s. 161; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 469 dn. 816; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *a.g.e.*, s. 787. Kadastrosu tamamlanmamış taşınmazlara ilişkin olarak bazı kanunlar uyarınca yapılan ve “*az çok fenni*” nitelik taşıyan haritalara tapu tahdit haritası denir. Bkz. Akipek, *Eşya – II*, s. 160. Plan ve haritaların kadastro yoluyla oluşturulmadıkları sürece bu kapsamda değerlendirilemeyeceği yönünde bkz. Bertan, *a.g.e.*, s. 600. Bu plan ve haritaların yapıldıkları zaman yürürlükte bulunan hükümler uyarınca aynı hak doğurmaya elverişli oldukları ölçüde dikkate alınabileceği ve fakat fiili sınıra üstünlük karinesinin bunlar hakkında kabul edilemeyeceği yönünde bkz. Zevkliler, *Zarar Verici İnşaat*, s.17.

³⁵ Hatemi/Serozan/Arpacı, *a.g.e.*, s. 629-630; Gürsoy/Eren/Cansel, *a.g.e.*, s. 563; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *a.g.e.*, s. 788; Zevkliler, *Zarar Verici İnşaat*, s. 16. Böyle bir çelişki durumunda malik ilgili şahısların rızasıyla plandaki kaydı düzelttirebilir fakat böyle bir rızanın alınmadığı durumlarda TMK m. 1025’e dayanan tashih davasının açılması gerekir. (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 470.)

³⁶ R.G. T. 29.12.1934 S. 2892.

³⁷ Gürsoy/Eren/Cansel, *a.g.e.*, s. 564-565; Ayiter, *a.g.e.*, s. 120.

³⁸ Yarg. İBHGK T. 13.03.1972 E. 1970/7 K. 1972/4(Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 27.08.2020): “*Kıyı, denizin temadisi, ondan faydalanma hususunda zaruri bir unsur, bir kelime ile denizin mütemmim cüzüdür. Kumluk ve kayalık sahaların derinliği; dalgaların en fazla erişebildiği nokta, med ve cezirlerde denizin en son varabildiği yerlerdir.*”

³⁹ Gürsoy/Eren/Cansel, *a.g.e.*, s. 566; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 477; Ayiter, *a.g.e.*, s. 120; Ertaş, *a.g.e.*, s. 355.

⁴⁰ Gürsoy/Eren/Cansel, *a.g.e.*, s. 566.

üstündeki alanların hangi noktaya kadar taşınmaz mülkiyetinin kapsamında yer alacağı TMK m. 718/1 hükmü ile “*kullanmada yarar*” ölçütü ile sınırlanmıştır. Malik mülkiyet hakkına dayanan olumlu ve olumsuz yetkilerini ancak bu alan içerisinde kullanabilir.⁴¹ Bu sınırlama TMK m. 2 hükmünün taşınmaz mülkiyetine uygulanmasının sonucudur.⁴²

Malikin bu kapsamda yararlanabileceği alanın sınırları her somut olayda ayrıca araştırılacaktır.⁴³ Bu araştırma sırasında dürüstlük kuralıyla beraber taşınmazın yeri, mahiyeti ve kullanım amacı dikkate alınmalıdır.⁴⁴ Ayrıca taşınmazın doğal özellikleri ve kamu hukuku nitelikli düzenlemelerle belirlenen kullanım şekilleri de önem taşır.⁴⁵ Malikin belirli bir nokta üzerinde fiili egemenliğinin mevcut olmaması sebebiyle bu nokta üzerinde menfaat sahibi olmadığını söylemek mümkün değildir.⁴⁶ Zira söz konusu alanda malikin olumlu veya olumsuz bir menfaatinin bulunması mümkündür.⁴⁷ Müdahaleye uğrayan bir alan üzerinde malikin olumsuz yetkilerini kullanıp kullanamayacağı araştırılırken müdahalenin taşınmaz yüzeyine uzaklığı ayrıca önem taşır.⁴⁸

Malikin iddia ettiği ölçüde yükseklik veya derinlikte hâkimiyet kurmakta yararı olup olmadığı değerlendirilirken sadece mevcut durum değil sosyal ve ekonomik etkenler çerçevesinde ilerideki muhtemel durum ve değişiklikler de dikkate alınmalıdır.⁴⁹ Doktrinde aksi yönde görüş bildiren yazarlar olsa da kanımızca bu

⁴¹ Bertan, **a.g.e.**, s. 592; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 477; Akipek, **Eşya – II**, s. 170; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 567. Bu alan dışarısında kalan kısımların umuma ait veya sahipsiz mal olduğu yönünde bkz. Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 335; devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu yönünde bkz. Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 568; Bertan, **a.g.e.**, s. 594.

⁴² Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 39; Honsell/Vogt/Geiser/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 641 N. 37.

⁴³ Meier-Hayoz, **Art. 655-679**, Art. 667 N. 7; Akipek, **Eşya – II**, s. 170; Bertan, **a.g.e.**, s. 593; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 567-568; Zevkliler, **Zarar Verici İnşaat**, s. 22; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 391; Topuz, **a.g.e.**, s. 329.

⁴⁴ Akipek, **Eşya – II**, s. 170; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 335-336; Bertan, **a.g.e.**, s. 593; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 478; Zevkliler, **Zarar Verici İnşaat**, s. 26-27; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 391; Topuz, **a.g.e.**, s. 329-330.

⁴⁵ Rey, **a.g.e.**, N. 1071. Yazar bu hususların öncelikle değerlendirilmesi gerektiği kanaatindedir.

⁴⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 786.

⁴⁷ Schmid/Hürliman-Kaup, **a.g.e.**, N. 886.

⁴⁸ Meier-Hayoz, **Art. 655-679**, Art. 667 N. 7.

⁴⁹ Rey, **a.g.e.**, N. 1074; Breitschmid/Rumo-Jungo/Göksu, **a.g.e.**, Art. 667, N. 2; Akipek, **Eşya – II**, s. 170-171; Bertan, **a.g.e.**, s. 593; Zevkliler, **Zarar Verici İnşaat**, s. 27.

görüŖe katılmak mümkün değildir.⁵⁰ Günümüz koŖullarında bir taŖınmazın kullanım amacının bulunduğu çevredeki Ŗehrin geliŖmekte olan kısımlarından birinde bulunan bir arazinin Ŗu an açık otopark olarak kullanılıyor olması sebebiyle yüzeyine yakın bir noktastndan boru hattı geçirilmesi veya çilek yetiŖtirilen bir taŖınmazın üzerinden alçak sayılabilecek bir yükseklikten yüksek gerilim hattı ile enerji taŖınması durumları verilebilir. Mevcut durum itibariyle maliklerin zedelenen bir çıkarı yoktur fakat ilk örnekteki malik taŖınmazına bir bina veya bir yeraltı otoparkı inŖa etmek isterse; ikinci örnekteki malik taŖınmazında herhangi bir sebepten artık çilek değil zeytin yetiŖtirmek isterse böyle bir tasarrufta bulunmaları önceki değerlendirme sırasında sadece mevcut durum dikkate alındığı için artık mümkün olmayacaktır ki bu durumlarda malikin taŖınmaz üzerindeki yetkilerinin kısıtlanması söz konusudur. Ŗunu da unutmamak gerekir ki malikin menfaatinin hukuken önem taŖınması ancak yazılı veya sözlü bir beyana ya da fiilen kullanmak, dava açmak gibi bir davranıŖa dayanan irade açıklaması mevcutsa mümkündür.⁵¹ Dolayısıyla yargılamaya konu bir olayda bunların hiç birisi mevcut değilse malik tarafından ileri sürölmeyen bir kullanım ya da faydalanma biçimi mutlak dahi olsa dikkate alınamaz. Fakat malikin inandırıcılıktan uzak ve makul olmayan beyanları herhangi bir önem taŖımayacaktır. Örneğin imar planında otopark olarak belirlenen Ŗehrin iŖlek yerlerinden birinde bulunan bir alanın malik tarafından tarımsal üretim amacıyla kullanılacağının ileri sürölmesi halinde böyle bir beyan söz konusu olacaktır.

Malikin elde ettiği faydanın muhakkak maddi bir fayda olması Ŗart değildir fakat bu menfaat hukuken korunabilir bir menfaat olmalıdır.⁵² Sırf baŖkası aleyhine bir sonuç yaratmak amacıyla hareket edilen durumlarda böyle bir menfaatin varlığından söz edilemez.⁵³ Baskın görüŖe malikin böyle bir menfaati bulunduğunu ispatlamakla

⁵⁰ KarŖı görüŖ için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **EŖya Hukuku**, s. 479.

⁵¹ Çörtoğlu, **AŖkın Kullanma**, s. 151-152.

⁵² Meier-Hayoz, **Art. 655-679**, Art. 667 N. 9; Rey, **a.g.e.**, N. 1073; Bertan, **a.g.e.**, s. 592-593; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 785; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 568; Çörtoğlu, **AŖkın Kullanma**, s. 154; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **EŖya Hukuku**, s. 477 özellikle dn. 849; Zevkliler, **Zarar Verici İnŖaat**, s. 27.

⁵³ Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 336; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 568; Zevkliler, **Zarar Verici İnŖaat**, s. 27.

yükümlü olduğu yönündedir.⁵⁴ Bu hususun ispatında malikin sübjektif durumu da dikkate alınacak olup böyle bir menfaate malikin ulaşmasının mümkün olup olmadığı, malikin taşınmaz üzerinde gerçekleştirdiği faaliyetleri ve mevcut ekonomik durumu değerlendirmeye dâhil edilecektir.⁵⁵ Paralel şekilde, malikin gelecekte ortaya çıkacak ve korunmaya değer bir menfaatinin bulunup bulunmadığı incelenirken söz konusu kullanım şeklinin malik tarafından aşırı bir masraf olmaksızın gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği hususu da önem taşır.⁵⁶

Bu şekilde tespit edilen yarar sahası malikin hem olumlu hem olumsuz yetkilerini kullanabilmesi açısından belirleyicidir.⁵⁷ Malik tespit edilen dikey kapsam içerisine gerçekleşen müdahaleleri olumsuz yetkileri arasında bulunan el atmanın önlenmesi davasıyla önleyebilecektir. Bu kapsamda arazi üzerinde örneğin sürekli çok alçaktan uçuş yapılması⁵⁸ veya atış talimi yapılmasına karşı TMK m. 683/2 hükmüne dayanan el atmanın önlenmesi davası açılabilir.⁵⁹

Malikin olumlu ve olumsuz yetkilerine ilişkin yarar sahaları çoğunlukla çakışmakla birlikte henüz mevcut olmayan gelecekteki durumlara ilişkin olumsuz çıkarlar gelecekteki olumlu çıkarlara bağlı durumdadır.⁶⁰ Zira henüz mevcut olmayan bir faydanın korunması için daha önce de belirtildiği gibi malikin bu alandan fayda sağlayacağı hususunun sosyal ve ekonomik etkenler çerçevesinde malikin sübjektif durumu da dikkate alınarak ortaya konmuş olması gereklidir. Böyle bir durumda malikin gelecekte mümkün olacak bir yararlanma şeklinden sağlayacağı farazi fayda

⁵⁴ Breitschmid/Rumo-Jungo/Göksu, **a.g.e.**, Art. 667, N. 3; Akipek, **Eşya – II**, s. 171; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 568; Zevkliler, **Zarar Verici İnşaat**, s. 27; Topuz, **a.g.e.**, s. 330. Karşıt görüş için bkz.: Meier-Hayoz, **Art. 655-679**, Art. 667 N. 11.

⁵⁵ Çörtoğlu, **Aşkın Kullanma**, s. 154.

⁵⁶ Rey, **a.g.e.**, N. 1076.

⁵⁷ Meier-Hayoz, **Art. 655-679**, Art. 667 N. 4; Rey, **a.g.e.**, N. 1077; Bertan, **a.g.e.**, s. 592; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 477; Akipek, **Eşya – II**, s. 170; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 567; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 391.

⁵⁸ BGE 95 II 397. Anılan kararda uçakların arazi üzerindeki insanların ve eşyaların güvenliğini tehlikeye düşürecek kadar alçak uçmalarına izin verilemeyeceği belirtilmiştir. Uçakların alçaktan uçmamları konusunda biri özel hukuktan kaynaklanan özel mülkiyet alanına girecek kadar alçaktan uçmama biri kamu hukukundan kaynaklanan kamu zararına sebep olacak kadar alçaktan uçmama olmak üzere iki alçalma yasağı vardır. (Bertan, **a.g.e.**, s. 594.)

⁵⁹ Bertan, **a.g.e.**, s. 594. Bu durumlarda müdahalenin önlenmesi için elbette ki söz konusu davranışın taşınmaz mülkiyetine bir müdahale teşkil ettiğinin sabit olması gerekecektir.

⁶⁰ Çörtoğlu, **Aşkın Kullanma**, s. 156-158.

korunmaktadır.⁶¹ Mülkiyet hakkının sağladığı olumlu yetkilerin gelecekte muhtemel olarak kullanılacağına bu şekilde ortaya konmadığı durumlarda olumsuz yetkileri kullanmayı haklı gösterecek bir durum da yok demektir. Öyle ki olumsuz yetkiler olumlu yetkilerin temin edilmesine hizmet ederler.

c. Mülkiyetin Maddi Kapsamı

Taşınmaz mülkiyetinin maddi kapsamı arazinin yatay ve dikey kapsamı içerisinde yer alan şeylerden hangilerinin arazi mülkiyetinin kapsamında olduğunun tespit edilmesidir.⁶² Esasen TMK m. 684 hükmü kapsamında arazinin bütünleyici parçası sayılan şeyler de taşınmazın mülkiyetine tabi olacaktır fakat yine de m. 718/2 hükmüyle arazi üzerindeki yapı, bitki ve kaynakların da m. 684 için gerekli şartlar aranmaksızın yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere taşınmaz mülkiyetinin kapsamına dâhil olduğu belirtilmiştir.⁶³

Taşınmaz maliki, arazi mülkiyetine tabi olan şeyler üzerinde taşınmaz mülkiyetine dayanan olumlu ve olumsuz yetkilerini kullanabilecektir. Malik dolayısıyla bu eşyalarını da tıpkı arazisini koruduğu gibi örneğin el atmanın önlenmesi davasıyla koruyabilecektir.

(1) Yapılar

i. Genel Kural: Taşınır Yapı – Taşınır Olmayan Yapı Ayrım

Yapılar TMK m. 718/2 hükmü tarafından taşınmaz mülkiyetine dâhil olduğu zikredilen unsurlardan ilkidir. Arazi üzerindeki yapının değeri araziden çok daha yüksek olsa bile asıl şey arazi ve yapı onun bütünleyici parçası olarak değerlendirilecektir.⁶⁴ TMK m. 718/2 hükmündeki yapı kavramının tam olarak ne anlama geldiği konusunda kanunda bir tanım yer almasa da TMK m. 728 hükmünde taşınır yapıların mülkiyetinin yapı sahibine ait olduğunun belirtilmiş olmasını göz önünde bulundurarak söz konusu kavramdan taşınır olmayan yapıların anlaşılması

⁶¹ Çörtoğlu, **Aşkın Kullanma**, s. 158.

⁶² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 479; Ertaş, **a.g.e.**, s.356; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 387.

⁶³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 480.

⁶⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, **a.g.e.**, s. 796.

gerektiğini söylemek mümkündür.⁶⁵ TMK m. 728 ile taşınır yapı “*kalıcı olmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapılar*” olarak tanımlanmıştır. Taşınır yapı bütünleyici parça kuralının istisnalarından birisi olup arazi maliki veya başka bir kişi tarafından inşa edilmiş olmasına bakılmaksızın taşınmaz mülkiyetinden ayrı olarak inşa edenin mülkiyetindedir.⁶⁶ TMK m. 718/2 hükmünde yer alan yapı kavramını ise buna bağlı olarak tekniğin yardımıyla yerin altına veya üstüne toprakla sürekli bağlı olmak üzere yapılan ve dikilen şeyler olarak tanımlamak mümkündür.⁶⁷

Bir yapının kalıcılık unsurunu taşıyıp taşımadığı inşa edenin iradesine ve yapı ile arazi arasındaki maddi bağa göre tespit edilir.⁶⁸ Yapıyla arazi arasındaki bağ görünür şekilde zayıfsa bu durumda yapı sahibinin iradesi önem kazanacaktır.⁶⁹ Bu değerlendirmede yapının inşa amacı dikkate alınacak olup zamanın uzunluğu veya kısıllığını tek başına bir kriter olarak kabul etmek mümkün değildir.⁷⁰ İşte böyle bir değerlendirme sonucu kalıcı olduğu sonucuna varılan yapılar TMK m. 684 çerçevesinde gerekli koşullar aranmaksızın arazinin mülkiyetine tabi olurlar.⁷¹ Taşınmaz maliki bu yapılara gerçekleşen müdahalelerin önlenmesini de taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının sağladığı yetkiler çerçevesinde TMK m. 683/2’ye dayanarak talep edebilir. Buna karşılık orada geçici süre bulunmak üzere inşa edilen ve araziden sökülerek taşınması mümkün yapılar ise taşınır yapı olarak nitelenecektir.⁷² Yapının taşınır yapı olduğu tespit edilir ise bu yapılar üzerindeki mülkiyet hakkı taşınmaz mülkiyetinden bağımsız bir mülkiyet hakkı teşkil edecek olup

⁶⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 480-481; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 797; Ertaş, **a.g.e.**, s. 356; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 392-393.

⁶⁶ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 583.

⁶⁷ Rey, **a.g.e.**, N. 1083; Breitschmid/Rumo-Jungo/Göksu, **a.g.e.**, Art. 667, N. 6; Zevkliler, **Zarar Verici İnşaat**, s. 34; Esener/Güven, **a.g.e.**, s. 259.

⁶⁸ Tuor/Schnyder/Schmid, **a.g.e.**, §100 N. 13; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 798; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 582. Topuz, **a.g.e.**, s. 292-293.

⁶⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 798; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 393. İnşa edenin maksadının yapının kalıcı olması amacıyla yapılıp yapılmadığının anlaşılamaması halinde önem taşıyacağı yönünde: Aytekin Ataay, **Kendi Malzemesile Başkasının Gayrimenkulünde Haksız İnşaat**, İstanbul, Baha Matbaası, 1959, s. 48.

⁷⁰ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 582. Kullanım amacının inşa amacından farklılaştığı hallerde güncel duruma göre değerlendirme yapılır. Ev olarak kullanmak amacıyla inşa edilen tapuya kayıtlı olmayan yapının kullanım amacı değişince taşınır yapı haline gelmesi (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 799) veya tam tersi şekilde başlangıçta şantiye binası olarak inşa edilen yapının daha sonra sürekli şekilde okul olarak kullanılmaya başlanması sonucunda müteahhidin mülkiyetinden ayrılarak arazinin bütünleyici parçası haline gelmesi (Bertan, **a.g.e.**, s. 664-665) mümkündür.

⁷¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 482.

⁷² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 798; Esener/Güven, **a.g.e.**, s. 259.

bu yapılara TMK m. 728 hükmü uyarınca taşınırlara ilişkin hükümler uygulanacaktır. Taşınır inşaatın aynı veya şahsi herhangi bir hakka dayanmaksızın arazi üzerinde bulunduğu durumlarda ise arazi sahibi TMK m. 683/2 kapsamında el atmanın önlenmesini talep edebilecektir.⁷³

ii. Malikin Olumsuz Yetkilerinin Haksız Yapılar Karşısında Durumu

aa. Haksız Yapı Kavramı

Haksız yapı başkasının arazisinde ya da başkasının veya kendi arazisi üzerinde başkasının malzemesiyle herhangi bir hakka dayanmaksızın meydana getirilen yapıdır.⁷⁴ Bu durumlarda uygulanması gereken kurallar TMK m. 722-724 hükümlerinde belirlenmiştir. TMK m. 722 hükmüne göre bu durumlarda yapının haksız olması dikkate alınmaksızın kullanılan malzemeler ve ortaya çıkan yapı taşınmazın bütünleyici parçası haline gelecektir. İşte haksız yapıyı düzenleyen hükümler bütünleyici parça kuralının sonucu olarak malzeme mülkiyetinin taşınmaz malikine geçmiş olması sebebiyle ortaya çıkan hukuki sorunlara ilişkindirler.⁷⁵

Haksız bir yapıdan bahsedebilmek için her şeyden önce TMK m. 728 hükmü ile tespit edilen taşınır yapı niteliğinde olmayan bir yapının varlığı şarttır.⁷⁶ Böyle bir yapı bağımsız ve yeni bir yapı olmak zorunda olmayıp eklenti veya tadilat şeklinde de ortaya çıkabilir.⁷⁷ Taşınmaz malikinin iradesi hilafına arazi üzerine taşınır yapı yerleştirilmesi yalnızca taşınmaz mülkiyetine müdahale teşkil edecek olup mülkiyetin arazi malikine geçişi gibi bir sonuç doğurmayacağı için daha önce de belirtildiği gibi doğrudan TMK m. 683/2 hükmü ile taşınmazdan kaldırılması mümkündür. Mülkiyet

⁷³ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 583; Ataay, **a.g.e.**, s. 20; Topuz, **a.g.e.**, s. 293.

⁷⁴ Ataay, **a.g.e.**, s. 18.

⁷⁵ Emrehan İnal, “Haksız Yapı Kavramı ve Haksız Yapının Kaldırılması”, **İÜHF** C. LXX, S. 1, 2012, s. 253; Bertan, **a.g.e.**, s. 618; Akipek, **Eşya – II**, s. 174.

⁷⁶ İnal, **a.g.e.**, s. 250; Esener/Güven, **a.g.e.**, s. 262. Haksız yapının hem taşınır hem de taşınır olmayan yapı olarak ortaya çıkabileceğini söyleyen eser için bkz. Ataay, **a.g.e.**, s. 20-26. Taşınır yapı söz konusu olduğunda bu yapının farklı bir mülkiyet hakkının konusu olması itibarıyla haksız yapı çerçevesi içerisinde yer almadığı yönündeki değerlendirmeler için bkz. İnal, **a.g.e.**, s. 251 dn. 21.

⁷⁷ İnal, **a.g.e.**, s. 247; Nurettin Gürsel, **Gayrimenkul Mülkiyetine Tecavüz Ederek Kendi Levazımile Başkasının Arsasına veya Başkasının Levazımile Kendi Arsasına İnşaat Yapmak ve Komşu Arsasına Tecavüz Eden İnşaat**, Ankara, İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik Kollektif Ortaklığı, 1953, s. 38.

haklarının karışması söz konusu olmadığı için bu durumda haksız yapıya ilişkin hükümler uygulanmayacaktır.

Haksız yapının bir diğer koşulu malzeme ve taşınmaz maliklerinin farklı kişiler olması ve bu taraflar arasında geçerli bir hukuki ilişki bulunmamasıdır.⁷⁸ Tarafların arasında böyle bir ilişkinin bulunması halinde bu hukuki ilişki TMK m. 722 hükmünün uygulanmasını engelleyecek ve tarafların hak ve borçları söz konusu hukuki ilişkiye göre tespit edilecektir.⁷⁹ Bu durum ancak söz konusu hukuki ilişkinin bir yapı meydana getirilmesinin mümkün olup olmadığına ilişkin olması halinde geçerli olacaktır.⁸⁰ Taraflar arasında hukuki bir ilişkinin bulunduğu fakat geçersiz olduğu⁸¹ ya da bir ilişkiye dayanarak inşa edilen yapının kararlaştırılan kapsamın ciddi şekilde dışına çıkması hallerinde de haksız yapı söz konusu olur.⁸² Tarafların taşınmazın birlikte malikleri olmaları halinde de tarafların tek başına inşaat hakları bulunmadığı için böyle bir ilişki olmadığı sürece söz konusu yapının haksız yapı niteliğini taşıyacağı doktrinde ifade edilmektedir.⁸³

Haksız yapının esasen üç farklı şekilde (kendi malzemesiyle başkasının arazisine, kendi arazisine başkasının malzemesiyle, başkasının malzemesiyle başkasının arazisine) meydana gelmesi mümkün olmasına rağmen konumuzun taşınmaz mülkiyetinin korunmasıyla sınırlanmış olması itibarıyla malikin kendi arazisine başkasının malzemesiyle bir inşaat yapmış olması konumuz açısından bir özellik taşımamaktadır. Dolayısıyla incelememize taşınmaz üzerine taşınmaz

⁷⁸ Meier-Hayoz, **Art. 655-679**, Art. 671 N. 15; İnal, **a.g.e.**, s. 252-253; Tuor/Schnyder/Schmid, **a.g.e.**, §100 N. 18; Breitschmid/Rumo-Jungo/Göksu, **a.g.e.**, Art. 671, N. 3-4; Schmid/Hürliman-Kaup, **a.g.e.**, N. 893.

⁷⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 483; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 817; Ertaş, **a.g.e.**, s. 357; Esener/Güven, **a.g.e.**, s. 260; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 394. Yapının gecekondur niteliği olması halinde 775 sayılı Gecekondur Kanunu (**R.G.** T. 30.7.1966, S. 12362) hükümlerinin uygulanacağı yönünde bkz. Esener/Güven, **a.g.e.**, s. 161; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 399; Yarg. 1. HD, T. 27.04.1976, E. 1976/3428, K. 1976/4442 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 27.08.2020).

⁸⁰ İnal, **a.g.e.**, s. 253.

⁸¹ İnal, **a.g.e.**, s. 255 dn. 29

⁸² Meier-Hayoz, **Art. 655-679**, Art. 671 N. 7.

⁸³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 813. Aynı yönde: Meier-Hayoz, **Art. 655-679**, Art. 671 N. 9. Bu durumda haksız yapı hükümlerinin uygulanmayacağı yönündeki karşıt görüş için bkz.: Topuz, **a.g.e.**, s. 261.

malikinden başka biri tarafından inşaat yapılan hâllerle sınırlı olarak devam ediyoruz.⁸⁴

bb. TMK m. 683/2 ve TMK m. 722 Hükümleri Açısından Değerlendirme

Bir araziye başkası tarafından haksız şekilde yerleştirilen yapının taşınır olduğu durumlarda bu yapı arazinin bütünleyici parçası haline gelmiş olmayacağı için arazi maliki TMK m. 683/2'ye dayanan el atmanın önlenmesi davasıyla yapının taşınmazından kaldırılmasını talep edebilecektir.⁸⁵ Başkasının arazisine taşınır olmayan bir yapı inşa edildiğinde ise durum değişmektedir. Böyle bir durumda söz konusu yapı taşınmazın maddi kapsamı içine gireceği için taşınmaz maliki aynı zamanda bu yapının da mülkiyetini kazanacaktır.⁸⁶ TMK m. 722/3 hükmü ile böyle bir durumda taşınmaz malikine malzemenin sökülüp kaldırılmasını talep etme hakkı verilmiştir. Taşınmaz malikinin aynı sonuca mülkiyet hakkını koruyan TMK m. 683/2 hükmüne dayanarak da ulaşmasının mümkün olup olmadığı ayrıca incelenmesi gereken bir konudur.

Böyle bir haksız yapı mülkiyet hakkına bir müdahale niteliğindedir⁸⁷ ve böyle bir müdahale esasen TMK m. 683/2 hükmü kapsamındadır.⁸⁸ Öyle ki malikin araziye konu alan olumlu yetkilerini dilediği gibi kullanması artık mümkün değildir ve bu durum malikin rızası olmaksızın gerçekleşmektedir. Normalde bu durumda malikin TMK m. 683/2 hükmüne dayanarak malzemenin (yapının) arazisinden kaldırılmasını istemesi mümkün olabilecekken TMK kapsamında haksız yapı şeklinde ortaya çıkan müdahaleleri konu alan özel düzenlemeler bulunması sebebiyle TMK m. 683/2 hükmünün bu düzenlemeler karşısında durumu tartışmalı hale gelmiştir. Bu tartışma esasen TMK m. 722/3 hükmü ile arazi malikine tanınan hakkın nitelik itibarıyla kişisel bir hak mı yoksa aynı bir hak mı olduğu hususu etrafında şekillenmektedir.

⁸⁴ Malzeme sahibiyle inşaat sahibinin aynı veya farklı kişiler olması da kezâ konumuz açısından bir önem taşımamaktadır. Öyle ki çalışmamız kapsamında kalan kısım malikin bu yapıları taşınmazından nasıl uzaklaştırıp mülkiyet hakkını yeniden tam olarak kullanabilir hale getireceğidir.

⁸⁵ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 583; Ataay, **a.g.e.**, s. 20.

⁸⁶ Ataay, **a.g.e.**, 21.

⁸⁷ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 571; Ataay, **a.g.e.**, s. 71; İnal, **a.g.e.**, s. 260; Yarg. HGK T. 10.12.2003 E. 2003/1-755 K. 2003/752 (Çevrimiçi: Legalbank, E.T.: 4.10.2020)

⁸⁸ Breitschmid/Rumo-Jungo/Göksu, **a.g.e.**, Art. 671, N. 11; İnal, **a.g.e.**, s. 260; Yarg. HGK T. 10.12.2003 E. 2003/1-755 K. 2003/752 (Çevrimiçi: Legalbank, E.T.: 4.10.2020).

Bir görüşe göre TMK m. 722/3 hükmü ile arazi malikine tanınan yapının araziden kaldırılmasını isteme hakkı kişisel bir haktır.⁸⁹ Dolayısıyla bu hakkı mülkiyet hakkına dayanan kaldırma talebinden ayırmak gerekir.⁹⁰ Malik, dilerse TMK m. 683/2'ye dayanarak el atmanın önlenmesi talebinde de bulunabilir.⁹¹

Bizim de taraf olduğumuz diğer görüşe göre ise haksız yapının kaldırılması talebi aynı nitelikte olup mülkiyet hakkına dayanan ve onu korumayı amaçlayan el atmanın önlenmesi talebinin özel bir görünümüdür.⁹² Söz konusu hüküm mülkiyet hakkına gerçekleşen belirli bir müdahalenin varlığı halinde müdahaleye son verilmesi hususunu konu almaktadır ve dolayısıyla bu talebi şahsi bir talep olarak görmek için bir sebep yoktur.⁹³ Ortaya çıkan iktisadi değerlerin korunması açısından yapının kaldırılması talebini konu alan ve genel düzenlemelerden ayrılan özel düzenlemeler yapılmıştır.⁹⁴ Öyle ki haksız da olsa bir yapı inşa edilmiş olması halinde farklı nitelik ve değerdeki malzemelerin yine iktisadi bir kıymet taşıyan insan emeği veya makine kullanımı ile bir araya getirilmiş olmaları sonucunda ortaya çıkan bir artı değer söz konusudur. Bunun yanında söz konusu malzemelerin yapı inşaatı sürecinin gereği olarak bir araya getirilme şekilleri çoğu zaman bu malzemelerin birbirlerinden tekrar kullanılabilir şekilde ayrılmasını imkânsız kılmakta veya çok güçleştirmektedir ki bu durum da malzemenin araziden sökülmesi hâlinde yeni bir iktisadi kayıp ortaya çıkarmaktadır. İşte bu etkenler karşısında malzeme sahibinin istihkak talebiyle kaybettiği mülkiyet hakkını yeniden kazanması veya arazi sahibinin el atmanın önlenmesi yoluyla haksız yapının kaldırılmasını istemesi imkânlarının ortaya çıkan iktisadi değerleri hiçe saymak pahasına da olsa mevcut olması uygun görülmemiş ve bu konuda özel düzenlemeler yapılmıştır. Doğaldır ki bu özel düzenlemelerde TMK

⁸⁹ Honsell/Vogt/Geiser/Rey/Strebel, **Basler Kommentar**, Art. 671 N. 13; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 571; Bertan, **a.g.e.**, s. 618; Ayan, **a.g.e.**, s. 310; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 401. Yargıtay HGK. T. 14.11.1962 E. 4/140 K. 94

⁹⁰ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 571.

⁹¹ Honsell/Vogt/Geiser/Rey/Strebel, **Basler Kommentar**, Art. 674 N. 13; Ayan, **a.g.e.**, s. 310; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 401.

⁹² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 814; Breitschmid/Rumo-Jungo/Göksu, **a.g.e.**, Art. 671, N. 11; Ataay, **a.g.e.**, s. 71; Muin M. Küley/Bülent Ulukut, “**Malzeme Sahibinin Kendi Levazımı İle Başkasının Arsasına İnşaat Yapması**”, İBD, C. 24 Y.1950, s. 643; Erkan, **a.g.e.**, s. 123-128. Aynı yönde: Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya**, s. 494-494 dn. 924.

⁹³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 814; Erkan, **a.g.e.**, s. 124.

⁹⁴ İnal, **a.g.e.**, s. 260; Gürsel, **a.g.e.**, s. 38; Akipek, **Eşya – II**, s. 178; Yarg. 1. HD, E. 2013/1066, K. 2013/1339, T.6.2.2013 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 09.10.2020)

m. 683/2 hükmüne dayanan talepler için gerekli olmayan özel koşullar öngörülmüş ve bu imkânların kullanılması zorlaştırılmıştır. Hükmün amacı tıpkı TMK m. 683/2 hükmü gibi mülkiyet hakkını korumaktır ve dolayısıyla söz konusu talep aynı bir taleptir.⁹⁵ TMK m. 683/2'den farklı olarak ortaya çıkan değerlerin korunması gayesiyle taşınmaz malikinin olumsuz yetkilerini kullanması için yeni koşullar öngörülmekte ve bu yetkilerin kullanılması belirli ölçüde zorlaştırılmaktadır.⁹⁶ Hâl böyleyken TMK m. 722/3 hükmüne rağmen malikin m. 683/2'ye dayanan el atmanın önlenmesi talebiyle söz konusu yapıyı araziden kaldırtabilmesi mümkün görülmemelidir.

TMK m. 722/3 hükmüne dayanan kal talebi de el atmanın önlenmesi davasının özel bir görünümü niteliğinde olduğu için zamanaşımı, davacı sıfatı, görev, yetki gibi hususlarda paraleldirler. Örneğin kabul ettiğimiz görüş uyarınca aynı nitelikte bir talep olması itibarıyla müdahale devam ettiği sürece açılması mümkündür.⁹⁷ Yine el atmanın önlenmesiyle paralel şekilde dava hakkı yalnızca mülkiyet hakkı sahibine değil çıkarları zedelenen sınırlı aynı hak sahiplerine de aittir.⁹⁸ İpotek hakkı sahibininse yapı sebebiyle taşınmazın değerini arttıracığından zedelenen bir çıkarı mevcut olmayacak ve bu sebeple bu davayı açamayacaktır.⁹⁹

cc. Haksız Yapının Kaldırılması İçin Gerekli Koşullar

Haksız inşaat halinde TMK m. 683/2 hükmüne dayanarak yapının inşa eden tarafından kaldırılması için malikin mülkiyet hakkından dilediği şekilde faydalanamıyor olması yeterli olacakken TMK m. 722/3 hükmü ile malikin talebinin ancak yapının rızası dışında inşa edilmiş olması ve malzemenin sökülmesinin aşırı zarara yol açmaması koşuluyla kabul edilebileceği belirtilmiştir. TMK m. 722/3'e dayanan talebin aynı nitelikteki el atmanın önlenmesi davasının özel bir görünüm biçimi olduğu yönündeki görüşümüze uygun şekilde TMK m. 683/2 hükmünden ayrı olarak öngörülen tek koşul aşırı bir zarar meydana gelmemesidir. Öyle ki malikin açık

⁹⁵ Erkan, **a.g.e.**, s. 123-128.

⁹⁶ İnal, **a.g.e.**, s. 260-261.

⁹⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 815. Yazarlar, taşınmaz malikinin söz konusu yapıdan önemli bir süre boyunca faydalanması durumunda yapının haksızlığı ortadan kalkacağı için artık bu durumda kal talep edilemeyeceği kanısındadırlar.

⁹⁸ Bertan, **a.g.e.**, s. 619; Akipek, **Eşya – II**, s. 182; Ataay, **a.g.e.**, s. 69-70.

⁹⁹ Ataay, **a.g.e.**, s. 70.

veya zımni olarak verdiği rızadan sonra el atmanın önlenmesi talebinde bulunması çoğu zaman hakkın kötüye kullanılması teşkil edecek ve bu sebeple hukuk düzeni tarafından zaten korunmayacaktır. Malikin rızasının olmadığı ve fakat aşırı zarara sebep olacak hallerde ise ortaya böyle bir zarar çıkmaması için malik inşaatın kaldırılmasını isteyemeyecektir.¹⁰⁰ Haksız yapının inşa eden tarafından kaldırılması için bu iki koşulun da aynı anda bulunması şarttır. Bu koşullar mevcut olmadığı halde ise malikin malzemeyi bizzat kaldırması mümkündür.¹⁰¹ Zira malzeme mülkiyetinin taşınmaz mülkiyetinin maddi kapsamına dâhil olmuş olması itibariyle malik mülkiyet hakkından doğan olumlu yetkilerini bunlar üzerinde de kullanabilir. Fakat bu durumda malzeme sahibinin TMK m. 723 hükmüne dayanarak tazminat talep etmesi mümkündür.¹⁰²

aaa. Taşınmaz Malikin Rızasının Bulunmaması

Malikin TMK m. 722 hükmüne dayanarak kal talep edebilmesi için hükümde zikredilen koşullardan ilki söz konusu yapının malikin rızası olmaksızın inşa edilmiş olmasıdır. Malikin rızası olmadığını beyan etmesi veya bir itirazda bulunmuş olması şart olmayıp rızanın verilmemiş olması yeterlidir.¹⁰³

Malik açık veya örtülü olarak rıza gösterdiği ve rızasının geçerli olduğu hallerde bu hükme dayanarak bir talepte bulunamayacaktır.¹⁰⁴ Malikin inşaattan

¹⁰⁰ Doktrindeki bir görüşe göre TMK m. 722/3 hükmüne dayanarak kaldırma talep etmek için gerekli şartlar gerçekleşmese de taşınmaz malikin m. 683/2 uyarınca el atmanın önlenmesini talep etmesi mümkündür fakat bu durumda malzeme sahibinin haksız yapıya ilişkin hükümlerden doğan haklarını kullanması ihtimali söz konusu olduğu müddetçe hâkim el atmanın önlenmesi kararı veremeyecektir. (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 814) Kanımızca malzeme sahibinin malzeme üzerindeki mülkiyet hakkını kaybetmiş olması itibariyle şahsi bir talep hakkına sahip olduğu (bkz. Akipek, **Eşya – II**, s. 175; Gürsel, **a.g.e.**, s. 39) ve buna karşılık 683/2’ye dayanan bir talebin her halükârda aynı bir talep olacağı göz önünde bulundurulursa aynı ve kişisel hakların karşı karşıya gelmeleri durumunda aynı hakkın tercihe şayan olacağı kabulünün (Yarg. 1. HD, T. 10.11.2015, E. 2014/10400, K. 2015/12892(Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 27.08.2020)) bir sonucu olarak bu görüşe katılmak mümkün değildir.

¹⁰¹ İnal, **a.g.e.**, s. 261; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 814; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 494 dn. 929; Bertan, **a.g.e.**, s. 618-621. Bu durumda malzemenin itinayla söktürülmesi ve zarar görmemesi arazi sahibinin sorumluluğunda olacaktır. (Bertan, **a.g.e.**, s. 618.)

¹⁰² İnal, **a.g.e.**, s. 261; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 814; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 494 dn. 929.

¹⁰³ Ataay, **a.g.e.**, s. 69.

¹⁰⁴ Ataay, **a.g.e.**, s. 68-69; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 494; İnal, **a.g.e.**, s. 261; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 572; Küley/Ulukut, **a.g.e.**, s. 644; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 348.

haberdar olduğu halde haklı bir neden bulunmaksızın bir itirazda bulunmaması¹⁰⁵ veya taşınmazını haricen satması¹⁰⁶ hallerinde malikin zımnı rızasının bulunduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte haksız yapının varlığını yapı tamamlandıktan sonra öğrenen malikin bir süre susmuş olması bu şekilde yorumlanamaz.¹⁰⁷

Haksız bir yapıya muvafakat veren arazi malikinın bu muvafakatini kural olarak sonraki haksız yapılara da verilen bir muvafakat olarak değerlendirmek mümkün olmasa da somut olay üzerinden yapılacak incelemeler sonucunda böyle bir durum istisnaen kabul edilebilir.¹⁰⁸

Şunu da belirtmek gerekir ki taşınmaz malikinın rızasının aşıldığı hallerde somut olay bazında yeni bir değerlendirme yapılması gerekecektir. Rızanın bir sözleşme ilişkisi sebebiyle verildiğı hallerde öncelikli olarak bu sözleşmeye ait hükümler uygulanacaktır.¹⁰⁹ Taraflar arasında bir inşaat sözleşmesi varsa sözleşmeden dönme sonucunda dönme anına kadar yapılan kısım haksız yapı olacak fakat malikin rızası bulunması sebebiyle yapının kaldırılması istenemeyecektir.¹¹⁰

Malikin rızası külli halefleri açısından da bağlayıcıdır.¹¹¹ Bununla beraber inşaat devam ederken taşınmazın devredilmesi ihtimalinde önceki malikin rızası devirden sonra da inşaata devam etme hakkı vermez.¹¹² Zira bu rıza sonraki maliklere karşı da ileri sürülebilecek bir ayni hak sağlamaz.¹¹³ Devir anına kadar meydana gelen

¹⁰⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 816; Ataay, **a.g.e.**, s. 69; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 571. Doktrinde malikin bu durumu bilmesi gereken hallerde hareketsiz kaldığı durumlarda da aynı şekilde bu imkândan faydalanılamayacağı belirtilmektedir. (Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 572; Akipek, **Eşya – II**, s. 182)

¹⁰⁶ Yarg. İBHGK T. 05.07.1994, E. 1987/2, K. 1987/2 (**R.G.** T. 21.12.1988, S. 20026) Bu sonuca hakkın kötüye kullanılması yasağı sebebiyle ulaşılmaktadır.

¹⁰⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 816; Ataay, **a.g.e.**, s. 69.

¹⁰⁸ İnal, **a.g.e.**, s. 261 dn. 50. Yazar böyle bir duruma örnek olarak bir okul binasına muvafakat eden malikin okulla alakalı ek bir binaya da muvafakat ettiğinin kabul edilmesi olayını vermektedir. Bu durumda malik ek binaya rızası olmadığını açıkça bildirmelidir.

¹⁰⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 817.

¹¹⁰ İnal, **a.g.e.**, s. 262-263. Bununla birlikte bu değerlendirme meydana gelen yapı ne olursa olsun malikin kabul etmek ve katlanmak zorunda olduğu bir yapı olarak kabul edilmelidir şeklinde anlaşılmalı ve tamamlanan kısım arazi malikinın işine hiçbir şekilde yaramayacak nitelikteyse böyle durumlarda da yapının iş sahibinin (malikin) rızası olmaksızın yapıldığı kabul edilmelidir. (İnal, **a.g.e.**, s. 263 dn. 55)

¹¹¹ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 572; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 816.

¹¹² İnal, **a.g.e.**, s. 262 dn. 53; Ataay, **a.g.e.**, s. 69 dn. 20; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 816.

¹¹³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 816.

kısım açısından rıza geçerli olacak fakat malik değiştikten sonra sırf bu rızaya dayanarak inşaata devam edilmesi mülkiyet hakkına bir müdahale olarak nitelenecektir.¹¹⁴ Devir öncesinde tamamlanan kısım açısından ise malikin mülkiyet hakkının sağladığı olumlu yetkiler çerçevesinde yapıyı kaldırması mümkündür.¹¹⁵

bbb. Yapının Kaldırılmasının Aşırı Zarara Yol Açmaması

Madde lafzında zikredilen bir diğer koşul malzemenin sökülmesinin aşırı zarara yol açmıyor olmasıdır. Bu koşulun nasıl değerlendirilmesi gerektiği konusunda doktrinde ve içtihatlarda bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bu değerlendirme bir görüşe göre taraflar açısından diğer bir görüşe göre ise genel menfaat açısından yapılmalıdır.¹¹⁶ Haksız yapının kaldırılmasına ilişkin koşulları ortaya çıkan değerlerin korunması amacıyla el atmanın önlenmesi için gerekli koşulları ağırlaştırıcı nitelikte gören ve tarafımızca da benimsenen görüş uyarınca bu değerlendirmenin yalnızca taraflar üzerinde yaratılacak etkiler dikkate alınarak gerçekleştirilemez. Öyle ki bu ağırlaştırmanın amacı taraflardan birinin meydana getirdiği değeri o tarafın menfaatlerini güvence altına almak amacıyla korumak değildir. Ortaya çıkan yapı tarafların malvarlığında bir azalma ya da artmaya sebep olmanın ötesinde genel iktisadi durum açısından bir önem taşımakta ve bu sebeple mümkün mertebe muhafaza edilmek istenmektedir. Dolayısıyla bu konudaki değerlendirme sadece tarafların uğrayacakları zarar dikkate alınarak yürütülemez.¹¹⁷ Fakat bu demek değildir ki tarafların uğrayacakları zararlar tamamen göz ardı edilsin.¹¹⁸ Bu noktada biz de aşırı zarar kavramının taraflar veya genel menfaat açısından değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüşlerin alternatif değil tamamlayıcı şekilde değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüşe katılıyoruz.¹¹⁹ Öyle ki yapının kaldırılamayacağına karar verilmesi halinde malik yaratılmış değerlerin korunması gayesiyle bir fedakârlıkta bulunmaya zorlanmaktadır.¹²⁰ Böylesi bir fedakârlığın gerekli olup olmadığında ilişkin bir değerlendirme ise ancak hem bu karardan doğrudan etkilenecek tarafların hem de

¹¹⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 816 dn. 34; İnal, **a.g.e.**, s. 262 dn. 53.

¹¹⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 494 dn. 927; İnal, **a.g.e.**, s. 262 dn. 53.

¹¹⁶ Bu görüşler hakkında detaylı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. İnal, **a.g.e.**, s. 263-274.

¹¹⁷ Akipek, **Eşya – II**, s. 178.

¹¹⁸ İnal, **a.g.e.**, s. 272.

¹¹⁹ İnal, **a.g.e.**, s. 273.

¹²⁰ Ulsan, **a.g.e.**, s. 148

böyle bir değerlendirme öngörülürken korunmak istenen genel menfaatin dikkate alınmasıyla sağlıklı şekilde gerçekleştirilebilir.

Somut olayda bu koşulun oluşup oluşmadığı talep anındaki duruma göre mahkeme tarafından değerlendirilir.¹²¹ Ortaya çıkan zararın belirli bir sınırın altında veya üstünde kalması üzerinden sağlıklı bir sonuca varılamayacağı için bu değerlendirmenin yıkım sonucunda elde edilecek fayda ile meydana gelecek zararın kıyaslanması yoluyla yapılması gerekir.¹²² Bu değerlendirmeye dâhil edilecek fayda ve zararların ekonomik değer taşımaları şart değildir.¹²³

iii. Maddi Kapsama Dâhil Olmayan İstisnai Haller

Bazı yapılar vardır ki bu yapılar üzerinde bulundukları arazinin mülkiyet hakkının kapsamında değildir. İşte bu durumlarda yapı üzerindeki mülkiyet hakkı ile arazi üzerindeki mülkiyet hakkı farklı haklar oldukları için birine dayanarak bir diğerrinin korunması mümkün değildir.

aa. Taşkın Yapı

Taşkın yapı inşa edildiği taşınmazın sınırlarını aşarak bir başka taşınmaza müdahale eden yapıdır.¹²⁴ Genel kural uyarınca taşkın kısmın üzerinde bulunduğu (taşkınlığın gerçekleştiği) arazinin mülkiyetine tabi olması gerekecekken TMK m. 725 hükmü ile istisnai bir düzenleme yapılmış ve taşkınlık teşkil eden kısmın belirli durumlarda söz konusu yapının bütünleyici parçası olarak yapı malikinin mülkiyetinde bulunacağı belirtilmiştir.¹²⁵ Hükme göre yapı malikinin taşırılan kısma ilişkin bir irtifak hakkı mevcutsa taşan kısım taşkınlığın gerçekleştiği arazinin değil yapının aslen

¹²¹ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 572; Gürsel, **a.g.e.**, s. 49. Hâkimin takdir yetkisi aşırı bir zararın meydana gelip gelmeyeceği noktasında olup meydana gelecek olduğunu tespit ettikten sonra buna rağmen takdir hakkını kullanarak yıkım kararı veremez. Bkz. İnal, **a.g.e.**, s. 275.

¹²² İnal, **a.g.e.**, s. 273. Malzeme sahibinin iyiniyetli olup olmaması bu koşulun incelenmesinde bir önem taşımayıp yalnızca temlik talebi bakımından dikkate alınacaktır. (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 818)

¹²³ İnal, **a.g.e.**, s. 274. Kapadokya’da doğal dokusuyu bozan bir yapının yıkılmasının kamu yararı gereği olduğu ve aşırı zarar doğurmayacağı yönündeki bilirkişi raporunun kabul gördüğü karar için bkz: Yarg. HGK T. 10.12.2003 E. 2003/1-755 K. 2003/752 (Çevrimiçi: Legalbank, E.T.: 4.10.2020)

¹²⁴ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 584; Akipek, **Eşya – II**, s. 194; Gürsel, **a.g.e.**, s. 82. Menkul yapılar bu kapsamda değildirler. (Çörtoğlu, **Aşkın Kullanma**, s. 169; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 857; Bertan, **a.g.e.**, 636)

¹²⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 512, 517; Esener/Güven, **a.g.e.**, s. 268; Zevkliler, **Zarar Verici İnşaat**, s. 71.

bulunduğu taşınmazın bütünleyici parçası olacaktır. Dolayısıyla bu durumlarda taşkın kısım taşıdığı arazi üzerindeki taşınmaz mülkiyetinin maddi kapsamı içerisinde yer almayacaktır. Bu durumda taşan kısma gerçekleşen müdahaleler taşkınlığın gerçekleştiği arazi üzerindeki mülkiyet hakkına değil diğer taşınmazın mülkiyet hakkına dayanarak engellenebileceklerdir.

Taşkın bir yapıdan söz edebilmek için esas yapıyla taşan kısım arasında fiziksel bir bağıllık olması gerekmektedir.¹²⁶ Taşan kısım arazinin yüzeyinde bir taşkınlık yaratmış olabileceği gibi yatay ve dikey kapsamı içerisinde herhangi bir noktaya taşmış da olabilir.¹²⁷ Taşkınlığın az veya çok olması taşkın inşaatın varlığı açısından bir önem teşkil etmez.¹²⁸

TMK m. 725/1 hükmünde bahsedilen çerçevede bir irtifak hakkının bulunmadığı ve fakat taşkın yapının söz konusu olduğu hallerde esasen taşınmaz mülkiyetine gerçekleşen bir müdahale bulunmasına ve malikin bu sebeple el atmanın önlenmesini talep etme imkânına sahip olmasına rağmen TMK m. 725 uyarınca bazı şartların gerçekleşmesi halinde taşınmaz maliki bu yoldan faydalanamayacaktır.¹²⁹ Hükme göre müdahalenin gerçekleştiği taşınmazın maliki zamanında itirazda bulunmamışsa, yapı iyi niyetle yapılmışsa ve durum ve koşullar da haklı gösteriyorsa söz konusu kısım için yapı sahibi lehine bir irtifak hakkı kurulması veya mülkiyetin devri mümkündür. Bu şartlardan birisi eksikse TMK m. 683/2 uyarınca taşkın kısmın

¹²⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 522; Zevkliler, **Zarar Verici İnşaat**, s. 73. Böyle bir bağıllığın kabul edilmesi için ekonomik bağıllığın da yeterli olabileceğini söyleyen görüş için bkz.: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 859; Gürsel, **a.g.e.**, s. 82.

¹²⁷ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 584; Akipek, **Eşya – II**, s. 194; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 356; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 857; Bertan, 634; Gürsel, **a.g.e.**, s. 84-85; Esener/Güven, **a.g.e.**, s. 268

¹²⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 828; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 356; Çörtoğlu, **Aşkın Kullanma**, s. 169; Bertan, **a.g.e.**, 634; Zevkliler, **Zarar Verici İnşaat**, s. 72. İnşaatın önemli kısmının taşkın olduğu durumda haksız inşaaatla ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği yönünde bkz. Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 638-639.

¹²⁹ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 585; Akipek, **Eşya – II**, s. 194; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 879; Zevkliler, **Zarar Verici İnşaat**, s. 68. TMK m. 725 hükmü dışında taraflar arasında böyle bir yapıya izin veren şahsi nitelikte bir sözleşme bulunması halinde de el atmanın önlenmesi istenemeyecektir. (Bkz. Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 585) Bu şartların gerçekleştiği durumlarda malik taşkın yapı sahibi lehine bir irtifak hakkı tesis etmek veya mülkiyet hakkını devretmek zorunda kalmakta ve olumsuz yetkilerini kullanarak yapının kaldırılmasını talep edememektedir. Dolayısıyla koşullar gerçekleştiğinde malikin katlanma yükümlülüğü doğacaktır. (Serozan, **Taşan Yapı**, s. 263)

kaldırılması malik veya hakları zarar gören sınırlı ayni hak sahibi tarafından istenebilir.¹³⁰

bb. Üst Hakkı

Üst hakkı, TMK m. 826 hükmü ile arazi sahibi tarafından üçüncü kişi lehine tesis edilen ve kişiye yapı yapma ya da yapıyı muhafaza etme hakkı sağlayan irtifak hakkı olarak tanımlanmıştır. TMK m. 726 hükmü ile de üst hakkına dayalı olarak inşa edilen bir yapının mülkiyetinin üst hakkı sahibine ait olacağı belirtilmiştir. Bu haliyle üst hakkına dayanarak inşa edilen veya arazide kalmaya devam edebilen bir yapı, TMK m. 684 hükmü ile düzenlenen bütünleyici parça kuralının da TMK m. 718 hükmü ile kabul edilen araziye dikilen şeylerin arazi mülkiyetine tabi olacağı kuralının da bir istisnasıdır.

Şu hâlde üst hakkı kapsamında inşa edilen yapı ile yapının bulunduğu taşınmaz üzerinde birbirinden ayrı iki mülkiyet hakkı bulunduğu için arazi üzerindeki mülkiyete dayanarak yapının ve üst hakkına konu olan yapı üzerindeki mülkiyet hakkına dayanarak da arazinin korunması mümkün değildir. Bu durum üst hakkı sona erene kadar devam eder. Üst hakkının ortadan kalkmasıyla beraber yapı artık genel kurala uygun şekilde arazi mülkiyetine tabi olur¹³¹ ve artık arazi mülkiyetine dayanarak yapının korunması da mümkün hale gelir.

cc. Mecralar

TMK m. 718 hükmü ile sınırları belirlenen maddi kapsamın ikinci istisnası TMK m. 727 hükmü ile aksine düzenleme olmadıkça bağlı olduğu işletmenin eklentisi olarak kabul edileceği belirtilen mecralardır. Mecra, akıcı madde ve enerjinin nakil ve dağıtımlarını sağlayan tesisattır.¹³² Mecra kavramının içine ancak elektrik, gaz gibi akıcı şeylerin taşındığı tesisatlar girer.¹³³

¹³⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 514; Akipek, **Eşya – II**, s. 196; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 862.

¹³¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 507.

¹³² Akipek, **Eşya – II**, s. 199; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 822.

¹³³ Halûk Tandoğan, “Türk Hukukunda Mecralar”, **AÜHFED C. 9 S. 3**, 1952, s. 143; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 509; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 589; Akipek, **Eşya – II**, s. 199; Ertas, **a.g.e.**, s. 378. Dolayısıyla teleferik ve föniküler gibi akışkan olmayan şeyler taşıyan tesisatlar bu kapsamda değerlendirilemez. Baskın görüş bu yönde olmakla beraber doktrinde

İçinden geçtikleri taşınmazın ihtiyacını karşılayan mecralar dâhili tesisat niteliğinde olup o taşınmazın maddi kapsamı içerisinde değerlendirilirler.¹³⁴ İstisnai olarak maddi kapsamın içerisinde yer almayan mecralar içinden geçtikleri taşınmazın ihtiyaçları için değil de çıktıkları veya içine girdikleri işletmenin ihtiyaçları için nakil ve dağıtma fonksiyonunu üstlenen ve bu sebeple transit mecra olarak adlandırılan mecralardır.¹³⁵ Transit mecranın, tarafların anlaşmasına veya kanundan doğan bir yükümlülüğe dayanarak tesis edilen mecra irtifakı uyarınca taşınmaz üzerinde bulunduğu durumlarda mecra üzerindeki mülkiyet hakkı işletmeye ait olup bu mecra taşınmaz mülkiyetine dâhil olmayacaktır.¹³⁶ Taşınmazda transit mecra bulundurmamak için gerekli koşullar gerçekleşmemişse bu yapı taraflar arasında anlaşma bulunup bulunmamasına bağlı olarak ya taraflar arasındaki anlaşmaya ya da haksız yapıya ilişkin hükümlere tabii olacaktır.¹³⁷

Bu çerçevede bir irtifak hakkına dayanarak taşınmazda yer alan mecranın mülkiyeti söz konusu işletmeye ait olup taşınmaz mülkiyetine dayanarak üzerinde tasarrufta bulunulamaz. Aynı sebeple taşınmaz mülkiyetine dayanarak mecraya gerçekleşen el atmanın önlenmesini talep etmek de mümkün değildir. Öyle ki bu durumda mecra ve taşınmaz üzerinde birbirinden ayrı iki farklı mülkiyet hakkı bulunmaktadır.

mecra kavramının geniş yorumlanması ve birden fazla taşınmaza etki eden diğer tesisatları da kapsamı gerektiğini söyleyen bir görüş de bulunmaktadır. (Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 884) Bu görüşün eleştirisi için bkz. Tandoğan, **Mecralar**, s. 142-145.

¹³⁴ Akipek, **Eşya – II**, s. 200; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 590; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 886; Esener/Güven, **a.g.e.**, s. 267; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 406; Topuz, **a.g.e.**, s. 311.

¹³⁵ Akipek, **Eşya – II**, s. 200; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 590. Bu kapsamda işletme ile mecra arasında teknik bir bağılılık bulunması gerekse de işletmenin merkez olması şart değildir. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 509.

¹³⁶ Akipek, **Eşya – II**, s. 200, 201, 206. Mecra irtifakı esasen bir üst irtifakı niteliğindedir. (Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 590; Akipek, **Eşya – II**, s. 201; Tandoğan, **Mecralar**, s. 147; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 890) Taraflar arasındaki anlaşma irtifak hakkını konu alan bir anlaşma değil de bir çeşit taahhüt içeriyorsa bu durumda söz konusu mecra taşınmazın maddi kapsamına dahil olmaya devam edecektir. Bkz. Tandoğan, **Mecralar**, s. 147; Akipek, **Eşya – II**, s. 200. TMK m. 744 hükmü ile komşuluk hukukuna dayanan mecra geçirme hakkı düzenlenmiş olup bu husus taşınmaz malikinin katlanma yükümlülüğü bulunan bir müdahale niteliğinde olduğu için çalışmanın 3. Bölümünde incelenmiştir.

¹³⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 511

dd. Taşınır Yapı

Taşınır yapının nasıl tespit edileceğini ve taşınmaz mülkiyeti karşısında durumunu daha önce incelediğimiz için bu başlık altında sistemsal bütünlük açısından taşınır inşaatın taşınmaz mülkiyetinin maddi kapsamı içerisinde yer almadığını tekrarlamakla yetiniyoruz.¹³⁸

(2) Dikili Bitkiler

TMK m. 718/2 hükmü sayesinde taşınmaz üzerindeki bitkiler de taşınmaz mülkiyetinin maddi kapsamı içerisinde yer alırlar. Bu hüküm sayesinde TMK m. 684 hükmündeki şartlar aranmaksızın bütünleyici parça haline gelirler.¹³⁹ Ancak bu durumun söz konusu olabilmesi için bitkinin kalıcı olması amacıyla dikilmiş olması yani taşınır bitki niteliğinde olmaması gerekir.¹⁴⁰ Kalıcı olmayan bitkiler hakkında taşınır yapıya ilişkin hükümler uygulanacaktır.¹⁴¹

Bitki ve arazi sahiplerinin farklı kişiler olması durumunda TMK m. 729/1 uyarınca yine haksız yapıya ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bitki böyle durumlarda da taşınmazın bütünleyici parçası haline gelecek ve bitki sahibi mülkiyet hakkını kaybedecektir.¹⁴²

Taşınır olmayan bir bitkinin söz konusu olduğu ve dolayısıyla taşınmaz malikinin mülkiyet hakkının bu bitkileri de kapsadığı durumlarda taşınmaz mülkiyetinin sağladığı olumsuz yetkiler bu bitkiler üzerinde de kullanılabilecektir. Taşınır bitkinin korunması ise ancak bitki üzerindeki mülkiyet hakkına dayanarak mümkün olabilecektir. Öyle ki bu durumda taşınır bitki ve taşınmaz üzerinde iki farklı mülkiyet hakkı söz konusu olup her ikisinin de maliki aynı olsa bile aynı mülkiyet hakkının konusu olduklarını söylemek mümkün değildir. Bu sebeple örneğin

¹³⁸ Bkz. yuk. Bölüm 2: II.C.1.c.(1).i

¹³⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 522; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 579.

¹⁴⁰ Rey, **a.g.e.**, N. 1086; Schmid/Hürliman-Kaup, **a.g.e.**, N. 908; Akipek, **Eşya – II**, s. 190-191; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 522; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 579; Ertaş, **a.g.e.**, s. 379; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 413-414. Kalıcı olmasıyla kastedilenin ebedilik veya birden fazla yıl orda bırakılmaktan ibaret olmadığı ve bir hasat mevsimi için dikilen bitkilerin de bu kapsamda olacağı yönünde bkz. Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 579. Mahsul elde etmek amacıyla yapılan dikilen şeylerde geçici bir amaçtan bahsedilemeyeceği yönünde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 850.

¹⁴¹ Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 359; Aydın Zevkliler, “Komşuluk Hukukunda Taşkın Bitki ve Ağaçlar”, **DÜHFD**, C. 2, S. 2, Y. 1984, s. 113.

¹⁴² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 523.

taşınmazını elma bahçesi olarak kullanan bir malik bu ağaçlara gerçekleşen müdahaleleri taşınmaz mülkiyetine dayanan el atmanın önlenmesi davasıyla ortadan kaldıracabilecekken taşınmazında satış amaçlı süs ağaçları yetiştiren malik bu ağaçları taşınmaz mülkiyetine dayanarak değil ancak süs ağaçları üzerindeki taşınır mülkiyetine dayanarak koruyabilecektir.¹⁴³

(3) Kaynaklar

Hem TMK m. 718/2 hem de TMK m. 756 hükümleri ile kaynakların bulundukları arazi mülkiyetine dâhil oldukları belirtilmiştir. Fakat nelerin kaynak olduğuna dair bir tanım kanunda yer almamaktadır. Bir kaynaktan söz edebilmek için doğal yollardan veya insan müdahalesi sonucu devamlı şekilde toprak yüzeyine çıkan bir su bulunması gerekir.¹⁴⁴ Yeraltı sularının insan müdahalesi ile yüzeye çıkarılması halinde yapay kaynak söz konusu olur ki bu kaynaklar hakkında TMK hükümleri değil 167 sayılı Yeraltı Sular Kanunu¹⁴⁵ uygulanır.¹⁴⁶ Zira TMK m. 756 hükmünde de zikredildiği üzere yer altı suları herkesin faydalanabileceği ve fakat devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yer niteliğinde olup taşınmaz mülkiyetinin kapsamı içerisinde değerlendirilemezler.¹⁴⁷ Taşınmaz maliki bu sulardan ihtiyacı kadar faydalanma yetkisini haiz olup fazlasının mülkiyeti devlete aittir.¹⁴⁸

TMK hükümleri uyarınca arazi mülkiyeti kapsamında olduğu söylenebilecek bir kaynaktan bahsedilebilmesi için bu kaynağın yapay olmamasının yani doğal

¹⁴³ Taşınır bitki olarak süs ağacı örneği için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 522; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 414.

¹⁴⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 524-525. Yüzey sularının bir kaynak oluşturması mümkün değildir. (Akipek, **Eşya – II**, s. 187; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 580)

¹⁴⁵ **R.G. T. 23.12.1960, S. 10688**

¹⁴⁶ Akipek, **Eşya – II**, s. 187; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 581; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 525; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 861-862; Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 415; Yarg. 14. HD, T. 22.1.2018, E. 2016/17281, K. 2018/496 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T. 9.10.2020). Doğal ve yapay kaynakları bir tutmanın yeraltı sularıyla alakalı düzenlemeleri dolanmak olacağı yönünde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 862.

¹⁴⁷ Akipek, **Eşya – II**, s. 187; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 580; Yarg. 20. HD T. 11.03.2010 E. 2010/20139 K. 2010/3109. (Çevrimiçi: Legalbank, E.T.: 4.10.2020)

¹⁴⁸ Yarg. 20. HD T. 11.03.2010 E. 2010/20139 K. 2010/3109 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 9.10.2020); Yarg. HGK T. 22.03.1973 E. 1969/6-745 K. 198. Kuyu açıp bu sulara ulaşan kişinin ihtiyacından fazla olan kısım 167 sayılı Kanun'un değiştirilmiş 4. Maddesi uyarınca İl Özel İdareleri tarafından kiraya verilirdi: "... Bu miktarı aşan sular ile sulama, kullanma ve işlenerek veya doğal haliyle içme suyu olarak satılmak üzere çıkarılan yeraltı suları, Hazinesin özel mülkiyetinde veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerdeki kaynak suları (mazbut vakıflara ait sular hariç), 2886 sayılı Kanun hükümlerine uyularak il özel idarelerince kiraya verilir. ..."

kaynak olmasının yanında devamlılık arz etmesi¹⁴⁹ ve çıktığı taşınmazla sınırlı kalacak ölçüde az olması da gerekir.¹⁵⁰ Yargıtay’a göre bir kaynağın özel mülkiyete konu olması ortaya çıkan suyun ortaya çıktığı taşınmaz sınırlarını aşarak bir nehir ya da dere meydana getirmemesine ve özel mülkiyete konu olmasının kamu zararına bir sonuç doğurmamasına bağlı olup bu koşulları sağlamayan bir kaynak özel mülkiyete tabi bir taşınmazda yer alsa bile genel su olarak kabul edilmelidir.¹⁵¹ Suyun bu kıstaslar ışığında genel su mu yoksa özel su mu olduğu tespit edilirken yapılacak incelemelerin suların en az olduğu dönemde yapılması gerektiği Yargıtay tarafından kabul edilmektedir.¹⁵² Bu kapsamda yer alan bir kaynağın kimyevi özellikleri esasen bir önem taşımaz fakat şunu da belirtmek gerekir ki doğal kaynaklardan jeotermal kaynaklar ve mineralli sular hakkında da özel düzenlemeler mevcut olduğu için bunların da TMK hükümlerine tabi olması söz konusu değildir.¹⁵³

İşte bu koşulları sağlayan bir kaynak arazinin maddi kapsamı içerisinde kabul edilecek ve arazi malikinin mülkiyet hakkından doğan yetkilerine tabi olacaktır.¹⁵⁴ Malik böyle bir kaynaktan daha iyi faydalanabilmesi için gerekli tesisatı arazisine kurarak suyu yönlendirebilir veya toplayabilir¹⁵⁵ fakat suyun verimini arttırmak için müdahalede bulunursa bu durum yer altı sularına bir müdahale teşkil edeceği için bu

¹⁴⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 525; Akipek, **Eşya – II**, s. 187.

¹⁵⁰ Yarg. 3. HD 15.11.1993 E. 1993/5037 K. 1993/19255 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 27.08.2020); Yarg. 3. HD T. 25.12.2001 E. 2001/10207 K. 2001/10967 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 27.08.2020). Hüküm kurmadan önce suyun miktarının özel mülkiyete konu olmaya elverişli olup olmadığının bilirkişi tarafından tespit edilmesi gerektiği yönünde bkz. Yarg. 3. HD T. 22.05.1987 E. 1987/11618 K. 1987/5535 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 27.08.2020).

¹⁵¹ Yarg. 3. HD T. 25.12.2001 E. 2001/10207 K. 2001/10967 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 27.08.2020). Yargıtay’ın bu koşullara ek olarak söz konusu taşınmazın tapulu taşınmaz olmasını da gerekli gördüğü hakkında bkz. Yarg. 14. HD, T. 13.11.2018, E. 2018/1124, K. 2018/7737 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 9.10.2020); Yarg. 14. HD, T. 22.1.2018, E. 2016/17281, K. 2018/496 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T. 9.10.2020).

¹⁵² Yarg. 14. HD, T. 30.9.2019, E. 2016/13779, K. 2019/6036. (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 09.10.2020)

¹⁵³ Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 362; Akipek, **Eşya – II**, s. 187. Bkz. 5686 sayılı Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanunu (**RG**: T. 11.12.2007 S. 26727) Bu kaynaklar da devletin hüküm ve tasarrufunda olmaları itibarıyla taşınmaz mülkiyetinin maddi kapsamı içerisinde yer almazlar. (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 525) İçerisinde işlemeye yetecek kadar maden bulunan kaynakların maden sayılacağı hakkında bkz. Akipek, **Eşya – II**, s. 187-188.

¹⁵⁴ Kaynak yer altı suyunun görünür şekilde yüzeye çıktığı nokta olup bu nokta hangi taşınmazın sınırları, yani yatay kapsamı, içerisinde yer alıyorsa o taşınmazın kapsamında olacaktır. (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 526 dn. 1087) Kaynağın bulunduğu taşınmaz mülkiyeti kapsamında kabul edilmesinin yerinde olmadığı ve tabii servetler ve kaynakları konu alan AY m. 168 hükmüne aykırılık teşkil ettiği ve bu sebeple kaynakların hepsinin 167 sayılı kanuna tabi olması gerektiği yönünde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 854-855.

¹⁵⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 526; Akipek, **Eşya – II**, s. 189.

sularla alakalı düzenlemelere tabi olarak değerlendirme yapılacaktır.¹⁵⁶ Buna karşılık suya ihtiyacı olan komşu arazi maliklerinin TMK m. 742 uyarınca suyun kendi arazilerine akıtılmasını istemeleri mümkün değildir.¹⁵⁷ Dolayısıyla bu sonucu ulaşmak amacıyla kaynağa bir müdahale gerçekleşmesi halinde bu müdahale haksız bir müdahale olarak değerlendirilecek ve taşınmaz maliki bu müdahalenin önlenmesini talep edebilecektir. Öyle ki malik mülkiyet hakkına dayanan olumsuz yetkilerini maddi kapsam içerisinde yer alan bir kaynağı korumak için de kullanabilecektir. Fakat belirtmek gerekir ki doğrudan taşınmaza gerçekleşen bir müdahale mevcutsa bu müdahaleyi TMK m. 683/2 hükmü ile önlemek mümkünken böyle doğrudan bir müdahale olmadan kazı yapılması veya bir yapı inşa edilmesi gibi sebeplerle kaynak üzerinde bir etki yaratılırsa bu etkinin ortadan kaldırılması durumun özelliklerine göre ancak TMK m. 758 çerçevesinde mümkün olabilecektir.¹⁵⁸

Bu şekilde özel su niteliğinde olmayan yerlerden ise kadim ve öncelik haklarını ihlal etmemek şartıyla herkesin faydalı ihtiyacı oranında faydalanabileceği ifade edilmektedir.¹⁵⁹ Ayrıca TMK m. 760 hükmüyle özel mülkiyete tabi arazide yer alan kaynak, kuyu ve derelerden diğer kişilerin nasıl faydalanabileceklerinin özel kanun hükümlerine ve böyle bir kanun yoksa yerel âdete göre belirleneceği belirtilmiştir. Dolayısıyla somut olay bazında uygulanabilir bir kanun ya da yerel adet olması halinde bunlar da suyun kullanımına ilişkin değerlendirmeler yaparken dikkate alınacaklardır.

2. Tapu Kütüğünde Ayrı Sayfaya Kaydedilen Bağımsız ve Sürekli Haklar Yönünden

Tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar her ne kadar taşınmaz niteliğinde kabul edilseler de arazi hakkındaki değerlendirmelerin aynı şekilde uygulanması doğaları gereği her zaman mümkün değildir. Öyle ki bu haklar arazi gibi somut bir fiziki varlığa sahip değildirler. Dolayısıyla bu hakların kapsamı ayrı bir değerlendirmeye muhtaçtır. Nitekim TMK m. 718-719 hükümleriyle yapılan düzenlemeler de esasen arazi mülkiyetini konu almaktadır. Bununla beraber bu

¹⁵⁶ Akipek, *Eşya – II*, s. 189.

¹⁵⁷ Saymen/Elbir, *a.g.e.*, s. 363; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 526

¹⁵⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 527-528 özellikle dn. 1094.

¹⁵⁹ Yarg. 14. HD, T. 12.2.2018, E. 2016/7103, K. 2018/953 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T. 9.10.2020).

hakların kapsamının nasıl tespit edileceği yönünde bir değerlendirme kanunda yer almamaktadır.

Ayrı bir sayfaya kayıtlı bulunan bağımsız ve sürekli hakların kapsamı tapu kütüğünde yer alan muhteva ile tespit edilir.¹⁶⁰ Bu hakkın sahibi bu haktan ancak tapu kütüğünde yer alan ölçütlerle sınırlı olarak faydalanabilecektir. Bu tespit yapılırken unutulmamalıdır ki bu yetkilerin mülkiyet hakkının sağladığı yetkilerden daha geniş olmaları mümkün değildir.¹⁶¹ Örneğin tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilmiş bağımsız bir hakka dayanarak hakkın tesis edildiği taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının dikey kapsamı dışında yer alan bir müdahalenin engellenemez.¹⁶²

Bu şekilde tespit edilen kapsamdaki olumlu yetkilerin zedelendiği ölçüde olumsuz yetkilere dayanarak hakkı korumak mümkün olacaktır. Yani tapu kütüğünde ayrı sayfaya kayıtlı bağımsız ve sürekli bir hakkın sahibinin bu hakka dayanarak el atmanın önlenmesi davası açabilmesi için bu hakkın sağladığı yetkilerden tam olarak faydalanamıyor olması gerekli ve yeterlidir. Bu koşulun sağlanmadığı durumlarda malikin veya arazi üzerindeki diğer sınırlı aynı hak sahiplerinin dava hakkı doğsa bile müdahaleden etkilenmeyen hak sahibinin el atmanın önlenmesini istemesi mümkün olmayacaktır.¹⁶³ Örneğin taşınmazın güney sınırını konu alan böyle bir üst hakkının sahibinin taşınmazın kuzey sınırına dökülen çöplere karşı el atmanın önlenmesi davası açması mümkün değildir.

3. Kat Mülkiyeti Kütüğüne Kayıtlı Bağımsız Bölümler Yönünden

Kat mülkiyeti, sadece malikin mülkiyetine tabii bağımsız bölümler (KMK m. 13/4) ve bağımsız bölümlerin maliklerinin birlikte mülkiyetine tabii ortak alanlardan (KMK m. 16) oluşan bir mülkiyet rejimidir. Tapu sicilinde ayrı sayfaya kaydedilmiş bağımsız ve sürekli hakların aksine bu bağımsız bölümler de fiziksel bir yapıya sahip olup mülkiyet hakkından doğan yetkilerin kullanılabilceği üç boyutlu bir alan teşkil

¹⁶⁰ Akipek, *Eşya – II*, s. 158.

¹⁶¹ Bertan, *a.g.e.*, s. 593.

¹⁶² Meier-Hayoz, *Art. 655-679*, Art. 667 N. 11.

¹⁶³ Malik dışındaki hak sahiplerinin el atmanın önlenmesi davası açabilmeleri hakkında detaylı bilgi için bkz.: aş. 5. *Bölüm: II. A.*

ederler. Bağımsız bölümü konu alan mülkiyet hakkı bu alanla sınırlı olacak olup malikin olumlu ve olumsuz yetkileri ancak bu alan içerisinde kullanılabilecektir.

Kat mülkiyeti içerisinde yer alan bağımsız bölümün oluşturduğu üç boyutlu alan, yapı içerisinde yer alan duvar, tavan ve tabanlarla sınırlı olup bu sınırların tespitinde tapu sicilinde yer alan yapı planından faydalanılacaktır.¹⁶⁴ Bunun dışında KMK m. 4 hükmünde ortak alan olarak tespit edilen yerler de belirli bir alan veya şeyin bağımsız bölüme mi ortak alana mı ait olduğunun belirlenmesinde önem taşıyacaktır. KMK m. 4/a hükmünde ana duvarlar, bağımsız bölümleri ayıran ortak duvarlar, tavan ve tabanlar ile antre ve koridorlar kanun gereği her halde ortak alan sayılacak yerler arasında sayılmışlardır. Dolayısıyla bunlar aynı zamanda bağımsız bölümün de sınırını oluşturacaklardır. Bunun dışında KMK m. 4/b hükmüyle her kat malikinin kendi bölümü dışındaki kanalizasyon tesisleri ve çöp kanalları ile kalorifer, su, havagazı ve elektrik tesisleri, telefon, radyo ve televizyon için ortak şebeke ve antenlerle sıcak ve soğuk hava tesislerinin de bu şekilde kanunen ortak yer sayılacakları belirtilmiştir.¹⁶⁵ Buna karşılık bu unsurların bağımsız bölümde bulunsalar dahi ortak alan sayılmaları gerektiği, aksi durumda kat mülkiyetinin işleyişine aykırı sonuçlara ulaşılacağı doktrinde ifade edilmektedir.¹⁶⁶ KMK m. 4/c hükmüyle de çatılar, bacalar, genel dam terasları, yağmur olukları ve yangın emniyet merdivenlerini kanunen ortak yer olarak nitelendirilmişlerdir. Ayrıca KMK m. 4 hükmü uyarınca ayrıca ortak yer kabul edilmesi zorunlu olan ya da sözleşmeyle kararlaştırılan yer ve şeyler de ortak yer kabul edileceklerdir. İşte bağımsız bölümün sınırları ortak alanlarla çizilen bu çerçeve ile uyum sağlamak zorundadır.

¹⁶⁴ Çörtoğlu, **Aşkın Kullanma**, s. 147.

¹⁶⁵ Yargıtayın su sızıntısı şeklinde ortaya çıkan müdahalelere yaklaşımı hakkında bkz.: Tekinay, **Kat Mülkiyeti**, s. 88.

¹⁶⁶ Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 162. Aynı yönde: Tekinay, **Kat Mülkiyeti**, s. 77.

III. Malikin Taşınmaz Üzerindeki Mülkiyet Hakkının Sağladığı Yetkileri Kullanmasının Engellenmiş Olması

A. Taşınmaz Mülkiyetinin Sağladığı Yetkiler

Mülkiyet hakkının sağladığı yetkiler TMK m. 683 hükmü ile düzenlenmiştir. TMK m. 683/1’de ile malikin olumlu yetkileri TMK m. 683/2 hükmünde ise malikin olumsuz yetkileri sayılmıştır.

TMK m. 683/1 hükmünde malikin olumlu yetkileri Roma Hukukundan beri kabul gören sınıflandırmaya uygun şekilde üç grup altında sayılmıştır. Hükme göre malik mülkiyet hakkına konu olan şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkilerini haizdir.¹⁶⁷

Kullanma yetkisi malikin söz konusu şeyi bizzat veya istediği kişilerle birlikte istediği gibi kullanabilmesini ifade eder.¹⁶⁸ Malikin bu yetkiye dayanarak malını kullanmamayı tercih etmesi de pekâlâ mümkündür.¹⁶⁹ Taşınmaz maliki bu yetki kapsamında çiftliğinde bizzat yaşayabilir, misafirlerini ağırlayabilir, istediği meyveleri yetiştirebilir veya çiftliğini atıl bırakabilir.

Yararlanma yetkisi mülkiyete konu olan şeyin ürünlerini ve gelirlerini toplama yetkisidir.¹⁷⁰ Malik bu yetkisine dayanarak çiftliğinde yer alan ağaçlara ait meyveleri toplayabilir veya çiftliğini başka birine kiralayarak kira geliri elde edebilir.

TMK m. 683/1 hükmünde zikredilen son olumlu yetki tasarrufta bulunma yetkisidir. Tasarrufta bulunma yetkisi eşyanın geleceğini belirleme yetisidir.¹⁷¹ Bu yetki hukuki tasarrufları olduğu kadar fiili tasarrufları da kapsar.¹⁷² Malik çiftliğini

¹⁶⁷ Doktrinde bu üç yetki dışında bir şeyi mülkiyet hakkına konu yapabilmek (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 479) ve mülkiyete konu şeye zilyet bulunmak (Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 29; Honsell/Vogt/Geiser/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 641 N. 33; Bertan, **a.g.e.**, s. 266; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 341) yetkileri de mülkiyete dayanan yetkiler arasında sayılmaktadır.

¹⁶⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 478; Ertaş, **a.g.e.**, s. 212.

¹⁶⁹ Ertaş, **a.g.e.**, s. 212; Akipek, **Eşya – I**, s. 9.

¹⁷⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 478; Çörtoğlu, **Aşkın Kullanma**, s. 75; Örüçü, **a.g.e.**, s. 182.

¹⁷¹ Esener/Güven, **a.g.e.**, s. 180.

¹⁷² Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 26-28; Tuor/Schnyder/Schmid, **a.g.e.**, §96 N. 3; Breitschmid/Rumo-Jungo/Arnet/Belser, **a.g.e.**, Art. 641, N. 28; Honsell/Vogt/Geiser/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 641 N. 30; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 479; Oğuzman/Seliçi/Oktay-

satabilir, çiftliğin bulunduğu arazide bir üst hakkı tesis edebilir, çiftliğini yıkıp yerine bir apartman inşa edebilir. Malikin tasarruf yetkisi mülkiyet hakkının kısıtlanmasını veya bu haktan feragat edilmesini de kapsar.¹⁷³ Hakkın “cevherini” koruma yükümlülüğü olmaması mülkiyet hakkını diğer ayni haklardan ayıran en önemli özelliktir.¹⁷⁴

Malik eşya üzerindeki bu yetkilerini doğrudan kullanabilecek olup bir aracıya ihtiyaç duymaz.¹⁷⁵ Bu yetkilere ilişkin serbesti malikin yetkilerini kullanması veya başkasının kullanımına sunması yoluyla vücut bulur.¹⁷⁶

Malikin bu yetkileri sınırsız değildir. TMK m. 683/1 hükmünde bu yetkilerin ancak hukuk düzeninin sınırları içerisinde kullanılabileceği belirtilmiştir.¹⁷⁷ Bu çerçevede mülkiyet hakkının sağladığı yetkilerin hukuki işlemle veya kanuni düzenlemelerle sınırlanması mümkündür.¹⁷⁸ Bu sınırlamaların her olay özelinde eşyanın çeşidini, yerini, zamanı göz önünde bulundurarak ayrıca değerlendirilmesi gerekeceği ve mülkiyet hakkının sınırları ihtiyaca uygun şekilde kanunlarla daraltılıp genişletilebileceği için mülkiyet hakkının elastik olduğundan bahsedilir.¹⁷⁹ Zira mülkiyet hakkıyla yapılabilecek şeylerin tek tek sayılması mümkün değildir.¹⁸⁰

Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 275; Saymen/Elbir, s. 222; Ertaş, **a.g.e.**, s. 213; Çörtoğlu, **Aşkın Kullanma**, s. 76; Örüçü, **a.g.e.**, s. 203; Schmid/Hürliman-Kaup, **a.g.e.**, N. 658.

¹⁷³ Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 28; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 341; Ertaş, **a.g.e.**, s. 213; Örüçü, **a.g.e.**, s. 203.

¹⁷⁴ Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 221. Buna karşılık modern mülkiyet anlayışı uyarınca malikin malını yok etme, zarar uğratma yetkisinin bulunmadığı yönünde bkz. Sirmen, **Eşya Hukuku**, s. 251. Bu yetkisinin sınırlandığı yönünde bkz. Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 27. Böyle bir sınırlamanın işlevsiz ve gereksiz olacağı yönünde bkz. Bertan, **a.g.e.**, s. 278-279.

¹⁷⁵ Akipek, **Eşya – I**, s. 9-10.; Ertaş, **a.g.e.**, s. 212.

¹⁷⁶ Bertan, **a.g.e.**, s. 268.

¹⁷⁷ ZGB Art. 641 (TMK m. 683) hükmünün malikin yetkili olmasını kural ve sınırlamaları istisna olarak kabul ettiği yönünde bkz.: Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 33.

¹⁷⁸ Ertaş, **a.g.e.**, s. 213; Bertan, **a.g.e.**, s. 274.

¹⁷⁹ Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 4; Çörtoğlu, **Aşkın Kullanma**, s. 74; Bertan, **a.g.e.**, s. 268. Mülkiyet hakkının elastik yapısını sınırlı ayni haklarla yüklenerek daralabilmesi ve söz konusu sınırlı ayni hakkın ortadan kalmasıyla yeniden genişleyebilmesi ile bağlantılı olarak kullanan eser için bkz.: Honsell/Vogt/Geiser/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 641 N. 14.

¹⁸⁰ Bertan, **a.g.e.**, s. 278.

B. Malikin Mülkiyet Hakkının Sağladığı Yetkilerden Tam Olarak Faydalanamıyor Olması

1. Genel Olarak

Daha önce de belirtildiği gibi el atmanın önlenmesi davası mülkiyet hakkından gereği gibi faydalanamayan malikin bu yetkilere yeniden kavuşmak amacıyla açtığı davadır. Malik böyle bir durum karşısında mülkiyet hakkının sağladığı olumsuz yetki kapsamında söz konusu müdahalenin önlenmesini talep edebilir. Bu anlamıyla el atmanın önlenmesi davasıyla önlenebilecek el atmalar, malikin rızası ya da haklı bir sebep (katlanma yükümlülüğü) olmaksızın mülkiyet hakkının malik tarafından istediği gibi veya gereğince kullanmasını engelleyen ve dışardan gelen etkilerdir.¹⁸¹ Bu şekilde el atmanın önlenmesi davası açılabilmesi için malikin faydalanamadığını iddia ettiği yetkinin bir önceki bölümde açıklanan elastik sınırlar içerisinde kalan bir yetki olması gerekir. Öyle ki bu sınırları aşan bir yetki kullanımı ya mülkiyet hakkının sınırları dışında kalacağı için malikin korunma talep edebileceği kapsamda yer almayacak ya da mülkiyet hakkının sınırları içerisinde kalsa bile hakkın kötüye kullanımı olarak niteleneceği için TMK m. 2 uyarınca hukuk düzeni tarafından korunmayacaktır.

Bu sınırlar içerisinde kaldığı sürece malikin mülkiyet hakkının sağladığı üç ana yetkiden hangisinden faydalanamadığı bir fark yaratmayacaktır. Zira el atmanın önlenmesi davası özellikle belirli bir yetkiyi korumak için değil mülkiyet hakkının sağladığı bütün imkânları malikin kullanımına sunmak için öngörülmüş bir hukuki yoldur. Konumuz olan taşınmaz mülkiyeti yönünden de gerçekleşen ihlalin her üç yetki açısından gerçekleşmesi de mümkündür. Örneğin taşınmazda sürekli çöp biriktirilmesi şeklindeki maddi bir müdahale kullanma yetkisinin kullanılmasını engellerken haksız şekilde işgal edilen taşınmazın kiralanamaması halinde malikin taşınmazdan yararlanma yetkisi zedelenmektedir. Hukuki bir müdahale sebebiyle malikin taşınmazını satamaması halinde ise tasarruf etme yetkisine bir müdahale vardır. Haksız yapı hallerinde olduğu gibi bir müdahalenin birden fazla yetkiye ilişkin ihlaller oluşturmaları da mümkündür. Mülkiyet hakkının elastik sınırları içerisinde

¹⁸¹ Akipek, **Eşya – II**, s. 85; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 491-492.

olduğu tespit edilen tek bir yetkiye müdahale olması bu koşulun gerçekleşmesi için yeterlidir. Bu müdahalenin haksız fiil niteliğinde olması şart değildir.¹⁸²

El atmanın önlenmesi davasına konu olabilecek bir engel olmanın mevcudiyeti incelenirken gerçekleşen engellenmenin önemsizliği ya da bunun önlenmesi için gerekli masrafların büyüklüğü bir önem taşımayacaktır.¹⁸³ Zira el atmanın önlenmesi davası önemli veya önemsiz gibi ayrımlar gözetmeksizin mülkiyet hakkına gerçekleşen saldırıların ortadan kaldırılmasını amaçlar. Malik mülkiyet hakkına gerçekleşen müdahalenin önemsizliği ileri sürülerek sahip olduğu haktan daha azına razı olmak zorunda bırakılamaz. Böyle bir durum ancak bir katlanma yükümlülüğünün söz konusu olması halinde mümkündür. Müdahalenin önemsizliği ya da masrafların fazlalığı gibi hususlar ancak somut olaydaki katlanma yükümlülüğüne ilişkin inceleme sırasında dikkate alınmaları gerektiği düzeyde önem taşırlar.

eMK m. 618 hükmü lafzında bu konuda bir açıklık olmaması sebebiyle söz konusu müdahalenin hukuka aykırı olması gerekip gerekmediği doktrinde tartışılmışsa da TMK m. 683/2 hükmünde “haksız” kavramına yer verilmesiyle bu tartışma sona ermiştir.¹⁸⁴ TMK m. 683/2 hükmüne göre el atmanın önlenmesi davası her türlü haksız el atmaya karşı açılabilir. Haksız kavramından anlaşılması gerekense kanımızca müdahaleye katlanma yükümlülüğünün bulunmamasıdır. Taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının kullanılmasını bir katlanma yükümlülüğü olmaksızın engelleyen veya zorlaştıran unsurlar TMK m. 683/2 hükmünün uygulama alanını oluşturacaklardır.¹⁸⁵ Mülkiyet hakkı, sahibine en geniş yetkileri tanıyan mutlak hak olması itibarıyla hakkın tanıdığı yetkileri sınırlayan her türlü müdahale haksız olarak değerlendirilecektir; meğerki bu müdahaleyi haklı kılan bir katlanma yükümlülüğü bulunsun.¹⁸⁶ Herhangi bir katlanma yükümlülüğü bulunmamasına rağmen müdahalenin malikin onayına dayandığı hallerde de haksız bir müdahale

¹⁸² Bertan, **a.g.e.**, s. 281.

¹⁸³ Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 105; Bertan, **a.g.e.**, s. 281.

¹⁸⁴ Söz konusu tartışma hakkında bilgi için bkz. Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 12-14.

¹⁸⁵ Breitschmid/Rumo-Jungo/Arnet/Belser, **a.g.e.**, Art. 641, N. 41; Uzun Kazmacı/Şenol, **a.g.e.**, s. 499. Aynı yönde bkz.: Yarg. HGK, T. 5.5.2010, E. 2010/1-218, K. 2010/251 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 4.10.2020): “ ... yasa hükmünde “haksız elatmadan” söz edilmiş olması karşısında, bütün bu davranışların haksız olması, davalının bir hakka dayanmaması gerekli ve yeterlidir.”

¹⁸⁶ Katlanma yükümlülüğü hakkında detaylı bilgi için bkz.: aş. 3. Bölüm

bulunmayacaktır. Onay devam ettiği sürece müdahalenin haksızlığından bahsedilemeyecektir.¹⁸⁷ Onayın ortadan kalkmasıyla beraber müdahale de haksız hale gelecektir. Örneğin malik tarafından oğluna ve gelinine tahsis edilen konutun boşanma davası sürecinde malikin ihtarına rağmen gelin tarafından boşaltılmaması haksız bir müdahale teşkil edecektir.¹⁸⁸

Bu kapsamda müdahalenin (el atmanın) haksızlığını incelerken öncelikle müdahale tipine göre bir değerlendirme yapmak gereklidir. Zira 3. Bölümde detaylıca açıklanacağı üzere haksızlık, müdahale kavramının zorunlu bir unsuru değildir ve müdahale tipine göre haksızlığın nasıl tespit edilmesi gerektiği değişmektedir. Doğrudan müdahaleler mutlak bir hak olan mülkiyet hakkının ihlali sonucunu doğurdukları için haksızlık kavramını bünyelerinde barındırırlar.¹⁸⁹ Fakat dolaylı müdahaleler yönünden özel bir durum söz konusudur. Taşınmazın kullanımı sebebiyle ortaya çıkan etkiler olarak tanımlanan dolaylı müdahaleler¹⁹⁰ yönünden TMK m. 730 ve komşuluk hukukuna ilişkin hükümler (özellikle TMK m. 737) çerçevesinde bir değerlendirme yapmak gerekir.¹⁹¹ Öyle ki taşınmazlar arası ilişkide müdahale serbestisi söz konusudur.¹⁹² Dolaylı bir müdahale ancak izin verilen sınırları aştığı zaman haksız hale gelir ve böylece TMK m. 683/2'ye dayanarak önlenabilir.

Müdahalenin haksızlığı incelenirken önem taşıyacak bir diğer ayrım yapma şeklinde gerçekleşen müdahale ve yapmama şeklinde gerçekleşen müdahale ayrımıdır. El atmanın önlenmesi davasına konu olan müdahale yapma veya yapmama şeklinde bir davranış neticesinde meydana gelmiş olabilir.¹⁹³ Yapma şeklinde bir davranış sonucunda meydana gelen müdahale ile yapmama şeklinde bir davranış sonucunda meydana gelen müdahale arasında nitelik itibarıyla bir fark yoktur. Zira daha önce de zikredildiği üzere müdahale tanımı hukuka aykırılığı içerisinde barındırmak zorunda

¹⁸⁷ Yarg. HGK, T. 5.5.2010, E. 2010/1-218, K. 2010/251 (Kazancı).

¹⁸⁸ Yarg. HGK, T. 5.5.2010, E. 2010/1-218, K. 2010/251 (Kazancı).

¹⁸⁹ Doğrudan müdahalelerin kural olarak haksız olduğu yönünde bkz.: Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 101; Rey, **a.g.e.**, N. 2051.

¹⁹⁰ Tekinay, **Takyitler**, s. 70; Ulsan, **a.g.e.**, s. 159-160; Yıldız Abik, “Taşınmaz Malikinin Olumlu Müdahaleler Nedeniyle Komşulara Karşı Sorumluluğu”, **EÜHFD**, C. XIV S. 3-4, 2010, s. 157.

¹⁹¹ Aynı yönde bkz.: Bertan, **a.g.e.**, s. 282.

¹⁹² Ulsan, **a.g.e.**, s. 154; Çörtoğlu, **Etki ve Sonuç**, s. 175.

¹⁹³ Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 107; Bertan, **a.g.e.**, s. 282 Eren, **Mülkiyet**, s. 46; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, N. 618.

değildir. Bununla beraber müdahalenin el atmanın önlenmesi davasıyla önlenabilir olması için haksız olması daha önce de belirtildiği üzere şarttır. Yapmama şeklindeki bir davranışın bu kapsamda olması için hukuk düzeninin yüklediği bir yapma ödevinin ihlali niteliğinde olması gerekir.¹⁹⁴

2. Genel Kural: Engel Olmanın Gerçekleşmiş Olması

El atmanın önlenmesi davası genel olarak daha önce meydana gelen ve dava anında hâlâ mevcut olan müdahalelerin ortadan kaldırılması amacıyla açılır.¹⁹⁵ Müdahalenin mevcut olması malikin bir dış etken sebebiyle yetkilerinden faydalanamama halinin devam ediyor olması demektir. Geride kalmış ve artık devam etmeyen müdahalelere karşı el atmanın önlenmesi davası açılamaz.¹⁹⁶

Yargıtay sözlü sataşma olarak adlandırdığı taşınmazın üzerinde hak iddia edilmesi durumunun da müdahale niteliğinde olduğu yönünde görüş bildirmişse de kanımızca bu görüşe katılmak mümkün değildir.¹⁹⁷ Zira bu durumda mülkiyet hakkının sağladığı yetkilerden herhangi birisi engellemeyle karşılaşmamaktadır. Bu durumda ancak bir tespit davası açılabilir.¹⁹⁸ Mülkiyet hakkına ilişkin olan ve fiili boyut taşımayan tartışmalar bu kapsamda bir müdahale tehlikesi olarak değerlendirilemez.¹⁹⁹

3. İstisna: Engel Olmanın Gerçekleşecek Olması

Dava, kural olarak mevcut müdahalelere karşı açılrsa da istisnai olarak ileride gerçekleşecek müdahalelere karşı açılması da mümkündür.²⁰⁰ Bu yolla ciddi bir

¹⁹⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 690-691. Bir yapma ödevinin ihlali ile bir doğa olayının birleşimi sonucunda meydana gelen müdahaleler de bu kapsamda değerlendirilebilirler. (Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 107; Bertan, **a.g.e.**, s. 282)

¹⁹⁵ Akipek, **Eşya – II**, s. 86; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 493; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 366.

¹⁹⁶ Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 103; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 14.

¹⁹⁷ Yarg. 8. HD, T. 20.1.2003, E. 2003/78, K. 2003/266 (Kazancı). Aynı yönde, eşya üzerinde hak iddia etmenin de bu davanın kapsamına giren bir müdahale olduğu hakkında bkz.: Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 102; Bertan, **a.g.e.**, s. 281; Schmid/Hürliman-Kaup, **a.g.e.**, N. 671.

¹⁹⁸ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 11.

¹⁹⁹ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 15.

²⁰⁰ Bertan, **a.g.e.**, s. 284; Eren, **Mülkiyet**, s. 43; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 14; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 75; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 366; Akipek, **Eşya - II**, s. 86; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 493.

müdahale tehlikesi olan hallerde bu müdahalenin meydana gelmeden önlenmesi amaçlanır.²⁰¹

Henüz mevcut olmayan bir müdahaleye karşı el atmanın önlenmesi davası yoluyla tedbir alınabilmesi için müdahalenin yakın bir gelecekte muhakkak veya yüksek ihtimalle gerçekleşeceğinin anlaşılması gerekir.²⁰² Söz konusu tehlike daha önce gerçekleşip sona ermiş bir müdahalenin tekrarına ilişkin olabileceği gibi ilk defa gerçekleşecek bir müdahale de söz konusu olabilir.²⁰³ Böyle bir tehlikenin gerçekten var olup olmadığı davacının kanaati veya davalının beyanlarıyla bağlı olmaksızın objektif kriterler ışığında hâkim tarafından değerlendirilir.²⁰⁴

Bir taşınmazın yakın bir gelecekte belirli bir şekilde kullanılacak olması sebebiyle meydana geleceği iddia edilen müdahaleler incelenirken bu kullanım şeklinin ideal şekilde yürütüleceği değil olağan şekilde yürütüleceği kabulü üzerinden değerlendirmelerde bulunulur²⁰⁵. Örneğin bitişik taşınmazda bir fabrika inşa edilirken fabrikanın müdahalelere sebep olacağı iddiasıyla açılan davada fabrikanın gerçekten müdahalelere sebep olup olmayacağı bu fabrikanın teknik açıdan mümkün bütün önlemleri alacağı kabulü üzerinden değil o iş kolundaki benzer, ortalama bir fabrikanın işlerinin nasıl yürütüleceği üzerinden incelenir.

Bu çerçevede örneğin bir taşınmaza dikilen ağaçların ileride büyüyüp gölge yapmak suretiyle diğer taşınmaza zarar vereceği iddiası karşısında el atmanın önlenmesine karar vermek mümkün değildir.²⁰⁶ Zira bu durumda ağaçların gölge yapmaya yetecek kadar yaşayıp yaşamayacakları, ne şekilde ve hangi yönde büyüyecekleri, bunlara bağlı olarak ağacın gölgesinin davacıya ait taşınmazda nasıl

²⁰¹ Akipek, *Eşya – II*, s. 86.

²⁰² Yarg. 14 .HD, T. 10.09.2018, E. 2016/491, K. 2018/5369(Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 27.08.2020)

²⁰³ Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 103; Bertan, **a.g.e.**, s. 284; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s. 197.

²⁰⁴ Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 103; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 493.

²⁰⁵ Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 684 N. 215.

²⁰⁶ Yarg. 14 .HD, T. 10.09.2018, E. 2016/491, K. 2018/5369 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 27.08.2020); Yarg. 14. HD, T. 2.4.2018, E. 2015/11432, K. 2018/2560 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 27.08.2020).

bir etki yapacağı gibi pek çok belirsiz değişken varken yakın ve ciddi bir tehlikeden bahsetmek mümkün değildir.²⁰⁷

C. Söz konusu Engellemenin Nesnenin Gaspı Biçiminde Gerçekleşmemiş Olması

TMK m. 683/2 hükmü ile malın başkasının elinde haksız şekilde bulunduğu durumlarda açılacak davanın el atmanın önlenmesi değil istihkak davası olduğu belirtilmiştir. El atmanın önlenmesi davası, malikin fiili hâkimiyetten yoksun bırakma dışındaki haksız müdahalelere karşı sahip olduğu hukuki yoldur.²⁰⁸ Malik bu davayla mevcut zilyetliğini devam ettirme hakkına karşı gerçekleşen müdahalelere karşı koymaya çalışmaktadır.²⁰⁹ Doktrinde bazı durumlarda söz konusu müdahalenin istihkak davasıyla mı yoksa el atmanın önlenmesi davasıyla mı ortadan kaldırılması gerektiğinin kolay tespit edilemeyebileceği²¹⁰ belirtilse de konumuz olan taşınmazlar açısından böyle bir sorunla karşılaşmak olası değildir. Öyle ki daha önce de belirtildiği gibi TMK m. 992 hükmüyle tapu sicilinde kayıtlı olan malike dolaysız zilyede ait olan yetkiler tanınarak malike bir nevi dolaysız zilyetlik sağlanmıştır.²¹¹ Dolayısıyla bir taşınmaz tamamen işgal edilse dahi tapu sicilinde kayıtlı olan malikin zilyetliği kaybettiğinden, yani nesnenin gasp edildiğinden, söz edilemeyecektir. Bu sebeple de istihkak değil el atmanın önlenmesi davası uygulama alanı bulacaktır.²¹²

²⁰⁷ Aynı yönde: Yarg. 1. HD, T. 30.1.2001, E. 2000/15637, K. 2001/887 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 9.10.2020).

²⁰⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 489.

²⁰⁹ Bertan, **a.g.e.**, s. 279.

²¹⁰ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 25.

²¹¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 278. Zilyetliğin taşınır mallarda üstlendiği görevi taşınmazlar açısından tapu sicilinin yerine getirdiği yönünde bkz. Reisoğlu, **Himaye**, s. 57.

²¹² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 278; Eren, **Mülkiyet**, s. 32 vd.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

OLUMSUZ KOŞUL: MALİKİN MÜDAHALEYE KATLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN BULUNMAMASI

I. Genel Olarak Katlanma Yükümlülüğü

A. Katlanma Yükümlülüğü Kavramı

Malikin üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı olumsuz yetkilerinin sınırlandığı hallerde malikin katlanma yükümlülüğünden söz edilir.¹ Bu hallerde malik olumlu yetkilerini kullanabileceği bir alan üzerinde istisnai olarak olumsuz yetkilerini kullanamamaktadır. Doktrinde mülkiyet hakkının sınırlandığı haller mülkiyetin doğasına ilişkin tartışmaya bağlı olarak takyit veya ödev başlıkları altında gruplandırılmaktadırlar.² Katlanma yükümlülüğünün tanımında geçen ve bu bölümde sıkça zikredilecek olan sınırlandırma kavramı ise takyit-ödev ayrımı içerisinde yer almayan ve dolayısıyla bu tartışmadan ayrı bir kavramdır. Öyle ki bizim kullandığımız bağlamda sınırlandırma malikin olumlu yetkilerini kullanabileceği bir alan üzerinde olumsuz yetkilerini kullanamamasıdır.³ Dolayısıyla her ne kadar mülkiyet hakkına ilişkin sınırlamaların niteliği ve gruplandırılması tartışmalı bir konu olsa da bu bölümde kullanılan kavramı izah etmek için mülkiyetin yapısına ilişkin tartışmalara değinmek ihtiyacı görülmemiştir.⁴

Katlanma yükümlülüğü gereğince malik bazı olumsuz etki ve müdahaleleri hoş görmek, bunlara katlanmak zorunda kalmaktadır.⁵ Malikin mevcut müdahaleye katlanma yükümlülüğünün bulunduğu hallerde olumsuz yetkilerini kullanması ve dolayısıyla mevcut müdahaleyi el atmanın önlenmesi davasıyla defetmesi mümkün olmayacaktır. Başka bir deyişle malikin müdahaleye engel olmasına engel olunmaktadır.⁶ Bu sebeptendir ki el atmanın önlenmesi davasının olumsuz koşulu bir

¹ Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 48; Çörtoğlu, **Aşkın Kullanma**, s. 155.

² Bu ayrım hakkında bilgi için bkz. Akipek, **Eşya – II**, s. 203-204; Eren, **Mülkiyet**, s. 370-377.

³ Genel kural bu olmakla beraber özellikle hukuki işlem yoluyla meydana gelen kısıtlamalar söz konusu olduğunda malikin olumlu yetkilerini kullanması da sınırlandırılmış olabilir. Fakat bu durumlarda dahi konumuza ilişkin olarak önem taşıyan husus malikin olumsuz yetkilerinin durumudur.

⁴ Bu konuda bilgi için bkz. Akipek, **Eşya – II**, s. 3-9; Sirmen, **Eşya**, s. 249-251; Tuor/Schnyder/Schmid, **a.g.e.**, §96 N. 4-9.

⁵ Akipek, **Eşya – II**, s. 207; Eren, **Mülkiyet**, s. 372; Ayan, **a.g.e.**, s. 352.

⁶ Örücü, **a.g.e.**, s. 131.

katlanma yükümlülüğünün mevcut olmamasıdır. Malikin katlanma yükümlülüğünün bulunduğu durumlarda müdahale haksızlığını kaybedecek ve dolayısıyla engellenmesi için hukuki bir yola başvurmak mümkün olmayacaktır. Öyle ki TMK m. 683/2 hükmüne göre el atmanın önlenmesi davasına konu olabilecek müdahaleler ancak haksız müdahalelerdir.

Müdahalenin haksız olmadığı durumlarda müdahaleye katlanma yükümlülüğü altında bulunan malik eğer ki müdahaleyi engellemek için fiili bir yola başvurursa malikin bu davranışı katlanma yükümlülüğünün lehtarı açısından bir müdahale teşkil edecek ve malike karşı el atmanın önlenmesi davası açılması mümkün olacaktır. Örneğin TMK m. 742/1 uyarınca doğal olarak akan sulara katlanma yükümlülüğü bulunan malik bu suyun kendi arazisine girmesini bir duvar yardımıyla önlerse bu duvar sebebiyle sular başka bir araziye yönelecek ve bu arazi sahibinin mülkiyet hakkı zedelenmiş olacaktır. İşte bu durumda katlanma yükümlülüğüne uygun davranmayan malike karşı el atmanın önlenmesi dava edilebilir.

B. Katlanma Yükümlülüğünün Sınıflandırılması

1. Kanundan ve Hukuki İşlemden Doğan Katlanma Yükümlülüğü Ayrımı

Malikin olumsuz yetkilerini etkileyen bir kısıtlama kanundan veya hukuki işlemde doğmuş olabilir.⁷ TMK m 731/1 uyarınca kanundan doğan yükümlülükler tapu siciline tescil edilmeksizin etkili olurlar. Bu yükümlülükler özel hukuk veya kamu hukuku karakterli düzenlemelere dayanabilirler. İlke olarak belirli bir kişi veya kesim yararına hizmet eden katlanma yükümlülüğü özel hukuka ilişkinken toplumun tamamı gözetilerek meydana getirilen katlanma yükümlülüğü ise kamu hukuku niteliklidir.⁸ Bir kısıtlamanın kamu hukukuna ilişkin hükümlerle mi yoksa özel hukuka ilişkin hükümlerle mi düzenlendiğinden çok söz konusu kısıtlamayla belirli bir kişi veya

⁷ Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 53.

⁸ Tuor/Schnyder/Schmid, **a.g.e.**, §101 N. 16; Schmid/Hürliman-Kaup, **a.g.e.**, N. 921-922; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 594; Eren, **Mülkiyet**, s. 372; Akipek, **Eşya – II**, s. 205-206; Ertaş, **a.g.e.**, N.1781-1782. Gediz Kocabaş, **Sözleşmeden Doğan Geçit Hakkı**, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011 (Yayımlanmamış Doktora Tezi), s. 16. Bu ayrımın nasıl yapılması gerektiği hakkında diğer görüş ve öneriler için bkz. Bertan, **a.g.e.**, s. 710-712. Malikin kamu hukukuna ilişkin düzenlemelerde yer alan hükümlerden doğan katlanma yükümlülüğü hakkında detaylı bilgi için bkz. Örucü, **a.g.e.**, s. 131-142.

kişinin özel menfaatinin mi yoksa kamu yararının mı gözetildiği sınırlamanın ortadan kaldırılıp kaldırılamayacağı noktasında önem taşımaktadır. Öyle ki TMK m. 731/3 hükmüne göre kamu yararı için konulan kısıtlamaların kaldırılması veya değiştirilmesi mümkün değildir ve kamu yararını koruyan bir hüküm pekâlâ özel hukuk karakterli bir düzenlemede de yer alabilir.⁹

Malik mülkiyet hakkından doğan yetkilerini kendi iradesi ve işlemleriyle sınırladığında ise hukuki işleme dayanan katlanma yükümlülüğünden söz edilir.¹⁰ Bu şekilde bir katlanma yükümlülüğü irtifak hakkı gibi aynı bir hakkın tesis edilmesi yoluyla meydana getirilebileceği gibi kira sözleşmesi gibi bir şahsi hak tesisi yoluyla ya da malikin muvafakat göstermesiyle ortaya çıkabilir. İradi bir kısıtlama tapu sicilinde görünür olmadığı sürece sadece taraflar arasında etkili olur.¹¹ Sözleşmeden doğan hakkını kullanan bir kişiye karşı el atmanın önlenmesi davası açıldığı takdirde sözleşmeden doğan şahsi hak bu davada def'i olarak ileri sürülecek ve dava bu sebeple reddedilecektir.¹² Bu sebeptir ki söz konusu durumda davacının sahip olduğu hak aynı hak olmasına rağmen şahsi hakkını kullanan kişinin bu hakkını kullanması el atmanın önlenmesi davasıyla engellenemeyecektir. Malikin iradi olarak kullanma ve yararlanma yetkilerini sınırladığı hallerde sözleşme geçerli olduğu sürece işin doğası gereği olumsuz yetkileri de sınırlanmış olacaktır. Böyle bir katlanma yükümlülüğünün sınırları katlanma yükümlülüğünün temelinde yatan hukuki işleme göre belirlenecektir.

2. Doğrudan Doğruya ve Dolaylı Katlanma Yükümlülüğü Ayrımı

Malikin diğer yükümlülükleri gibi katlanma yükümlülüğü bulunan halleri de doğuş şekillerine göre doğrudan doğruya ve dolaylı katlanma yükümlülüğü olarak ikiye ayrılırlar. Doğrudan doğruya bir katlanma yükümlülüğü bulunan hallerde

⁹ Araziye sınırlık koyma mecburiyetiyle ilgili TMK m. 749 ve toprağın iyileştirilmesiyle ilgili TMK m. 755 hükümlerinin bu nitelikte olduğuna dair bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya**, s. 547-549; Ertaş, **a.g.e.**, N. 1790-1791. Karma nitelikteki yükümlülüklerin de kaldırılması veya değiştirilmesi mümkün değildir: Bertan, **a.g.e.**, s. 718; Çörtoğlu, **Aşkın Kullanma**, s. 91-92.

¹⁰ Eren, **Mülkiyet**, s. 372; Sirmen, **Eşya**, s. 415; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 401.

¹¹ Hasan İşgüzar, "Taşınmaz Mülkiyetinin Tapu Sicilinde Görünmeyen Kısıtlamaları", **Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 100.

¹² Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 98.

yükümlülüğün malike yüklenmesi için başkaca bir işleme gerek yoktur.¹³ Bu yükümlülükler ilgili kanun hükmüyle beraber kendiliğinden ortaya çıkarlar.¹⁴ Malikin komşu araziden taşan bitkilere (TMK m. 740) ve doğal olarak akan suların akışına katlanma yükümlülüğü (TMK m. 742), orman ve mer'aya girme (TMK m. 751) ve zorunluluk halleri (TMK m. 753) böyle bir katlanma yükümlülük öngörülen hallerdir.¹⁵

Dolaylı katlanma yükümlülüğü söz konusu olduğunda ise yükümlülüğün malike yüklenmesi böyle bir talebin malike karşı ileri sürülmesine bağlıdır; talep ileri sürülmedikçe malike herhangi bir ödev yüklenmiş olmaz.¹⁶ Bu çeşit katlanma yükümlülüklerine örnek olarak taşkın yapı hakkı (TMK m. 725/2), zorunlu geçit hakkı (TMK m. 747) ve kaynak hakkı (TMK m. 761) verilebilir.¹⁷

Çalışmamızın kapsamı gereği bizim bu bölümde özellikle inceleyeceğimiz yükümlülükler kanundan doğrudan doğruya doğan yükümlülüklerdir. Dolaylı bir katlanma yükümlülüğüne ilişkin talep ileri sürüldüğünde söz konusu yükümlülük doğrudan meydana gelmez. Bu konuda benimsenen görüşe bağlı olarak ya malik hakkını devretmek veya irtifak hakkı tesis etme borcu altına girer ya da talepte bulunana karşı bir irade açıklamasında bulunma yükümlülüğü doğar.¹⁸ Her iki

¹³ Honsell/Vogt/Geiser/Rey/Strebel, **Basler Kommentar**, Art. 680 N. 3; Breitschmid/Rumo-Jungo/Arnet/Belser, **a.g.e.**, Art. 641, N. 28; Schmid/Hürliman-Kaup, **a.g.e.**, N. 688; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 595; Bertan, **a.g.e.**, s. , 275; 713; Sirmen, **Eşya**, s. 431; Ayan, **a.g.e.**, s. 352.

¹⁴ Honsell/Vogt/Geiser/Rey/Strebel, **Basler Kommentar**, Art. 680 N. 3; Breitschmid/Rumo-Jungo/Arnet/Belser, **a.g.e.**, Art. 641, N. 28; Akipek, **Eşya – II**, s. 207; Bertan, **a.g.e.**, s. 275; Havutçu/Akıncı/Dinç/Çelik/Aksoy Dursun, **a.g.e.**, s. 759.

¹⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya**, s. 552; Ayan, **a.g.e.**, s. 352.

¹⁶ Tuor/Schnyder/Schmid, **a.g.e.**, §101 N. 21; Breitschmid/Rumo-Jungo/Arnet/Belser, **a.g.e.**, Art. 641, N. 29; Schmid/Hürliman-Kaup, **a.g.e.**, N. 688; Eren, **Mülkiyet**, s. 374; Akipek, **Eşya – II**, s. 209; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 596; Sirmen, **Eşya**, s. 416; Ayan, **a.g.e.**, s.353; Gediz Kocabaş, **a.g.e.**, s. 26; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 372; Havutçu/Akıncı/Dinç/Çelik/Aksoy Dursun, **a.g.e.**, s. 759.

¹⁷ Eren, **Mülkiyet**, s. 375; Bertan, **a.g.e.**, s. 714; Tekinay, **Takyitler**, s. 37. Doktrinde zorunlu mecra hakkının niteliği hakkında bir görüş birliği bulunmamaktadır. Doğrudan katlanma yükümlülüğü olduğu yönünde bkz.: Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya**, s. 552; Akipek, **Eşya – II**, s. 207; dolaylı katlanma yükümlülüğü olduğu yönünde bkz.: Eren, **Mülkiyet**, s. 375; Bertan, **a.g.e.**, s. 714; Tekinay, **Takyitler**, s. 37; Topuz, **a.g.e.**, s. 428-430.

¹⁸ Dolaylı katlanma yükümlülüğünün meydana gelmesi için ileri sürülmesi gereken talebin niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu talep yenilik doğuran hak niteliğindedir ve bu talebin kullanılmasıyla malik talepte bulunan lehine sınırlı ayni hak tesis etme borcu altına girer (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya**, s. 552-553 ve özellikle dn. 1198; Akipek, **Eşya – II**, s. 209). Bir diğer görüşe göre ise bu hak yalnızca bir talepte bulunma hakkından ibarettir. (Honsell/Vogt/Geiser/Rey/Strebel, **Basler Kommentar**, Art. 680 N. 3; Rey, **a.g.e.**, N. 595; Tuor/Schnyder/Schmid, **a.g.e.**, §101 N. 21; Breitschmid/Rumo-Jungo/Arnet/Belser, **a.g.e.**, Art. 641, N. 29; Schmid/Hürliman-Kaup, **a.g.e.**, N. 926;

durumda da talep sahibi dışında malik veya gerekli durumlarda hâkimin sürece katılımı zorunludur.¹⁹ Ancak bu şekilde el atmanın önlenmesi davası için önem taşıyacak nitelikte bir katlanma yükümlülüğünden bahsedilebilir. Öyle ki talepte bulunabilecek kişiye kanunla verilen hukuki bir bağ kurabilme imkânıyla hükümdeki şartlara bağlı olarak kurulan hukuki bağ ayırt etmek gerekir.²⁰ Söz konusu imkân kullanılıp somut bir katlanma yükümlülüğü meydana getirilmedikçe dolaylı katlanma yükümlülüğü tek başına el atmanın önlenmesi davası önünde bir engel teşkil etmez. Kanun hükmüyle sağlanan imkân uyarınca somut bir katlanma yükümlülüğü oluşturulduğunda ise tarafların anlaşmasına veya ihtiyaç duyulan durumlarda hâkimin kararına göre söz konusu yükümlülüğün çerçevesi belirlenecek ve bu kapsamdaki müdahalelere karşı el atmanın önlenmesi davası açılmayacaktır. Öyle ki bu durumda artık müdahalenin haksızlığından söz etmek mümkün değildir.

Doğrudan katlanma yükümlülüklerinden farklı olarak dolaylı bir katlanma yükümlülüğü tapu kütüğüne tescille meydana gelir; tescil kurucu niteliktedir.²¹ Her ne kadar doktrinde bu konuda aksi yönde görüş bildiren yazarlar²² olsa da kanımızca bu görüşün kabulü mümkün değildir. Öyle ki tapu siciline tescil prensip olarak kurucu nitelikteyken kanunun sustuğu hallerde bu genel ilkedan ayrılan istisnai bir durumun bulunduğunu kabul etmek yerinde olmayacaktır.²³ Öte yandan TMK m. 716/1 ve TMK m. 716/2 hükümlerinde mülkiyet hakkı için kabul edilen esas burada da uygulama alanı bulacak ve yükümlülüğün mahkeme kararıyla malike yüklendiği durumlarda yükümlülük tescilden önce doğacaktır.²⁴

Çiğdem Kırca, “Zorunlu İrtifakların Hukuki Niteliği”, *AÜHFD*, C. 54 S. 4, 2005, s. 74-75; Gürsoy/Eren/Cansel, *a.g.e.*, s. 596; Eren, *Mülkiyet*, s. 374; Kocabaş, *a.g.e.*, s. 26; Topuz, *a.g.e.*, s. 333).

¹⁹ Kırca, *a.g.e.*, s. 70; Bertan, *a.g.e.*, s. 714 Talepte bulunanın talebiyle bu hakkın doğrudan ortaya çıkmayacağı TMK m. 725/2, TMK m. 747/1, TMK m. 761 hükümlerinde yer alan “isteyebilir” ifadesinden de anlaşılmaktadır. (Kırca, *a.g.e.*, s. 74-75)

²⁰ Bertan, *a.g.e.*, s. 714

²¹ Rey, *a.g.e.*, N. 595; Eren, *Mülkiyet*, s. 375; Kırca, *a.g.e.*, s. 72, Bertan, *a.g.e.*, s. 714-715, Serozan, *Taşın Yapı*, s. 369-370 (taşkın inşaata ilişkin olarak).

²² Akipek, *Eşya – II*, s. 209-210; Çörtoğlu, *Aşkın Kullanma*, s. 84.

²³ Kırca, *a.g.e.*, s. 72.

²⁴ Kırca, *a.g.e.*, s. 70 özellikle dn. 17; Bertan, *a.g.e.*, s. 714-715.

II. Türk Medeni Kanunu'na Dayanan Katlanma Yükümlülüğü

A. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

TMK m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralı mülkiyet hakkının kullanılması halinde de uygulama bulacak ve dolayısıyla mülkiyet hakkının sınırlarından birini teşkil edecektir.²⁵ Hükme göre herkes mülkiyet hakkını dürüstlük kurallarına uygun şekilde kullanmak durumundadır. Mülkiyet hakkının açıkça kötüye kullanılması hukuk düzeni tarafından korunmayacaktır.

Mülkiyet hakkının sağladığı her yetki gibi olumsuz yetkiler de ancak bu çerçeve içerisinde kullanılabilecektir. Buna göre malikin olumsuz yetkilerini kullanması dürüstlük kuralına aykırılık veya hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa bu hallerde bu yetkilerin kullanılması mümkün değildir. Dolayısıyla gerçek anlamda bir katlanma yükümlülüğünden bahsetmek mümkün olmasa da malikin olumsuz yetkilerini kullanmasının engellendiği bu hallerde bizim kullandığımız anlamda bir katlanma yükümlülüğünden söz etmek mümkün olacaktır. Öyle ki malik söz konusu müdahalenin ortadan kaldırılmasını talep edemediği için bu müdahaleye katlanmak durumunda kalmaktadır.

Dürüstlük kuralı kanunda tanımlanmamış olmakla beraber kişilerin hukuki ilişkilerinde dürüst, namuslu, ahlaklı ve diğer kişilerde yarattıkları güvenle tutarlı şekilde davranmaları gerekliliğini ifade eder.²⁶ Dürüstlük kuralına aykırılık olup olmadığının her somut olay özelinde ayrıca değerlendirilmesi gerekir.²⁷ Bununla beraber hakkın kötüye kullanıldığından bahsedilebilecek halleri hakkın kullanılmasında meşru bir menfaat bulunmaması, sağlanacak menfaatle başkasının uğrayacağı zararın aşırı orantısız olması, ahlaka aykırı davranışa dayanarak hak kazanma ve uyandırılan güvene aykırı davranma başlıkları altında gruplamak mümkündür.²⁸ Örneğin sözleşmede yer alan borçların ifa edilmiş olması ya da şekildeki eksikliğin malik tarafından ortaya çıkarılmış olması hallerinde geçersizliğin

²⁵ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 85; Bertan, **a.g.e.**, s. 275; Uzun Kazmacı/Şenol, **a.g.e.**, s. 526.

²⁶ Mustafa Dural/Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku Cilt 1 Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 8. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, s. 230.

²⁷ Zafer Zeytin /Ömer Ergün, **Türk Medeni Hukuku**, 4. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 67; Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, 20. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 259

²⁸ Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 260-270.

ileri sürülememesi sonucunda malikin bir müdahaleye katlanmak zorunda kalması mümkün olabilir. Örneğin bir başkası lehine irtifak hakkı tesis edilmesini konu alan sözleşmenin gerekli şekil şartlarına uygun olarak yapılmamış olması hali böyledir. Ayrıca malikin diğer kişilerde yarattığı güvene aykırı şekilde olumsuz yetkilerini kullandığı hallerde de TMK m. 2 sebebiyle meydana gelen bir katlanma yükümlülüğünden bahsedilebilir. Haksız yapı henüz tamamlanmamışken durumu fark eden malikin yapı tamamlanana kadar susup daha sonrasında el atmanın önlenmesini talep etmesi halinde malikin davranışı karşı tarafta yarattığı güvenle çelişecek ve dolayısıyla dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir. Yine malikin üst hakkı sahibinin taşınmazda gerçekleştirdiği olağan inşaat çalışmalarını el atmanın önlenmesi davasıyla engellemeye çalışması ya da kendisine ait işyerinin bitişiğindeki dükkânını fırın olarak kullanılmak üzere kiraladıktan sonra duman şeklinde ortaya çıkan müdahalenin sona ermesi için bu kullanım şeklinin yasaklanmasını talep etmesi halinde de malikin davranışının dürüstlük kuralına aykırı olduğu söylenebilir.

B. Taşınmaz Mülkiyetine Getirilen ve Herkesin Faydalanabileceği Kısıtlamalar

1. Orman ve Mer'aya Girme

TMK m. 751 hükmüne göre malik bitki örtüsünü korumak amacıyla yetkili makamlarca getirilmiş bir yasak söz konusu olmadıkça orman ve merasına girilmesine ve hatta orda yetişen yabani meyve vb. şeylerin yerel âdete uygun ölçüde toplanmasına katlanmak zorundadır. Bu hükme uygun bir müdahale söz konusu olduğunda malikin sadece el atmanın önlenmesi talebi değil istihkak talebi de engellenmiş bulunmaktadır. Öyle ki esasen taşınmazın maddi kapsamı içerisinde yer alan yabani meyve ve mantar gibi şeylerin başkaları tarafından toplanmasına dahi izin verilmiştir.

TMK m. 751 hükmüyle bir katlanma yükümlülüğü öngörülen taşınmazlar yalnızca orman veya mera niteliğinde olanlardır. Bu yerlerin nasıl tespit edileceğine ilişkin TMK içerisinde bir tanım yer almamaktadır. Bununla beraber orman, yoğun şekilde ağaçların bulunduğu ve (6831 Orman Kanunu²⁹ m. 1'den hareketle zıt kanıt

²⁹ R.G. T. 08.09.1956 S. 9402.

yoluyla) üç hektardan küçük olmayan geniş arazi parçası olarak tanımlanabilir.³⁰ Mera kavramı ise 4342 sayılı Mera Kanunu³¹ m. 3 hükmünde “*hayvanların otlatılması ve otundan yararlanılması için tahsis edilen veya kadimden beri bu amaçla kullanılan yer*” olarak tanımlanmıştır. TMK m. 751 hükmü istisnai bir hüküm olduğundan bu yerler dışında kalan tarım arazilerine uygulanması mümkün değildir.³²

Araziye girme hakkının kapsamı yerel adetlere göre tespit edilir.³³ Üçüncü kişilerin araziye giriş şeklindeki esas sınır malikin zarar görmemesidir.³⁴ Ayrıca girme olayı ancak kısa bir sürede gerçekleşebilecek olup bunu aşan kamp kurma, karavanla bulunma gibi durumlar bu maddenin kapsamında yer almayacaktır.³⁵ Bununla beraber gezinti ve yürüyüşler katlanma yükümlülüğü kapsamındadır.³⁶ TMK m. 751/2 hükmüyle de avlanma ve balık tutma amacıyla başkasının arazisine girme halinin özel kanunlarla düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Katlanma yükümlülüğünün kapsamını aşan hallerde mevcut müdahaleye katlanma yükümlülüğü bulunmayacağı için malikin bu müdahalelere karşı el atmanın önlenmesi davası açması mümkündür.

Malikin böyle müdahalelere katlanma yükümlülüğü altında bulunan arazisini çit, duvar vs. ile kapatması ancak korunmaya değer bir menfaati bulunması halinde, örneğin yeni dikilen ağaçları korumak amacıyla, caizdir.³⁷

2. İztırar Hali

TMK m. 753 hükmünde düzenlenen ıztırar hali TBK m. 63/2 hükmünde yer alan ıztırar halinin özel bir görünüm biçimidir.³⁸ Hükme göre malik ıztırar halinde

³⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya**, s. 590.

³¹ **R.G.** T. 25.02.1998 S. 23272.

³² Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 624; Eren, **Mülkiyet**, s. 433-434.

³³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya**, s. 590; Eren, **Mülkiyet**, s. 434; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 624; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 389.

³⁴ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 624; Eren, **Mülkiyet**, s. 434.

³⁵ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 624; Eren, **Mülkiyet**, s. 434.

³⁶ Tekinay, **Takyitler**, s. 151-152

³⁷ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 625; Eren, **Mülkiyet**, s. 434; Tekinay, **Takyitler**, s. 151-153. Gürsoy/Eren/Cansel ve Eren korunmaya değer bir menfaatin yanında hukuki bir işlemin de şart olduğu görüşündedirler. Saymen/Elbir arazinin etrafının çevrilmesinin ancak yerel adet buna imkân tanıyorsa mümkün olacağı kanaatindedir. (Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s 389-390)

³⁸ Tekinay, **Takyitler**, s. 154; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 666; Ertaş, **a.g.e.**, N. 1889.

gerçekleşen müdahalelere katlanmak zorundadır. Malike TMK m. 683/2 hükmüyle tanınan el atmaları önleme yetkisi bu şekilde kısıtlanmış bulunmaktadır.³⁹

Böyle bir halin ortaya çıktığını kabul etmek için gerekli 3 koşul bulunmaktadır. Öncelikle müdahalede bulunanı veya üçüncü bir kişiyi tehdit eden bir zarar veya tehlike mevcut olmalıdır. Bu zarar veya tehlike taşınmaza müdahale sebebiyle doğacak zarardan önemli ölçüde büyük olmalıdır. İztırar halini kabul ederken güdülen gaye hukuki değerler arasında bir denge kurmak olduğundan bu koşulun varlığı tarafların karşılıklı menfaatlerinin somut olay göz önünde tutularak değerlendirilmesiyle incelenmelidir.⁴⁰ Son olarak söz konusu zarar veya tehlikenin ancak başkasının taşınmazına müdahale ile önlenebilecek olması gerekir.

Bu üç koşulun da mevcut olduğu durumlarda söz konusu müdahaleye karşı el atmanın önlenmesi davası açılmayacaktır. Öyle ki TMK m. 753 hükmünde öngörülen ıztırar hali tıpkı TBK m. 63/2 hükmünde yer verilen ıztırar hali gibi hukuka aykırılığı ortadan kaldırır. Bu durumlarda müdahalenin haksızlığından söz edilemeyeceği için TMK m. 683/2'ye dayanarak el atmanın önlenmesi davası açılmaz. Öte yandan şunu da belirtmek gerekir ki ıztırar halinde gerçekleşen bir müdahaleye karşı el atmanın önlenmesi davası açılması pratik olarak çoğu zaman zaten mümkün olmayacaktır. Öyle ki müdahalenin ıztırar halinde gerçekleştiğinden bahsedebilmek için tehlike veya zarar o an mevcut olmalıdır; tehlike geçmişse ya da söz konusu zarar gerçekleşmişse ıztırar halinden söz etmek mümkün değildir.⁴¹ Malikin ıztırar hali sebebiyle katlanma yükümlülüğü ıztırar hali devam ettiği sürece mevcuttur.⁴² Dolayısıyla TMK m. 753'ün konusu olan müdahaleler genellikle geniş bir zamana yayılmayan ve dar bir zaman diliminde meydana gelip ortadan kalkan müdahaleler olacaktır. Meydana gelip ortadan kalkmış bir müdahaleye karşı da el atmanın önlenmesi davası açılması mümkün değildir.

³⁹ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 627; Eren, **Mülkiyet**, s. 437.

⁴⁰ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 628; Eren, **Mülkiyet**, s. 438.

⁴¹ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 628; Eren, **Mülkiyet**, s. 438.

⁴² Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 86.

C. Komşuluk Hukukuna Dayanan Katlanma Yükümlülüğü

1. Komşuluk Kavramı

Komşuların taşınmazlarına bağlı olarak birbirleriyle ilişkileri “*Komşu hakkı*” başlığı altında yer alan TMK m. 737-750 hükümlerinde düzenlenmiştir.⁴³ Taşınmazların doğaları gereği birbirlerine bitişik ve yeri değiştirilemez bir yapıya sahip olmaları itibarıyla bu taşınmazlardan faydalananlar ve özellikle malikler birbirleriyle sürekli ve kaçınılmaz bir ilişki içerisindeyler.⁴⁴ Bu zorunluluğun sonucu olarak komşu taşınmazların birbirleriyle ilişkilerini konu alan özel düzenlemeler yapmak gerekliliği doğmuştur. Bu düzenlemelerle maliklere birtakım kaçınma, katlanma ve yapma ödevleri yüklenerek taşınmazların huzur içinde ve mahiyetlerine uygun şekilde kullanılmaları temin edilmek istenmiştir.⁴⁵ Dolayısıyla bu düzenlemelerin komşu konumunda olmayan kişiler arasında uygulanması mümkün değildir.

Komşuluk hukukuna ilişkin düzenlemeler her ne kadar taşınmazların bitişik ve değiştirilemez doğasına dayansalar da uygulanma alanları yalnızca bitişik taşınmazlarla sınırlı değildir. Komşu kavramı nispi bir kavramdır ve yalnızca sınır komşuları olarak değerlendirilemez.⁴⁶ Taraflar arasında komşuluk ilişkisinin bulunup bulunmadığının her olay özelinde davaya konu fiilin ve ihlal edilen sınırlamanın niteliği göz önünde bulundurularak ayrıca tespit edilmesi gerekir.⁴⁷ Bu çerçevede söz konusu fiil ve ihlalden etkilenen taşınmazlar komşu olarak değerlendirilir.⁴⁸

Komşuluk ilişkisinden bahsedebilmek için yeryüzünde farklı yerler işgal eden iki taşınmaz bulunmalıdır.⁴⁹ Bu kapsamda üst hakkı sahibiyle malik, mecra hakkı

⁴³ Burada komşu hakkı yerine komşuluk ilişkileri ifadesinin kullanılmış olması gerektiği, zira bu hükümlerin sadece hak sağlamadığı yönünde bkz. Akipek, **Kavram ve Mahiyet**, s. 336.

⁴⁴ Bertan, **a.g.e.**, s. 674-675; Ulsan, **a.g.e.**, s. 121 Petek, **a.g.e.**, s. 22; Akipek, **Neticeler**, 2.

⁴⁵ Akipek, **Eşya – II**, s. 219; Ulsan, **a.g.e.**, s. 153-154; Sirmen, **Eşya**, s. 439; Ayan, **a.g.e.**, s. 353.

⁴⁶ Breitschmid/Rumo-Jungo/Göksu, **a.g.e.**, Art. 679, N. 2; Akipek, **Eşya – II**, s. 220; Akipek, **Neticeler**, s. 17; Akipek, **Kavram ve Mahiyet**, s. 338-339; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 659; Zevkliler, **Zarar Verici İnşaat**, s. 116-117; Tekinay, **Takyitler**, s. 68, 126-127; Çörtoğlu, **Etki ve Sonuç**, s. 62-63; Ayan, **a.g.e.**, s. 353; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 89.

⁴⁷ Meier-Hayoz, **Art. 655-679**, Art. 679 N. 44; Breitschmid/Rumo-Jungo/Göksu, **a.g.e.**, Art. 679, N. 3. Akipek, **Eşya – II**, s. 220; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 659; Akipek, **Neticeler**, s. 17-18.

⁴⁸ Bertan, **a.g.e.**, s. 693; Tekinay, **Takyitler**, s. 126-127; Akipek, **Neticeler**, s. 17-18; Çörtoğlu, **Etki ve Sonuç**, s. 63; Ertaş, **a.g.e.**, N. 1844.

⁴⁹ Akipek, **Neticeler**, s. 18.

sahibiyle malik ve kat malikleri arasında bir komşuluk ilişkisi söz konusudur.⁵⁰ Müdahalenin kaynağının müdahalenin gerçekleştiği taşınmazın dikey olarak altında veya üstünde bulunduğu durumlarda böyle bir ilişkiden söz edebilmek için kaynağın TMK m. 718 ile tespit edilen sınırlar dışında kalması ve bu şekilde malikin mülkiyet hakkı kapsamında olmaması gerekir.⁵¹

Türk Medeni Kanunu'nda yer alan ve komşular arası ilişkileri düzenleyen hükümler lafzi olarak yalnızca mülkiyet hakkı sahipleri arası ilişkileri düzenliyor gibi görünseler de özellikle katlanma yükümlülükleri açısından sadece maliklerin etki altında olduğunu söylemek mümkün değildir. Öyle ki aynı haklar içinde bile en güçlü hak olan mülkiyet hakkının dahi sınırlandığı bir noktada bu hakka dayanarak hak edinen diğer aynı veya şahsi hak sahipleri de elbette ki bu sınırlamalara ve özellikle katlanma yükümlülüklerine tabi olacaklardır.

Komşuluk hukukuna ilişkin kaideler sadece özel hukuk kişileri için değil kamu tüzel kişilerinin özel mülkiyetindeki yerler yönünden de bağlayıcıdır.⁵² Dolayısıyla kamu tüzel kişilerinin de komşu sıfatını haiz olmaları mümkündür. Bu çerçevede örneğin İETT ve DSI'nin komşu sıfatıyla yargılamaya taraf olabilirler.⁵³

2. TMK m. 730/2 ve m. 737 Hükümlerine Dayanan Katlanma Yükümlülüğü

a. TMK m. 730/1, m. 730/2 ve m. 737/2 Hükümleri Arasındaki İlişki

(1) Müdahale Kavramı ve Doğrudan – Dolaylı Müdahale Ayrımı

Müdahale kavramı TMK m. 730 ve TMK m. 737 hükümlerine dayanan katlanma yükümlülüğü açısından en temel kavramdır. Zira müdahale kavramı takip

⁵⁰ Akipek, *Neticeler*, s. 18-19; Akipek, *Kavram ve Mahiyet*, s. 339-340.

⁵¹ Çörtoğlu, *Etki ve Sonuç*, s. 65-66.

⁵² Akipek, *Kavram ve Mahiyet*, s. 340; Bertan, *a.g.e.*, s. 684; Tekinay, *Takyitler*, s. 130; Ayan, *a.g.e.*, s. 432; Ertaş, *a.g.e.*, N. 1936. Kamu hizmeti görülen yerler yönünden inceleme için bkz. Bertan, *a.g.e.*, s. 684-687; Tekinay, *Takyitler*, s. 130-132. Yarg. İBHGK, T. 11.5.1959, E. 1958/17, K. 1959/15 sayılı içtihadı uyarınca plan ve projelere uygun şekilde yürütülen kamu hizmetleri sebebiyle ortaya çıkan zararlar idari yargının; bu planlara uygun olmadan veya kamulaştırmasız el atma gibi diğer hukuksuz yollarla sebep verilen müdahale ve zararlar adli yargının görev alanına girer. (R.G. T. 11.5.1959, S. 10202)

⁵³ Yarg. HGK, T. 12.11.2003, E. 2003/14-653, K. 2003/689 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.:9.10.2020); Yarg. HGK, T. 5.2.1997, E. 1996/14-766, K. 1997/36 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.:9.10.2020).

eden bölümlerde açıklayacağımız hoş görülebilir müdahale ve taşkınlık kavramlarının ilk basamağıdır. Somut olayda bir müdahale mevcut olmadığı sürece diğer basamaklara geçmek mümkün değildir.

Komşuluk hukuku bağlamında müdahale kavramı dışarıdan doğrudan veya dolaylı olarak gelerek taşınmaz üzerinde gerek maddi gerek manevi anlamda etki yaratan her şeyi ifade eder.⁵⁴ Tanımda da yer aldığı üzere bir müdahalenin doğrudan veya dolaylı olması mümkündür. Doğrudan müdahale ile anlatılmak istenen bir araziye işgal etmek gibi doğrudan doğruya taşınmazın maddi varlığını hedef alan müdahalelerdir.⁵⁵ Dolaylı müdahaleler ise bir taşınmazın kullanımı sebebiyle (istenmeseler bile) ortaya çıkan etkilerdir.⁵⁶ Taşınmazın kullanımı sebebiyle ortaya çıkan müdahaleler kendilerini genellikle tek seferlik olaylardan ziyade sürekli ve tekrarlanan etkiler olarak gösterirler.⁵⁷ Bir evin kaloriferi sebebiyle açığa çıkan dumanlar ya da bir gece kulübünün sebep olduğu gürültü dolaylı müdahale teşkil eder. Aradaki farkı bir örnekle açıklamak gerekirse malikin, rüzgâr gibi etkiler sebebiyle bahçesinde biriken yaprak ve çöpleri toplayarak komşu taşınmaza atması halinde doğrudan bir müdahale söz konusu olacaktır; zira bu durumun taşınmazın kullanım şekliyle bir ilgisi yoktur. Buna karşılık malikin sınıra yakın kısımlardaki meyve ağaçlarından dökülen yaprakların sürekli bitişik taşınmaza ulaşması halinde dolaylı bir müdahale söz konusu olacaktır. Bu durumda söz konusu müdahale taşınmazın kullanım şeklinden kaynaklanmaktadır.

Müdahalenin doğrudan mı dolaylı mı olduğunu tespit etmek her zaman bu kadar kolay olmayabilir. Böyle durumlarda müdahalenin doğrudan mı yoksa dolaylı mı olduğunun hâkim tarafından bilimsel esaslar da göz önünde bulundurularak amaca uygun şekilde saptanması gerekir.⁵⁸

⁵⁴ BGE 61 II 329.

⁵⁵ Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 101; Tekinay, **Takyitler**, s. 69; Uzun Kazmacı/Şenol, **a.g.e.**, s. 503.

⁵⁶ Tekinay, **Takyitler**, s. 70; Ulsan, **a.g.e.**, s. 159-160; Yıldız Abik, “Taşınmaz Malikin Olumlu Müdahaleler Nedeniyle Komşulara Karşı Sorumluluğu”, **EÜHFD**, C. XIV S. 3-4, 2010, s. 157.

⁵⁷ Haluk Tandoğan, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 1981, s. 200.

⁵⁸ Çörtoğlu, **Etki ve Sonuç**, s. 102-103.

Konumuz açısından önem taşıyan müdahaleler dolaylı müdahalelerdir. Zira doğrudan müdahaleler başka hükümlerle yasaklanmış oldukları için konumuz olan TMK m. 737 kapsamı dışında kalırlar.⁵⁹ Dolayısıyla bu müdahalelere karşı başkaca özel bir düzenleme bulunmadıkça komşuluk hukukundan doğan bir katlanma yükümlülüğü söz konusu değildir. Doğrudan müdahaleleri yasaklayan hükümlerin başında TMK m. 683/2 hükmü gelir ve bu kapsamda herhangi bir katlanma yükümlülüğü bulunmayan her doğrudan müdahale zarar veya kusur şartı aranmaksızın el atmanın önlenmesi yoluyla önlenabilir.

Bu noktada müdahalenin doğrudan veya dolaylı olmasıyla etkinin doğrudan veya dolaylı olmasını ayırt etmek gerekir. Müdahalenin doğrudan veya dolaylı olması taşınmaz üzerindeki etki ile buna sebep olan fiil arasındaki ilişkiye dairdir. Öte yandan etkinin doğrudan veya dolaylı olması ise etkinin diğer taşınmaza ulaşma süreciyle ilgilidir. Dolaylı müdahalenin etkilerinin taşınmazın içinden doğrudan gelmesi şart değildir.⁶⁰ Söz konusu etki taşınmazın belirli bir şekilde kullanılmasından doğduğu sürece etkisini doğrudan da gösterse dolaylı da gösterse TMK m. 737 kapsamında kalacaktır.⁶¹ Bir sanayi işletmesinin olağan üretim faaliyeti sebebiyle çevreyi kirlettiği farazi örneğinde işletmenin bulunduğu araziden geçen nehir ve ayrıca çıkan dumanlar sebebiyle komşu taşınmazın tarımsal ürünleri zarar görmüş olsun. Söz konusu zararlar taşınmazın kullanım şeklinden kaynaklandığı için her iki zarar da dolaylı müdahale niteliğindedir. Bununla birlikte faaliyet sonucu ortaya çıkan dumanlar zarar gören tarımsal ürünler üzerindeki etkisini doğrudan göstermiştir. Nehrin kirlenmesi sebebiyle zararlı hale gelen otları yiyen hayvanların ölmesi halinde ise hem müdahale hem de etki dolaylı yoldan gerçekleşmiştir. Benzer şekilde havaalanına inen veya

⁵⁹ Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 684 N. 81; Tekinay, **Takyitler**, s. 69; Ulsan, **a.g.e.**, s. 159-160 dn. 16; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 91; Çörtoğlu, **Etki ve Sonuç**, s. 238; Breitschmid/Rumo-Jungo/Göksu, **a.g.e.**, Art. 679, N. 8. Bununla beraber Yarg. 14. HD, T. 26.2.2015, E. 2014/11175, K. 2015/1985 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 5.10.2020) sayılı kararında doğrudan müdahaleyi konu alan bir uyuşmazlığa ilişkin olarak kullanılan “*Davanın kabulüne karar verilebilmesi için, el atmanın mülkiyet hakkının aşırı ve taşkın kullanılması niteliği taşıması gerekir. El atma objektif ölçütlere göre hoşgörü ve tahammül sınırları içerisinde kalmakta ise el atmanın önlenmesine karar verilemez. Başka bir anlatımla, taşkın kullanma yoksa hakim olaya müdahalesi gerekmeyeceğinden davanın reddi gerekir.*” şeklindeki ifadelerle hafif ve önemsiz nitelikte doğrudan müdahalelere de katlanma yükümlülüğü getirildiği yönündeki değerlendirme için bkz.: Aydınçık Midyat, **a.g.e.**, s. 626 özellikle dn. 68.

⁶⁰ Çörtoğlu, **Aşkın Kullanma**, s. 122.

⁶¹ Akipek, **Eşya – II**, s. 220-221; Akipek, **Kavram ve Mahiyet**, s. 356, 359, 360; Abik, **a.g.e.**, s. 157-158.

havaalanından kalkan uçakların sebep olduğu gürültüler bu gürültüler havaalanı sınırları dışında meydana geliyor olsalar dahi taşınmazın kullanım şekliyle ilişkilidirler.⁶² Dolaylı yoldan ortaya çıkan etkilerin hangilerinin taşınmazın kullanımına bağlı olduğu, başka bir deyişle bu kullanım şekline isnat edilebileceği, TMK m. 730 çerçevesinde illiyet değerlendirmesi kapsamında incelenmesi gereken bir husustur.

(2) Dolaylı Müdahalelerin Önlenebilirliği

Daha önce izah edilen müdahale tanımında yer almamasından da anlaşılacağı üzere hukuka aykırılık müdahale açısından zorunlu bir kavram değildir.⁶³ Doğrudan müdahalelerin aksine dolaylı müdahalelerin kural olarak hukuka aykırılığından bahsetmek mümkün değildir.⁶⁴ Kanun koyucu taşınmazlar arası ilişkide tercihini müdahale serbestisinden yana kullanmıştır.⁶⁵ Buna göre bir taşınmazın diğer bir taşınmaza müdahalede bulunmasına kural olarak izin verilmiştir; meğerki böyle bir kullanım şekli yasaklanmış olsun.⁶⁶ Yani bir müdahalenin yalnızca taşınmazın sınırlarını aşan bir etki niteliğinde olması engellenebilmesi için yeterli değildir; aynı zamanda hukuki sınırların da aşılması gereklidir.⁶⁷ İşte mülkiyet hakkının böyle yasaklanmış bir şekilde kullanıldığı durumlar, özellikle TMK m. 737 vd. yer alan komşuluk hukukuna ilişkin sınırlamalara uyulmaması, TMK m. 730 hükmüyle bir yaptırıma bağlanmıştır.⁶⁸

TMK m. 730 hükmü ikili bir yapıya sahiptir. TMK m. 730/1 hükmünde gerçek anlamda bir sorumluluktan bahsetmek mümkünken TMK m. 730/2 hükmünde

⁶² Çörtoğlu, **Aşkın Kullanma**, s. 122.

⁶³ Alican Çalışkan/Kaan Can Yıldırım, “Taşınmaz Malikinin Salt Malvarlığı Zararlarından Sorumluluğu”, **Sorumluluk Hukuku 2018 (Semineler)**, ed. Başak Baysal, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 100.

⁶⁴ Şirin Aydınçık Midyat, “Taşınmaz Malikinin İnşaat Faaliyetleri Sebebiyle Komşu Taşınmaz Maliklerine Karşı Sorumluluğu”, **İÜHFM**, C. LXXV, S. 2, 2017, s. 627; Havutçu/Akıncı/Dinç/Çelik/Aksoy Dursun, **a.g.e.**, s. 762.

⁶⁵ Ulusan, **a.g.e.**, s. 154; Çörtoğlu, **Etki ve Sonuç**, s. 175. Bu müdahalelere katlanma zorunluluğu doktrinde “komşuluktan doğan hoşgörü ilkesi” olarak da adlandırılmaktadır: Eren, **Mülkiyet**, s. 379.

⁶⁶ Öyle ki taşınmazın sınırları dışında etki gösteren her türlü kullanım şekli yasaklanmış olsaydı taşınmazlar neredeyse kullanılamaz hale gelirdi. (Bertan, **a.g.e.**, s. 816)

⁶⁷ Meier-Hayoz, **Art. 655-679**, Art. 679 N. 85.

⁶⁸ Eren, **Mülkiyet**, s. 469; Akipek, **Eşya - II**, s. 235; Akipek, **Neticeler**, s. 7; Tekinay, **Takyitler**, s.122; Bertan, **a.g.e.**, s. 689-690; Baysal, **a.g.e.**, N. 3.170.

fedakârlığın denkleştirilmesi esası kabul edilmiştir.⁶⁹ Bu ayırım konumuz açısından oldukça önemlidir. Öyle ki hukuka aykırılık ve buna bağlı olarak tazminat sorumluluğu söz konusu olduğunda zarar veya zarar tehlikesiyle karşılaşmanın TMK m. 730/1 uyarınca zararın giderimi dışında ayrıca eski hale getirme ve tehlikenin önlenmesini de talep edebilmesi mümkündür. Hukuka aykırılık bulunmadığında, yani TMK m. 730/2 kapsamındaki bir taşkınlık bulunduğu, ise eski halin iadesi veya tehlikenin önlenmesi davalarından faydalanmak mümkün olmayacaktır.⁷⁰ Öyle ki hukuka uygun bir faaliyetin yasaklanmasını mevcut bir zarar veya zarar tehlikesi sebebiyle istemek mümkün değildir.⁷¹ Bu şekilde hukuka aykırılığın bulunmadığı hallerde ise ne TMK m. 730/1 hükmüne ne de TMK m. 683/2 hükmüne dayanarak müdahalenin sonlandırılması talep edilebilecektir.⁷² Zira TMK m. 683/2 hükmünde el atmanın önlenmesi davasıyla önlenebilecek müdahaleler yalnızca haksız müdahaleler olarak belirtilmiştir.

TMK m. 730 hükmüyle yaptırıma bağlanan husus taşınmaz mülkiyetinin yasal sınırlamalarına aykırı kullanılmasıdır. Böyle bir aykırılığın mevcut olup olmadığı tespit edilirken başvurulacak ilk hüküm de TMK m. 737 hükmüdür. TMK m. 737 hükmüyle komşuluk ilişkilerine genel bir çerçeve çizilmiştir. Somut olay özelinde ihlal edilen özel bir sınırlama bulunmadıkça TMK m. 737 hükmü çerçevesinde değerlendirme yapılacaktır.

Toplumsal barışı ve taşınmazların verimli kullanımını sağlamak adına malikler belirli davranışlardan kaçınma ve belirli müdahalelere katlanma yükümlülüğü altındadırlar.⁷³ Paralel şekilde mülkiyet hakkı sahiplerine TMK m. 737/1 hükmüyle bir kaçınma ödevi yüklenirken TMK m. 737/2 hükmüyle bir katlanma ödevi

⁶⁹ Baysal, **a.g.e.**, N. 3.185.

⁷⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya**, s. 597; Büyüksağış, **a.g.e.**, s. 209; Abik, **a.g.e.**, s. 174; Ayan, **a.g.e.**, s. 435; Baysal, **a.g.e.**, N. 3.181. Eski halin iadesi kavramını müdahaleye sebep olan veya müdahalenin etkilediği taşınmazda eski halin iadesi olarak iki farklı şekilde anlamak mümkündür. El atmanın önlenmesi davası ile paralellik gösteren yalnızca müdahaleye sebep olan taşınmazdaki eski halin iadesini konu alan davadır. Zira ancak bu dava nitelik olarak el atmanın önlenmesi davasının özel bir şekli olarak değerlendirilebilir. (Bkz. Petek, **a.g.e.**, s. 456-457)

⁷¹ Petek, **a.g.e.**, s. 456-458.

⁷² TMK m. 683 ve m. 730 hükümleri arası ilişki için bkz. yuk. 1. Bölüm: III. D.

⁷³ Ulusan, **a.g.e.**, s. 153-154; Sirmen, **Eşya**, s. 439; Ayan, **a.g.e.**, s. 353; Yarg. HGK, 14.09.1983 E. 1/2378 K. 814 (Çevrimiçi: Legalbank, E.T.: 5.10.2020)

yüklenmiştir.⁷⁴ Bu katlanma yükümlülüğünün sınırı ise TMK m. 737 hükmüyle taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel âdete göre hoş görülebilir olmak kistasıyla çizilmiştir. TMK m. 737/1 hükmündeki yasak ancak bu sınırın aşılması halinde etki kazanır.⁷⁵ Bu bağlamda belirtilen sınırın altında kalan ve taşkınlık teşkil etmeyen müdahalelere karşı sadece TMK m. 730/1'e dayanan eski halin iadesi davası değil TMK m. 683/2 anlamında el atmanın önlenmesi davası da açılmaz.⁷⁶ Öyle ki böyle müdahaleler hukuka uygun müdahalelerdir ve TMK m. 683/2 anlamında haksız el atma niteliğini taşımazlar.

Bu çerçevede TMK m. 730/1, TMK m. 730/2 ve TMK m. 737/2 hükümleri arasındaki ilişki tarafların bir önceki bölümde açıklanan bağlamda komşu sıfatını haiz oldukları uyuşmazlıklarda el atmanın önlenmesi (veya TMK m. 730 hükmünde zikredilen şekliyle eski hale getirme) davasının açılıp açılmayacağı noktasında belirleyici rol oynar. Öyle ki incelemeye veya yargılamaya konu fiilin hukuka aykırı mı, hukuka uygun ve fakat denkleştirmeye tabi mi yoksa doğrudan hukuka uygun mu olduğu ancak bu fıkraların anlam ve kapsamlarının tespit edilmesiyle değerlendirilebilir. Daha önce de belirtildiği gibi müdahale serbestisi ilkesi uyarınca dolaylı müdahalelerden yalnızca belirli bir sınırı geçenlerin yasaklanması, başka bir deyişle önleme davalarına konu olmaları mümkündür. Bu sınır TMK m. 730 hükmüyle mülkiyet hakkının yasal kısıtlamalara aykırı kullanılması (aşkın kullanılması) olarak çizilmiştir. Aşkın kullanmanın TMK m. 737 özelinde tespit edilen sınırı ise hoş görülebilirlik olarak belirlenmiş olup bu sınırı aşan dolaylı müdahaleler taşkın nitelikte olacaklardır.⁷⁷ Özetle taşkın kullanma niteliğinde olmayan müdahaleler ve taşkın olsalar dahi TMK m. 730/2 hükmündeki hukuka uygunluk sebebinin kapsamında kalan müdahalelere karşı malikin katlanma yükümlülüğü vardır.

⁷⁴ Breitschmid/Rumo-Jungo/Göksu, **a.g.e.**, Art. 679, N. 1; Zevkliler, **Zarar Verici İnşaat**, s. 115.

⁷⁵ Breitschmid/Rumo-Jungo/Göksu, **a.g.e.**, Art. 679, N. 9; Tekinay, **Takyitler**, s. 76; Akipek, **Kavram ve Mahiyet**, s. 354-355; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s 380; Ertaş, **a.g.e.**, N. 1894.

⁷⁶ Aynı yönde bkz.: Yarg. 14. HD , T. 03.10.2018, E.2016/2775, K. 2018/6298(Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 27.08.2020); Yarg. 14 HD, T. 03.10.2018, E. 2016/2839, K. 2018/6305(Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 27.08.2020): “Elatma objektif ölçütlere göre hoşgörü ve tahammül sınırları içerisinde kalmakta ise elatmanın önlenmesine karar verilemez.”

⁷⁷ Petek, **a.g.e.**, s. 188.

b. TMK m. 737 Özelinde Aşkın Kullanma: Taşkınlık

(1) Genel Olarak Aşkın Kullanma Kavramı

TMK m. 730/1 uyarınca bir taşınmazın kullanımı sebebiyle ortaya çıkan müdahalelerin önlenmesi için taşınmaz mülkiyetinin yasal kısıtlamalara aykırı kullanılmış olması, başka bir deyişle (t)aşkın kullanılmış olması, şarttır.⁷⁸⁷⁹ Mülkiyetin aşkın kullanılmasından anlaşılması gereken taşınmaz mülkiyetine ilişkin bir sınırlamanın taşınmazın kullanımı sonucu ortaya çıkan müdahalelerle ihlal edilmesidir.⁸⁰ Bu bağlamda taşınmazın sınırları dışında hissedilen her kullanım şekli aşkın kullanma teşkil etmeyecektir.⁸¹ Taşınmazın sınırları dışında hissedilen her etki dolaylı müdahale olacak fakat bunlardan yalnızca hukuka aykırı olanları, başka bir deyişle yasal kısıtlamaları aşanları aşkın kullanma teşkil edecek ve önlenebileceklerdir. İşte komşuluk hukukuna dayanan katlanma yükümlülüğünün temel normu olan TMK m. 737 hükmü bu yasal kısıtlamalardan biridir. TMK m. 737 hükmüyle taşınmaz malikine birtakım katlanma yükümlülükleri getirilmiş ve bu yükümlülüğün sınırı hoş görülebilirlik olarak çizilmiştir. Bu sınırın aşılması hali ise TMK m. 730/1 hükmünde yaptırıma bağlanan aşkın kullanmanın özel bir görünüm biçimini teşkil edecek ve taşkınlık olarak adlandırılacaktır.⁸² İşte bu sebeple bir müdahalenin taşkın nitelikte olup olmadığının tespitine geçmeden önce üst kavram niteliğinde olan aşkın kullanmaya ilişkin bazı hususların incelenmesi kanımızca yerinde olacaktır. Bu inceleme sırasında unutmamak gerekir ki TMK m. 730 anlamında aşkın kullanma da TMK m. 737 anlamında taşkınlık da esasen müdahale üst başlığı altında yer aldıkları için daha önce müdahale kavramına ilişkin yaptığımız açıklamalar bu kavramlar için de geçerli olacaklardır.

⁷⁸ Doktrinde TMK m. 730/1 anlamında mülkiyet hakkının aşkın kullanılmasını ve TMK m. 737 anlamındaki müdahaleleri adlandırma konusunda bir terim birliği yoktur. Biz konumuz itibarıyla yapacağımız açıklamalarda her iki kavrama da çokça ihtiyaç duyacağımız için iki farklı terim kullanmayı ve bu terimleri seçerken hükümlerin lafzını takip etmeyi uygun gördük. Bu çerçevede TMK m. 730/1 anlamındaki hukuka aykırılık için aşkın kullanma ve TMK m. 737/2 anlamındaki sınıflandırma için hoş görülebilir müdahale ve taşkınlık kavramlarını kullanıyoruz.

⁷⁹ TMK m. 730 hükmünün sadece komşuluk hukukuna ilişkin kısıtlamaların ihlali mi yoksa mülkiyet hakkını kısıtlayan bütün normların ihlali halinde mi uygulanacağı tartışmalıdır. Bu konuda bkz. Baysal, **a.g.e.**, s. 303-305.

⁸⁰ Çörtoğlu, **Aşkın Kullanma**, s. 95.

⁸¹ Bertan, **a.g.e.**, s. 681.

⁸² Akipek, **Kavram ve Mahiyet**, s. 337-338.

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki TMK m. 730/1 hükmünde yer alan zarar veya zarar tehlikesi kavramları aşkın kullanmanın tespiti açısından gerekli unsurlar değil böyle bir ihlalin sonucudurlar.⁸³ TMK m. 730/1 hükmüyle henüz zarar görmeyen kişilere de birtakım imkânlar tanınmış olması bunu gösterir niteliktedir. Taşınmaz mülkiyetine ilişkin bir sınırlama bulunması ve bu sınırlamanın taşınmazın kullanımından doğan müdahalelerle ihlal edilmesi aşkın kullanmanın yegâne unsurlarıdır.⁸⁴

Böyle bir sınırlamayı öngören hüküm kamu hukuku veya özel hukuk karakterli olabilir.⁸⁵ Öyle ki TMK m. 730 mülkiyet hakkının yasal sınırlamalara aykırı kullanılmasından bahsetmektedir ve aykırılık bulunan hükmün kamu hukuku veya özel hukuk kaynaklı olması arasında bir fark yoktur.⁸⁶ Nitekim TMK m. 683/1 hükmünde de mülkiyet hakkının hukuk düzeninin sınırları içerisinde serbestçe kullanılabileceği söylenirken böyle bir ayrıma gerek görülmemiştir.⁸⁷

Aşkın kullanma ancak malikin mülkiyet hakkına dayanan fiili yetkilerinin kullanılması sebebiyle gündeme gelebilir; tasarruf yetkisinin aşılması halinde TMK m. 730/1 anlamında bir aşkın kullanım söz konusu olmayacaktır.⁸⁸ Yine aynı şekilde fiili yetkilerin kullanılmasının söz konusu olmadığı, malikin etkisinin bulunmadığı taşınmazın durumu veya doğal olaylar sebebiyle sınırları aşan bir etki meydana gelen hallerde de aşkın kullanmadan bahsedilemez.⁸⁹

⁸³ Çörtoğlu, **Aşkın Kullanma**, s. 95.

⁸⁴ Çörtoğlu, **Aşkın Kullanma**, s. 95.

⁸⁵ Breitschmid/Rumo-Jungo/Göksu, **a.g.e.**, Art. 679, N. 4; Çörtoğlu, **Aşkın Kullanma**, s. 96; Baysal, **a.g.e.**, s. 305; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 652, 656; Akipek, **Kavram ve Mahiyet**, s. 342-346; Abik, **a.g.e.**, s. 150; Ertaş, **a.g.e.**, N. 1905. Bununla birlikte TMK m. 730 hükmünün kamu hukuku karakterli kurallardan hangilerinin ihlali halinde uygulanacağı konusunda doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. (Baysal, **a.g.e.**, N. 3.163; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 652; Aydınçık Midyat, **a.g.e.**, s. 612-614; Akipek, **Kavram ve Mahiyet**, s. 342-346).

⁸⁶ Baysal, **a.g.e.**, N. 3.163.

⁸⁷ Akipek, **Kavram ve Mahiyet**, s. 344.

⁸⁸ Meier-Hayoz, **Art. 655-679**, Art. 679 N. 77; Bertan, **a.g.e.**, s. 680; Akipek, **Kavram ve Mahiyet**, s. 349; Abik, **a.g.e.**, s. 153; Çörtoğlu, **Aşkın Kullanma**, s. 76-77; Tuor/Schnyder/Schmid, **a.g.e.**, §101 N. 33.

⁸⁹ Meier-Hayoz, **Art. 655-679**, Art. 679 N. 90; Breitschmid/Rumo-Jungo/Göksu, **a.g.e.**, Art. 679, N. 4; Akipek, **Eşya – II**, s.236; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 654 Bu etkilerin sadece aşkın kullanma değil müdahale dahi teşkil etmeyeceği yönündeki görüş için bkz. Ulsan, **a.g.e.**, s. 160.

Aşkın kullanmanın sürekli veya tek seferlik olması TMK m. 730 anlamında sorumluluk doğurabilmesi açısından bir fark yaratmayacaktır.⁹⁰ Fakat aşkın kullanmanın taşınmazın işletilmesiyle alakalı olmaması halinde, örneğin müdahaleye sebep olan kişi tesadüfen orada bulunmaktaysa, aşkın kullanmadan bahsedilemez.⁹¹ Aşkın kullanma malikin yapma veya yapmama şeklindeki bir fiiliyle ortaya çıkabilir.⁹² Yapmama şeklindeki bir davranışa hukuki bir sonuç bağlanabilmesi için malikin bunu yapmak yönünde bir yükümlülüğünün bulunması gerekir.⁹³

Aşkın kullanma sebebiyle ortaya çıkan müdahale etkilerini meydana geldiği taşınmaz dışında başka bir taşınmaz üzerinde göstermelidir.⁹⁴ Dolayısıyla müdahaleye sebep olan taşınmaz içerisinde kendisini gösteren etkiler yönünden aşkın kullanmadan bahsetmek mümkün değildir.⁹⁵ Bununla beraber müdahaleye sebep olan etkinin doğrudan taşınmazın sınırları içerisinde çıkıyor olması gerekmez.⁹⁶ Dolaylı bir müdahalenin kaynağının fiziksel olarak müdahaleyi doğuran taşınmaz içerisinde bulunması şart değildir. Dolaylı bir müdahalenin belirli bir taşınmazdan kaynaklanıp kaynaklanmadığı incelenirken önem taşıyacak olan husus söz konusu taşınmazın mevcut kullanım şeklinin ortadan kalkması halinde müdahalenin de ortadan kalkıp kalkmadığıdır.⁹⁷ Bu çerçevede örneğin bir eğlence mekânı dışında gürültüye sebep olan müşteriler⁹⁸ ya da bir kum ocağının faaliyetleri için kullanılan kamyon ve

⁹⁰ Meier-Hayoz, **Art. 655-679**, Art. 679 N. 92-93; Abik, **a.g.e.**, s. 155; Akipek, **Kavram ve Mahiyet**, s. 355-356.

⁹¹ Meier-Hayoz, **Art. 655-679**, Art. 679 N. 78-79.

⁹² Akipek, **Kavram ve Mahiyet**, s. 349-350; Abik, **a.g.e.**, s. 154; Tandoğan, **Kusursuz Sorumluluk**, s. 199;

Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 654-655; Tekinay, **Takyitler**, s. 122; Sirmen, **Eşya**, s. 460; Ulsan, **a.g.e.**, s. 160; Çörtoğlu, **Etki ve Sonuç**, s. 212; Çörtoğlu, **Aşkın Kullanma**, s. 108-109.

⁹³ Akipek, **Kavram ve Mahiyet**, s. 350-351, Tandoğan, **Kusursuz Sorumluluk**, s. 199

⁹⁴ Meier-Hayoz, **Art. 655-679**, Art. 679 N. 83; Honsell/Vogt/Geiser/Rey/Strebel, **Basler Kommentar**, Art. 684 N. 17; Çörtoğlu, **Aşkın Kullanma**, s. 121-122; Yarg. 3. HD, T. 06.02.1997, E. 1997/458, K. 1997/1307 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 27.08.2020).

Kat mülkiyetine tabi alanların bu kabulün bir istisnası olduğu yönünde bkz.: Meier-Hayoz, **Art. 655-679**, Art. 679 N. 83.

⁹⁵ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 654; Eren, **Mülkiyet**, s. 475. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki aynı taşınmazın sınırları içerisinde aynı hak sahibi olanların birbirleri üzerinde yarattığı etkiler bunların TMK m. 704 anlamında bağımsız taşınmazlar olarak nitelenip nitelenmediklerine bakılmaksızın TMK m. 737 kapsamında değerlendirilebileceklerdir. Öyle ki daha önce de belirtildiği gibi aynı hak sahipleri ve taşınmaz maliki birbirlerine karşı komşu durumundadırlar.

⁹⁶ Meier-Hayoz, **Art. 655-679**, Art. 679 N. 84, Art. 684 N. 197.

⁹⁷ Honsell/Vogt/Geiser/Rey/Strebel, **Basler Kommentar**, Art. 684 N. 6.

⁹⁸ Honsell/Vogt/Geiser/Rey/Strebel, **Basler Kommentar**, Art. 684 N. 6.

kepçelerin faaliyetin yürütüldüğü taşınmaza gidip gelirken kaldırdıkları toz⁹⁹ olaylarında müdahalenin sebebi olan taşınmaz birinci olayda eğlence mekânı ikinci olayda ise kum ocağıdır. Böyle bir müdahale, etkilerini doğrudan taşınmazın kendisinde gösterebileceği gibi onun değerini azaltmak ya da ondan faydalanan insanlarda rahatsızlık yaratmak gibi farklı şekillerde de gösterebilir.¹⁰⁰

(2) Hoş Görülebilir Müdahale – Taşkınlık Ayrımı

i. Genel Olarak Taşkınlık Değerlendirmesi

Daha önce de bahsedildiği gibi TMK m. 737 kapsamındaki müdahale serbestisi yalnızca taşınmazın kullanımıyla ilgili olarak ortaya çıkan müdahalelere (dolaylı müdahale) ilişkindir. Doğrudan müdahaleler TMK m. 737 kapsamında değerlendirilemeyecekleri için taşkın olup olmadıkları yönünde bir değerlendirmeye ihtiyaç duyulmaz.¹⁰¹ Dolayısıyla TMK m. 737 kapsamında sınıflandırılması gereken bir müdahaleden bahsedebilmek için bu müdahalenin her şeyden önce taşınmazın işletilmesiyle (kullanılmasıyla) ilgili olması gerekir.¹⁰² Taşınmazın işletilmesi kavramı ise taşınmazın bir şekilde kullanılması, kullanılmaması ve hatta (mülkiyet hakkından vazgeçme iradesi olmaksızın) terkedilmesi gibi taşınmaza ilişkin fiili her türlü tasarrufu kapsar.¹⁰³ İşte bu dolaylı müdahalelerden TMK m. 737/2 hükmünde zikredilen hoş görülebilirlik sınırını aşanlar artık taşkınlık olarak adlandırılacaklardır.¹⁰⁴

Taşınmazın kullanım şeklinin taşkın nitelikte olup olmadığına hâkim somut olayın koşulları çerçevesinde takdir yetkisi uyarınca karar verecektir.¹⁰⁵ Bu takdir

⁹⁹ Yarg. 3. HD, T. 6.2.1997, E. 1997/458 K.1997/1307 (Lexpera, E.T. :01.10.2020).

¹⁰⁰ Tandoğan, **Kusursuz Sorumluluk**, s. 201; Akipek, **Kavram ve Mahiyet**, s. 366; Sirmen, **Çevre Etkileri**, s. 292; Çörtoğlu, **Etki ve Sonuç**, s. 198. Yarg. HGK, T. 27.09.2006, E. 2006/1-551, K. 2006/597: “... taşkınlıklar, bir taşınmazın kullanılmasına bağlı olarak beliren çirkin bir görünüş ya da tiksindirici davranışlarla çevrede bulunan kişilerin ruhsal yapılarının etkilenmesi, iç huzurlarının bozulması gibi manevi nitelikte de olabilir.” (Çevrimiçi: Legalbank, E.T.: 5.10.2020).

¹⁰¹ Aydınçık Midyat, **a.g.e.**, s. 626 dn. 68; Yarg. 14. HD., E. 2015/17747 K. 2016/10086 T. 5.12.2016 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 27.08.2020).

¹⁰² Sirmen, **Çevre Etkileri**, s. 290; Abik, **a.g.e.**, s. 157; Sirmen, **Eşya**, s. 459; Yarg. 3. HD, T. 06.02.1997, E. 1997/458, K. 1997/1307 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 27.08.2020).

¹⁰³ Akipek, **Kavram ve Mahiyet**, s. 369.

¹⁰⁴ Petek, **a.g.e.**, s. 188.

¹⁰⁵ Honsell/Vogt/Geiser/Rey/Strebel, **Basler Kommentar**, Art. 684 N. 8; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 96; Abik, **a.g.e.**, s. 151; Akipek, **Kavram ve Mahiyet**, s. 358-359; Ayan, **a.g.e.**, s. 354; Ertaş, **a.g.e.**, N. 1845-1846; Havutçu/Akinci/Dinç/Çelik/Aksoy Dursun, **a.g.e.**, s. 775-776. HGK 14.09.1983 E. 1/2378 K.

yetkisi kullanılırken dikkate alınacak hususlar ise TMK m. 737/2 hükmünde örnek kabilinden taşınmazın durumu, niteliği ve yerel adet olarak sayılmıştır. Bu kıstaslar çerçevesinde orta zekâlı vasat bir insanın incelemeye konu müdahaleye hangi ölçüde katlanması gerektiği tespit edilmeye çalışılacak ve bu değerlendirme objektif ölçütler çerçevesinde yapılacaktır.¹⁰⁶ Hakimin, müdahalenin taşkın olduğuna ikna olması için müdahalenin yalnızca davacı için değil davacının yerinde olabilecek herkes için bu nitelikte olacağının anlaşılması gerekir.¹⁰⁷ Dolayısıyla sadece komşunun şahsından kaynaklanan hususlar bu değerlendirmede dikkate alınmayacak ve bu sayede ne müdahalede bulunan taşınmazın ne de komşunun durumu göz ardı edilmiş olacaktır.¹⁰⁸ Hâkim bu değerlendirmesi sırasında komşuluk hukukunun özünde yatan çıkar çatışmalarını dengelemeye çalışmalıdır.¹⁰⁹ Bu çerçevede taşınmazdaki faaliyetin ülke

814 (Çevrimiçi: Legalbank, E.T.: 5.10.2020). Bu noktada hakimlere somut olayın özelliklerine uygun değerlendirmeler yapabilmeleri için geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. (Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 684 N. 64; Rey, **a.g.e.**, N. 1119)

¹⁰⁶ Honsell/Vogt/Geiser/Rey/Strebel, **Basler Kommentar**, Art. 684 N. 9-10; Akipek, **Kavram ve Mahiyet**, s. 361-362; Akipek, **Eşya – II**, s. 221-222; Bertan, **a.g.e.**, s. 817; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 574; Ulsan, **a.g.e.**, s. 175; Tekinay, **Takyitler**, s. 76-77; Ayan, **a.g.e.**, s. 354-355; Ertaş, **a.g.e.**, N. 1846; Yarg. 14. HD , T. 03.10.2018, E.2016/2775, K. 2018/6298(Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 27.08.2020); Yarg. 14. HD, T. 29.03.2018, E. 2017/2385, K. 2018/2468(Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 27.08.2020); Yarg. 14. HD T. 15.02.2017, E. 2015/17920, K. 2017/1092(Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 27.08.2020). Değerlendirmeye esas alınacak ortalama bir kişinin müdahaleye uğrayan kişinin yerinde bulunacak ortalama bir kişi olarak düşünülmesi gerektiği (örneğin müdahaleye uğrayan kişinin müdahaleye uğrayan taşınmazda akademik çalışmalar yürütüyor olması) ve bu şekilde subjektif kıstasların da değerlendirmede yer alacağı yönünde bkz.: Honsell/Vogt/Geiser/Rey/Strebel, **Basler Kommentar**, Art. 684 N. 9.

¹⁰⁷ Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 684 N. 64.

¹⁰⁸ Abik, **a.g.e.**, s. 154; Çörtoğlu, **Etki ve Sonuç**, s. 180. Bununla birlikte somut olay bazında subjektif durumların dikkate alınmasını gerektiren koşulların da olabileceği ve fakat TMK m. 737 hükmünün temelinde yatan düşüncelere aykırılık teşkil eden kişisel taleplerin hiçbir durumda dikkate alınamayacağı da doktrinde ifade edilmektedir. (Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 684 N. 126) Kişisel durumların dikkate alınması zorunluluğu özellikle manevi müdahaleler yönünde ortaya çıkmaktadır. (Çörtoğlu, **Etki ve Sonuç**, s. 200.) Örneğin Yarg. HGK T. 30.5.2012, E. 2012/147, K. 2012/327 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 27.08.2020) kararında davalının kızının yaşadığı kanser hastalığının da etkisiyle beraber ortaya çıkan psikolojik olumsuzluklar da dikkate alınarak evin karşısında yer alan baz istasyonunun başka bir yere taşınmasına hükmedilmiştir. Yine benzer şekilde davacının oğlunun sağlık sorunları sebebiyle ani ve şiddetli seslere karşı aşırı duyarlı olması göz önünde bulundurularak davalının böyle çalışmalar yapmadan önce davacı tarafı önlem alabilmesi için önceden bilgilendirmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Olayda KMK m. 18 hükmüne de atıf yapılarak normalde katlanma yükümlülüğü bulunduğu belirtilen olağan tadilat çalışmaları hakkında böyle bir hüküm kurulmuştur. (Yarg. 18. HD, T. 31.03.2005, E. 2005/1176, K. 2005/3027(Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 27.08.2020))

¹⁰⁹ Ulsan, **a.g.e.**, s. 174; Çörtoğlu, **Etki ve Sonuç**, s. 197; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 96; Havutçu/Akinci/Dinç/Çelik/Aksoy Dursun, **a.g.e.**, s. 775-776. Kamuya ait bir müdahale söz konusu olduğunda kamuya ilişkin çıkarlar söz konusu olacağı için değerlendirme buna göre yapılmalıdır. (Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 91-92.) Taraflardan birisinin normali aşan bir müsamaha göstermesi sebebiyle karşı taraftan da böyle davranması istenemez. (Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 576.)

ekonomisine katkısı gibi kamusal menfaatlerin değerlendirilmesine ihtiyatlı yaklaşılmalıdır.¹¹⁰

Bir etkinin kendisi için belirlenen yasal sınırlar içerisinde kalması bu etkinin taşkın olarak nitelendirilmesini engellemez, hâkim yine de müdahalenin taşkınlık teşkil edip etmediğini somut olay çerçevesinde değerlendirecektir.¹¹¹ Bununla beraber böyle bir sınır varsa ve değerlendirilecek etki bu sınırların içerisinde kalıyorsa bu durum müdahalenin taşkın olmadığı yönünde bir karine oluşturur.¹¹² Aynı şekilde idari makamların verdiği izinler ya da ruhsatlar da bir müdahaleyi taşkınlık olarak nitelemenin önünde engel teşkil etmezler.¹¹³ Öyle ki bu etkenler tek başlarına komşuluk hukukunun gereklerine riayet edildiğini ve dolayısıyla taşkın bir müdahale bulunmadığını göstermezler.¹¹⁴ Örneğin yönetmeliğe uygun şekilde çalıştırılmasına rağmen zarara sebep olan veya zarar verme ihtimali taşıyan bir baz istasyonunun sırf yönetmeliğe uygunluğu sebebiyle sorumluluk doğurmayacağı kabul edilmeyecektir.¹¹⁵

Müdahalenin yoğunluğu müdahalenin taşkınlık oluşturup oluşturmadığı değerlendirilirken dikkate alınacaktır.¹¹⁶ Bununla birlikte sadece yoğun olmasına veya olmamasına dayanarak bir müdahalenin taşkın olduğunu veya olmadığını söylemek mümkün değildir.¹¹⁷ Örneğin bir gübre fabrikasının sebep olduğu kokunun bir

¹¹⁰ Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 684 N. 91; Havutçu/Akıncı/Dinç/Çelik/Aksoy Dursun, **a.g.e.**, s. 776. Zira bu hükmün amacı belirli kullanım şekillerini kollamak belirli kullanım şekillerini ise engellemek değil çıkar çatışmalarını komşuların taşınmazlarından sorunsuz şekilde yararlanmalarını sağlamaktır. (Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 684 N. 130)

¹¹¹ Aydıncık Midyat, **a.g.e.**, s. 627, 643.

¹¹² Aydıncık Midyat, **a.g.e.**, s. 627. Yasal sınırlamanın aşılmasının da yalnızca müdahalenin taşkınlık teşkil ettiği yönünde bir karine olarak dikkate alınabileceği yönündeki görüş için bkz.: Aydıncık Midyat, **a.g.e.**, s. 627. Bununla beraber TMK m. 730 hükmünün yalnızca komşuluk hukukuna ilişkin olanların değil mülkiyet hakkına getirilen her türlü sınırlamanın ihlali halinde uygulanacağı görüşü kabul edilirse yasal sınırlamanın aşılması halinde TMK m. 730/1 çerçevesinde hukuka aykırılık gerçekleşmiş olacaktır. Dolayısıyla bu halde takdir yetkisinden bahsedilemeyecektir.

¹¹³ Aydıncık Midyat, **a.g.e.**, s. 643; Akipek, **Kavram ve Mahiyet**, s. 345; Bertan, **a.g.e.**, s. 817; Sirmen, **Eşya**, s. 459; Yarg. . 1. HD 12.10.2009, E. 2009/7356 K. 2009/10032 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 5.10.2020) Aksi görüşte, inşaat projesinin imara uygun olması sebebiyle ışık ve havanın kesildiği iddiasının dinlenemeyeceği yönünde bkz. Yarg. HGK, T. 23.10.1996, E. 1996/1-545, K. 1996/723 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 9.10.2020)

¹¹⁴ Akipek, **Kavram ve Mahiyet**, s. 345.

¹¹⁵ HGK., E. 2012/147 K. 2012/327 T. 30.5.2012(Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 27.08.2020); Yarg. HGK., E. 2012/575 K. 2013/249 T. 20.2.2013(Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 27.08.2020)

¹¹⁶ Abik, **a.g.e.**, s. 152.

¹¹⁷ Müdahalenin yoğun olmasının taşkın nitelikte olmasına sebep olacağı yönünde bkz. Abik, **a.g.e.**, s. 152.

taşınmazda sürekli şekilde hissedilmesiyle yağmur, rüzgâr gibi değişken etkenlere bağlı olarak sadece belirli zamanlarda hissedilmesi aynı değerlendirilemez. Müdahalenin yoğunluğu dışında müdahalenin vasfı, süresi ve ortaya çıkma zamanı da önem taşımaktadır.¹¹⁸ Örneğin olağan tadilat işleri sebebiyle meydana gelen gürültüler normalde hoş görülebilir nitelikteyken bu gürültülerin uzun süre devam ederek katlanılamaz nitelik kazanmaları mümkündür.¹¹⁹

Birden fazla müdahalenin tek başlarına taşkın olmasalar bile bir araya geldiklerinde hoş görülemez bir etki yaratmaları halinde ikili bir ayrıma gitmek gerekir. Bu farkı müdahalelerin tamamının tek bir taşınmazdan kaynaklanıyor olması halinde o taşınmazdan doğan etkilerin bir araya gelerek taşkın nitelik kazanması mümkündür. Öte yandan farklı taşınmazlardan doğan ve tek başlarına taşkın nitelik taşımayan müdahaleler yönünden böyle bir değerlendirme yapmak mümkün değildir; zira her bir malik kendi müdahalesinin taşkın olmadığını iddia edebilecektir.¹²⁰

Müdahaleye uğrayan kişinin kural olarak önlem alma yükümlülüğü yoktur.¹²¹ Dolayısıyla bir müdahalenin taşkın olup olmadığı, dolayısıyla müdahaleye uğrayanın bu müdahaleyi önleyip önleyemeyeceği incelenirken kendisinin alacağı birtakım önlemler ile bu müdahalenin önlenmesinin mümkün olduğu gerekçesi ile müdahalenin taşkın olmadığına ve dolayısıyla önlenemeyeceğine karar verilemez. Bununla birlikte müdahaleye uğrayan kişinin birtakım önlemleri almaması hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendiriliyorsa ve bu önlemler ile müdahale hoş görülebilir hale geliyorsa bu durumda bu müdahalelerin taşkınlığından bahsedilemez.¹²²

ii. TMK m. 737/2 Hükmünde Öngörülen Kriterler

aa. Taşınmazın Durumu ve Niteliği

Müdahalenin taşkın nitelikte olup olmadığı değerlendirilirken kullanılacak ölçütlerden ilki taşınmazın yeridir. TMK m. 737/2 hükmünde zikredilen “*taşınmazın*

¹¹⁸ Çörtoğlu, **Etki ve Sonuç**, s. 198.

¹¹⁹ Yarg. 4. HD, T. 15.02.2001, E. 2000/10596, K. 2001/1501 (Çevrimiçi: Legalbank, E.T.: 27.08.2020).

¹²⁰ Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 684 N. 148-149; Çörtoğlu, **Etki ve Sonuç**, s. 206; Honsell/Vogt/Geiser/Rey/Strebel, **Basler Kommentar**, Art. 684 N. 16.

¹²¹ Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 684 N. 205.

¹²² Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 684 N. 205-206.

durumu” kıstasıyla kastedilen budur.¹²³ Taşınmazın kırsal bir bölgede mi yoksa şehirde mi, sanayi bölgesinde mi yoksa tatil bölgesinde mi olduğu malikin katlanma yükümlülüğünün sınırını belirleyecektir.¹²⁴ Bu sebeple kanunlar ve idari işlemlerle yapılan bölge planlamaları da taşkınlık incelemesi yapılırken dikkate alınmalıdır.¹²⁵ Bununla beraber sırf taşınmazın belirli nitelikte bir bölgede bulunması sebebiyle TMK m. 737 hükmünde öngörülen katlanma ve kaçınma yükümlülüklerine tabii olmadığını söylemek mümkün değildir.¹²⁶ Pek tabii ki oldukça gürültülü çalışan bir torna tezgâhının sanayi bölgesindeki bir tamirhanede yer almasıyla tatil amaçlı kullanılan taşınmazların bulunduğu bir bölgede ya da ofis olarak kullanılan taşınmazların çoğunlukta bulunduğu bir iş hanında kullanılması aynı etkiyi yaratmayacaktır. Her ne kadar katlanma yükümlülüğünün sınırının bir sanayi bölgesinde nispeten daha ağır olduğunu söylemek mümkünse de sınırsız bir katlanma yükümlülüğünden bahsetmek mümkün değildir. Örneğin oldukça gürültülü çalışan bir makinanın kullanımı bir sanayi bölgesinde dahi taşkınlık teşkil edebilir. Müdahalenin taşkınlık teşkil edip etmediği her bölgenin koşulları ve ihtiyaçları çerçevesinde değerlendirilecektir.¹²⁷

Taşınmazın yeriyle beraber niteliğinin de değerlendirilmesi gerekir.¹²⁸ Taşınmazın niteliği ile kastedilen taşınmazın dışarıdan görünür olan özellikleri, kullanım şekline ve tahsis edildiği amaçtır.¹²⁹ Fakat taşınmazın kullanım şekline uygun bir müdahale bu kullanım şeklinin taşınmazın yerine veya yerel âdete göre hoş görülebilir olmaması halinde yine de taşkın nitelikte olabilecektir. Taşınmazın kullanım şekli taşınmazın kullanımı için hazırlanmış plan ve projeler yardımıyla ya da

¹²³ Honsell/Vogt/Geiser/Rey/Strebel, **Basler Kommentar**, Art. 684 N. 12; Petek, **a.g.e.**, s. 268. Her ne kadar söz konusu eserde TMK m. 737/2 değil m. 730/2 hükmünden bahsediliyor olsa da bunun sehven böyle yazıldığı anlaşılmaktadır.

¹²⁴ Honsell/Vogt/Geiser/Rey/Strebel, **Basler Kommentar**, Art. 684 N. 12; Breitschmid/Rumo-Jungo/Göksu, **a.g.e.**, Art. 679, N. 12; Akipek, **Eşya – II**, s. 222; Akipek, **Kavram ve Mahiyet**, s. 362; Ulsan, **a.g.e.**, s. 178; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 600; Sirmen, **Eşya**, s. 442; Eren, **Mülkiyet**, s. 382; Yarg. 14 HD, T. 08.05.2014, E. 2014/2009, K. 2014/6031 (Çevrimiçi: Legalbank, E.T.: 5.10.2020)

¹²⁵ Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 684 N. 114; Çörtoğlu, **Etki ve Sonuç**, s. 190.

¹²⁶ Bertan, **a.g.e.**, s. 817; Çörtoğlu, **Etki ve Sonuç**, s. 195. Yargıtay bir kararında bir köyde demir ve profil kesmekte kullanılan spiral cihazının çıkardığı gürültünün “köy yerleşimlerinde dahi” katlanılamaz düzeyde olduğunu ve bu sebeple cihazının kullanımının engellenmesine hükmetmiştir. (Yarg. 14. HD, T. 08.05.2014, E. 2014/2009, K. 2014/6031 (Çevrimiçi: Legalbank, E.T.: 5.10.2020)).

¹²⁷ Bertan, **a.g.e.**, s. 816.

¹²⁸ Breitschmid/Rumo-Jungo/Göksu, **a.g.e.**, Art. 679, N. 11; Çörtoğlu, **Etki ve Sonuç**, s. 196; Petek, **a.g.e.**, s. 270; Akipek, **Eşya – II**, s. 222.

¹²⁹ Honsell/Vogt/Geiser/Rey/Strebel, **Basler Kommentar**, Art. 684 N. 12.

bunların yokluğu halinde malikin iradesi ışığında tespit edilebilir.¹³⁰ Taşınmazın niteliği incelenirken kullanım şekli dışında taşınmazın boyutları, büyüklüğü ve diğer özellikleri de dikkate alınmalıdır.¹³¹

Taşınmazın durum ve niteliğinin hem müdahalede bulunan hem de müdahaleye maruz kalan taşınmaz yönünden değerlendirilmesi gerekir.¹³² Taraflar arasındaki çıkar çatışmasının dengelenmesi ancak bu şekilde mümkün olabilecektir. Örneğin bir inşaat çalışmasından kaynaklanan seslerin taşkınlık teşkil edip etmediği değerlendirilirken seslerin bir konut üzerinde ve depo olarak kullanılan bir taşınmaz üzerinde sebep oldukları etkiler aynı kabul edilemeyecektir.

bb. Yerel Adet

TMK m. 737 hükmüne dayanan katlanma yükümlülüğü esasen toplu halde yaşamanın gereği olarak bazı müdahaleleri hoş görme zorunluluğunu ifade etmektedir.¹³³ Dolayısıyla bir müdahalenin hoş görülebilirlik sınırları içerisinde yer alıp almaması müdahalenin gerçekleştiği bölgede kabul gören yaşam tarzıyla yakından ilgilidir. Her bölgenin sakinlerinin kültür seviyelerine ve anlayışlarına bağlı olarak taşınmazların kullanılması hakkında farklı kuralları vardır.¹³⁴ İşte bu sebeptir ki TMK m. 737/2 hükmünde müdahalenin taşkınlık teşkil edip etmediği değerlendirilirken müdahalenin hoş görülebilirliğinin yerel adetler ışığında tespit edileceği özellikle belirtilmiştir. Yargıtay yerel adetten bahsedilebilmesi için “(...)o yörenin doğal ve ekonomik koşullarına, toplumun kültür seviyesine telakkilerine, gelenek ve göreneklerine göre oluşan ve uzun süredir devam eden, pek çok kimse tarafından kabul edilen bir durumun (...)” bulunması gerektiğini ifade etmektedir.¹³⁵

Yerel âdetin oluşumu çok kere çok sayıdaki taşınmazın kullanım şekliyle paralel olsa da büyük tek bir işletmenin de bölgedeki adetleri değiştirmesi

¹³⁰ Çörtoğlu, **Aşkın Kullanma**, s. 120.

¹³¹ Ulsan, **a.g.e.**, s. 179; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 92.

¹³² Breitschmid/Rumo-Jungo/Göksu, **a.g.e.**, Art. 679, N. 11; Rey, **a.g.e.**, N. 1121-1123; Ulsan, **a.g.e.**, s. 178; Sirmen, **Eşya**, s.441.

¹³³ Tekinay, **Takyitler**, s. 75-76.

¹³⁴ Akipek, **Eşya – II**, s. 222; Akipek, **Kavram ve Mahiyet**, s. 364 Çörtoğlu, **Etki ve Sonuç**, s. 183. Malikin, taşınmazın bulunduğu yerdeki bu kullanım şekline uyması zorunluluğu genel menfaatlere kişisel menfaatler karşısında öncelik tanınması niteliğindedir. (Rey, **a.g.e.**, N. 1124)

¹³⁵ Yarg. 14. HD , T. 03.10.2018, E.2016/2775, K. 2018/6298 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 27.08.2020).

mümkündür.¹³⁶ Dolayısıyla yerel adet oluşumu için nicel bir yoğunluk her zaman şart değildir.¹³⁷

Bir müdahalenin yerel âdete göre taşkınlık teşkil etmediğini söylemek için söz konusu müdahalenin o bölgenin koşullarına göre katlanılabilir olduğunun uzun süre kabullenilmiş olması gerekir.¹³⁸ Bölge sakinlerinin bu durumun katlanılabilir olduğuna inanmaları gerekir; yoksa çekingen kişilerin tutumları yerel adet oluştuğunu söylemek için yeterli değildir.¹³⁹ Bir kullanım şekli o bölge sakinleri tarafından normal bir kullanma olarak nitelendirilir olduğunda yerel adet kuralı oluşmuş kabul edilir.¹⁴⁰ Münferit ve devamlı olmayan olaylara dayanarak yerel adet tespiti yapılamaz.¹⁴¹ Belirli bir kullanım şeklinin o bölgede olağan hale gelmesiyle ya da bölge sakinlerinin duyarlılıklarının değişmesiyle paralel şekilde yerel âdetin de değişmesi mümkündür.¹⁴²

Yerel âdetin bu değişebilir karakteri sebebiyle dikkate alınacak yerel adet davanın açıldığı anda geçerli olmalıdır.¹⁴³ Öngörülebilir oldukları ölçüde ilerideki değişikliklerin de dikkate alınması mümkündür.¹⁴⁴ Ancak bu durum el atmanın önlenmesi ve eski halin iadesi davaları yönünden böyledir. TMK m. 730 kapsamında tazminat sorumluluğuna dair bir inceleme yapılırken dikkate alınacak olan yerel adet zararın meydana geldiği andaki yerel adettir.¹⁴⁵ Öyle ki müdahalenin gerçekleşmeye başlayıp bir süre devam ettiği ve bu süre zarfında böyle bir müdahalenin o bölge için olağan hale geldiği durumda artık bu müdahalenin önlenmesi istenemeyecektir. Zira

¹³⁶ Çörtoğlu, **Etki ve Sonuç**, s. 185; Ulsan, **a.g.e.**, s. 177-178.

¹³⁷ Ulsan, **a.g.e.**, s. 178.

¹³⁸ Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 684 N. 104; Çörtoğlu, **Etki ve Sonuç**, s. 183; Ulsan, **a.g.e.**, s. 176. Yerel adet incelenirken idari yasak ve tedbirlerin mutlaka doğru sonuç vermeyecekleri ve ancak emare olarak dikkate alınabilecekleri yönünde değerlendirmeler için bkz.: Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 575; Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 684 N. 110.

¹³⁹ Ulsan, **a.g.e.**, s. 176.

¹⁴⁰ Breitschmid/Rumo-Jungo/Göksu, **a.g.e.**, Art. 679, N. 13; Çörtoğlu, **Etki ve Sonuç**, s. 185.

¹⁴¹ Yarg. 14. HD , T. 03.10.2018, E.2016/2775, K. 2018/6298 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 27.08.2020).

¹⁴² Rey, **a.g.e.**, N. 1126; Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 684 N. 144.

¹⁴³ Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 684 N. 133, 142; Honsell/Vogt/Geiser/Rey/Strebel, **Basler Kommentar**, Art. 684 N. 14; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 600; Çörtoğlu, **Etki ve Sonuç**, s. 185; Eren, **Mülkiyet**, s. 382.

¹⁴⁴ Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 684 N. 134; Honsell/Vogt/Geiser/Rey/Strebel, **Basler Kommentar**, Art. 684 N. 14. Bunun için yakın bir gelecekte yüksek ihtimalle gerçekleşmesi beklenen bir değişiklik söz konusu olmalıdır. (Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 684 N. 135)

¹⁴⁵ Akipek, **Kavram ve Mahiyet**, s. 364.

bu müdahale artık yerel âdete uygun ve dolayısıyla hukuka aykırı olmayan bir müdahaledir.¹⁴⁶ Bir zarar söz konusu olduğunda ise zararın gerçekleştiği anda hukuka aykırılık gerçekleşmiş olacağı için bu andan sonraki değişiklikler tazminat borcunun doğumu yönünden bir önem taşımayacaktır. Örneğin insanların tatil ve dinlenme amaçlı gittiği otellerin yoğunlukta olduğu bir bölgeye kurulan tek bir fabrikanın yaydığı kötü kokular sebebiyle otellerin müşteri kaybı yaşaması durumunda fabrikanın faaliyetinin yerel âdete uygun olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Öte yandan zaman içerisinde bölgedeki fabrika sayısı hızlı şekilde artar ve bölgede tek bir otel kalırsa bu durumda fabrikaların faaliyetleri değişen yerel âdete uygun hale geleceklerdir.

Yerel âdetin zaman içerisinde değiştiği durumlarda bölgedeki bir taşınmaz maliki taşınmazını eskiden beridir böyle kullandığını söyleyerek bu kullanım şekline devam etme hakkı kazanamaz.¹⁴⁷ Fabrika – otel örneğine dönersek bu halde otelin otel olarak faaliyetine devam etmesi ekonomik açıdan makul görünmese de hukuki açıdan pek tabii mümkündür. Fakat tam tersi durumda, fabrikaların yoğunlukta olduğu bir bölgenin karakterinin zamanla değişmesi ve bölgenin artık oteller tarafından kullanılıyor olması halinde fabrikanın orada eskiden beri bulunduğunu öne sürmesi faaliyetinin yerel âdete aykırı olmasını ve dolayısıyla taşkınlık teşkil etmesini engellemeyecektir.

Yerel âdetin ne yönde olduğu tespit edilirken sadece müdahaleye sebep olan taşınmazla benzer durumdaki taşınmazlara değil bölgedeki bütün taşınmazlara bakılmalıdır.¹⁴⁸ Fakat yalnızca taşınmaz durumlarına bakılarak yerel adete ilişkin bir karar vermek mümkün değildir; zira bu incelemedeki kıstas bölge sakinlerinin o

¹⁴⁶ Öte yandan çok kereler daha önce de bahsedildiği gibi tek bir taşınmazın bölgeye karakterini verdiği istisnai haller dışında yerel adet belirli bir nicel yoğunluğa dayalı olarak oluşmuş olacaktır. Bu durumda da tek bir taşınmazın bu belirli şekilde kullanımının engellenmesi, bunu talep eden açısından zaten fayda sağlamayacaktır.

¹⁴⁷ Akipek, **Kavram ve Mahiyet**, s. 365-366; Honsell/Vogt/Geiser/Rey/Strebel, **Basler Kommentar**, Art. 684 N. 13.

¹⁴⁸ Çörtoğlu, **Etki ve Sonuç**, s. 186.

müdahaleye nasıl yaklaştıklarıdır.¹⁴⁹ Bilirkişilerden faydalanılmalı ve katılıktan, özellikle aşırı gelenekçi yaklaşımlardan kaçınılmalıdır.¹⁵⁰

c. TMK m. 730/2 ve TMK m. 737/3 Hükümlerinde Öngörülen Hukuka Uygunluk Sebebi

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile ilk kez kabul edilen TMK m. 730/2 ve TMK m. 737/2 hükümlerine göre yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklar denkleştirmeye tabi olacaklardır. Bu hükümler kapsamında değerlendirilecek bir taşkınlık söz konusu olduğunda malikin bu taşkınlığa katlanma yükümlülüğü doğacak ve mülkiyet hakkının sağladığı olumsuz yetkileri kullanması mümkün olmayacaktır. Burada malike sunulan yegâne hak TMK m. 730/2 hükmünde uygun bir bedelle denkleştirme olarak belirlenmiştir. Malik bu hallerde müdahaleye sebep olan faaliyete karşı el atmanın önlenmesi veya eski halin iadesi davası açamayacaktır.

Bu hükmün kanunda yer alma sebebi gerekli bütün izinlerin bulunmasına, malikin mülkiyet hakkının sınırları içerisinde hareket ediyor olmasına rağmen komşuların katlanması beklenemeyecek etkilere sebep olabilen inşaat faaliyetleridir.¹⁵¹ Hoş görülebilirlik sınırının aşılmasıyla beraber TMK m. 737/2 hükmü anlamında taşkınlık meydana gelmesi itibariyle esasen bu faaliyetlere karşı TMK m. 730/1 anlamında eski hale getirme davası açılması mümkünken inşaat faaliyetlerinin bu şekilde komşular tarafından durdurulabilmesinin yaratacağı sakıncaları gidermek için böyle bir çözüm yolu bulunmuş ve bu faaliyetlerin durdurulamaması ve öte yandan komşunun bu katlanmasının uygun bir bedelle denkleştirilmesi uygun görülmüştür.¹⁵² Çatışan değerlerden biri diğerine üstün kabul edilmekte ve diğeri feda edilmektedir.¹⁵³

Her ne kadar hükmün lafzında yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan bahsedilse de buradaki yerel âdete uygunluk tabirinden anlaşılması gereken esasen

¹⁴⁹ Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 684 N. 110.

¹⁵⁰ Çörtoğlu, **Etki ve Sonuç**, s. 184-185.

¹⁵¹ Baysal, **a.g.e.**, N. 3.174-3.175. Böyle bir hükme duyulan ihtiyaç ve bu süreçte önerilen çözümler hakkında detaylı bilgi için bkz. Ulusan, **a.g.e.**, s. 203 vd.

¹⁵² Baysal, **a.g.e.**, N. 3.174-3.175; Aydıncık Midyat, **a.g.e.**, s. 632-634.

¹⁵³ Ulusan, **a.g.e.**, s. 192.

hukuka uygunluktur.¹⁵⁴ TMK m. 730/2 ve TMK m. 737/3 hükümleri uyarınca taşınmazın kullanımından doğan müdahalelerin hukuka uygun bir faaliyete dayanmaları (örneğin izinlerin alınmış olması) ve kaçınılmaz olmaları halinde bu müdahaleler taşkınlık sınırını geçseler dahi hukuka uygun kabul edilmektedirler.¹⁵⁵

Kanımızca hükmün anlamı değerlendirilirken bu hükmün ortaya çıkmasına sebep olan toplumsal ihtiyaçları göz ardı etmemek gerekir. Daha önce de bahsedildiği gibi bu hükmün doğumuna sebep olan esas problem inşaat faaliyetlerinin hem hoş görülebilir nitelik taşımayan hem de kaçınılması mümkün olmayan müdahalelerine rağmen bu faaliyetlerin devamına ihtiyaç duyulmasıdır.¹⁵⁶ Bir müdahale hoş görülebilirlik sınırını aşıp taşkın nitelik kazanmadıkça zaten bu faaliyetlerin durdurulması mümkün olmayacağı için böyle bir problem gündeme gelmeyecektir. Taşkın nitelikte olmasına rağmen kaçınılmaz olan müdahaleler bu hükmün çözmek istediği esas sorundur. Dolayısıyla denebilir ki TMK m. 730/2 ve TMK m. 737/3 hükümleriyle getirilen yenilik kaçınılabilir ve kaçınılamaz taşkınlık ayrımını yaratmaktadır.¹⁵⁷ Bu ayrım da ancak hukuka uygun bir faaliyet sebebiyle böyle bir müdahale doğmuş olması halinde önem taşır. Zira faaliyetin mülkiyet hakkının sınırlamalarına aykırı olduğu durumlarda doğrudan TMK m. 730/1 anlamında aşkın kullanma gerçekleşmiş olacaktır. Bu yöndeki değerlendirme hükmün maliki mülkiyet hakkının sınırlarına riayet etmeye zorlamak şeklindeki amacıyla da bağdaşmaktadır.¹⁵⁸

TMK m. 730/2 hükmüyle TMK m. 730/1 anlamında hukuka aykırı olan ve fakat kaçınılmaz nitelikteki kullanımlar için bir hukuka uygunluk sebebi tesis edilmiştir.¹⁵⁹ Aşkın kullanmanın özel bir görünüm biçimi olan TMK m. 737/2 anlamındaki taşkınlık hallerinde de TMK m. 730/2 hükmü uygulama alanı bulabilecektir. Yani dolaylı bir müdahale TMK m. 737/2 anlamında hoş görülebilirlik

¹⁵⁴ Aydıncık Midyat, **a.g.e.**, s. 638 dn. 106.

¹⁵⁵ Aydıncık Midyat, **a.g.e.**, s. 634.

¹⁵⁶ Sirmen, **Çevre Etkileri**, s. 291. İnşaat faaliyetleri malikin mülkiyet hakkının sınırları içerisinde kalmasına rağmen komşusuna hoş görülemez bir müdahalede bulunduğu hallerden birisidir. (Tandoğan, **Kusursuz Sorumluluk**, s. 199)

¹⁵⁷ Baysal, **a.g.e.**, N. 3.172.

¹⁵⁸ Hükmün amacının bu olduğu yönünde bkz.: yuk. 1. Bölüm: III. D.

¹⁵⁹ Çalışkan/Yıldırım, **a.g.e.**, s. 105. Rahatsızlık verici etkilerin yerel adete uygun ve kaçınılmaz olması halinde hukuka aykırı bir taşkınlıktan bahsedilemeyeceği yönündeki görüş için bkz. Sirmen, **Eşya**, s.442.

sınırını aşır taşkın nitelik kazansa bile kaçınılmaz nitelikte olup TMK m. 730/2 hükmü kapsamına girdiğinde bu müdahaleye maruz kalan taşınmazın maliki bu müdahalenin önlenmesini ne TMK m. 683/2 ne de TMK m. 730/1 kapsamında talep edebilecektir. Hoşgörü sınırını aşmasına rağmen önlenmesi malikten beklenemeyecek müdahalelerin durdurulması ise istenemeyecektir.¹⁶⁰

Bir müdahalenin güncel teknik imkânlarla önlenemez olması veya müdahaleyi önlemek için gerekli tedbirlerin alınmasının ekonomik sebeplerle malikten beklenemeyecek olması, yani makul olmaması, halinde bu müdahale kaçınılmaz olarak değerlendirilecektir.¹⁶¹ Bu değerlendirme sırasında yalnızca o taşınmazın ekonomik imkânları değil benzer özellikteki ortalama işletme ve taşınmazların durumu dikkate alınacaktır.¹⁶² Bir müdahalenin alınacak tedbirlerle önlenip önlenemeyeceği değerlendirilirken bu değerlendirme esas olarak müdahalede bulunan taşınmaz üzerinden yapılacaktır. Zira müdahaleye uğrayanın bu müdahaleye karşı tedbir alma yükümlülüğü ancak istisnai hallerde kabul edilebilir.¹⁶³ Bunun yanında kanımızca bu çerçevede bir müdahaleye sebep olan her türlü faaliyete karşı da katlanma yükümlülüğü kabul edilmemelidir. Kaçınılmazlık sebebiyle bir katlanma yükümlülüğü doğup doğmadığı tespit edilirken hâkim, söz konusu faaliyetin sağladığı toplam yarar ile müdahaleye uğrayanların yararlarını karşılaştırmalıdır.¹⁶⁴

¹⁶⁰ Ertaş, **a.g.e.**, N. 1917.

¹⁶¹ Çörtoğlu, **Etki ve Sonuç**, s. 223-224; Honsell/Vogt/Geiser/Rey/Strebel, **Basler Kommentar**, Art. 679a N. 10; Ulusan, **a.g.e.**, s. 189 dn. 97; Sirmen, **Eşya**, s.442. Kaçınılmazlık kavramı inşaat faaliyetlerinden kaynaklanan müdahaleler yönünden doktrinde “*Taşınma maliki kendisinden beklenecek tüm tedbirleri almış olmasına rağmen inşaat faaliyetleri sebebiyle mülkiyet hakkının sınırlarının aşılmasına ve bunun sonucunda komşu taşınmaz maliklerine zarar verilmesine engel olamıyorsa ortaya çıkan taşkınlık kaçınılmazdır.*” şeklinde tanımlanmaktadır. (Aydıncık Midyat, **a.g.e.**, s. 650)

¹⁶² Petek, **a.g.e.**, s. 297-298; Ulusan, **a.g.e.**, s. 189-190 dn. 97.

¹⁶³ Çörtoğlu, **Etki ve Sonuç**, s. 207; Yarg. 14. HD , T. 03.10.2018, E.2016/2775, K. 2018/6298 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 27.08.2020); Yarg. 14. HD, T. 23.02.2015, E. 2014/9173, K. 2015/1846 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 27.08.2020). Bu istisnai hallere örnek olarak böyle bir talebin teamülden kaynaklanması veya tedbir alınmamasının TMK m. 2 hükmüne aykırılık teşkil etmesi durumları gösterilebilir. (Çörtoğlu, **Etki ve Sonuç**, s. 207-208) Örneğin evin perdelerini kapatmak yerine karşı tarafın penceresinin kapatılması istenemez. (1. HD 10.12.1985, 11815/1160)

¹⁶⁴ Oğuz, **a.g.e.**, s. 213. Mutlak hak ihlaline sebep olan taşkınlıkların kaçınılmaz ve dolayısıyla hukuka uygun kabul edilemeyecekleri yönünde bkz.: Baysal, **a.g.e.**, N. 3.179. Küçük çaptaki malvarlığı zararlarına karşı da katlanma yükümlülüğü bulunduğu yönünde bkz. Aydıncık Midyat, **a.g.e.**, s. 652. Taşınmaza gelen zararların denkleştirmeye tabi olacağı fakat insan sağlığı ve kişiye gelen zararlar yönünden bunun mümkün olmayacağı yönünde bkz. Ulusan, **a.g.e.**, s. 200.

3. Komşuluk Hukukuna İlişkin Diğer Hükümlere Dayanan Katlanma Yükümlülükleri

a. Ağaç Dal ve Köklerinin Taşmasına Katlanma Yükümlülüğü

Bir taşınmazın sınırını aşan bitkilerin durumu TMK m. 740 hükmünde düzenlenmiştir.¹⁶⁵ TMK m. 740/1 hükmüne göre arazisine komşu taşınmazdan dal veya kök taşan malik yalnızca bunların sebep olduğu bir zarar olması halinde taşkın kısmın kaldırılmasını talep edebilecektir. Malikin zarara sebep olmayan taşkın dal ve köklere katlanma yükümlülüğü bulunmaktadır. TMK m. 740 hükmünün kapsamına giren bir müdahale bulunduğunda TMK m. 683/2 hükmünün aradığı haksız el atma koşulu gerçekleşmemiş olduğundan bu hükme dayanarak el atmanın önlenmesi davası açılmaz.

El atmanın önlenmesi davası açılabilmesi için zarar şartının aranmayacağı gereğiyle TMK m. 740 hükmünde bahsedilen nitelikte bir zarar bulunmasa da TMK m. 683/2 hükmüne dayanarak el atmanın önlenmesi davası açılabileceğini söylemek mümkün değildir.¹⁶⁶ Buradaki zarar koşulu el atmanın önlenmesi davası açmak için gerekli bir şart olarak görülmemelidir. Taşınmazın sınırları içerisine giren dal ve kökler esasen taşınmaz mülkiyetine bir müdahale olmalarına rağmen bu durumlarda malikin olumsuz yetkileri tarım ekonomisini desteklemek gayesiyle kısıtlanmıştır.¹⁶⁷ Bahsedilen zarar kavramı burada malikin katlanma yükümlülüğünün sınırını, dolayısıyla müdahalenin ne zaman haksız olacağını tespit etmeye yarar. Hal böyleyken TMK m. 683/2 hükmüne dayanarak başkaca bir koşula gerek kalmaksızın taşkın dal ve köklerin kesilebileceğini kabul etmek kanaatimizce TMK m. 740'ın amacıyla çelişecektir. Öte yandan TMK m. 740 kapsamında şart koşulan kapsamda bir zarar meydana geldiğinde ve böylece hükmün öngördüğü katlanma yükümlülüğü aşıldığında ise hem TMK m. 740'ın sunduğu imkânlardan hem de TMK m. 683/2

¹⁶⁵ Bu hüküm kapsamında durumu incelenen bitkiler yalnızca taşınır nitelikte olmayan bitkilerdir. Taşınır bitkilere taşınır yapılara ilişkin hükümler uygulanacağı için bu bitkiler TMK m. 740 kapsamında değerlendirilmeyeceklerdir. (Zevkliler, **Taşkın Bitki**, s. 113)

¹⁶⁶ TMK m. 740 hükmünde aranan nitelikte bir zarar olmasa dahi malikin bitkinin kendi hakimiyet alanında bulunmasına katlanma zorunda olmadığı, el atmanın önlenmesi davası ile bunları uzaklaştırabileceği yönündeki görüş için bkz.: Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 687/688 N. 26.

¹⁶⁷ Zevkliler, **Taşkın Bitki**, s. 114.

kapsamında el atmanın önlenmesi davasından faydalanmak mümkündür.¹⁶⁸ Özellikle müdahaleye uğrayan taşınmaz malikinin, kendi taşınmazına geçerek zarara sebep olan dal ve kökleri kesmesinin sonucu olarak kendisine kalan kısımlardan elde edebileceği bedel kesme masraflarını karşılamıyorsa ya da bu işlem ciddi tehlikeler barındırıyorsa kesme hakkının kullanılması yerine TMK m. 683/2 hükmüne dayanarak dava açılmasının malikin lehine olduğu düşünülebilir.¹⁶⁹

TMK m. 740/1 hükmü uyarınca bu katlanma yükümlülüğü taşan dal ve kökler bir zarara sebep olmadığı sürece devam eder. Taşan dal ve kökler taşıdıkları taşınmazın özgülendiği şekilde kullanılmasını hissedilir şekilde önlüyorlarsa bu çerçevede bir zarardan söz edilir.¹⁷⁰ Katlanma yükümlülüğünü sona erdirecek bir zarar ışığı engelleme, toprağın verimini düşürme, toprağın nemini azaltma veya arttırma, taşınmazdaki çalışma olanaklarını kısıtlama gibi farklı şekillerde ortaya çıkabilir.¹⁷¹ Böyle bir zararın bulunması halinde verilen uygun süreye¹⁷² rağmen dal ve kökler kaldırılmazsa müdahaleye uğrayan taşınmaz maliki bu dal ve kökleri keserek müdahaleye kendisi son verebilir. Bu maddenin uygulanmasında dolaylı değil doğrudan bir müdahale söz konusu olduğu için müdahalenin taşkın nitelikte olup olmadığını araştırmaya gerek yoktur.¹⁷³ Öte yandan taşınmaz sınırını geçen dal ve köklerden kaynaklanan bir müdahalenin bulunmadığı durumlarda müdahale dolaylı müdahale niteliğinde olacaktır. Bu durumda da dal veya kökler sebebiyle meydana gelen müdahalenin önlenmesi ancak onun TMK m. 737 anlamında hoş görülemez nitelikte olması halinde mümkündür.¹⁷⁴

TMK m. 740'ın uygulanabilmesi için taşkın bitkinin gövdesinin tamamının taşkınlığa sebep olan arazide dikili bulunması ve sınırı geçmemesi gerekir. Zira sınır

¹⁶⁸ Rey, **a.g.e.**, N. 1184, 1187, 2046a; Breitschmid/Rumo-Jungo/Göksu, **a.g.e.**, Art. 687, N. 9.

¹⁶⁹ Honsell/Vogt/Geiser/Rey/Strebel, **Basler Kommentar**, Art. 687/688 N. 12.

¹⁷⁰ Tekinay, **Takyitler**, s. 84.

¹⁷¹ Zevkliler, **Taşkın Bitki**, s. 118; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 391; Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 687/688 N. 23; HGK 01.02.1989 E. 1/869 K. 37 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 5.10.2020); Yarg. 14 HD. 15.02.2007, 2006/15088, 2007/1357 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 5.10.2020).

¹⁷² Bu süre olayın özelliklerine mevsim koşulları, tarımsal etkenler, işgücü ihtiyacı gibi etkenler uyarınca takdir edilecek olup birkaç saat olması da haftalar olması da mümkündür. (Zevkliler, **Taşkın Bitki**, s. 120)

¹⁷³ Yarg. 14. HD, T. 10.09.2018, E. 2016/491, K. 2018/5369 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 5.10.2020); Yarg. 14. HD., E. 2015/17747 K. 2016/10086 T. 5.12.2016 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 5.10.2020).

¹⁷⁴ Yarg. 14. HD., E. 2015/17747 K. 2016/10086 T. 5.12.2016 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 5.10.2020).

üzerinde dikili olması halinde TMK m. 721 uyarınca ağaç üzerinde malikler paylı mülkiyet hakkına sahip olacaklardır.¹⁷⁵ Ağacın eğri gövdesinin bir kısmının komşu taşınmaza taşması halinde ise TMK m. 740 hükmü uygulanmayacak ve taşkınlığın gerçekleştiği arazi maliki el atmanın önlenmesini dava edebilecektir.¹⁷⁶ Öyle ki TMK m. 740/1 hükmü yalnızca taşkın dal ve kökler için uygulanabilir.

TMK m. 740/3 hükmünde ise komşu ormanlar açısından genel bir katlanma yükümlülüğü öngörülmüştür.¹⁷⁷ Söz konusu hükmün lafzı iki şekilde anlaşılmaya müsaittir. “*Komşu ormanlar hakkında bu hükümler uygulanmaz*” ifadesi ilk olarak herhangi bir taşınmaza komşu ormanda yer alan bitkilerin dal ve köklerinin bu taşınmaza geçmesi şeklinde anlaşılabilir. İkinci olarak ise birbirine komşu olan ormanlara ilişkin bir düzenleme olduğu yönünde bir anlam çıkmaktadır. Mevzuat düzenleme göz önünde bulundurulduğunda dikkate alınması gereken anlam ikinci anlamdır. Gerçekten de ZGB m. 687/3 hükmü açık şekilde sınır komşusu olan orman arazileri hakkında bu düzenlemenin uygulanamayacağını belirtmektedir. Dolayısıyla her iki arazinin de orman niteliğinde olması halinde sınırı geçen dal ve kökler zarara sebep olsalar ve malik tarafından kaldırılmasalar dâhi mülkiyet hakkı müdahaleye uğrayan komşu malikin bunları kesip kendi mülkiyetine geçirmesi mümkün değildir. Orman niteliğindeki bir taşınmazın orman niteliğinde olmayan bir taşınmaz üzerinde bu şekilde bir müdahaleye sebep olması halinde TMK m. 687/1 hükmü yine uygulanabilecektir.¹⁷⁸

b. Suların Akışına Katlanma Yükümlülüğü

TMK m. 742/1 ve TMK m. 743 hükümleriyle suyun akış yönüne göre alt tarafta bulunan arazi malikine belirli koşullarda suyun akışına katlanma yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu kapsamda kalan durumlarda alttaki arazinin maliki suyun kendi

¹⁷⁵ Eren, **Mülkiyet**, s. 387.

¹⁷⁶ Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 687/688 N. 4-6; Breitschmid/Rumo-Jungo/Göksu, **a.g.e.**, Art. 687, N. 2; Eren, **Mülkiyet**, s. 387; Zevkliler, **Taşkın Bitki**, s. 122.

¹⁷⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya**, s. 572.

¹⁷⁸ Honsell/Vogt/Geiser/Rey/Strebel, **Basler Kommentar**, Art. 687/688 N. 24.

arazisine girmesini fiili bir müdahaleyle önleyemeyeceği gibi suyunu akışının önlenmesi için el atmanın önlenmesini de dava edemeyecektir.¹⁷⁹

TMK m. 742/1 hükmü uyarınca alt taraftaki arazi maliki yağmur, kar ve tutulmamış kaynak suları başta olmak üzere üst taraftaki araziden doğal olarak kendi arazisine akan suların akışına katlanmakla yükümlüdür. Suların akışı sebebiyle bir zarar doğuyor olsa bile malik bu suları kabul etmek zorundadır.¹⁸⁰ Ancak bu durum suyun yalnızca doğal olarak akıyor olması halinde geçerlidir. Doğal olarak akan suyun beraberinde getirdiği toprak, kum, çakıl gibi unsurlar da bu yükümlülük kapsamında kalacak fakat suyun üst taraftaki taşınmaz maliki tarafından kirletilmesi hali bu çerçevede değerlendirilmeyecektir.¹⁸¹ Üst taraftaki arazi malikinin kendi kullandığı suyu atık olarak alttaki taşınmaza boşaltması veya kendi arazisine doğal yollarla ulaşan suları doğal akış yönleri öyle olmadığı halde kendi müdahaleleriyle alt taraftaki belirli bir taşınmaza yönlendirmesi halinde alt taraftaki malikin katlanma yükümlülüğü bulunmayacaktır.¹⁸² Su tahliye kanalının genişliğinin artırılması gibi zaten aşağıdaki taşınmaza ulaşmakta olan suların miktarını arttıran eylemler de aynı sonucu doğuracaklardır.¹⁸³ Zira TMK m. 742/2 uyarınca komşulardan hiçbirinin suların akışını diğeri zararına değiştirme hakkı yoktur. Bununla birlikte taşınmazın olağan şekilde işlenmesi sebebiyle suyun akışında bir değişiklik meydana gelmesi halinde bu değişikliğin taşkınlık düzeyinde bir müdahale yaratmadığı sürece katlanma yükümlülüğü kapsamında kalacağı doktrinde ifade edilmektedir.¹⁸⁴ Müdahaleye sebep olan ve müdahalenin etkilerini gösterdiği taşınmazların bitişik olmaları şart değildir.¹⁸⁵

¹⁷⁹ Malikin katlanmakla yükümlü olduğu suların akışını engellemesi mülkiyet hakkının aşkın kullanılması teşkil edecek ve malikin sorumluluğuna sebep olacaktır: Yarg. 1. HD, T. 22.12.2008, E. 2008/10533, K. 2008/13044 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 5.10.2020).

¹⁸⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya**, s. 573; Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 689/690 N. 18.

¹⁸¹ Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 394; Tekinay, **Takyitler**, s. 119.

¹⁸² Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 393. Suların doğal mecrasının değiştirilip bir taşınmaz için tehlike yaratıldığında henüz taşınmazı sel basmamış ve bir zarar ortaya çıkmamış olsa bile eski hale getirme talebi kabul edilebilir. Zira bu tehlikenin gerçekleşmesi halinde ağır zararlar bir anda doğacak ve telafisi mümkün olmayan durumlar meydana gelebilecektir. Bkz.: Yarg. 14. HD, T. 21.02.2013, E. 2013/293, K. 2013/2478 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 5.10.2020). Suyun akışının olağan kullanıma bağlı olarak dışarıdan müdahaleler sonucunda değiştiği ve fakat bu değişimin ZGB m. 684 (TMK m. 737) uyarınca taşkınlık teşkil etmediği durumlarda da katlanma yükümlülüğünün devam edeceği yönünde bkz.: Breitschmid/Rumo-Jungo/Göksu, **a.g.e.**, Art. 689, N. 4.

¹⁸³ Yarg. 14. HD, T. 10.03.2008, E. 2008/1804, K. 2008/2956 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 9.10.2020).

¹⁸⁴ Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 689/690 N. 15, 22.

¹⁸⁵ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 604.

Suyun doğal akışının doğal engeller sebebiyle bozulması halinde doğal engellerin yer aldığı taşınmaz malikinin bu engelleri kaldırmak gibi bir yapma yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmemektedir; zira kanun yalnızca bir katlanma yükümlülüğü öngörmektedir.¹⁸⁶ Örneğin suyun doğal olarak aktığı kanala bir kaya parçasının düşmesiyle beraber su artık alt taraftaki taşınmaza geçemediği için üst taraftaki taşınmazda birikir hale geldiyse bu durumda alt taraftaki taşınmaz malikine karşı suların doğal akışını bozduğu gerekçesiyle el atmanın önlenmesi davası açılmayacaktır. Zira kendisinin suyun doğal akışına herhangi bir müdahalesi bulunmamaktadır. Benzer şekilde suyun akışının zamanla kendiliğinden değiştiği hallerde de herhangi bir taşınmaz malikinin eski hali yeniden tesis etme yükümlülüğü bulunmayacaktır.

TMK m. 743 hükmüyle benzer bir katlanma yükümlülüğü fazla suların boşaltılması durumunda da öngörülmüştür. Hükme göre bir arazinin suyunun öteden beri doğal olarak alt taraftaki araziye aktığı durumlarda alt taraftaki arazi malikinın üst taraftaki araziden boşaltılan fazla suyu tazminatsız kabul etme yükümlülüğü vardır. Bu durumda alttaki arazi malikinın sahip olduğu tek hak boşaltılan sulardan zarar görmesi halinde suların bir mecrayla akıtılmasını istemektir. Suların önceden akmadığı ve kurutma sebebiyle akacak oldukları durumlarda ise uygulanacak hüküm TMK m. 743 değil “*Mecra geçirilmesi*” kenar başlıklı TMK m. 744 hükmü olacaktır.¹⁸⁷

¹⁸⁶ Tekinay, **Takyitler**, s. 120; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya**, s. 573.

¹⁸⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya**, s. 574.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÖZELLİKLE TMK VE İÇTİHATLAR ÇERÇEVESİNDE

MÜDAHALE ÇEŞİTLERİ

I. Doğrudan Müdahale – Dolaylı Müdahale Ayrımı

Daha önce de belirtildiği gibi el atmanın önlenmesi davasına konu müdahalenin doğrudan veya dolaylı olması mümkündür.¹ Bu ayrıma ve sonuçlarına bir önceki bölümde detaylıca değindiğimiz için bu bölümde bu başlığa yalnızca sistemsal açıdan yer veriyor ve konuya ilişkin açıklamalarımızı bu noktada önceki açıklamalarımıza atıf yaparak kesiyoruz.²

Belirtmek gerekir ki bu bölümde, takip eden başlıklar altında yapacağımız incelemeler esasen dolaylı müdahalelere ilişkin incelemelerdir. Zira daha önce de belirtildiği gibi doğrudan müdahaleler doğrudan doğruya taşınmazın maddi varlığına yönelen müdahalelerdir.³ Bu müdahalelerin dolaylı müdahalelerde olduğu gibi belirli başlıklar altında gruplanması zor ve pratik önemden yoksundur. Taşınmazın maddi varlığını hedef alan bir doğrudan müdahale hangi yolla gerçekleşmiş olursa olsun sonuç itibarıyla taşıdığı önem maddi varlığı hedef almış olmasından ibarettir. Buna karşılık dolaylı müdahaleler oluşmaları ve taşınmazı etkilemeleri noktasında pratik sonuçlara sahip farklılıklar barındırdıkları için sınıflandırılmaları ve bu şekilde incelenmeleri önemlidir.

II. Yapma Şeklinde Gerçekleşen Müdahale – Yapmama Şeklinde Gerçekleşen Müdahale Ayrımı

Taşınmaz mülkiyetine gerçekleşen müdahale yapma şeklinde olumlu bir davranış veya yapmama şeklinde olumsuz bir davranış neticesinde meydana gelmiş

¹ Doktrinde TMK m. 730 hükmünü TMK m. 683 hükmü karşısında özel hüküm niteliğinde gören ve bu sebeple iki hükmün de uygulanabilir olduğu olaylarda TMK m. 683 hükmünün uygulanamayacağını savunan görüşün devamı olarak el atmanın önlenmesi davasının sadece doğrudan müdahalelere karşı uygulanabilir olduğu ifade edilmektedir. Fakat daha önce yaptığımız açıklamalar uyarınca TMK m. 730 ve TMK m. 683 hükümlerini özel hüküm genel hüküm ilişkisi içerisinde değerlendirmedikimiz için kanımızca bu görüşe katılmak mümkün değildir. Bu görüş hakkında bilgi için bkz.: Breitschmid/Rumo-Jungo/Arnet/Belser, **a.g.e.**, Art. 641, N. 40; Rey, **a.g.e.**, N. 1067a, 2056b, 2074; Schmid/Hürliman-Kaup, **a.g.e.**, N. 674.

² bkz. yuk. 3. Bölüm: II.C.2.a.

³ Tekinay, **Takyitler**, s. 69.

olabilir. Bir önceki başlıkta olduğu gibi bu ayrıma da sistemsel bütünlük açısından bu bölümde yer veriyoruz ve ikinci bölümde yaptığımız açıklamalara atıfta bulunmakla yetiniyoruz.⁴

III. Olumlu Müdahale – Olumsuz Müdahale Ayrımı

Taşınmaz mülkiyetine gerçekleşen bir müdahalenin taşınmaza duman, toz, koku, gürültü, su, böcek girmesi gibi olumlu bir müdahale ya da taşınmaza hava, insan, güneş ışığı gibi unsurların girmesinin önlenmesi ya da manzarasının kapatılması gibi olumsuz bir müdahale şeklinde gerçekleşmesi mümkündür.⁵ Bu çerçevede taşınmaza ait manzara ve aydınlık olumlu özellikleri ortadan kaldırmak şeklinde ortaya çıkan müdahaleler olumsuz müdahaleleri oluşturacaklardır.⁶ Olumlu müdahalelerin kendilerine ilişkin düzenlemelerde öngörülen sınırları aşarak haksız hale geldikleri durumlarda TMK m. 683/2 hükmüne dayanarak önlenebilecekleri konusunda bir şüphe yoktur. Buna karşılık olumsuz müdahalelerin bu kapsamda önlenebilirliği ayrıca değerlendirilmelidir.

Olumsuz müdahalelerin haksızlığı ve dolayısıyla önlenebilirliği müdahalenin kaynağının müdahaleye uğrayan taşınmaz dışında olması ve bu kaynaktan taşınmaza geçerek müdahale sonucunu doğuran bir etki olmaması sebebiyle problemlidir. Taşınmazın kullanım şekline bağlı olarak taşınmazın sınırlarını aşarak ortaya çıkan olumlu bir müdahale bulunmamasına ve esasen her şey bu taşınmazın sınırları içerisinde gerçekleşmesine rağmen bu taşınmaz dışındaki taşınmazlar mülkiyet hakkının gereği gibi kullanılması için önemli olan unsurların ışığın azalması, rüzgârın kesilmesi, manzaranın kapanması gibi farklı şekillerde etkilenmesiyle karşılaşmaktadırlar.

Türk Hukuku'nda baskın olarak olumsuz müdahalelerin de TMK m. 737 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir.⁷ TMK m. 737 hükmünde

⁴ bkz. yuk. 2. Bölüm; III. B.

⁵ Akipek, **Eşya - II**, s. 221; Tekinay, **Takyitler**, s. 70-74; Eren, **Mülkiyet**, s. 31.

⁶ Aydınçık Midyat, **a.g.e.**, s. 645.

⁷ Akipek, **Eşya - II**, s.221; Sirmen, **Çevre Etkileri**, s. 287-288; Sirmen, **Eşya**, s. 440; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya**, s. 569; Eren, **Mülkiyet**, s. 381; Çörtoğlu, **Etki ve Sonuçlar**, s. 162-163; Aydınçık Midyat, **a.g.e.**, s. 647. Yarg. HGK, T. 5.11.2014, E. 2013/1-1239, K. 2014/840 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 01.10.2020); Yarg. 14 .HD, T. 8.1.2019, E. 2018/2502, K. 2019/140 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: :01.10.2020); Yarg. 14. HD, T. 22.1.2013, E. 2012/14449, K. 2013/886

sayılan örnekler arasında olumsuz müdahalelerin bulunmamasın bunların dışladığını değil yalnızca olumlu müdahalelere daha sık rastlandığını gösterir.⁸ Buna göre olumsuz müdahaleler diğer dolaylı müdahalelerle bir tutulacak ve TMK m. 737 çerçevesinde yapılacak katlanılabilirlik incelemesi neticesinde haksız olup olmadıkları hakkında bir sonuca varılacaktır. Hatırlatmak gerekir ki daha önce de belirtildiği üzere olumsuz müdahaleler yönünden de salt imara aykırılık TMK m. 737 hükmü kapsamında taşkınlık ve dolayısıyla haksızlık nitelmesi yapılması için yeterli olmayacak ve söz konusu aykırılığın komşuluk hukuku kapsamında da bir ihlal olup olmayacağı değerlendirilecektir.⁹ Olumsuz müdahale niteliğindeki müdahaleler manzara kapatma¹⁰, ışığı engelleme¹¹, giriş çıkışı zorlaştırma¹² gibi farklı görünüm biçimlerine sahip olabilirler. Olumsuz müdahaleler bu durumların hepsinde tıpkı olumlu müdahaleler gibi dolaylı müdahalelerin haksızlığı tespit edilirken yapılması gereken incelemelere tabi olacaklardır.¹³ Bu noktada belirtmek gerekir ki kaynaklara gerçekleşen müdahaleler sebebiyle bir taşınmazın suyunun olumsuz müdahaleye konu olması halinde kaynak ve yeraltı sularını konu alan TMK m. 756 vd. hükümleri özellikle önem taşıyacaktır.

(Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: :01.10.2020); Yarg. 14. HD, T. 22.02.2018, E. 2015/7617, K. 2018/1308 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: :01.10.2020); Yarg. 14. HD, T. 8.2.2017, E. 2016/11417, K. 2017/837(Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: :01.10.2020); Yarg. 14. HD, T. 24.04.2018, E. 2015/12896, K. 2018/3291 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: :01.10.2020). İsviçre hukuku açısından aynı yönde değerlendirmeler için bkz.: Breitschmid/Rumo-Jungo/Göksu, **a.g.e.**, Art. 679, N. 3, 7.

⁸ Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 684 N. 53.

⁹ Çörtoğlu, **Etki ve Sonuçlar**, s. 165; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 25; Yarg. 14. HD, T. 11.9.2018, E. 2018/1239, K. 2018/5475 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: :01.10.2020); Yarg. 14. HD, T. 24.04.2018, E. 2015/12896, K. 2018/3291 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: :01.10.2020); Yarg. HGK, T. 27.9.2006, E. 2006/1-551, K. 2006/597(Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: :01.10.2020); Yarg. HGK, T. 8.7.1998, E. 1998/1-563, K. 1998/585(Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: :01.10.2020).

¹⁰Yarg. 14. HD, T. 22.10.2019, E. 2019/350, K. 2019/6984 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 6.10.2020); Yarg. 14. HD, T. 3.10.2018, E. 2016/2775, K. 2018/6298 (Çevrimiçi: Legalbank, E.T.: 6.10.2020); Yarg. 14. HD, T. 22.02.2018, E. 2015/7617, K. 2018/1308 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: :01.10.2020); Yarg. 14. HD, T. 24.04.2018, E. 2015/12896, K. 2018/3291 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: :01.10.2020); Yarg. 14. HD, T. 8.2.2017, E. 2016/11417, K. 2017/837(Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: :01.10.2020).

¹¹ Yarg. 14. HD, T. 28.5.2018, E. 2015/15649, K. 2018/4141 (Çevrimiçi: Legalbank, E.T.: 6.10.2020); Yarg. 14. HD, T. 3.10.2018, E. 2016/2775, K. 2018/6298 (Çevrimiçi: Legalbank, E.T.: 6.10.2020); Yarg. 14. HD, T. 24.04.2018, E. 2015/12896, K. 2018/3291 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: :01.10.2020).

¹² Yarg. 14. HD, T. 24.04.2018, E. 2015/12896, K. 2018/3291 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: :01.10.2020).

¹³Dolayısıyla taşınmazın havasının veya ışığının tamamen kesilmediği durumlarda taşkınlıktan bahsedilemeyeceği yönündeki görüşe katılmak kanımızca mümkün değildir. (bkz. Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 380)

Olumsuz müdahaleye sebep olan kullanım biçiminin sırf müdahaleye uğrayan taşınmaz malikini zarara uğratmak amacıyla uygulandığı hallerde hakkın bu şekilde kötüye kullanılması korunmayacaktır.¹⁴ TMK m. 2 hükmüne aykırılık teşkil etmesi itibariyle haksız olarak nitelenecek bu müdahalenin el atmanın önlenmesi davasıyla önlenmesi mümkündür.

IV. Maddi Müdahale – Manevi Müdahale Ayrımı

A. Maddi Müdahaleler

1. Duman, Buğu, Kurum, Toz, Koku ile Meydana Gelen Müdahaleler

Duman, buğu, kurum, toz ve koku ile meydana gelen müdahaleler TMK m. 737 hükmünde sayılan örnek müdahale gruplarından ilkidir. Bu grupta bulunan müdahale çeşitlerinin ortak özelliği ortaya çıktıkları taşınmazdan diğer taşınmaza hava yoluyla taşınmalarıdır. Dolayısıyla zikredilen gruplardan herhangi birine dâhil olmasa bile gaz formunda olan ya da maddi varlıkları hava aracılığıyla taşınmaya müsait olan diğer müdahaleler de esasen bu grupta yer alacaklardır.

Bu grupta yer alan müdahaleler yapıları gereği hava kirliliğine katkıda bulunmaya müsait olmalarına rağmen bu nitelikte olmaları el atmanın önlenmesi yoluyla önlenebilmeleri için zorunlu bir unsur değildir. Dolaylı bir müdahale olmaları itibariyle önem taşıyan ölçüt daha önce de bahsedildiği gibi TMK m. 737 hükmünde zikredilen hoş görülebilirlik kriteridir. Bu ölçüte göre haksız olarak nitelenebilecek bir müdahale hava kirliliğine sebep olmasa bile TMK m. 683/2 hükmüyle önlenebilir. Zira bu hükmün birincil amacı çevreyi korumak değil malikin mülkiyet hakkını dilediği gibi kullanmasını sağlamaktır. Buna göre örneğin çevreye hiçbir zararı olmayan fakat komşunun balkonundan faydalanmasını engelleyecek şekilde sürekli su buharına maruz kalmasına sebep olan bir kullanım şekli de somut olayın özelliklerine göre önlenebilirdir.

Hava aracılığıyla yayılan bu etkilerin is gibi, müdahaleye uğrayan taşınmazın görüntüsüne ve yapısına zarar vererek ya da duman gibi, taşınmazın manzarasını kapatarak bir etki yaratmaları mümkündür. Benzer şekilde yoğun toza bağlı olarak

¹⁴ Yarg. HGK, T. 20.5.1987, E 1987/1-32, K. 1987/411(Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 01.10.2020).

taşınmazdaki bitki ve hayvanlarda büyüme bozuklukları gözlemlenebilir.¹⁵ Bu haller dışında koku şeklinde ortaya çıkan müdahalelerde olduğu gibi esasen taşınmazın kendisine bir etki yaratmamakla beraber taşınmazdan yararlananlarda bir rahatsızlık yaratan haller de müdahale niteliğini haizdir.¹⁶

Bu şekilde hava aracılığıyla yayılan müdahaleler yapıları gereği çok farklı ve geniş alanlara dağılmaya müsait durumdadırlar. O yüzden böyle müdahalelere karşı el atmanın önlenmesine hükmedildiği durumlarda en etkili çözüme çoğu zaman bu unsurların ortaya çıkışına veya yayılmalarına yönelik tedbirlerle ulaşılabacaktır. Bu tedbirlerin de uygulanabilirliği ve getireceği ekonomik külfet teknik gelişmelerle paralel olarak değişecek ve ancak somut olay bazında yapılacak değerlendirmelerle ortaya çıkacaktır. Pek doğal ki bir demir çelik fabrikasıyla küçük bir fırının bacalarından salınan dumanı azaltmaları içi aynı külfeti getiren önlemler almaları beklenemez.

Bu tarz müdahaleler çoğunlukla termik santrallerden yayılan gazlar¹⁷, taşınmazdan kum çeken kamyonların çıkardığı tozlar¹⁸, marangozhaneden yayılan kötü kokular¹⁹, besicilik sebebiyle yayılan koku²⁰ hallerinde olduğu gibi sanayi kuruluşları ve işletme faaliyetlerinden kaynaklansa da araç trafiği sebebiyle toz kalkması veya tedbir alınmaksızın gerçekleştirilen yıkım faaliyetleri²¹ ya da toprak ürünlerinin harmanlanması, halı – kilim silkelmesi²² gibi farklı şekillerde de ortaya çıkabilirler.

2. Gürültü İle Meydana Gelen Müdahaleler

Gürültü sorunu toplumun sosyal yapısı ve ekonomik gelişimiyle paralel şekilde ilerleyen ve sağlık sorunlarına sebep olmak, insanların dinlenme haklarını engellemek

¹⁵ Çörtoğlu, **Etki ve Sonuçlar**, s. 113.

¹⁶ Bkz.: yuk. 3. Bölüm: dn. 100'e bağlı metin

¹⁷ Yarg. 4. HD, T. 26.2.2015, E. 2014/10979, K. 2015/2214 (Lexpera, E.T. :01.10.2020).

¹⁸ Yarg. 3. HD, T. 6.2.1997, E. 1997/458 K.1997/1307 (Lexpera, E.T. :01.10.2020).

¹⁹ Yarg. 14. HD, T. 12.11.2018, E. 2016/7450, K. 2018/7677 (Lexpera, E.T. :01.10.2020).

²⁰ Yarg. 14. HD, T. 9.10.2018, E. 2018/1846, K. 2018/6494 (Lexpera, E.T. :01.10.2020) ; Yarg. 14. HD, T. 15.12.2016, E. 2015/17584, K. 2016/10409 (Çevrimiçi: Legalbank, E.T. :01.10.2020); Yarg. 14. HD, T. 25.6.2018, E. 2016/354, K. 2018/4827 (Lexpera, E.T. :01.10.2020).

²¹ Abik, **a.g.e.**, s. 159-160.

²² Tekinay, **Takyitler**, s. 79.

gibi ciddi sonuçları olan önemli bir problemdir.²³ Bu önemi sebebiyle gürültü sorununu konu alan kamu hukuku nitelikli düzenlemelerle oldukça sık karşılaşılmaktadır. Günümüzde bu alandaki en önemli düzenleme Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliğidir.²⁴ Bu yönetmelik gürültü kavramını çevresel gürültü ve iç ortam gürültüsü olarak iki başlık altında değerlendirmektedir. Yönetmeliğe göre çevresel gürültü “ulaşım araçları, kara yolu trafiği, demir yolu trafiği, hava yolu trafiği, deniz yolu trafiği, açık alanda kullanılan teçhizat, şantiye alanları, sanayi tesisleri, atölye, imalathane, işyerleri ve benzeri ile rekreasyon ve eğlence yerlerinden çevreye yayılan gürültü dâhil olmak üzere, insan faaliyetleri neticesinde oluşan zararlı veya istenmeyen açık hava sesleri” ve iç ortam gürültüsü “yapı içindeki mekanik sistemler ve diğer gürültü kaynaklarından doğan ve mekân içinde bulunan insanları olumsuz etkileyen istenmeyen ve zararlı seslerin bütünü” şeklinde tanımlanmaktadır.

Konumuz bağlamında ise gürültü kavramı bir taşınmazdan gelen ve komşuları rahatsız eden ses olarak tanımlanabilir.²⁵ Seslerin rahatsız ediciliğinden bahsedebilmek için TDK tarafından gürültü için verilen tanımın aksine seslerin düzensiz ve uyumdan yoksun nitelikte olmaları şart değildir.²⁶ Yönetmelik’te isabetli şekilde yer verilen tanımlardan da anlaşılacağı üzere bir sesin gürültü olarak nitelenmesi için önemli olan insanları olumsuz etkileyen ve istenmeyen nitelikte olmalarıdır. Güzel olarak nitelendirilen müzik eserleri ya da televizyon sesleri de bu kapsamda olayın özellikleri ışığında gürültü olarak değerlendirilebilirler.²⁷ Bu nitelikte rahatsız edici sesler fabrikalar başta olmak üzere işletmelerden, kara veya havayoluyla ilerleyen motorlu taşıtlardan, inşaatlardan, tarım ve hayvancılık faaliyetlerinden ya da konut ve eğlence yerlerinden kaynaklanabilirler.²⁸

²³ Çörtoğlu, **Etki ve Sonuçlar**, s. 128-129.

²⁴ **R.G.** T. 4.6.2010, S. 27601.

²⁵ Tekinay, **Takyitler**, s. 78.

²⁶ “Gürültü: Aralarında uyum bulunmayan düzensiz seslerin bütünü, patırtı, şamata” (www.sozluk.gov.tr, E.T. 31.08.2020).

²⁷ Tekinay, **Takyitler**, s. 78.

²⁸ Çörtoğlu, **Etki ve Sonuçlar**, s. 132-151.

Gürültü şeklindeki müdahalelerin önlenebilmeleri diğer dolaylı müdahalelerde olduğu gibi TMK m. 737 bağlamında taşkın nitelikte olmalarına bağlıdır.²⁹ Gürültülerin anılan yönetmelik hükümlerinde veya başka düzenlemelerde öngörülen sınırları aşmıyor olmaları TMK m. 737 anlamında da taşkın sayılmalarını engellemeyecektir.³⁰ Bu düzenlemelerle öngörülen limitler değerlendirmede ancak ölçüt olarak rol oynayabilirler.³¹

Mevcut gürültünün bu bağlamda taşkın olup olmadığı değerlendirilirken söz konusu sese ilişkin farklı nitelikler dikkate alınacaktır. Bu bağlamda dikkate alınacak ilk husus ses düzeyidir. Sesin düzeyi sesin hoş görülebilir nitelikte olup olmadığı incelenirken başvurulacak önemli bir ölçüttür. Öyle ki küçük bir terzi dükkânının sebep olduğu makine sesleri ile büyük bir dokuma atölyesinden çıkan sesler ya da bir matkap ve bir hilti aynı düzeyde huzursuzluk yaratmayacaklardır. Anılan yönetmelik de esas olarak bölgelere ve kaynaklara göre değişen sınırlar öngörmek suretiyle çevresel gürültüyle mücadele etmeye çalışmaktadır. Örnek olarak saymak gerekirse yapım, yıkım veya onarım amaçlı bina şantiye alanı için 70 dBA (Ek-VII Tablo-5) , hafif raylı sistem niteliğindeki yerüstü trenlerinden hareket halinde olanlar için 75 dBA(Ek-VII Tablo-2), konutların yoğun bulunduğu bölgelerdeki mevcut karayolları için gündüz vakti 68 dBA gece vakti 58 dBA (Ek-VII Tablo-1), işyerlerinin yoğun bulunduğu bölgelerdeki at için akşam vakti 63 dBA (Anılan Yönetmelik m. 22, Ek-VII Tablo-4) sınır öngörülmüştür.³² Genel olarak 50 dBA düzeyindeki bir sesin rahatsız edici olabileceği 70 dBA düzeyinden itibaren sesin konuşmayı perdeleyeceği ve 100 dBA düzeyinden itibaren zararlı hale geleceği ifade edilmektedir.³³

²⁹ Çörtoğlu, **Etki ve Sonuçlar**, s. 131.

³⁰ Abik, **a.g.e.**, s. 166. Buna karşılık 2872 sayılı Çevre Kanunu m. 18 ile bu kanun kapsamında bir ihlalden bahsedebilmek için ilgili yönetmeliklerde belirlenen limitlerin aşacak şekilde gürültü ve titreşim oluşturulmasının şart olduğu açıkça belirtilmiştir.

³¹ Aydınçık Midyat, **a.g.e.**, s. 627.

³² Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği m. 4/t: “... dBA: İnsan işitme sisteminin düşük şiddetteki seslere karşı en çok hassas olduğu orta ve yüksek frekanslara daha fazla ağırlık veren, A ağırlıklı ses seviyesi olarak tabir edilen ve gürültünün etkilenim değerlendirilmesi ve kontrolünde yaygın olarak kullanılan bir ses seviyesi ölçütünü (ifade eder) ...”. dBA insan kulağının en hassas olduğu orta ve yüksek frekanslı seslerin vurgulandığı bir ses değerlendirmesi birimidir. (Hüseyin Doğan/Özden Aslan Çataltepe, “Gürültünün İnsan Sağlığı Üzerine Etkileri”, **Journal of Health and Sport Sciences (JHSS)**, Vol.1, No.1-2-3, 2018, s. 30-31.)

³³ Doğan/Aslan Çataltepe, **a.g.e.**, s. 30.

Gürültünün taşkınlığı değerlendirilirken göz önünde bulundurulması gereken bir diğer kıstas ses kaynağının müdahaleye uğrayan taşınmazla uzaklığıdır. Ses şiddeti yönünden³⁴ kaynağa yakın ve uzak taşınmazlar üzerinde farklı etkiler gözlemlenecektir. Bir önceki paragrafta bahsettiğimiz sınırlar ses kaynağına ilişkin sınırlarken burada bahsedilen husus kaynaktan çıkan sesin müdahaleye uğrayan taşınmazda ne kadar hissedildiğidir. Öyle ki gürültünün ne kadar hissedildiği el atmanın önlenmesi davasının davacısı yönünden bu sesin katlanılabilir olup olmadığı noktasında belirleyici olacaktır. Trafiğin yoğun olduğu bir otoyolun hemen kenarında yaşayanlarla birkaç sokak geride oturanlar trafikten aynı düzeyde etkilenmeyecektir. Otoyolun sebep olduğu bu sesler hemen otoyol kenarındaki ev sahipleri yönünden katlanılamaz nitelikteyken birkaç sokak geridekiler yönünden önemsiz olabilir.

Gürültünün meydana geliş zamanı da müdahalenin hoş görülebilir olup olmamasını etkiler.³⁵ Anılan yönetmelikte de bu husus göz ardı edilmemiş ve gündüz, akşam ve gece vakitleri için farklı sınırlar öngörülmüştür. Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği Ek-I ile 07.00-19.00 arasındaki 12 saatlik dilim gündüz, 19.00-23.00 arasındaki 4 saatlik dilim akşam ve 23.00-07.00 arasındaki 8 saatlik dilim gece olarak tanımlanmıştır. İnsanların yoğun olarak dinlenme zamanı olarak değerlendirdiği akşam ve gece vakitlerinde doğal olarak daha düşük sınırlar öngörülmüştür. Gürültünün meydana geliş zamanıyla beraber gürültünün sıklığı ve süresi de değerlendirilmelidir. Gürültünün meydana geliş süresi ve sıklığı bu müdahaleye maruz kalanların gürültüden ne kadar etkileneceğini ve dolayısıyla söz konusu gürültüyü ne kadar tolere edebileceğini belirlerken önem taşır.³⁶ Ayda iki sefer canlı müzik yapılan bir işletmeyle her gece canlı müzik yapılan bir işletme aynı etkiyi yaratmayacaktır.

Ses kaynaklarının çokluğu sesin hoş görülebilir olup olmadığı incelenirken önem taşır. Birbirleriyle uyum içerisinde olmayan farklı sesler tahammülü daha zor bir durum yaratabilirler. Örneğin birden fazla basketbol sahasının veya bir basketbol sahası ve bir tenis kortunun bir aradayken sebep olacakları rahatsızlık tek başlarına

³⁴ “Ses şiddeti mesafenin karesine orantılı olarak düşer”: Doğan/Aslan Çataltepe, **a.g.e.**, s. 31.

³⁵ Akipek, **Kavram ve Mahiyet**, s. 356.

³⁶ Örneğin 92 dBA düzeyinde bir gürültüye maruz kalarak 6 saat çalışmak mümkünken 110 dBA değerinde bu süre yarım saate inmektedir. (Doğan/Aslan Çataltepe, **a.g.e.**, s. 32)

sebeup olacakları rahatsızlıktan fazladır. Aynı şekilde taşınmaza ulaşan bir piyano sesiyle farklı eserler çalan iki piyano sesi farklı değerlendirilecektir. Tek taşınmazdaki birden fazla kaynaktan doğan seslerin bir araya gelerek hoş görülemez hale gelmesi durumunda söz konusu gürültü TMK m. 737 çerçevesinde haksız hale gelecektir. Fakat birden fazla taşınmazdaki kaynaklardan doğan seslerin yalnızca bir araya gelerek hoş görülemez hale gelmeleri durumunda bu sonuca varılamaz. Zira söz konusu kaynaklar ve faaliyetler birbirlerinden bağımsız değerlendirilmelidir. Bu duruma örnek olarak bir parkta yer alan tek bir basketbol sahası, bu parkın yanında yer alan özel bir tenis kortu ve bir spor okuluna ait basketbol sahası ve tenis kortu verilebilir. Farklı taşınmazlarda yer alan basketbol sahası ve tenis kortundan çıkan sesler yalnızca bir arada hoş görülemez hale gelseler bile bu taşınmazlardaki kullanım biçimlerinin TMK m. 737 çerçevesinde haksızlığından bahsedilemez. Buna karşılık her iki tesisin aynı taşınmaz ve işletme bünyesinde bulunduğu spor okulu örneğinde seslerin kaynakları aynı taşınmazdır ve yarattıkları etki birlikte değerlendirilecektir.

Sesin meydana geldiği yer de TMK m. 737 hükmüne ilişkin değerlendirmelerimiz sırasında belirttiğimiz üzere müdahalenin gerçekleştiği yerin durumu ve bölgenin yerel âdetinin önem taşıması itibarıyla bu değerlendirmede rol oynayacaktır. Anılan yönetmelikte de bu husus göz ardı edilmemiş ve eğitim, kültür ve sağlık alanları ile yazlık ve kamp yerlerinin ağırlıklı olduğu alanlar, ticari yapılarla gürültüye hassas kullanımların bir arada bulunduğu ve fakat konutların yoğun bulunduğu alanlar, ticari yapılarla gürültüye hassas kullanımların bir arada bulunduğu ve fakat işyerlerinin yoğun bulunduğu alanlar ve endüstriyel alanlar yönünden ayrı düzenlemeler yapılmıştır.³⁷ Örneğin endüstri tesislerini konu alan Ek-VIII Tablo-4'te gürültüye hassas kullanımlardan eğitim, kültür ve sağlık alanları ile yazlık ve kamp yerlerinin ağırlıkta olduğu alanlar ile endüstriyel alanlar için öngörülen sınırlar arasında 10 dBA fark vardır.

³⁷ Söz konusu yönetmelikte gürültüye hassas kullanımlar Çok hassas kullanımlar, hassas kullanımlar ve az hassas kullanımları kapsamaktadır (m. 4/hhh). Bunlardan çok hassas kullanımlar konut, yataklı hizmet veren sağlık kurumları, çocuk ve yaşlı bakım evleri, yatılı eğitim kurumları, öğrenci yurtları gibi kullanımları; hassas kullanımlar yataklı hizmet veren konaklama tesisleri, eğitim kurumları ile dini tesisleri; az hassas kullanımlar ise İdari ve ticaret binaları, çocuk bahçeleri, oyun alanları ve spor tesisleri gibi kullanımları ifade eder (m. 4/r, m.4/ggg, m.4/öö).

3. Sarsıntı

Sarsıntılar TMK m. 737/2 hükmünde zikredilen son müdahale grubudur. Kanımızca burada kastedilen müdahale grubuna hem katılar aracılığıyla iletilen yer sarsıntıları hem de sıvı ve gazlar aracılığıyla iletilen diğer titreşimler dâhildir. Nitekim Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği'nde de böyle bir ayırım yapılmamış ve genel olarak “*katı, sıvı ve gaz ortamlarda yayılan ve insan vücudunca hissedilen mekanik salınım hareketleri*” olarak tanımlanan çevresel titreşimler hakkında düzenlemeler yapılmıştır. Bu şekilde meydana geldiği taşınmaz dışındaki taşınmazlarda titreşim şeklinde hissedilen etkilerin de müdahale niteliğinde olduğundan şüphe etmemek gerekir.

Titreşimin hoş görülüp görülemeyeceği noktasında önem taşıyacak unsurlar olan titreşimin frekansı, hızı, genliği, zamanı gibi nitelikler TMK m. 737/2 kapsamında yapılacak değerlendirmede incelenmelidir.³⁸

4. Diğer Müdahaleler

Maddenin başındaki “*özellikle*” ifadesinden anlaşılmaktadır ki TMK m. 737 hükmünde zikredilen müdahale tipleri sınırlı sayı prensibiyle değil örnek olarak sayılmışlardır. Dolayısıyla sayılan gruplardan birisine dâhil olmayan bir müdahale tipinin de hükümde sayılan ölçütler çerçevesinde hoş görülemez nitelikte olması ve el atmanın önlenmesi yoluyla engellenmesi mümkündür.

Bu gruplara örnek olarak ışık yoluyla gerçekleşen müdahaleler verilebilir. Reklam panoları, yollar, spor alanları gibi noktalardaki aydınlatma ihtiyacı için kullanılan projektörler tarafından ortaya çıkan rahatsız edici ışıklar ya da güneş ışığını yansıtan yapılar sebebiyle meydana gelen rahatsızlıklar TMK m. 737 kapsamında değerlendirilirler.³⁹ Özellikle çağımızda tanıtım yapmak ve albeni yaratmak amacıyla gerek konut gerek işyeri olarak kullanılan rezidansların, toplu yapıların, şirket merkezi gibi önemli binaların, alışveriş merkezlerinin dış cephelerinin aydınlatılması da oldukça yaygın bir uygulamadır. Binaları bu şekilde uzaktan da görünür ve tanınır kılmak için oldukça güçlü ışıklandırmalar kullanılmaktadır. İşte bu şekildeki

³⁸ Abik, **a.g.e.**, s. 169-170.

³⁹ Abik, **a.g.e.**, s. 170; Çörtoğlu, **Etki ve Sonuçlar**, s. 152.

aydınlatmaların komşu taşınmazlar yönünde çekilmez hale gelmesi de olasıdır. Özellikle aydınlatmaların hareketli veya renk değiştirir nitelikte olduğu ve göz alıcı hale geldiği durumlarda konutlar başta olmak üzere gece kullanılan taşınmazlarda bu duruma katlanmak ve taşınmazdan faydalanmak zorlaşacaktır. Böyle durumlarda ışık şeklinde ortaya çıkan müdahalelerin de hoş görülemez düzeye ulaşabildiğinin ve dolayısıyla el atmanın önlenmesi davasına konu olabileceğinin kabulü gereklidir. Örneğin kimse her gece yatak odasına ulaşan ve perdelerle dahi zor engellenebilen binlerce watt gücündeki kaynaklardan yayılan aydınlığa katlanmak zorunda bırakılmamalıdır. Ya da astronomik çalışmalar yapan bir gözlem merkezi böyle bir kullanım şekliyle tamamen işlevsiz hale getirilmemelidir. Bununla beraber somut olay bazında tarafların menfaat dengesi de göz ardı edilmemelidir. Örneğin basitçe perde ile engellenmesi mümkün olan ve bölgenin güvenliği için gerekli sokak aydınlatmaları böyle bir davaya konu edildiğinde müdahaleye uğrayan taşınmaz yönünden hoş görülemezlik ölçütünün sağlandığına şüpheyle yaklaşmak gerekir.

Işık dışında kıvılcım, sıcaklık ve radyasyon da bu kapsamda değerlendirilebilir.⁴⁰ Atölyelerden, demir yollarından ya da benzer kaynaklardan saçılan kıvılcımlar komşu taşınmaza ulaştıklarında el atmanın önlenmesi yönünden iki ihtimal ortaya çıkar. Kıvılcımlar sürekli bir şekilde müdahaleye uğrayan taşınmaza ulaşmakta ve zarar doğurmakta olabilirler. Bu durumda TMK m. 683/2 kapsamındaki davanın mevcut bir müdahaleye karşı açılması söz konusudur. İkinci ihtimal olarak kıvılcımların müdahaleye uğrayan taşınmaza yalnızca belirli zamanlarda belirli koşullar altında ulaşmaları ve/veya henüz zarara sebep olmamakla beraber özellikle yangın veya patlama yönünden ciddi bir tehlike yaratmaları gündeme gelir. Bu durumda ise mevcut bir müdahaleye karşı değil henüz mevcut olmayan bir müdahaleye karşı açılacak el atmanın önlenmesi davası söz konusudur. Böyle bir davanın kabul edilmesi için bahsedilen tehlikenin daha önce de belirtildiği gibi yakın bir gelecekte gerçekleşmesinin pek muhtemel olması gereklidir. Kıvılcımların bu şekilde zararın meydana geleceği yönünde yarattığı endişesi sebebiyle manevi bir müdahaleden bahsetmek de mümkün olabilir.

⁴⁰ Çörtoğlu, **Etki ve Sonuçlar**, s. 152; Abik, **a.g.e.**, s. 171.

Kendisini sıcaklık olarak gösteren müdahalelerin de TMK m. 737 çerçevesinde taşkın niteliğe ulaşmaları ve el atmanın önlenmesi davasıyla önlenmeleri mümkündür. Örneğin fabrika ve fırınlardan kaynaklanan yüksek sıcaklıklar böyle değerlendirilebilir.⁴¹ Sıcaklık şeklinde ortaya çıkan müdahalelerin binaların yapısını bozmaları, dayanıklılıklarını azaltmaları, tarımsal faaliyeti zorlaştırmaları veya tamamen engellemeleri, taşınmazın açık alanlarından faydalanmayı imkansız hale getirmeleri ya da klima gibi ek zorunluluklar yaratmak suretiyle taşınmazdan faydalanmayı zorlaştırmaları mümkündür.

Radyasyon ve benzer yapıdaki diğer etkiler de TMK m. 737 kapsamında kalırlar. Bu etkiler gözle görülür yapıda olmasalar da yoğunluk, şiddet gibi niteliklerinin uygun cihazlarla tespit edilebildiği noktasında bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu alandaki önemli düzenlemelerin başında radyasyonun daha çok tıbbi amaçlı uygulamalar eksenindeki durumunu konu alan Radyasyon Güvenliği Yönetmeliği⁴² ile baz istasyonu olarak da adlandırılan cihazları konu alan Elektronik Haberleşme Cihazları Güvenlik Sertifikası Yönetmeliği⁴³ gelmektedir. Baz istasyonlarına karşı açılan el atmanın önlenmesi davalarına günümüzde oldukça sık rastlanmaktadır. Bu davalara ilişkin Yargıtay (14. HD) uygulamasını şu şekilde özetlemek mümkündür:

1) Baz istasyonlarının kurulum ve işletimine dair esasları belirleme yetkisi Bilgi Teknolojileri İletişim Başkanlığına (BTK) aittir. Baz istasyonlarının belirlenen mesafe ve limitlere uygun davranmadığına ilişkin itirazlar BTK'ya yöneltilmeli ve bu kurumun kararlarına karşı idari yargı yolu kullanılmalıdır.

2) Adli yargıdaki davalarda ise öncelikle Elektronik Haberleşme Cihazları Güvenlik Sertifikası Yönetmeliği m. 12'de tespit edilen niteliklere sahip bilirkişilerce yapılacak ölçümler sonucunda mesafe ve limitlere aykırılık bulunduğu iddiasının ispatlanmış olması gerekir. Yönetmelikte tespit edilen değerlere aykırılık bulunmadığı

⁴¹ Çörtoğlu, **Etki ve Sonuçlar**, s. 152.

⁴² R.G. T. 24.3.2000, S. 23999.

⁴³ R.G. T. 21.4.2011, S. 27912.

ve davacının sağığının zarar gördüğü somut delillerle kanıtlanamadığı sürece davanın reddine karar verilmelidir.

3) Komşuluk hukukuna dayanarak el atmanın önlenmesi davası açılabilmesi için gerekli zarar koşulu bu olaylarda mevcut değildir. Baz istasyonlarının uzun vadede sağığa zarar verebileceği iddiası da bu kapsamda yakın gelecekte zarar doğacağıının pek muhtemel veya muhakkak olması koşulunu taşımadığı için kabul edilemezdir.⁴⁴

Belirtmek gerekir ki 14. Daire'nin bu savları kanımızca tartışmaya açıktır. İlk olarak yönetmelik hükümlerine uygun olan bir kullanım şeklinin TMK m. 737 hükmüyle çizilen sınırlar içerisinde kalıp kalmadığı somut olay özelinde ayrıca değerlendirilmesi gereken bir husustur. Yönetmelik yükümlerine aykırılık halinde TMK m. 737 hükmü sınırları doğrudan aşmış olmayacağı gibi yönetmeliğe uygun bir kullanımın da muhakkak sınırlar içerisinde kaldığı söylenemeyecektir. Nitekim yönetmelikle tespit edilen teknik gerekliliklerin taşkınlık kavramıyla ilgili değerlendirme yönünden bağlayıcı olduğundan bahsedilemez.⁴⁵ Hâkim, normlar hiyerarşisinin bir sonucu olarak önüne gelen uyuşmazlığın çözümünde yönetmeliğe değil kanuna ve genel hukuk kurallarına göre karar vermekle yükümlüdür.⁴⁶ Yönetmelikle öngörülen ölçütler soyut ölçütler olup bunların bilimsel verilere uygunluğu ve zarara sebep olmayacakları doğrudan kabul edilemez.⁴⁷ Bu konuda bir yargıya varabilmek için yönetmelikle belirlenen kıstaslar ve değerler ışığında TMK m. 737 hükmünün gerektirdiği şekilde bir değerlendirme gereklidir. Dolayısıyla baz

⁴⁴ Değerlendirmeye dayanak oluşturan kararlar: Yarg. 14. HD, T. 13.11.2018, E. 2016/8282, K. 2018/7704 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 01.10.2020); Yarg. 14. HD, T. 11.9.2018, E. 2016/596, K. 2018/5450 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 01.10.2020); Yarg. 14. HD, T. 14.2.2017, E. 2016/10353, K. 2017/984 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 01.10.2020); Yarg. 14. HD, T. 31.10.2016, E. 2015/17219, K. 2016/8826 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 01.10.2020); Yarg. 14. HD, T. 28.11.2016, E. 2015/472, K. 2016/9853 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 01.10.2020), Yarg. 14. HD, T. 19.11.2015, E. 2015/10238, K. 2015/10608 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 01.10.2020); Yarg. 14. HD, T. 27.2.2015, E. 2014/10991, K. 2015/2173 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 01.10.2020); Yarg. 14. HD, T. 24.3.2014, E. 2013/16435, K. 2014/3930 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 01.10.2020). 2012 yılına kadar Yarg. 1. HD ve 4. HD tarafından kabul edilen tam ters yöndeki uygulama hakkında bilgi için bkz. Cansu Kaya Kızıllırmak, "Baz İstasyonları ve Komşuluk Hukukundan Doğan El atmanın Önlenmesi Davası", **Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu Cilt 1**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 239-244.

⁴⁵ Kaya Kızıllırmak, **a.g.e.**, s. 259; Abik, **a.g.e.**, s. 172.

⁴⁶ Yarg. HGK, T. 20.2.2013, E. 2012/4-575, K. 2013/249 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 01.10.2020).

⁴⁷ Abik, **a.g.e.**, s. 172.

istasyonlarının mesafe ve limitlere uygun olması el atmanın önlenmesi davası yönünden doğrudan bir engel olarak kabul edilmemelidir.⁴⁸

İnceleme sırasında dikkat edilmesi gereken bir diğer husus TMK m. 683/2 hükmüne dayanarak el atmanın önlenmesi davası açmak için zarar şartının bulunmamasıdır. Öte yandan TMK m. 737/1 hükmü de maliki komşulara zarar vermekten değil komşuları olumsuz etkilemekten kaçınmakla yükümlü kılmıştır.⁴⁹ Ek olarak ifade etmek gerekir ki ileride inceleneceği üzere el atmanın önlenmesi davasına konu müdahale manevi bir müdahale de olabilir. Dolayısıyla Yargıtay'ın yaklaşımıyla el atmanın önlenmesi taleplerinin görünür bir zararın olmadığı ve yakın gelecekte böyle bir zararın vuku bulacağının da belirsiz olduğu gerekçesiyle somut olayı bütün yönleriyle ele alan kapsamlı değerlendirmeler olmaksızın reddedilmesi yerinde değildir.

Diğer müdahaleler başlığı altında toplanabilecek bir diğer müdahale grubu da hayvanlardan kaynaklanan müdahalelerdir. Taşınmaz üzerinde bulundurulmuş hayvanlar sebebiyle meydana gelen koku ve gürültü gibi etkiler uygun oldukları diğer maddi müdahale türleri arasında sınıflandırılacaklardır. Hayvanların taşınmaza girmesi halinde ise kural olarak doğrudan bir müdahale söz konusu olacaktır ve TBK m. 67 ve m. 68 hükümleri uygulama bulacaktır.⁵⁰ Bununla beraber alınabilecek makul önlemlerle dahi taşınmazdaki belirli bir alanda tutulamayan ve küme olarak hareket eden arılar başta olmak üzere böcekler ve fareler gibi hayvanların diğer taşınmazlara girmeleri halinde ortaya çıkan müdahaleler ise diğer dolaylı müdahaleler arasında yer alacaklardır.⁵¹

5. Kazı ve Yapı Yaparken Ortaya Çıkan Müdahaleler

Taşınmaz mülkiyetinin başka taşınmazlar üzerinde yürütülen kazı ve yapı çalışmaları süresince ortaya çıkan hafriyat, toz, sarsıntı gibi etkiler ya da bu faaliyetler süresince komşu taşınmazın enerji kaynaklarının kesilmesi, taşınmaza giriş çıkışlarının

⁴⁸ Kaya Kızılırmak, **a.g.e.**, s. 261-262; Abik, **a.g.e.**, s. 172.

⁴⁹ Kaya Kızılırmak, **a.g.e.**, s. 264.

⁵⁰ Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 684 N. 85; Sirmen, **Çevre Etkileri**, s. 290; Havutçu/Akıncı/Dinç/Çelik/Aksoy Dursun, **a.g.e.**, s. 764.

⁵¹ Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 684 N. 85; Sirmen, **Çevre Etkileri**, s. 290; Havutçu/Akıncı/Dinç/Çelik/Aksoy Dursun, **a.g.e.**, s. 764.

kapanması gibi olumsuzluklar ile müdahaleye uğraması mümkündür. TMK m. 738/1 hükmüyle taşınmazında kazı ve yapı çalışmalarında yürüten malikin diğer taşınmazlara zarar vermesi yasaklanmıştır. Bu hükümle yasaklanan müdahaleler kazı ve yapı faaliyeti sebebiyle taşınmazın maddi varlığı üzerinde meydana gelen sarsıntı, toprak kayması, binaların temellerinin zayıflaması gibi fiziki etkilerdir; yoksa komşuların şahısları üzerinde kendisini gösteren rahatsızlıklar değildir.⁵² Yürütülen faaliyete ilişkin izin ve ruhsat gibi idari bütün formaliteler tamamlanmış olsa dahi komşu taşınmazların bu olumsuzluklara maruz bırakılmaması gereklidir.⁵³ Bu ödevini ihlal eden malik aleyhine TMK m. 683/2 uyarınca el atmanın önlenmesi davası açılabilir.⁵⁴

Kazı tabirinden anlaşılması gereken ister altında ister üstünde olsun taşınmazın toprak kısmında gerçekleştirilen her türlü yapay değişikliktir.⁵⁵ Bu çerçevede toprak seviyesinin alçaltılması ve yükseltilmesi gibi her türlü faaliyet bu kapsamda kalacaktır. Yapı tabirindense sadece barınma amaçlı ev ya da ahır gibi yapılar değil toprakla bağlantısı olan köprü, kanal, asansör gibi her türlü tesis anlaşılmalıdır.⁵⁶ Bu yapıların inşa edilmesi de yıkılması da bu madde kapsamında değerlendirilir.⁵⁷

Doktrindeki baskın görüş uyarınca TMK m. 738 hükmü TMK m. 737 hükmünün özel bir görünüş biçimi olarak değerlendirilmekte ve bu kapsamdaki dolaylı müdahalelerin de engellenebilmelerinin hoş görülebilirlik sınırını geçmiş olmalarına bağlı olduğu kabul edilmektedir.⁵⁸ Her ne kadar madde lafzında bu yönde

⁵² Tekinay, **Takyitler**, s. 81. TMK m. 738 hükmünün sadece dolaylı müdahaleleri değil komşu taşınmaza hafriyat dökülmesi gibi taşınmazın işletilmesiyle bağlantılı olarak ortaya çıkan doğrudan müdahaleleri de kapsamına aldığı yönündeki görüş için bkz. Aydınçık Midyat, **a.g.e.**, s. 624-625. Paralel şekilde hafriyat ve inşaat artığının komşu taşınmaza dökülmesi sebebiyle açılan bir davada TMK m. 738 hükmüne yer verilen karar için bkz.: Yarg. HGK, T. 8.3.2006, E. 2006/1-127, K. 2006/50 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: :01.10.2020)

⁵³ Tekinay, **Takyitler**, s. 81.

⁵⁴ Ayan, **a.g.e.**, s. 358.

⁵⁵ Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 685/686 N. 64; Honsell/Vogt/Geiser/Rey/Strebel, **Basler Kommentar**, Art. 685/686 N.6; Eren, **Mülkiyet**, s. 385.

⁵⁶ Rey, **a.g.e.**, N. 1131; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 602; Honsell/Vogt/Geiser/Rey/Strebel, **Basler Kommentar**, Art. 685/686 N. 6; Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 685/686 N. 65.

⁵⁷ Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 685/686 N. 65.

⁵⁸ Aydınçık Midyat, **a.g.e.**, s. 628-629; Honsell/Vogt/Geiser/Rey/Strebel, **Basler Kommentar**, Art. 685/686 N. 10; Breitschmid/Rumo-Jungo/Göksu, **a.g.e.**, Art. 685, N. 3,6. ZGB m. 685 (TMK m. 738) hükmünün ZGB m. 684 (TMK m. 737) karşısında özel hüküm niteliğinde olduğu yönünde bkz.: Rey, **a.g.e.**, N. 1129; Honsell/Vogt/Geiser/Rey/Strebel, **Basler Kommentar**, Art. 685/686 N. 2-4.

bir ibare bulunmasa da bu kabul, komşuluk hukukunun temelinde yatan komşular arası çıkar çatışmalarını düzenleme gayesiyle uyumludur.⁵⁹

Bu hükme aykırı şekilde yürütülen kazı ve yapı çalışmalarının çevredeki taşınmazlara zarar vermesinin önlenmesi için malik gerekli önlemleri almaya zorlanır ve gerekli hallerde çalışma tamamen durdurulur.⁶⁰ Çalışmaları yürüten malikin alacağı önlemler kural olarak kendi taşınmazında gerçekleştirilebilecek önlemlerdir; komşuların gerekli önlemleri almak üzere kendi taşınmazlarına girilmesine izin verme yükümlülüğü bulunmadığı ifade edilmektedir.⁶¹

Taşınmazda gerçekleşen kazı ve yapı çalışmalarının komşu taşınmazda bulunan ayıplar sebebiyle bir zarara sebep olmaları mümkündür. Yapı ve inşaat çalışmaları yürüten malikte çevredeki taşınmazların her birinin durumunu tek tek gözetmesinin ve buna uygun önlemler almasının beklenmesi halinde maliklerden biri diğeri lehine bir ödev yüklenmiş olacak ve komşuluk hukukuyla korunmak istenen denge komşulardan birisi lehine bozulmuş olacaktır.⁶² Dolayısıyla malikin yükümlülüğü komşuları çalışmalardan uygun bir zamanda haberdar etmekle sınırlıdır; yoksa çevre inşaatların yapısal eksikliklerin her birini dikkate alarak farklı tedbirler alması malikten beklenemez.⁶³

TMK m. 738/2 hükmüyle komşuluk hukukuna aykırı yapılara taşkın yapılara ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Burada kastedilen TMK m. 725 hükmünün kıyasen uygulanmasıdır.⁶⁴ Buna göre komşuluk hukukuna aykırı bir yapı halinde zarara uğrayan komşu süresi içinde itiraz etmezse, yapıyı yapan iyi niyetliyse ve durum ve koşullar da bunu haklı gösteriyorsa yapının kaldırılmayacağı fakat

⁵⁹ Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 685/686 N. 69.

⁶⁰ Sirmen, **Eşya**, s. 443; Havutçu/Akıncı/Dinç/Çelik/Aksoy Dursun, **a.g.e.**, s. 778. Yapısı gereği bu hükümle yasaklanan nitelikte etkiler yaratmaksızın üzerinde çalışmalar yapılması mümkün olmayan zeminlerde kazı ve yapı çalışmalarının hiç yapılmaması gerekir (Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 685/686 N. 76).

⁶¹ Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 685/686 N. 77a.

⁶² Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 685/686 N. 74-75.

⁶³ Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 685/686 N. 75.

⁶⁴ Akipek, **Eşya - II**, s. 223; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya**, s. 571; Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 685/686 N. 129; Sirmen, **Eşya**, s. 443; Tekinay, **Takyitler**, s. 82; Havutçu/Akıncı/Dinç/Çelik/Aksoy Dursun, **a.g.e.**, s. 778.

komşunun zararına karşılık uygun bir bedelin ödeneceği ifade edilmektedir.⁶⁵ TMK m. 738/2 hükmünün uygulanabilmesi TMK m. 738/1 hükmüne kıyasla zordur, zira hükmün uygulanabilmesi için zarar verici olmasına rağmen tamamlanmış ve artık bir tehlike oluşturmayan kazı veya yapının varlığı gerekir.⁶⁶ Zarar verici davranışın devam etmesi ya da bir tehlike yaratılması hallerinde TMK m. 730 hükmünün uygulanması gündeme gelecektir.⁶⁷

Bir taşınmazın önemli ölçüde yararlandığı kaynağının kazı veya yapı faaliyeti sebebiyle kesilmesi halinde ise madde lafzındaki açık ifadeler uyarınca özel hüküm niteliğindeki TMK m. 757 ve m. 758 hükümleri uygulanacaktır.

6. Suyu İlişkin Müdahaleler

Suya ilişkin müdahaleler su aracılığıyla kendini gösteren müdahaleler ve suya gerçekleşen müdahaleler şeklinde ortaya çıkabilirler. Su aracılığıyla gerçekleşen müdahaleler bir taşınmazdan diğerine su geçişine bağlı olarak mülkiyet hakkından gereği gibi faydalanmayı zorlaştıran müdahalelerdir. Su aracılığıyla gerçekleşen müdahalelere örnek olarak izole edilmeyen su borularından⁶⁸ ya da bir barajdan sızıntı olması⁶⁹, sulama sularının diğer taşınmaza ulaşması⁷⁰, su kuyusu sebebiyle binada rutubet oluşması⁷¹ verilebilir. TMK m. 742/1, m. 742/2 ve m. 743 hükümlerinde düzenlenen doğal olarak akan suların akışına katlanma yükümlülüğüne aykırılık halinde de bu kapsamda bir müdahale ortaya çıkacaktır.⁷² Yargıtay uygulamasında ve doktrinde bu maddelerin doğal olarak akan suların komşular arasında nasıl

⁶⁵ Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 685/686 N. 129-131; Akipek, **Eşya - II**, s. 223; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya**, s. 571-572; Sirmen, **Eşya**, s. 443; Tekinay, **Takyitler**, s. 82; Havutçu/Akıncı/Dinç/Çelik/Aksoy Dursun, **a.g.e.**, s. 778-779. Burada bahsedilen aykırılığın TMK m. 738/1 hükmüne aykırılık değil de inşaatlara ilişkin kuralların ihlali anlamına geldiği yönünde bkz.: Breitschmid/Rumo-Jungo/Göksu, **a.g.e.**, Art. 685, N. 8-10. ZGB Art. 685/2 hükmünün Art. 674/3 hükmüyle birlikte dolaylı bir katlanma yükümlülüğü öngördüğü yönüne bkz.: Honsell/Vogt/Geiser/Rey/Strebel, **Basler Kommentar**, Art. 685/686 N. 28.

⁶⁶ Honsell/Vogt/Geiser/Rey/Strebel, **Basler Kommentar**, Art. 685/686 N. 27.

⁶⁷ Honsell/Vogt/Geiser/Rey/Strebel, **Basler Kommentar**, Art. 685/686 N. 27.

⁶⁸ Yarg. 14. HD, T. 15.02.2017, E. 2015/17920, K. 2017/1092. (Lexpera, E.T. :01.10.2020)

⁶⁹ Yarg. HGK, T. 26.9.1980, E. 1980/8-685, K. 1980/2160. (Kazancı, E.T. :01.10.2020)

⁷⁰ Yarg. 14. HD, T. 24.9.2018, E. 2016/2039, K. 2018/5872. (Lexpera, E.T. :01.10.2020)

⁷¹ Yarg. 14. HD, T. 26.9.2018, E. 2016/2252, K. 2018/5989. (Lexpera, E.T. :01.10.2020)

⁷² TMK m. 742 kapsamında bir sudan bahsedebilmek için mevcut suyun kendi kendine akar ve zapt edilemez nitelikte olması gerekir. (Yarg. 1. HD, T. 30.3.1987, E. 1987/1024, K. 1987/2663 (Lexpera, E.T. :01.10.2020)) TMK m. 742 toprağın içinde veya üstünde doğal olarak bulunan bütün suları kapsar. (Eren, **Mülkiyet**, s. 387).

değerlendirilmesi gerektiğini düzenleyen özel nitelikte hükümler olmaları itibarıyla TMK m. 742 ve TMK m. 743 hükümlerinin uygulama alanına giren bir müdahale söz konusu olduğunda TMK m. 737 çerçevesinde bir değerlendirme yapılmayacağı belirtilmektedir.⁷³ Buna örnek olarak üst taraftaki araziden gelen yağmur sularının kendi taşınmazına girişini kendi taşınmazına bir duvar inşa edip engelleyerek üst taraftaki arazilere zarar veren malikin durumu gösterilebilir. Bu hükmün dışında kalan hallerde, örneğin rutubet veya sızıntı şeklinde kendini gösteren müdahalelerde, su aracılığıyla gerçekleşen müdahaleler TMK m. 737 hükmü başta olmak üzere dolaylı müdahaleleri konu alan düzenlemelere göre değerlendirilecek ve TMK m. 683/2 hükmünün şart koştuğu haksızlık olgusu tespit edilecektir.

Suya gerçekleşen müdahaleler ise taşınmazdan faydalanabilmek için gerekli suyun kirletilmesi ya da taşınmaza ulaşmasının engellenmesi gibi yollarla taşınmazdan faydalanmayı zorlaştıran müdahalelerdir. Örneğin TMK m. 742/3 hükmünde konu edilen müdahale bu duruma bir örnektir. Üst taraftaki arazi malikinin alt taraftaki taşınmaza gerekli suyu kendisinin ihtiyacı olmadığı halde tutması, suya gerçekleşen bir müdahale örneğidir. Ya da genel su niteliğindeki bir suyun bulunduğu taşınmazın malikinin komşu taşınmazların bu sudan faydalanmalarını önlemesi hali de bu başlıkta yer alacaktır.⁷⁴ Genel su niteliğindeki bir sudan faydalanması engellenen kişi bu haksız müdahalenin önlenmesini el atmanın önlenmesi yoluyla isteyebilecektir.⁷⁵ Yargıtay bu şekilde gerçekleşen müdahalelerin bilirkişiler yardımıyla belirlenecek bir su rejimi ile çözüme bağlanması yolunu benimsemektedir.⁷⁶ Su Tahsisleri Hakkında Yönetmelik⁷⁷ m. 7 uyarınca suyun miktarı, kalitesi, havzanın özelliği, zorunlu ihtiyaçlar ve şartlar başka türlü bir çözüm yolu gerektirmedikçe uygulanacak öncelik sıralaması 1) içme ve kullanım suyu 2) çevresel su ihtiyacı 3) tarımsal sulama ve su ürünleri yetiştiriciliği

⁷³Çörtoğlu, **Etki ve Sonuçlar**, s. 116-117; Abik, **a.g.e.**, s. 160-161; Yarg. 14. HD, T. 21.2.2013, E. 2013/293, K. 2013/2478. (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 01.10.2020)

⁷⁴ Genel ve özel su ayrımı hakkında bilgi için bkz.: yuk. 2. Bölüm: II.C.1.c.(3).

⁷⁵ Yarg. 14. HD, T. 12.2.2018, E. 2016/7103, K. 2018/953 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T. 9.10.2020).

⁷⁶ Yarg. 14. HD, T. 12.2.2018, E. 2016/7103, K. 2018/953 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T. 9.10.2020); Yarg. 14. HD, T. 2.6.2014, E. 2014/3350, K. 2014/7241 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T. 9.10.2020); Yarg. 3. HD, T. 4.5.2004, E. 2004/3539, K. 2004/4583 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T. 9.10.2020).

⁷⁷ **R.G.** T. 10.12.2019, S. 30974.

4) enerji üretimi ve sınai su ihtiyacı 5) ticari, turizm, rekreasyon, madencilik, taşıma, ulaşım ile sair su ihtiyaçları şeklinde belirlenmiştir.

Suyun hayati ve ekonomik önemi göz önünde bulundurulduğunda bu tarz müdahaleleri daha temkinli ve özenli değerlendirme gerekliliği ortaya çıkacaktır. Suyun bu önemi sebebiyledir ki kaynak ve yeraltı suları TMK m. 756 vd. hükümlerinde ayrıca düzenlenmiştir. TMK m. 758 hükmü bir taşınmazın kullanılması için gerekli suyu sağlayan kaynakların kesilmesi veya kirletilmesi halinde kaynağın eski duruma getirilmesini konu almaktadır.⁷⁸ Bu hüküm sadece yeraltı suları için uygulanabilir.⁷⁹

Kaynağın kesilmesi veya kirlenmesi hakkında hükümde herhangi bir tanım bulunmamaktadır. Kaynağın kesilmesi hali suyun azalması veya tamamen kesilmesini kapsar.⁸⁰ Sudan bir şekilde faydalanmak hâlâ mümkün olmasına rağmen eski kullanım şekline devam etmek mümkün değilse bu hallerde de suyun kesilmesi söz konusudur.⁸¹ Suyun kirlenmesi ise suyun yapısının bozulması ya da yabancı maddelerle karışması veya bulanması halidir.⁸² Kanun koyucunun suların önemini göz önünde bulundurarak getirdiği bu hükümler TMK m. 737 hükmünden bağımsız değerlendirilirler ve bu hükümlerin uygulanabilmeleri için TMK m. 737 anlamında bir taşkınlık bulunması şart değildir.⁸³

Söz konusu hükme dayanarak bir kaynağın eski hale getirilmesi ancak bir taşınmazda oturmak, onu işletmek veya bir yerin içme ya da kullanma suyunu sağlamak için gerekli olan kaynağın kesilmesi veya kirletilmesi halinde mümkündür. Böyle gerekli bir kaynaktan bahsedilemeyen hallerde ise eski hale getirme ancak özel haller haklı gösterdiği takdirde mümkündür. Eski hale getirmeyi haklı gösterecek özel haller genellikle zarar görenin ağır basan menfaati uyarınca ortaya çıkarlar.⁸⁴ Bu özel

⁷⁸ Bu hüküm kirlenme veya kesilmenin başkasının sudan faydalanması sebebiyle olması halinde de geçerlidir; bu durumda kaynaktan faydalanmada kıdemli olan hak sahibi kıdemsiz olana tercih edilmektedir. (Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 397)

⁷⁹ Çörtoğlu, **Etki ve Sonuçlar**, s. 123-124.

⁸⁰ Çörtoğlu, **Etki ve Sonuçlar**, s. 125.

⁸¹ Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 398.

⁸² Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 398.

⁸³ Çörtoğlu, **Etki ve Sonuçlar**, s. 126-127; Havutçu/Akıncı/Dinç/Çelik/Aksoy Dursun, **a.g.e.**, s. 765.

⁸⁴ Breitschmid/Rumo-Jungo/Göksu, **a.g.e.**, Art. 689, N. 3.

hallere örnek olarak kaynağı kesen ya da kirletenin ağır kusurlu olması veya suyun bu haliyle hastalıklara sebep olması durumları verilebilir.⁸⁵ TMK m. 758 hükmün kapsamında eski hale getirme hem kaynağın bulunduğu hem de kaynak üzerinde etki doğuran eylemlerin gerçekleştiği taşınmaz üzerinde gerekli önlemlerin alınmasını kapsar.⁸⁶

Suya gerçekleşen müdahalenin yerüstü sularının kirletilmesi şeklinde de ortaya çıkabilir. TMK m. 757 ve m. 758 hükümleri yalnızca yeraltı sularını konu aldıkları için bu durumlarda uygulanmaları mümkün değildir. Bu durumlarda TMK m. 737 hükmü uygulama alanı bulacak ve mevcut müdahalenin önlenebilirliği bu hükümdeki sınırlara göre tespit edilecektir.⁸⁷

7. Bitkilerden Kaynaklanan Müdahaleler

Bir taşınmazda yer alan bitkilerin diğer taşınmazlar üzerinde etki yaratarak taşınmaz mülkiyetine müdahale teşkil etmeleri mümkündür. Bitkilerden kaynaklanan etkilerin bitkinin taşınmaz sınırı dışına taşması ya da kötü kokulara sebep olması gibi olumlu veya diğer taşınmazların ışığını ya da havasını kesmesi gibi olumsuz müdahale şeklinde ortaya çıkması mümkündür.

Bitkinin dal ve köklerinin taşınmazın sınırını aşması hali kanunda özel olarak düzenlendiği için bu durumlarda TMK m. 740 hükmü uygulanacaktır. Bitkinin taşınmaz kısmı dal veya kökleri ise TMK m. 740 hükmü çerçevesinde değerlendirilirler ve söz konusu hükme göre taşkın bitkinin kaldırılabilmesi için taşıdığı arazide bir zarara sebep olması aranır.⁸⁸ Taşkın kısım bitkinin dal ya da kökleri değil de gövdesi ise bu durumda başkaca bir koşul aranmaksızın TMK m. 683/2 uyarınca el atmanın önlenmesi talep edilebilir.

Bitkinin taşınmaz sınırını aşmadığı hallerde meydana gelen müdahaleler dolaylı müdahale olarak nitelenecek ve bu sebeple el atmanın önlenmesine konu olabilmeleri için başta TMK m. 737/2 hükmü olmak üzere farklı normlarla çizilen

⁸⁵ Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 400.

⁸⁶ Breitschmid/Rumo-Jungo/Göksu, **a.g.e.**, Art. 689, N. 5; Çörtoğlu, **Etki ve Sonuçlar**, s. 126.

⁸⁷ Abik, **a.g.e.**, s. 161-162; Çörtoğlu, **Etki ve Sonuçlar**, s. 127.

⁸⁸ Taşkın bitkinin hangi durumlarda kaldırılabilceği hakkında değerlendirmelerimiz için bkz.: yuk. 3. Bölüm: II.C.3.a.

sınırları aşmaları gerekecektir. Bitkinin gölgesi sebebiyle bitişik taşınmazdaki tarımsal üretimin etkilenmesi, sebep olduğu ağır kokular sebebiyle çevre taşınmazların rahatsız olması, bitkinin konumu veya niteliği itibariyle çevre taşınmazlar yönünden toprak kayması ya da devrilme gibi tehlikeler doğurması halleri TMK m. 740 uyarınca değil müdahalenin türüne göre somut olaya uygun düşen diğer hükümler çerçevesinde değerlendirilecektir. Örneğin ağaçların gölgesi sebebiyle ışığı azalan ve bu suretle olumsuz bir müdahaleye uğrayan taşınmazı hakkında TMK m. 737 hükmü uyarınca taşkınlık incelemesi yapılacaktır.⁸⁹

Bitkinin zamanla gelişip bitişik ya da diğer çevre taşınmazlarda bir müdahaleye sebep olacağı iddiasına şüpheli yaklaşmak gerekir. Zira henüz mevcut olmayan bir müdahalenin önlenmesi ancak yakın ve ciddi bir müdahale tehlikesi olması halinde mümkündür. Bitkinin çoğu zaman yıllarca devam edecek bir süreç sonunda gelişimini tamamlayıp tamamlayamayacağı, ne kadar gelişebileceği ve bu gelişimin bir müdahale yaratmaya gerçekten elverdiği olup olmayacağı, gelişiminin hangi yöne olacağı, malikin söz konusu bitki üzerinde ne gibi tasarruflarda bulunacağı gibi etkenlere bağlı olarak bir müdahaleye sebep olmasının ihtimal dâhilinde olması bu koşul içi yeterli görülemez. Örneğin henüz fidan halindeki bir ağacın yıllar sonra büyüyerek bitişik taşınmazda koyu bir gölgeye sebep olacağı ve bu sebeple tarımsal üretimi etkileyeceği iddiası bu çerçevede yeterli olmayacaktır. Öte yandan gelişimini tamamlamış bir ağacın devrilme tehlikesi taşıması ya da şiddetli bir yağmur halinde bitişik binada belirli zararlara sebep olacak olması halleri el atmanın önlenmesine karar verilmesi için yeterli olabilirler.

B. Manevi Müdahaleler

Taşınmaz bir eşya üzerinde kendisini gösteren etkiler az önce verilen örneklerde olduğu şekilde taşınmazın veya taşınmazda bulunan canlıların maddi varlığı üzerinde etki yaratabilecekleri gibi taşınmazdaki insanların manevi varlıkları üzerinde de etki yaratabilirler. Bu durumlarda taşınmaz mülkiyetine gerçekleşen manevi müdahalelerden bahsedilir. Manevi müdahaleler taşınmazın sakinleri üzerinde korku, tiksinti, derin üzüntü gibi duygularla manevi huzursuzluklara sebep olan, iç

⁸⁹ Çörtoğlu, **Etki ve Sonuçlar**, s. 167.

huzuru bozan müdahalelerdir.⁹⁰ Manevi müdahalelerin de TMK m. 737 hükmü kapsamında kaldığı ve bu çerçevede değerlendirileceği genel olarak kabul edilmektedir.⁹¹ Bu tarz müdahalelere örnek olarak bir evin bitişiğinde patlayıcı madde üreten bir fabrika işletmek⁹² ya da çok uzun süren tadilat gürültüleri sebebiyle komşularda üzüntü ve tedirginlik yaratmak⁹³ gibi durumlar verilebilir.

Uygulamada manevi müdahale olduğu iddiasıyla yargılamaya konu olan olaylardan en sık karşılaşılanı pencere açma davalarıdır. Bu davalarda bir binadaki pencere sebebiyle bir başka taşınmazın mahremiyetinin ihlal edildiği gerekçesi ile bu şekilde meydana gelen rahatsızlığın önlenmesi talep edilmektedir. Yargıtay bu davalarda salt imara aykırılığın TMK m. 737 kapsamında ihlal teşkil etmeyeceği ve pencere açılmasının pencereden sürekli çöp atılması, halı silkelenmesi ya da sarkıntılık yapılması gibi istisnai haller dışında bu çerçevede kapattırılamayacağı kanaatindedir.⁹⁴ Doktrinde de pencere veya balkon gibi eklentilerin taşkınlık teşkil edip etmediğinin komşunun özel hayatına kabul edilemeyecek kadar ciddi bir müdahale olup olmadığı kıstasının toplumsal ilişkiler ışığında değerlendirilmesi yoluyla tespit edilmesi gerektiği belirtilmektedir.⁹⁵ Bu kabuller kanımızca yerindedir. Zira bir bina üzerinde yeni bir pencere açılması malikin yetki alanı içerisinde kalan ve dolayısıyla pekâlâ yapabileceği bir şeydir. Günümüz koşullarında insanların bir arada yaşadığı göz önünde bulundurulduğunda özellikle kentleşmiş bölgelerde bu pencereden başka kişilerin konutlarının, bahçelerinin veya diğer kullanım alanların görünmesi ise

⁹⁰ Ulsan, **a.g.e.**, s. 164; **Takyitler**, s. 71; Eren, **Mülkiyet**, s. 381; Akipek, **Kavram ve Mahiyet**, s. 360.

⁹¹ Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 684 N. 68; Tuor/Schnyder/Schmid, **a.g.e.**, §101 N. 44; Breitschmid/Rumo-Jungo/Göksu, **a.g.e.**, Art. 679, N. 6; Rey, **a.g.e.**, N. 1113; Eren, **Mülkiyet**, s. 380; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 600; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya**, s. 568-569; Sirmen, **Eşya**, s. 440; Sirmen, **Çevre Etkileri**, s. 288; Tekinay, **Takyitler**, s. 71; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 380; Akipek, **Kavram ve Mahiyet**, s. 356; Ayan, **a.g.e.**, s. 354; Aydıncık Midyat, **a.g.e.**, s. 644; Yarg. HGK, T. 5.11.2014, E. 2013/1-1239, K. 2014/840 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 01.10.2020); Yarg. HGK, T. 27.9.2006, E. 2006/1-551, K. 2006/597. (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 01.10.2020)

⁹² Tekinay, **Takyitler**, s. 71.

⁹³ Yarg. 4. HD, T. 15.2.2001, E. 2000/10596, K. 2001/1501 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 01.10.2020)

⁹⁴ Yarg. HGK, T. 5.11.2014, E. 2013/1-1239, K. 2014/840 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 01.10.2020); Yarg. 14. HD, T. 11.9.2018, E. 2018/1239, K. 2018/5475 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 01.10.2020); Yarg. 14. HD, T. 14.5.2014, E. 2014/2603, K. 2014/6354 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 01.10.2020); Yarg. 1. HD, T. 29.5.2014, E. 2013/20971, K. 2014/10674 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 01.10.2020); Aynı yönde: Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 22; Ulsan, **a.g.e.**, s. 165-166, dn. 34; Ayan, **a.g.e.**, s. 356-357; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 380. Projeye uygun pencerelerin komşuyu gördükleri gerekçesiyle komşuluk hukukuna dayanarak kapatılamayacağı fakat projeye aykırı pencerelerin kapatılabileceği yönünde blz.: Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 589.

⁹⁵ Tekinay, **Takyitler**, s. 73.

kaçınılmazdır. Bu halde başka hiçbir etken olmaksızın yalnızca belirli bir bölgeyi gördüğü gerekçesiyle pencerelerin kapatılması malikin tasarruf hakkına gerekçeden yoksun bir müdahale olacağı gibi şehir insanlarını da penceresiz evlerde yaşamaya mahkûm etmek sonucunu doğurabilecektir. Bir arada yaşamanın kaçınılmaz kıldığı ve normal bir ölçüyü aşmayan etkilere komşuların katlanması gerekir.⁹⁶ Bu şekilde bir pencere sebebiyle özel hayatının ihlal edildiğini düşünen kişi perde, pergola, bahçe duvarı gibi uygulamalarla kendi mülkiyet alanı içerisinde uygun gördüğü önlemleri alarak arzu ettiği gizliliği sağlamalıdır. Pencere açma şeklindeki davranışın manevi müdahale değil maddi müdahale yarattığı durumlardaysa farklı bir değerlendirme yapmak gerekecektir. Örneğin binanın taşıyıcı kolonuna zarar vererek açılan bir pencere sebebiyle binanın yıkılması riski doğmuşsa bu durumda pencere açmanın müdahale teşkil edip etmediği maddi müdahalelere ilişkin esaslar çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Manevi müdahale iddialarının sık gündeme geldiği bir diğer uyuşmazlık grubu ise baz istasyonlarına ilişkin olanlardır. Bu davalarda baz istasyonlarının kısa süre içerisinde somut şekilde ortaya çıkmasa da uzun vadede ciddi sağlık sorunları doğurabileceği düşüncesinin yarattığı manevi huzursuzluk sebebiyle baz istasyonlarının bulundukları yerlerden kaldırılmaları talep edilmektedir. Daha önce de bahsedildiği üzere Yargıtay 2012 yılından beri bu iddiaları dayanaksız olarak nitelendirmekte ve baz istasyonlarının yönetmelikle belirlenen sınırlara uygun oldukları ve gözle görülür bir zarara sebep olmadıkları sürece kaldırılamayacaklarını söylemektedir. Söz konusu kararlarda manevi müdahale yönünden bir inceleme yapılmaması kanımızca önemli bir eksikliktir. Zira TMK m. 737 ile çizilen sınırları aşan bir manevi müdahale başlı başına el atmanın önlenmesi kararına dayanak oluşturabilir. Bu sebeple baz istasyonları sebebiyle ortaya çıkan manevi müdahaleler de komşuluk hukukuna ilişkin diğer müdahaleler gibi 3. Bölümde açıkladığımız taşkınlık incelemesine tabi tutulmalıdır. Öyle ki baz istasyonlarının yönetmelik hükümlerine uygun olmaları TMK m. 737 uyarınca yapılacak inceleme yönünden bağlayıcı değildir. Hatırlatmak gerekir ki bir hastalığın sirayet edeceği korkusu ya da daimi endişe gibi etkiler de TMK m. 737 kapsamına giren manevi müdahalelere örnek

⁹⁶ Tekinay, **Takyitler**, s. 75.

olarak sayılan haller arasındadırlar.⁹⁷ Bu çerçevede baz istasyonlarının toplumda bıraktığı intiba ve doğrudan kanser gibi ciddi bir hastalıkla ilişkilendirilmesi de göz önünde bulundurulduğunda baz istasyonlarının yarattıkları psikolojik etkiler sebebiyle manevi müdahaleler doğurmaları pekâlâ mümkündür. Öngörülen limitlere bir aykırılık olmasa bile baz istasyonlarından kaynaklanan salınımlar hastalık ve ölüm kaygısı gibi huzursuzluklar şeklinde kendini gösteren manevi müdahaleler yaratabilirler.⁹⁸

V. Hukuki Müdahale – Fiili Müdahale Ayrımı

Taşınmazın maddi varlığı üzerinde veya çevresinde ortaya çıkarak taşınmaz üzerinde olumlu veya olumsuz yoldan kendisini gösteren etkiler fiili müdahaleleri oluştururlar. Taşınmazın hoş görülemez düzeyde duman veya gürültüye maruz bırakılması, taşınmaza sürekli çöp atılması, taşınmazın kullanım suyunun kirletilmesi gibi etkiler fiili müdahale olarak değerlendirilirler.

Hukuki müdahaleler ise taşınmazın hukuki bileşenleri üzerinde kendilerini gösteren ve bu şekilde mülkiyet hakkının sağladığı yetkileri sınırlayan hukuki durumlardır. Bu durumlarda taşınmazın hukuki statüsündeki bir kayıt sebebiyle malik taşınmazından gereği gibi faydalanamamaktadır. Hukuki müdahalelerin taşınmazın maddi varlığı üzerinde sonuç doğuran etkileri olsa bile mülkiyet hakkının gereği gibi kullanılamamasının sebebi maddi varlık üzerindeki değişiklikler değil de taşınmazın hukuki statüsü olduğu sürece fiili değil hukuki bir müdahaleden bahsedilir. Taşınmazın hukuki durumu sebebiyle taşınmazı üzerinde istediği gibi inşaat yapamayan ya da mevcut yapıları kullanamayan malikin durumu buna örnektir.

El atmanın önlenmesi davasına konu müdahalenin hukuki bir müdahale olması da mümkündür.⁹⁹ Zira taşınmaz mülkiyetinin sağladığı yetkiler haksız şekilde kısıtlanmakta ve bu şekilde el atmanın önlenmesi davasının koşulları gerçekleşmektedir. Öte yandan bu durumlar için farklı koruma yolları öngörülmüş olması itibariyle bu durumlarda TMK m. 683/2 hükmüne dayanarak el atmanın

⁹⁷ Akipek, **Kavram ve Mahiyet**, s. 361, 367. Baz istasyonlarının böyle bir kaygıya sebep olduğunun kabul edildiği karar için bkz.: Yarg. HGK, T. 20.2.2013, E. 2012/4-575, K. 2013/249 (Kazancı, E.T. :01.10.2020)

⁹⁸ Havutçu/Akıncı/Dinç/Çelik/Aksoy Dursun, **a.g.e.**, s. 773.

⁹⁹ Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 102; Bertan, **a.g.e.**, s. 281; Eren, **Mülkiyet**, s. 44.

önlenmesi davası açmak çoğu zaman mümkün veya işlevsel olmayacaktır. Buna karşılık hiç veya TMK m. 683/2 hükmünü dışlayıcı bir düzenleme bulunmayan hallerde hukuki müdahaleler de TMK m. 683/2 hükmüyle önlenebilirler. Örneğin idari men kararının infazı sırasında hatalı ölçüm sebebiyle kendisine ait taşınmazın da bir kısmını kullanmaktan men edilen malik bu hukuki müdahaleye karşı TMK m. 683/2 hükmüne dayanan el atmanın önlenmesi davasından faydalanabilir.¹⁰⁰

Hukuki müdahalelere örnek olarak yolsuz tescil hali verilebilir. Tapudaki kayıtların gerçekte uyuşmadığı hallerde gerçek hak sahibi tapuda görünmüyor olması sebebiyle tasarruf hakkını gereği gibi kullanamayacak ve bu durum da mülkiyet hakkına gerçekleşen hukuki bir müdahale olarak nitelenecektir.¹⁰¹ Yolsuz tescil hali TMK m. 1025 hükmünde özel olarak düzenlendiği için bu durumda artık TMK m. 683/2 hükmüne dayanarak el atmanın önlenmesi davası açmak mümkün olmayacaktır.¹⁰² Zira TMK m. 1025 hükmü belirli bir müdahale tipine ilişkin özel düzenlemeler öngörmesi itibarıyla TMK m. 683/2 karşısında özel hüküm niteliğindedir.

Bu konuyla ilişkili olarak anılması gereken bir diğer önemli örnek idarenin tasarrufları sebebiyle ortaya çıkan hukuki müdahalelerdir. Bunlar arasında ise imar planlaması yoluyla yapılan müdahaleler öne çıkmaktadır. İmar planlarıyla beraber taşınmazların kullanım biçimleri saptanmakta ve taşınmazın o andan sonraki kullanımı plana uygunluk çerçevesinde tamir, değişiklik gibi pek çok müdahalenin izne tabi tutulmasıyla mülkiyet hakkının sağladığı yetkiler kısıtlanmaktadır.¹⁰³ Özel mülkiyete konu taşınmazın imar planlarında belirli bir amaca –özellikle kamu hizmetine- özgülmesiyle beraber malikin o taşınmaz üzerindeki yetkileri ciddi bir sınırlamaya

¹⁰⁰ Yarg. HGK, T. 20.10.2004, E. 2004/1-435, K. 2004/558 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 01.10.2020). İdari men kararının hukuki müdahale olarak değerlendirileceği yönündeki bir diğer karar için bkz.: Yarg. 1. HD, T. 12.2.2009, E. 2008/12306, K. 2009/1784 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 01.10.2020).

¹⁰¹ Bertan, **a.g.e.**, s. 286; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 35. Mülkiyete konu eşya üzerinde hak iddia etmenin de hukuki müdahale olarak değerlendirilmesi ve el atmanın önlenmesi davasıyla önlenmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Bertan, **a.g.e.**, s. 281. Bu iddianın ancak tespit davasına konu olabileceği yönündeki görüş için bkz.: Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 11.

¹⁰² Üstündağ, **a.g.e.**, s. 35-36; Bertan, **a.g.e.**, s. 283, s. 286.

¹⁰³ Örüçü, **a.g.e.**, s. 145. AYM Orhan Sütü Başvurusu (Başvuru: 2017/31564) N. 40: “(...) imar planıyla yapılan düzenlemelerle taşınmazın kullanım durumunun belirlenmesinin de mülkiyet hakkına bir müdahale oluşturduğu kuşkusuzdur. (...)”

tabi tutulmaktadır.¹⁰⁴ Örneğin özel mülkiyete konu bir taşınmazın imar planında lise olarak ayrılması halinde malikin bu taşınmazdan başka şekilde yararlanma imkânı kalmayacaktır.¹⁰⁵ İmar Kanunu¹⁰⁶ m. 10 uyarınca bu yerlerin beş yıl içerisinde kamulaştırılması gerektiği hükme bağlanmış olsa da plana konu taşınmazlar uzun süreler kamulaştırılmamakta ve bu şekilde mülkiyet hakkı kısıtlanmaktadır.¹⁰⁷ Bu şekilde ortaya çıkan hukuki müdahaleler TMK m. 683/2 hükmüne göre değil kamu hukukuna ilişkin ilgili mevzuata göre inceleneceklerdir.¹⁰⁸ Örneğin İmar Kanunu m. 8 hükmüyle imar planlarına itiraz edilmesi halinde bu itirazların belediye meclisince karar bağlanacağı belirtilmiştir. Buna karşılık belirtmek gerekir ki taşınmaz mülkiyetine gerçekleşen fiili müdahaleler kamu otoriteleri tarafından gerçekleştirilseler dahi TMK m. 683/2 hükmü başta olmak üzere somut olaya uygulanabilir hükümler çerçevesinde adli yargıda çözüme bağlanacaklardır.¹⁰⁹

¹⁰⁴ Başpınar, **Müdahaleler**, s. 354; H. Burak Gemalmaz, **Hukuki El Atma (Kamulaştırmama) Halinde Tazminat Davası (Tam Yargı) Yolu Tekrar Açıldı**, (<https://blog.lexpera.com.tr/hukuki-el-atma-kamulaştırmama-halinde-tazminat-davası-tam-yargı-yolu-tekrar-acildi/>), Erişim Tarihi 29.09.2020). AYM Hüseyin Ünal Başvurusu (Başvuru: 2017/24715) N. 39: “Taşınmazın imar planında kamu hizmetine ayrılması, henüz bir kamulaştırma yapılmayıp fiilen de taşınmaza el atılmadığı için mülkiyet hakkından yoksun bırakma sonucu doğurmamakla birlikte malikin mülkiyet hakkından doğan yetkilerini önemli ölçüde kısıtlamaktadır. Bu kapsamda kamu hizmeti alanı olarak ayrıldığı için taşınmaz üzerinde inşaat yapılabilmesi mümkün olamadığı gibi bu durumun taşınmazın satış, bağış, ipotek ve diğer irtifak haklarının tesisi yönünden yapılacak işlemler ve rayiç değeri bakımından da olumsuz etkileri bulunmaktadır. Dolayısıyla imar uygulamalarının ve bu bağlamda taşınmazın imar durumunun kamu hizmeti alanı olarak belirlenmesinin mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği kuşkusuzdur.”

¹⁰⁵ Yarg. HGK. T. 2.2.2005, E. 2004/5-555, K. 2005/17 (Kazancı, E.T. :01.10.2020).

¹⁰⁶ **R.G.** T. 9.5.1985, S. 18749.

¹⁰⁷ Gemalmaz, **Blog** (Erişim Tarihi: 29.09.2020). Mülkiyet hakkının bu şekilde kısıtlanması pasif işgal olarak adlandırılmaktadır(Başpınar, **Müdahaleler**, s. 354).

¹⁰⁸ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Başpınar, **Müdahaleler**, s. 353-372. Burada kastedilen el atmanın önlenmesi davasıyla paralel şekilde hukuki müdahalenin sona ermesini temin etmek amacıyla idarenin işlemlerine karşı başvurulacak yollardır. Yoksa bu sebeple uğranan zararın tazmini için açılan dava yine adli yargı koluna tabidir: Yarg. HGK. T. 2.2.2005, E. 2004/5-555, K. 2005/17 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 01.10.2020) Yarg. İBHGK, T. 11.5.1959, E. 1958/17, K. 1959/15 sayılı içtihadı uyarınca plan ve projelere uygun şekilde yürütülen kamu hizmetleri sebebiyle ortaya çıkan zararlar idari yargının; bu planlara uygun olmadan veya kamulaştırmaz el atma gibi diğer hukuksuz yollarla sebep verilen müdahale ve zararlar adli yargının görev alanına girer. (**R.G.** T. 11.5.1959, S. 10202)

¹⁰⁹ Başpınar, **Müdahaleler**, s. 293. İdarenin fiili el atmalarına karşı, mülkiyet hakkını hala elinde tutan malikin el atmanın önlenmesi davası açabileceği yönündeki Yarg. içtihadı birleştirme kararları için bkz.: Yarg. İBHGK, T. 16.5.1956, E. 1956/1, K. 1956/6 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 01.10.2020); Yarg. İBHGK, T.16.5.1956, E. 1954/1, K. 1956/7. (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 01.10.2020).

BEŞİNCİ BÖLÜM

EL ATMANIN ÖNLENMESİ DAVASINDA YARGILAMA

I. Görevli ve Yetkili Mahkemenin Tespiti

A. Yargı Kolu İncelemesi

Davalı tarafın idare olduğu el atmanın önlenmesi davalarının adli yargı kolunda mı yoksa idari yargıda mı karara bağlanması gerektiği incelemeye değer bir konudur. Davacının idare olduğu durumlarda açılan el atmanın önlenmesi davaları bu yönden bir özellik teşkil etmeyecektir; zira davalı tarafın idare değil de özel hukuk kişisi olduğu durumlarda bu kişilerin idari işlem ya da eylem niteliğinde bir hareketleri olamayacağı için bu davalar her türlü adli yargı kolunda inceleneceklerdir.

Davalı tarafın idare olduğu durumlarda ise el atmanın önlenmesi davasının nerede açılacağı noktasında bir ayırım yapmak gerekir. Öyle ki bazı durumlarda idarenin tasarruflarındaki hukuksuzluk o kadar ağırlaşır ki bu durumlarda bu tasarrufları artık idari işlem ya da eylem olarak değerlendirmek mümkün olmaz.¹ Bu şekilde idarenin haksız davranışlarının özel kişilerin haksız davranışlarına bir tutulduğu durumlardan birisi de fiili el atma şeklinde gerçekleşen ihlallerdir.² Nitekim Yarg. İBHGK, T. 11.5.1959, E. 1958/17, K. 1959/15 sayılı içtihadı uyarınca kamulaştırmasız el atma halinde mülkiyet hakkına gerçekleşen müdahalenin ortadan kaldırılmasının Medeni Kanun hükümleri uyarınca adli yargı kolunda inceleneceği ifade edilmiştir.³ Dolayısıyla idarenin bir taşınmaza kamulaştırmasız şekilde yol yapmak, moloz dökmek gibi fiili bir müdahalede bulunduğu durumlarda açılacak el atmanın önlenmesi davası adli yargı kolunda incelenecektir.

İdarenin hukuki müdahale şeklinde gerçekleşen ihlallerine karşı ise ancak konuyla ilgili mevzuatla öngörülen idari yollara ve nihayet idari yargıya başvurmak mümkündür.⁴

¹ AYM, T. 25.9.2013, E. 2013/93, K. 2013/101.

² AYM, T. 25.9.2013, E. 2013/93, K. 2013/101.

³ R.G. T. 11.5.1959, S. 10202.

⁴ UYM, T. 24.2.2020, E. 2020/143, K. 2020/167 (Çevrimiçi: Uyuşmazlık Mahkemesi, E.T.: 7.1.2020); UYM, T. 14.7.2014, E. 2014/735, K. 2014/790 (Çevrimiçi: Uyuşmazlık Mahkemesi, E.T.: 7.1.2020); UYM, T. 14.7.2014, E. 2014/547, K. 2014/724 (Çevrimiçi: Uyuşmazlık Mahkemesi, E.T.: 7.1.2020); bu konuda ayrıca bkz. yuk. 4. Bölüm: dn. 108-109. İdarenin taşınmaza hem hukuki hem fiili müdahalede

B. Görev İncelemesi

Adli yargı koluna ait uyuşmazlıklar yönünden görevli mahkemenin nasıl tespit edileceği konusunda en temel düzenlemeler 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 1, m.2 ve m.3 hükümleridir.⁵ HMK m. 1 hükmüne göre göreve ilişkin kurallar kamu düzenindendir ve ancak kanunla düzenlenebilir. Hemen ardından gelen hükümlerde hangi uyuşmazlıklarda asliye hukuk mahkemelerinin hangi uyuşmazlıklarda sulh hukuk mahkemelerinin görevli olacağı tespit edilmiştir. HMK m. 2 hükmüyle asliye hukuk mahkemelerinin malvarlığına ve kişi varlığına ilişkin davalar başta olmak üzere aksi belirtilmeyen tüm hallerde görevli olduğu kabul edilmiştir. Dolayısıyla aksi belirtilmedikçe el atmanın önlenmesi davaları yönünden de görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir.

Asliye hukuk mahkemesinin görev alanı dışında kalan uyuşmazlıkları düzenleyen hükümlerin başında sulh hukuk mahkemelerinin görevini düzenleyen HMK m. 4 hükmü gelmektedir. Bu hükme göre kira ilişkisinden doğan davalar, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin davalar, sadece zilyetliğin korunmasına ilişkin davalar ve sulh hukuk mahkemesinin veya hâkiminin özellikle görevlendirildiği diğer davalar sulh hukuk mahkemelerince görülürler. Bu hüküm uyarınca taraflar arasında bir kira ilişkisi bulunması halinde el atmanın önlenmesi talebi yönünden görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesi olacaktır. Taraflar arasında geçerli bir kira sözleşmesi bulunduğu sürece kiracının taşınmazı kullanımına katlanmakla yükümlü bulunan malik kira sözleşmesinin etkisini kaybetmesine rağmen taşınmazı kullanmaya devam edene karşı böyle bir davaya ihtiyaç duyabilir. Ayrıca taraflar arasında halen geçerli bir kira sözleşmesi bulunmasına rağmen kiracının kiralanan taşınmazla ilişkili ve fakat kira sözleşmesi kapsamında bulunmayan bir alana müdahalesini konu alan el atmanın önlenmesi davası da sulh hukuk mahkemelerinin görev alanına girmektedir. Örneğin bir iş yeri kiralanırken iş yeri içerisinde bulunan deponun malik tarafından kullanılacağıının

bulunduğu durumlarda ise, fiili müdahalenin adli yargıda hukuki müdahalenin idari yargıda görülmesinin usul ekonomisi ile bağdaşmayacağı gerekçesi ile her iki müdahalenin de adli yargıda görülmesi gerektiği yönündeki karar için bkz.: UYM, T. 11.4.2016, E. 2016/160, K. 2016/207 (Çevrimiçi: Uyuşmazlık Mahkemesi, E.T.: 7.1.2020)

⁵ R.G. T. 4.2.2011, S. 27836

kararlaştırılmış olmasına rağmen kiracının tarafından kullanılması halinde ya da tatil amaçlı kiralanan bir taşınmazın bahçesi dışında bulunan malike ait havuzun kiracı tarafından kullanılması durumunda söz konusu uyuşmazlıklar kira sözleşmesinin kapsamına ilişkin olduğundan sulh hukuk mahkemesi tarafından inceleneceklerdir. Taraflar arasında bir kira ilişkisi bulunan ve el atmanın önlenmesi talebinin bu ilişki çerçevesinde değerlendirilmesi gereken haller böyledir.

Öte yandan HMK m. 4/1.a hükmünün lafzı gereği taraflar arasında kira ilişkisi bulunan her durumda değil yalnızca kira ilişkisinden doğan davalarda sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğunu belirtmek gerekir. Taşınmaz malikinin kendisine ait bitişik taşınmazı kiraladığı kiracının taşınmazı kullanırken taşkınlık düzeyine varacak şekilde yüksek sesle müzik dinlediğini düşünen ve bu gürültülerin belirli saatlerde yasaklanmasını isteyen malikin açacağı nleme davasının yeri sulh hukuk mahkemesi değil asliye hukuk mahkemesidir. Zira aradaki uyuşmazlığın kira ilişkisiyle bir ilgisi yoktur.

Sulh hukuk mahkemelerini görevlendiren bir diğer düzenleme KMK m. 33 hükmüdür. KMK m. 33 uyarınca kat malikleri kurulunun kararlarına ya da borç ve yükümlülüklerini yerine getirmeyen kat maliklerine karşı açılacak davalar sulh hukuk mahkemesi tarafından karara bağlanacaktır. Dolayısıyla el atmanın önlenmesi talebiyle açılan bir dava bu kapsamda ise görevli mahkeme yine sulh hukuk mahkemesi olacaktır. Örneğin KMK m. 42/1 hükmü uyarınca ortak alanda gerçekleştirilmesi kararlaştırılan bir değişiklik kat maliklerinden birinin bağımsız bölümünden faydalanmasını engelleyecek nitelikteyse bu durumda açılacak el atmanın önlenmesi davası KMK m. 33 hükmü sebebiyle sulh mahkemesinde görülecektir. Aynı şekilde bağımsız bölümünü yönetim planına ve dolayısıyla KMK m. 18 hükmüne aykırı şekilde kullanarak başka bir bağımsız blmden gereği gibi faydalanılmasını zorlaştıran kat malikine karşı açılacak dava da bu kapsamdadır. Ayrıca KMK ek 1. Maddesi uyarınca söz konusu kanunun uygulanmasından doğacak bütün uyuşmazlıklarda sulh hukuk mahkemelerinin görevli olduğu belirtilmiştir. Yargıtay uygulamasında uyuşmazlığın kat mülkiyetinden doğup doğmadığı incelenirken dikkate alınacak  kıstas tespit edilmiştir. Bu kıstaslar hem davacının hem davalının

kat maliki olması ve uyuşmazlığın ortak alana ilişkin olmasıdır.⁶ Bir başka örnek olarak hizmet sözleşmesi sona eren ve fakat kendisine tahsis edilen bölümü terk etmeyen kapıcıya karşı açılacak el atmanın önlenmesi davası da kat mülkiyetine ilişkin olduğu için sulh hukuk mahkemesince görülecektir.⁷ Hem davacı hem davalı taraf kat maliki olmasına rağmen bu maddeler kapsamında kalan bir uyuşmazlık söz konusu değilse görevli mahkeme yine asliye hukuk mahkemesi olacaktır. Örneğin kat maliklerinin birbirlerine ait bağımsız bölümlere müdahalede bulunduğu iddiasıyla açılacak dava asliye hukuk mahkemesinin görev alanına girmektedir.⁸

3402 sayılı Kadastro Kanunu m. 25, m. 26 ve m. 27 hükümlerinde kadastro mahkemelerinin görev alanına giren işler düzenlenmiştir. Bu hükümlerin kapsamında kalan hallerde el atmanın önlenmesi talebi kadastro mahkemelerince karara bağlanacaktır. Kadastro Kanunu m. 25/1 hükmü uyarınca taşınmaz mal mülkiyeti ile sınırlı ayni haklara ilişkin davalara bakmak kadastro mahkemesinin görevidir. El atmanın önlenmesi de bu kapsamdaki davalardan birisidir.⁹ KK m. 26/4 hükmüyle kadastro mahkemesinin görevinin kadastro tutanağının düzenlenmesiyle başlayacağı; m. 25/3 hükmüyle kadastro tutanağının düzenlendiği veya gerekli hallerde tamamlandığı ya da düzeltildiği günden sonra doğan haklara ilişkin talepler kadastro mahkemelerinin görev alanı dışında kalacağı hükme bağlanmıştır. Yani kadastro mahkemesi taşınmazın kadastro tespit zamanındaki hukuki durumuna ilişkin uyuşmazlıklar yönünden görevlidir.¹⁰ Kadastro tutanağı henüz kesinleşmemiş işler kadastro mahkemesinin görev alanındayken¹¹ kesinleşmeden sonraki işler genel mahkemeleri ilgilendirir.¹² Dolayısıyla kadastro tutanağı kesinleşmiş bir taşınmaza el atmanın önlenmesi istendiğinde genel mahkemeler, düzenlenmiş ve fakat henüz kesinleşmemiş bir kadastro tutanağı bulunan taşınmazlar söz konusu olduğunda ise kadastro mahkemeleri görevli olacaklardır. Kadastro tespitinden önce genel

⁶ Yarg. 1. HD, T. 18.12.2017, E. 2015/3022, K. 2017/7450 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020); Yarg. 20. HD, T. 31.10.2017, E. 2017/4152, K. 2017/8671 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020)

⁷ Yarg. HGK T. 19.6.1974, E. 1974/9-535, K. 1974/743 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 30.09.2020)

⁸ Yarg. 20. HD, T. 19.10.2015, E. 2015/8044, K. 2015/9590 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020)

⁹ Yarg. 16. HD, T. 08.05.2008, E. 2008/563, K. 2008/3293 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020); Yarg. 16. HD, T. 16.04.2002, E. 2002/2596, K. 2002/3112 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020)

¹⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 185.

¹¹ Yarg. İBHKG, T. 29.03.1996, E. 1993/6 K. 1996/2 (R.G. T. 3.6.1996, S. 22655)

¹² Yarg. 7. HD, 21.01.1988, E. 718 K.438 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020)

mahkemelere açılmış davalar yönünden taşınmazın hukuki ve geometrik durumunun tespiti kadastro mahkemesinin görevidir¹³, tutanağın düzenlenmesiyle genel mahkemenin görevi sona erer.¹⁴

KK m. 25/3 hükmüyle yenilik doğurucu hüküm gerektiren işler de kadastro mahkemesinin görev alanı dışında bırakılmıştır. Bu hüküm el atmanın önlenmesi davalarının kadastro mahkemelerince görülmesinin önünde engel teşkil etmese de el atmanın önlenmesi talebine bağlı yıkım ve ecrimisil talepleri yönünden önemlidir. Zira bu taleplere ilişkin kararlar yenilik doğuran hüküm olmaları itibarıyla kadastro mahkemeleri tarafından görülemezler.¹⁵ Bu taleplerin bir arada yer alması halinde dosyanın tefrik edilmesi ve elamanın önlenmesi talebinin kadastro mahkemesi tarafından yenilik doğuran hüküm gerektiren taleplerin genel mahkemeler tarafından görülmesi gerekir.¹⁶

Bu çerçevede örneğin haksız yapının kaldırılması şeklindeki el atmanın önlenmesi ve buna bağlı ecrimisil talebi yenilik doğurucu karar gerektirdiğinden kadastro mahkemesi değil asliye hukuk mahkemesince karara bağlanacaktır.¹⁷

Mahkemelerin görevlerine ilişkin başka bir özel düzenleme 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun¹⁸ m. 73/1 hükmüdür. Hükme göre tüketici işlemlerinden doğan uyuşmazlıklarda tüketici mahkemeleri görevli olacaktır. TKHK m. 3/1.h hükmünden de anlaşılabileceği üzere tüketici işleminin konusu taşınmaz bir mal da olabilir. Tüketici işleminden doğan bir uyuşmazlıkta bir taşınmaza el atmanın önlenmesi talep edildiğinde görevli mahkeme tüketici mahkemesi olacaktır. Örneğin bir toplu konut projesi kapsamında satılan dairenin teslim edilmesi ve fakat ödemelerinin tamamlanmaması halinde açılacak el atmanın önlenmesi davasında

¹³ Yarg. 16. HD, T. 16.04.2002, E. 2002/2596, K. 2002/3112. (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020)

¹⁴ Yarg. 7. HD T. 18.04.2005, E. 2005/1149, K. 2005/1177 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020); Yarg. 8. HD, 16.03.2004, E. 2003/8966, K. 2004/1885(Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 30.09.2020). Kadastro Kanunu m. 27 uyarınca kadastro tespitinden önce genel mahkemelerde görülmekte olan davalar kadastro tespitine başladıktan sonra kadastro mahkemelerine devredileceklerdir.

¹⁵ Yarg. 20. HD, E. 2016/1803 K. 2016/7525 T. 28.6.2016. (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020)

¹⁶ Yarg. 1. HD, T. 10.03.2014, E. 2013/18774, K. 2014/5156. (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020)

¹⁷ Yarg. 20. HD, E. 2016/1803 K. 2016/7525, T. 28.6.2016. (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020)

¹⁸ R.G. T. 28.11.2013, S. 28835.

tarafından birinin tüketici olması itibarıyla görevli mahkeme tüketici mahkemesi olacaktır.¹⁹

C. Yetki İncelemesi

Taşınmaz mülkiyetine gerçekleşen müdahalelere karşı açılacak el atmanın önlenmesi davalarında HMK m. 12/1 hükmü gereği taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir. HMK m. 12/3 hükmü uyarınca birden fazla taşınmazı etkileyen bir müdahaleye karşı dava açılmak istenirse bu taşınmazlardan birinin bulunduğu yer mahkemesi yetkili olacaktır. Bu hüküm bir taşınmazın sınırlarının birden fazla ilçenin sınırları içerisinde kalması halinde kıyasen uygulanacaktır.²⁰

HMK m. 12 hükmünün kesin yetki öngörmesi sebebiyle bu konuda yetki sözleşmesi yapılması mümkün değildir.

II. Davanın Tarafları

A. Davacı Taraf

1. Genel Olarak

TMK m. 683/2 hükmünde haksız el atmanın önlenmesini dava edebilecek kişi malik olarak belirtilmiştir. TMK m. 704 hükmü de değerlendirilince doğrudan madde lafzından anlaşılan dava hakkı sahipleri arazi ve kat mülkiyetine kayıtlı bağımsız bölüm malikleri ile tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli hakların sahipleri. Bununla birlikte malik dışındaki kişilerin de dava hakkına sahip olduğu doktrin ve yargı tarafından kabul edilmektedir. Aşağıda incelenecek kapsamda kaldıkları sürece kişilerin gerçek veya tüzel kişi olmaları davacı sıfatı yönünden bir fark yaratmayacaktır. Bu bölümde taşınmaza gerçekleşen el atmanın önlenmesinde menfaati bulunan kişilerden hangilerinin bu davayı açabileceği incelenecektir.

¹⁹ Yarg. 14. HD, T. 16.04.2018, E. 2018/384, K. 2018/3013. (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020)

²⁰ Yarg. 1. HD, T. 26.11.2001, E. 2001/12357, K. 2001/12795. (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020)

2. Taşınmaz Malikinin Durumu

a. Genel Olarak

Taşınmaz malikinin el atmanın önlenmesi davası açabileceği doğrudan TMK m. 683/2 hükmünün lafzından anlaşılmaktadır. Malikin doğrudan veya dolayısıyla zilyet olması bu noktada bir fark yaratmaz.²¹ Taşınmaza dava tarihi itibarıyla malik olan kimse taşınmaza gerçekleşen el atmanın önlenmesini dava edebilecektir. TMK m. 705/2 hükmü uyarınca taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanılması halinde de tescil şartı aranmaksızın bu yola başvurmak mümkündür.²²

b. Birden Fazla Mâlik Olması

(1) Paylı Mülkiyet Durumunda

Paylı mülkiyet TMK m. 688/1 hükmünde birden çok kimsenin maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belirli paylarla malik olması hali olarak ifade edilmiştir. TMK m. 688/3 hükmüyle de her bir paydaşın kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla her paydaşın mülkiyetin sağladığı yetkilerden birisinin olan el atmanın önlenmesi davasını açması mümkündür.²³

Paydaşın öncelikle bu davayı müdahalede bulunan bir diğer paydaşa karşı açması mümkündür.²⁴ Bu durumda müdahalenin bulunup bulunmadığı tespit edilirken taşınmazdan nasıl yararlanılacağına ilişkin TMK m. 695/2 uyarınca tapuya kütüğüne şerh edilmiş bir karar bulunup bulunmadığı önem taşır. Zira böyle bir anlaşmayla her

²¹ Honsell/Vogt/Geiser/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 641 N. 59; Akipek, **Eşya – II**, s. 86; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 498; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 368; Eren, **Mülkiyet**, s. 47; HGK T. 09.11.2016, E. 2014/1-1425, K. 2016/1039 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 30.09.2020)

²² Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 29; Bertan, **a.g.e.**, m. 618, N. 16. Bununla birlikte bazı yazarlar bu durumlarda el atmanın önlenmesi davası ile birlikte tescil davasının da açılması gerektiği kanısındadırlar: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 498-499.

²³ Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 91; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, N. 1248; Sirmen, **Eşya**, s. 291.

²⁴ Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 91; Rey, **a.g.e.**, N. 2057; Breitschmid/Rumo-Jungo/Arnet/Belser, **a.g.e.**, Art. 641, N. 42; Honsell/Vogt/Geiser/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 641 N. 59; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 500; Akipek, **Eşya – II**, s. 86; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 368, Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, N. 622; Sirmen, **Eşya**, s. 266; Eren, **Mülkiyet**, s. 47-48; Yarg. HGK, T. 3.5.2017, E. 2017/1-1200 K. 2017/890 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 30.09.2020); Yarg. 1.HD T. 4.6.2012, E. 2012/3351, K. 2012/6492. (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020)

bir paydaşın taşınmazdan hangi sınırlar içerisinde hangi kapsamda yararlanabileceği kararlaştırılmış olabilir. Böyle bir anlaşma yoksa paydaşlar arasında harici bir taksim veya fiili bir kullanma biçimi bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir,²⁵ zira bu durumun tapuda yapılacak resmi taksime, ortaklığın satışla giderilmesine veya imar uygulamasına kadar korunması ahde vefa ilkesinin ve iyi niyet kuralının gereğidir.²⁶ Paydaşlar arasında çekişmesiz bir fiili kullanım biçimi kabul edildiğinde bir paydaşın diğer paydaşlara karşı kendi kullanımlarına bırakılan alana ilişkin olarak el atmanın önlenmesi davası açması iyiniyet kurallarına aykırı olması itibarıyla kabul edilmemektedir.²⁷

Bir diğer ihtimal olarak paydaşın bu davayı üçüncü kişilere karşı açması da mümkündür.²⁸ Malikin bu hakkı diğer paydaşların müdahaleye rıza göstermiş olmaları halinde de ortadan kalkmaz.²⁹ Eğer ki paylı mülkiyete konu eşya bölünmeye elverişli ve bu bölünmüş kısımlar üzerine maliklerin paylarına göre zilyetliği söz konusu ise her paydaş kendi kısmına gerçekleşen el atmanın önlenmesini talep edebilecektir.³⁰ TMK m. 693/3 hükmüyle ise paydaşlardan her birine bölünemeyen menfaatlerin korunmasını diğer paydaşları temsilen sağlama yetkisi verilmiştir. Bu hüküm uyarınca ortakların her birinin taşınmazın tamamına yönelik olarak el atmanın önlenmesi davası açabilir.³¹ Davanın bir ortak tarafından açılması halinde diğer ortaklar bu davanın yalnızca olumlu sonuçlarından faydalanırlar.³²

Özel bir hal olarak haksız yapı halinde el atmanın önlenmesinden bahsetmek gerekir. Paylı mülkiyete konu bir taşınmaza dikilen bir haksız yapı ya da taşkın yapı söz konusu olduğunda eğer paydaşların kullanımına bırakılan kesimleri belirleyen bir

²⁵ Yarg. 1. HD, T. 21.2.2011, E.2011/520 K.2011/1896. (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020)

²⁶ Yarg. 1. HD, T. 8.6.2015, E. 2014/8231 K.2015/8460. (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020)

²⁷ Yarg. 14. HD, T. 11.9.2018, E. 2016/596, K. 2018/5450. (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020)

²⁸ Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 91; Rey, **a.g.e.**, N. 2057; Breitschmid/Rumo-Jungo/Arnet/Belser, **a.g.e.**, Art. 641, N. 42; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 500; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 368; Honsell/Vogt/Geiser/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 641 N. 59; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. N. 1150; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, N. 622; Sirmen, **Eşya**, s. 266; Eren, **Mülkiyet**, s. 47-48; Yarg. HGK, T. 3.5.2017, E.2017/1-1200 K. 2017/890 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 30.09.2020).

²⁹ Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 91.

³⁰ Akipek, **Eşya – II**, s. 27-28.

³¹ Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, N. 622; Bertan, **a.g.e.**, m. 618, N. 16; Sirmen, **Eşya**, s. 292.

³² Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, N. 622. Zira TMK m. 693/3 hükmü sağlanan korumadan diğer paydaşların da faydalanabilmesini ifade eder, gerçek anlamda bir temsilden söz edilemez: Sirmen, **Eşya**, s. 292.

anlaşma ya da fiili bir durum yoksa bu yapının yıkımı için açılacak davada tüm paydaşların davaya taraf olmaları gerekir.³³ Zira bu durumda taşınmazın bütünleyici parçası haline gelen yapı üzerinde de bütün paydaşlar payları oranında mülkiyet hakkı sahibidirler.

(2) Elbirliği Mülkiyeti Durumunda

Elbirliği mülkiyeti halinde ortakların mülkiyet hakkı ortaklığa giren malların tamamına yaygındır, belirli paylar söz konusu değildir (TMK m. 701/2). TMK m. 702/4 hükmü uyarınca da ortakların her biri ortaklığa konu olan hakların korunmasını sağlayabilecektir. Dolayısıyla ortaklığa dâhil olan mala gerçekleşen el atmanın önlenmesini her bir ortak isteyebilecektir.³⁴ Ortaklardan birinin diğerine karşı da bu davayı açması mümkündür.³⁵ Örneğin ortak taşınmazın ortaklardan biri tarafından kullanılmasının engellenmesi halinde bu dava diğer ortaklara karşı açılabilir.³⁶

2. Sınırlı Ayni Hak Sahibinin Durumu

Sınırlı ayni hak sahipleri hakkın sağladığı yetkiler ihlal edildiği ölçüde el atmanın önlenmesi davası açma hakkına sahiptirler.³⁷ Bu durum sınırlı ayni hakların tıpkı mülkiyet hakkı gibi herkese karşı ileri sürülebilir olmasının gereğidir. Aynı zamanda hakkın korunması açısından daha basit ve işlevsel bir çözüm yolu sunmaktadır. Bu sayede örneğin hakkı ihlal edilen intifa hakkı sahibi, maliki bu davayı açmaya zorlama gereksinimi duymadan hakkını koruyabilecektir.³⁸

Sınırlı ayni hak sahibinin bu davayı açabilmesi için ayni hakkın kendisine sağladığı yetkilerin ihlal edilmesi şarttır. Örneğin rehin hakkı sahibi rehin hakkının konusu olan taşınmaz üzerinde taşınmazın değerini arttıran bir haksız yapı bulunması

³³

³⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. N. 1150; Eren, **Mülkiyet**, s. 48; HGK T. 30.12.2009, E.2009/577 K. 2009/608(Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020) ; HGK, 12.11.2008, 14-676/695. (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020)

³⁵ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 369; Sirmen, **Eşya**, s. 317; Eren, **Mülkiyet**, s. 48.

³⁶ Yarg. 1.HD T. 4.6.2012, E. 2012/3351, K. 2012/6492. (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020)

³⁷ Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 93; Rey, **a.g.e.**, N. 2057; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 498; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 369; Sirmen, **Eşya**, s. 254; Honsell/Vogt/Geiser/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 641 N. 60. Haksız inşaat şeklinde gerçekleşen müdahalelere ilişkin olarak aynı yönde: Ataay, **a.g.e.**, s. 70.

³⁸ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 30-31.

halinde bu yapının kaldırılmasını talep edemeyecektir.³⁹ Zira taşınmazın değerinin artmış olması itibariyle rehin hakkı sahibinin hakkı ihlal edilmemiştir.

Sınırlı ayni hak sahibinin bu davayı malike karşı dahi açması mümkündür.⁴⁰ Mülkiyet hakkının kendisine tanıdığı yetkilerin bir kısmını bir başka kişiye devreden malik bu kişinin bu haklardan faydalanmasını önlediği takdirde el atmada bulunuyor olması itibariyle başka bir kişiden farklı değerlendirilmeyecektir. Örneğin intifa hakkına konu meskenin kilidini değiştirerek intifa hakkı sahibinin meskenden faydalanmasını engelleyen malikin bu müdahalesine karşı el atmanın önlenmesi davası açılabilecektir.⁴¹

Belirtmek gerekir ki hapis hakkı sahibinin bu hakkın mülkiyet hakkına dayanmıyor olması sebebiyle el atmanın önlenmesi davası açamayacağı doktrinde ifade edilmektedir.⁴²

3. Kişisel Hak Sahibinin Durumu

Taşınmaz üzerinde yalnızca kişisel hak sahibi olanların bu davayı açması mümkün değildir.⁴³ Bu kişiler ancak sözleşmeden doğan taleplerden ve zilyetliği koruyan davalardan faydalanabilirler.⁴⁴ Örneğin satış vaadi alacaklısının bu davayı açma hakkı yoktur.⁴⁵

Kişisel hak sahiplerinin bu davayı açamaması davanın amacı ve niteliğiyle de uyumludur. Her şeyden önce el atmanın önlenmesi davasının yasal dayanağı olan TMK m. 683 hükmü “*Mülkiyet hakkının içeriği*” kenar başlığı altında yer almaktadır. İkinci olarak TMK m. 683/1 hükmünde dava hakkı sahibi yalnızca malik olarak tespit edilmiş ve hükmün mülkiyet hakkını korumak olan amacı ayni hakları korumak şeklinde amaca uygun şekilde genişletilmiş ve sınırlı ayni hak sahiplerine de bu davayı

³⁹

⁴⁰ Örneğin intifa hakkı sahibinin malike karşı el atmanın önlenmesi davası açabileceği yönünde bkz. HGK, T. 14.7.1971, 1971/1-442/445; Yarg. 14. HD, T. 1.5.2008, E. 2008/4791 K. 2008/5624. (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020)

⁴¹ Yarg. 14. HD, T. 22.3.2016, E. 2015/17563, K. 2016/3474. (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020)

⁴² Bertan, **a.g.e.**, m. 618 N. 16; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 369 dn. 40b.

⁴³ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 31; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, N. 626; Havutçu/Akıncı/Dinç/Uzun Kazmacı/Şenol, **a.g.e.**, s. 517. Taşınır üzerinde şahsi hakkı bulunan kişilerin bu davayı açabileceği yönündeki görüş için bkz. Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 369; Eren, **Mülkiyet**, s. 49.

⁴⁴ Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s. 197, dn. 53.

⁴⁵ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 31.

açma hakkı tanınmıştır. Bu bağlamda dava hakkına sahip olanların kapsamının kişisel hak sahiplerini de içine alacak şekilde genişletilmesi hükmün amacını aşacaktır. Zira bu hükümle temin edilmek istenen aynı hak sahiplerinin bu haklarından gereği gibi faydalanabilmeleridir. Bu durum mutlak haklardan olan aynı hakların herkese karşı ileri sürülebilmeleri prensibiyle uyum içerisindedir. Sonraki bölümde de inceleneceği üzere bu dava aynı bir hakkı ihlal eden herkese karşı açılabilir. Böylesi geniş bir etki alanına sahip olan bu davanın kişisel hak sahiplerine tanınması böyle bir hakkın varlığından dahi haberdar olmayan kişilerin bu hakka dayanan taleplerle karşı karşıya gelmeleri sonucunu doğuracaktır ki bu durumda mutlak hak – kişisel hak ayrımı silikleşmiş olacaktır. Örneğin kira ilişkisine dayalı olarak bir taşınmazdan faydalanmakta olan kiracı, bu taşınmaza gerçekleşen bir müdahale sebebiyle taşınmazdan faydalanamadığında müdahalede bulunan kişi kira sözleşmesinin tarafı olan malikse aralarındaki kira sözleşmesine dayanarak müdahalenin ortadan kaldırılmasını talep edebilecektir. Üçüncü bir kişinin sebep olduğu bir müdahale söz konusu ise bu durumda kiracının üçüncü kişiye karşı el atmanın önlenmesi davası açması mümkün değildir. Zira bu üçüncü kişinin kiracının malikle yaptığı sözleşme sonucu kazandığı taşınmazı kullanma hakkına saygı duymak gibi bir yükümlülüğü yoktur. Bu müdahalenin önlenmesini ancak malik isteyebilir. Malikin bu müdahaleye karşı hareketsiz kalması halinde kiracı ancak TBK m. 301 hükmüne dayanarak malike başvurabilecektir. Öte yandan kiracının üçüncü kişiden TMK m. 983 ve TMK m. 992/2 hükümleri uyarınca saldırının sona erdirilmesini talep etmesi de mümkündür.

Kişisel hak sahiplerinin el atmanın önlenmesi davası açamaması gerektiğine işaret eden bir diğer husus da bu davanın aynı nitelikte olması itibarıyla zamanaşımına uğramıyor olmasıdır. Söz konusu hakkını normalde yalnızca bu hakkı kendisine veren kişiye karşı ileri sürebilecek olan kişisel sahibine böylesi uzun soluklu bir dava hakkı tanınması yine mutlak hak – kişisel hak ayrımıyla çelişmektedir.

Bununla birlikte TMK m. 1009 hükmünde sayılan kişisel hakların tapu kütüğüne şerh edilmeleri ve bu sayede o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülmeleri mümkündür. Böyle bir durumda söz konusu kişisel hakkın ileri sürülebileceği kişilerin bu hakkın sağladığı yetkileri ihlal etmeleri halinde bu kişilere karşı el atmanın önlenmesi davası açılabilecektir. Zira söz konusu

kişisel hakkın şerh edilmesiyle taşınmaz üzerinde sonradan hak kazanan kişilerin de bu hakka saygı duymaları gereği doğmuştur. Örneğin bir taşınmazın belirli bir bölümünün A tarafından kiralanıp bu kira ilişkisinin tapuya şerh edildiği durumda aynı taşınmazda sonradan lehine üst hakkı tesis edilen B kişinin A kişinin kullanımındaki kısma müdahalede bulunması halinde bu müdahalenin ortadan kaldırılması için el atmanın önlenmesi davası açılabilecektir.

4. Kamusal Otoritelerin Durumu

Kamu tüzel kişiliklerinin kendileri adına kayıtlı taşınmazlara gerçekleşen müdahalelere karşı el atmanın önlenmesi davası açmaları mümkündür.⁴⁶ TMK m. 683/2 hükmü mülkiyet hakkını korumayı amaçlayan bir hükümdür, mülkiyet hakkı sahibinin özel hukuk kişisi mi yoksa kamu hukuku kişisi mi olduğu bu korumadan faydalanabilme noktasında bir fark yaratmaz. El atmanın önlenmesi davasına konu olabilecek bir müdahale mevcut olduğu sürece bu müdahaleye karşı el atmanın önlenmesi davası açılabilir.

Bunun yanında kamu tüzel kişilikleri adına kayıtlı olmasa bile devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlere gerçekleşen müdahalelere karşı Hazinesinin dava açması mümkündür.⁴⁷ TMK m. 715/1 hükmü ile sahihsiz yerler ve yararı kamuya ait olan malların devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu; TMK m. 715/3 ile bu malların korunmasının özel hukuk kurallarına tabi olduğu belirtilmiştir. Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan taşınmaz mallar Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunun Uygulama Şekli ve Esaslarına Dair Yönetmelik m. 9 hükmünde “... herkesin istifadesine açık olan denizler, göller, nehirler, tarıma elverişli olmayan yerler, kayalar, tepeler ve dağlar gibi sahihsiz şeyler ile Devlet veya bir kamu hukuku tüzel kişisi tarafından umurun yahut bir kısım halkın yararlanmasına terk ve tahsis edilen umumi yollar, köprüler, parklar, meydanlar, mer’alar, yaylak ve kışlaklar gibi menfaati umuma ait olan taşınmaz mallar” şeklinde tanımlanmıştır. Bu yerlere gerçekleşen bir müdahale söz konusu

⁴⁶ Malik ya da aynı hak sahibi olan idare dışında lehine tahsis yapılan idarenin de davacı olabileceği yönünde bkz. Havutçu/Akinci/Dinç/Uzun Kazmacı/Şenol, **a.g.e.**, s. 510.

⁴⁷ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 32; Tekinay/Akmna/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 499; Yarg. 1. HD, T. 26.5.2003, E. 2003/5536, K. 2003/6315 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 30.09.2020); Yarg. 1. HD, 3.5.2000, E. 2000/5765, K. 2000/5492. (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.:30.09.2020)

olduğunda Hazinesinin el atmanın önlenmesi davası açması mümkündür. Ayrıca 442 sayılı Köy Kanunu⁴⁸ m. 8 hükmü uyarınca köyün orta malı da devlet malı gibi korunacaktır.

Bunun dışında özel kanunlarda verilen koruma yetkilerine dayanarak da el atmanın önlenmesi davasının açılması mümkündür. Bu durumlarda mülkiyet hakkı sahibi dışında ayrıca belirli kamu kurum ve kuruluşlarına dava hakkı tanınmış olmaktadır. Örneğin 5737 sayılı Vakıflar Kanunu⁴⁹ m. 29 uyarınca vakıflara ait kültür ve tabiat varlıklarının Vakıflar Genel Müdürlüğü ve ilgili kurum ve kuruluşlar tarafından korunacağı belirtilmiştir. Bu çerçevede örneğin bir vakfa ait bir kültür varlığı söz konusu olduğunda bunu korumak için açılacak el atmanın önlenmesi davası sadece bu malın maliki olan vakıf tarafından değil Vakıflar Genel Müdürlüğü veya Kültür Bakanlığı tarafından da açılabilecektir.

5. Yararlananlar ve Diğer Kişiler

Daha önce de belirtildiği gibi el atmanın önlenmesi davası malik başta olmak üzere aynı hak sahiplerini korumayı amaçlayan aynı nitelikte bir davadır. Bu davadan yalnızca aynı hak sahiplerinin faydalanabilmesi davanın bu niteliğinin doğal bir sonucudur. Dolayısıyla taşınmaz üzerinde bulunan ve müdahaleden etkilenen aynı bir hakka sahip olmayanların bu davayı açmaları kural olarak mümkün değildir.⁵⁰ Bu dava, kişisel hak sahiplerine ilişkin bölümde de incelendiği üzere, aynı hakların herkese karşı ileri sürülebilmesinin sonucu olarak sağlanan bir imkândır.

Buna karşılık Yargıtay'ın bir taşınmazdan faydalanma hakkının bu davayı açma yetkisi vereceğini kabul ettiği kararları bulunmaktadır.⁵¹ Özellikle yayla, mera

⁴⁸ R.G. T. 07.04.1924, S. 68.

⁴⁹ R.G. T. 27.2.2008, S. 26800.

⁵⁰ Bununla birlikte bir malın kullananlarına dava hakkı verilen ayırık haller kanunda düzenlenmiş olabilir. Örneğin Vakıflar Kanunu m. 29 vakıflara ait kültür ve tabiat varlıklarının korunmasında bunları kullananlara da yetki vermektedir.

⁵¹ El atmanın önlenmesi davasının esasının mülkiyet hakkına dayandığı ve herhangi bir hakka dayanmayan yararlanma unsurunun bu bağlamda dava hakkı tanımak için yeterli görülmemesi gerektiği yönünde bkz.: Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 33.

gibi taşınmazlardan⁵² ve genel sulardan yararlanma⁵³ konularından doğan uyuşmazlıkların çözümünde, başlangıcı belli olmayacak kadar eskiye dayanan yararlanma şeklinde izah edilen kadim hak (yararlanma) kavramına sıkça başvurulmaktadır. Belirtmek gerekir ki kadim hakka dayanarak hüküm kurulan hallerde uyuşmazlığın mülkiyet hakkıyla ilişkili olmadığı açıkça ifade edilmektedir.⁵⁴ Bu şekilde, yayla ve meralar yönünden kadim yararlanma hakkı olan köy veya belediye tüzel kişiliğinin⁵⁵, genel sular yönünden ise kadim yararlanma hakkı olan kişilerin dava hakkı söz konusu taşınmazlardan kadimden beri faydalanan olmaları itibariye kabul edilmiş olmaktadır⁵⁶. Kadim yararlanma hakkına konu olan taşınmazların idari sınır değişikliğine uğramaları dahi kadim hakka dayanmanın önünde engel oluşturmamaktadır.⁵⁷

6. KMK'ya İlişkin Özel Durum: Ortak Alanların Korunmasında Davacı Sıfatı

KMK m. 16/1 hükmü uyarınca kat malikleri ortak alanlar üzerinde arsa payları oranında ortak mülkiyet hakkına sahiptirler. Madde lafzında kullanılan “*ortak mülkiyet*” terimi paylı mülkiyet olarak anlaşılmaktadır.⁵⁸ Dolayısıyla paydaşların el atmanın önlenmesi davasına ilişkin taraf ehliyetleri paylı mülkiyete ilişkin olarak yapılan açıklamalar uyarınca belirlenecektir. Bu çerçevede kat maliklerinden her birinin ortak alanların korunması için gerekli olduğu takdirde el atmanın önlenmesi davası açması mümkündür.⁵⁹ KMK uygulaması açısından özellik arz eden durum paydaş olmayan yöneticiye bu sıfatı dolayısıyla dava hakkı tanınip tanınamayacağıdır.

⁵² örn.: Yarg. HGK, T. 1.6.2011, E. 2011/14-213, K. 2011/371 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020); Yarg. 14. HD, T. 11.6.2014, E. 2014/3326, K. 2014/7822 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 26.10.2020); Yarg. 14. HD, T. 20.10.2014, E. 2014/10836, K. 2014/11429 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 26.10.2020). 4342 sayılı Mera Mera Kanunu (R.G. T. 28.2.1998, S. 23272) uyarınca uygulama yapılmayan yerler, konu alan uyuşmazlığın kadim hak uyarınca çözüme bağlanacağı yönünde bkz.: Yarg. 14. HD, T. 2.7.2014, E. 2014/537, K. 2014/8864 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 26.10.2020).

⁵³ örn.: Yarg. 14. HD, T. 9.3.2020, E. 2019/2377, K. 2020/2801 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 26.10.2020); Yarg. 14. HD, T. 30.9.2019, E. 2016/13779, K. 2019/6036 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 26.10.2020); Yarg. 14. HD, T. 18.9.2019, E. 2016/13899, K. 2019/5439 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 26.10.2020).

⁵⁴ Yarg. HGK, T. 1.6.2011, E. 2011/14-213, K. 2011/371 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020).

⁵⁵ Yarg. 14. HD, T. 11.6.2014, E. 2014/3326, K. 2014/7822 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 26.10.2020).

⁵⁶ Yarg. 14. HD, T. 18.9.2019, E. 2016/13899, K. 2019/5439 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 26.10.2020).

⁵⁷ Yarg. İBHGK, T. 31.5.1965, E. 1960/4, K. 1965/2 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 26.10.2020).

⁵⁸ bkz. Tekinay, **Kat Mülkiyeti**, s. 17; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. N. 2203 Ayan, **a.g.e.**, s. 457-459; Topuz, **a.g.e.**, s.93; Akipek, **Eşya - II**, s. 61; Akipek, **Kat Mülkiyeti**, s. 483.

⁵⁹ Akipek, **Kat Mülkiyeti**, s. 483.

Yöneticinin görevleri KMK m. 35 hükmünde düzenlenmiştir. KMK m. 35/1.h hükmüne göre ana taşınmazın korunması ve bakımı için kat maliklerinin yararına olan hususlarda gerekli tedbirlerin kat malikleri adına alınması hususunda yönetici yetkili ve görevlidir. Fakat bu yetki yöneticinin el atmanın önlenmesi davası açabileceği anlamına gelmemektedir.⁶⁰ Zira mülkiyet hakkına dayanan bir davanın mülkiyet hakkına sahip olmayan yönetici tarafından sırf bu sığata dayanarak açılması mümkün değildir.⁶¹ Ana taşınmazın genel yönetimiyle ilgili olmayan uyuşmazlıklar yönünden yöneticinin dava hakkı yoktur.⁶² Yargıtay’a göre kat maliki olmayan yöneticinin bu davayı açabilmesi ancak kendisinin kat malikleri kurulunca yetkilendirilmiş olması halinde mümkündür.⁶³

B. Davalı Taraf

1. Genel Olarak

Davalı haksız müdahaleyi gerçekleştiren kişidir.⁶⁴ Mülkiyet hakkının aynı bir hak olması itibarıyla bunu korumayı amaçlayan el atmanın önlenmesi davası bu hakkı ihlal eden herkese karşı açılabilir.⁶⁵ Birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilen bir müdahale varsa el atmanın önlenmesi davası bu kişiler için ayrı ayrı veya birlikte açılabilir.⁶⁶ Doktrinde doğrudan müdahalede bulunan dışında müdahaleye teşvik eden, müdahaleye rıza gösteren ya da müdahaleden faydalanan kişilerin de davacı sıfatını taşıyabileceği ifade edilmektedir.⁶⁷

⁶⁰ Ayan, **a.g.e.**, s. 148; Yarg. 18. HD, T. 26.1.2016, E. 2015/16477 K.2016/1217 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020); Yarg. 14. HD, 8.5.2014, E. 2014/1929 K.2014/6030 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020)

⁶¹ 18. HD., E. 2013/3431 K. 2013/7072 T. 29.04.2013 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020); 18. HD., E. 1999/3877 K. 1999/5012 T. 20.04.1999 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020); HGK, T. 10.11.1973, E. 1971/5-307, K. 1973/855 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 30.09.2020)

⁶² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. N. 2351.

⁶³ Yarg. 18. HD, T. 26.1.2016, E. 2015/16477 K.2016/1217 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020); 18. HD., E. 1999/3877 K. 1999/5012 T. 20.04.1999 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020)

⁶⁴ Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 96; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, N. 622.

⁶⁵ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 45.

⁶⁶ Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, N. 622; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 49.

⁶⁷ Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 96; Breitschmid/Rumo-Jungo/Arnet/Belser, **a.g.e.**, Art. 641, N. 43; Rey, **a.g.e.**, N. 2058.

Davalı tarafın ayırt etme gücüne sahip olması şart değildir.⁶⁸ Zira el atmanın önlenmesi davası açabilmek için kusur şartı aranmaz.

El atmanın önlenmesi davasının kamu tüzel kişileri aleyhine de açılması mümkündür.⁶⁹ Bu duruma özellikle kamulaştırmasız el atma davalarında sık rastlanmaktadır.

Dava devam ederken davalı tarafın ölmesi halinde davaya mirasçılara karşı devam edilir.⁷⁰ Mirasçıların davayı kabul veya reddetmemiş olması halinde HMK m. 55 uyarınca dava ertelenir.

C. Dava Sürecinde Taşınmazın Devri

1. Davacı Tarafın Taşınmazını Devretmesi

Mülkiyet hakkının sağladığı yetkilerden birisi olan tasarruf yetkisinin dava süresince de varlığını korumasının doğal bir sonucu olarak davacının davayı açtıktan sonra da dava konusu taşınmaz veya aynı hakkı devretmesi mümkündür. Böyle bir durumda HMK m. 125/2 hükmü uyarınca dava konusunu devralan kişi davacı yerine geçecek ve yargılamaya bu şekilde devam edilecektir.

2. Davalı Tarafın Dava Konusunu Devri

Müdahalenin taşınır veya taşınmaz bir eşyadan kaynaklanması halinde bu eşyanın devri el atmanın önlenmesi açısından önemli sonuçlar doğurabilecektir. Müdahalenin eşyayı devralan tarafından da sürdürülmesi halinde bu kişinin de davalı olabileceği noktasında tereddüt yoktur. Zira her yeni müdahale yeni bir ihlal teşkil edecek ve bu sebeple müdahaleye uğrayanın dava hakkı doğacaktır. Örneğin taşınmazda yer alan yapı sebebiyle manzaranın kapandığı iddiasıyla açılan dava devam ederken taşınmazın el değiştirmesi halinde davanın yeni malik olan kişiye yöneltilmesi gerekir.⁷¹ Bu hususun, yalnızca, eşyayı devreden malikin iradesinin eşyanın devrinden

⁶⁸ Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 96; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 51.

⁶⁹ Yarg. İBHGK, T.16.5.1956, E. 1954/1, K. 1956/7. (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 01.10.2020).

⁷⁰ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 51.

⁷¹ Yarg. 1. HD, T. 17.10.2000, E. 2000/10838, K. 2000/12416 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 30.09.2020).

sonra dahi baskın olduğundan bahsedilemeyen durumlarda söz konusu olduğu doktrinde ifade edilmektedir.⁷²

Eşyayı devralan tarafından müdahaleye devam edilmemesi halinde ise davaya devam etme olanağı yoktur. Zira bu durumda yeni malik herhangi bir müdahalede bulunmadığı için malike karşı dava açılmaz; eski malike karşı açılan davanın konusuz kalmış olması itibarıyla reddedilmesi gerekir.⁷³ Manzara kapatma örneğindeki devralan malikin manzarayı kapattığı iddia edilen kısmı yıkması halinde müdahale teşkil edip etmediği noktasında değerlendirilmesi gereken husus ortadan kalkmış olacağı için davaya devam edilemeyecektir.

D. Dava Talebinin Devri

El atmanın önlenmesi davasının mülkiyet hakkına dayanıyor olması itibarıyla dayandığı haktan ayrı olarak temlik edilmesi mümkün değildir.⁷⁴ Mülkiyet hakkının veya sınırlı ayni hakkın devriyle beraber dava hakkı da devredilmiş olur.⁷⁵

III. Tarafların Muhtemel Savları ve İspat Yükü

A. Genel Olarak

TMK m. 6 ve HMK m. 190/1 hükümleri aynı yönde düzenlemeler içermekte olup kanunda aksine bir düzenleme bulunmadıkça iddia edilen husus kimin lehine bir sonuç doğuruyorsa ispat yükünün onun üzerinde olacağını hükme bağlamışlardır. Bu esas pek tabi el atmanın önlenmesi davalarında da uygulanacaktır.

Davacının davaya konu hakka sahip olduğunu ve bu hakka bir saldırı bulunduğunu; davalının ise bu hususların aksini ya da davacının söz konusu müdahaleye katlanma yükümlülüğü bulunduğunu ispatlaması gerekir.⁷⁶

⁷² Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 98. Yazar ayrıca, müdahaleye sebep olan olayın eski malik döneminde tamamlanmış olması halinde de eski malikin davalı sıfatının devam edeceği kanısındadır. Aynı yönde bkz.: Breitschmid/Rumo-Jungo/Arnet/Belser, **a.g.e.**, Art. 641, N. 43.

⁷³ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 49.

⁷⁴ Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 116; Rey, **a.g.e.**, N. 2043; Bertan, **a.g.e.**, m. 618, N. 20; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altup, **a.g.e.**, s. 504.

⁷⁵ Bertan, **a.g.e.**, m. 618, N. 20; Sirmen, **Eşya**, s. 267; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 370

⁷⁶ Bkz. Takip eden başlıklarda yapılan açıklamalar

El atmanın önlenmesi davasının koşullarından birisi olmaması itibariyle ne davacının davalının kusurlu olduğunu ne de davalının kendi kusursuzluğunu ispat etmesi bu dava açısından bir önem taşıyacaktır.

B. Davacı Taraf Yönünden

El atmanın önlenmesi davasında davacının ispat etmesi gereken ilk husus davacı sıfatıdır.⁷⁷ Davacı mülkiyet hakkına dayanıyorsa mülkiyet hakkını; sınırlı ayni hakkına dayanıyorsa bu hakkını ispat etmelidir. Tapuya kayıtlı taşınmazlar yönünden bu ispat TMK m. 992 hükmü uyarınca tapu kaydına dayanmak suretiyle yerine getirilebilecektir.⁷⁸ Mülkiyet sicil dışı kazanılmışsa bu durumda malikin bu kazanma şartlarını da ispat etmesi gerekecektir.⁷⁹

Davacı sıfatı dışında ispatlanması gereken diğer husus davaya konu hakka bir saldırı bulunduğudur.⁸⁰ Davacı, bu kapsamda davaya konu ayni hakkından gereği gibi faydalanmasının engellendiğini ispatlayacaktır. Davacının müdahalenin haksızlığını ayrıca ispat etmesi gerekip gerekmediği noktasında müdahale türüne göre bir değerlendirme yapmak gerekir. Davacı, doğrudan bir müdahalede bulunduğu mülkiyet hakkına bir müdahale bulunduğunu ispatlamakla yetinebilir; zira mülkiyet hakkı sahibinin bu hakkından gereği gibi faydalanmasının önlenmesi zaten hukuka aykırılığı getirecektir. Dolaylı müdahaleler yönünden ise bu müdahaleler kendiliğinden hukuka aykırı olmadıkları için müdahalenin haksızlığının da ispat edilmesi gereklidir. Daha önce de belirtildiği gibi toplumsal yaşamın bir gereği olarak TMK m. 737 hükmü başta olmak üzere dolaylı müdahalelere katlanma yükümlülüğü öngören düzenlemeler bulunmaktadır. Dolayısıyla dolaylı bir müdahale sebebiyle el atmanın önlenmesi davası açan davacı dolaylı müdahalenin varlığıyla beraber müdahalenin haksızlığını da ispatlamakla mükelleftir. Zira böyle bir müdahale TMK m. 737 hükmü uyarınca kendiliğinden haksız değildir ve yalnızca haksız müdahaleler TMK m. 683/2 kapsamında engellenebilirler. Böyle bir durumda örneğin komşu

⁷⁷ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 63.

⁷⁸ Akipek, **Eşya – II**, s. 86-87; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıtop, **a.g.e.**, s. 502; Bertan, **a.g.e.**, m. 618, N. 19; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, N. 620; Sirmen, **Eşya**, s. 266; Akipek/Akıntürk, s. 452; Havutçu/Akıncı/Dinç/Uzun Kazmacı/Şenol, **a.g.e.**, s. 520.

⁷⁹ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 29; Havutçu/Akıncı/Dinç/Uzun Kazmacı/Şenol, **a.g.e.**, s. 520.

⁸⁰ Bertan, **a.g.e.**, m. 618, N. 19; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 63, Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, N. 196.

lokantadan salınan dumanlara karşı el atmanın önlenmesi davası açan malik dumanların varlığının yanında bu dumanların katlanılamaz hale gelerek TMK m. 737 hükmünde çizilen sınırları aştığını da ispat etmelidir. Bununla beraber söz konusu ihlalin davalının yapmama şeklindeki bir davranışına dayanması halinde davalının esasen yerine getirmekle yükümlü olduğu bir davranışın bulunduğu ispat edilmesi gerekir. Davalının hareketsiz kalması sonucunda bir müdahale doğmuşsa davalının esasen hareket etmesi gerektiğini, bu hareketsizliğinin haksız olduğunu ispat davacıya düşer. Örneğin davalının arsasında biriken yağmur suları davacının taşınmazında bir müdahaleye sebep oluyorsa bu durumda davacının esasen bu suların davalı tarafından tahliye edilmesi gerektiğini ispat etmesi gereklidir.

Söz konusu müdahalenin taşınmazın vaziyetinden değil de taşınmazın ya da üzerindeki şeylerin kullanım şekliinden kaynaklandığı durumlarda davacının henüz dava açılmadan HMK m. 400 vd. ya da Noterlik Kanunu⁸¹ m. 61 uyarınca mevcut durumu tespit ettirmesi davacının yararına olacaktır. Bu şekilde kolaylıkla gizlenebilecek ya da ortadan kaldırılabilecek kullanım şekillerinin gerçekten var olup olmadığı noktasındaki şüphelerin gündeme gelmesi önlenmiş olacaktır. Bu şekilde örneğin birden fazla çalışma ayarı olan bir makinenin normalde hangi ayarda çalıştırıldığı ve ne kadar sese sebep olduğu konusunda bir uyuşmazlık doğmayacaktır. Ya da baz istasyonlarının performanslarının ve dolayısıyla yaydıkları radyasyonun bilirkişi incelemesi sırasında düşürülmesi gibi gerçeğe aykırı tespitlere bu yolla engellenebilir. Paydaşlardan birinin paylı mülkiyete konu taşınmaza alınmaması halinde de mevcut durum bu şekilde tespit ettirilebilir.⁸²

Davacı ayrıca davalının davranışıyla kendi hakkının ihlale uğraması arasındaki uygun nedensellik bağına da ispat yükü altındadır.⁸³ Yapma şeklindeki davranış sonucunda meydana gelen müdahalelerin aksine yapmama şeklindeki davranışlarla davranışın sonuçları arasındaki illiyet bağının kesin şekilde ispatı mümkün olmayacağı için⁸⁴ mevcut müdahalenin davalının yapmaması sonucunda meydana gelmiş

⁸¹ R.G. T. 5.2.1972, S. 14090.

⁸² Aile hukukuna ilişkin fakat sonuç itibarıyla benzerlik taşıyan karar için bkz.: Yarg. HGK., T. 14.3.1990, E. 1990/2-31, K. 1990/169.

⁸³ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 64; Bertan, **a.g.e.**, m. 618, N. 19; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 370.

⁸⁴ Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 17.

olduğunun “*kuvvetle muhtemel*” olduğu yönünde kanaat verilmesinin bu hususun ispatı noktasında yeterli olduğu doktrinde ifade edilmektedir.⁸⁵

Davanın mevcut bir müdahaleye değil de ortaya çıkmak üzere olan bir müdahaleye karşı açılması halinde ispat edilecek husus müdahalenin varlığı değil yakın gelecekte ortaya çıkacağıdır. Henüz mevcut olmayan bir müdahaleye karşı el atmanın önlenmesi yoluyla tedbir alınabilmesi için söz konusu müdahalenin yakın bir gelecekte yüksek ihtimalle gerçekleşeceğinin bu beklentiye işaret eden delillerle ispatı gereklidir.

C. Davalı Taraf Yönünden

Davalı taraf öncelikle davacının iddialarının aksini ileri sürebilir. Bu kapsamda davacının taraf sıfatının bulunmadığını, kendisinin bir müdahalede bulunmadığını veya davranışıyla meydana gelen ihlal arasında uygun illiyet bağı bulunmadığını ya da bu bağı kesildiğini ispatlayabilir.

Davalı, davacının taraf sıfatına itiraz olarak müdahaleye maruz kalan taşınmazın davacının taşınmazının sınırları dışında kaldığını iddia edebilir.⁸⁶ Böyle bir iddia karşısında müdahalenin kendi taşınmazının sınırları içerisinde gerçekleştiğini ispat etmek davacıya düşer.⁸⁷

Davalının taraf sıfatına itiraz olarak ileri sürebileceği bir diğer husus ise söz konusu taşınmazın davacıya değil kendisine ait olduğu iddiasıdır. Davacının tapu kaydına dayanarak bu davayı açtığı hallerde bu itiraz ancak terkin davası açılmış olması halinde dinlenebilecektir.⁸⁸ Zira tapu kaydı varlığını koruduğu sürece tapuda kayıtlı malikin hak sahibi olduğu tartışılmazdır.⁸⁹ Her iki tarafın da iddiaları tapuya dayanıyorsa bu durumda davacının gerçek hak sahipliğini ispatlaması gerekecektir; zira tapu kütüğü kendisiyle çelişmekle hak sahipliğine karine olma vasfını yitirmiştir.⁹⁰

⁸⁵ Petek, **a.g.e.**, s. 192.

⁸⁶ Havutçu/Akinci/Dinç/Uzun Kazmacı/Şenol, **a.g.e.**, s. 520.

⁸⁷ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 65.

⁸⁸ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 68.

⁸⁹ Yarg. 8. HD, T. 11.06.2018, E. 2018/6295, K. 2018/13904 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T. :30.09.2020).

⁹⁰ Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 66.

Davalının taşınmazın kendisine ait olduğu iddiası TMK m. 713 hükmünde düzenlenen olağanüstü zamanaşımı ile taşınmaz mülkiyetinin kazanılmış olmasına dayanıyorsa bu durumda davalıya tescil davası açması için süre verilmesi gerekir.⁹¹ Tıpkı tapu kaydına itirazda olduğu gibi bu iddianın da bu konuda açılmış bir dava bulunmaksızın dinlenmesi mümkün değildir.

El atmanın önlenmesi davasında davalının dayanabileceği muhtemel savlardan bir diğeri söz konusu hakka bir müdahalenin bulunmadığıdır. Bu kapsamda örneğin davaya konu ağaçların tamamının kendi sınırları içerisinde yer aldığını ya da atık sularının davacıya ait taşınmaza ulaşmadığını iddia ve ispat edebilir.

Davalının mevcut müdahalenin kendi davranışından kaynaklanmadığını, yani arada uygun nedensellik bağı bulunmadığını da iddia ve ispat etmesi mümkündür. Davacının davalının davranışı ve meydana gelen müdahale arasındaki uygun nedensellik bağı ispat ettiği durumlarda davalının yapabileceği şey nedensellik bağına kesildiğini ispat etmektir.

Davalının ispatlayabileceği bir diğer husus davacının mevcut müdahaleye katlanma yükümlülüğü bulunduğudur.⁹² Üçüncü bölümde de incelendiği üzere davacının kamu hukuku veya özel hukuktan doğan ya da bir hukuki işleme dayanan katlanma yükümlülüğü bulunması halinde bu müdahale haksız nitelikte olmayacak ve dolayısıyla önlenemeyecektir.

IV. Yargılama Sonunda Kurulan Hüküm ve Hükümün İcrası

A. Yargılama Sonunda Kurulan Hükümün Nitelik ve İçeriği

Daha önce de bahsedildiği gibi el atmanın önlenmesi davası usul hukuku yönünden yapılan tasnife göre bir eda davasıdır.⁹³ El atmanın önlenmesi davasının karakteri gereği davanın kabul edildiği hallerde davalı bir şeyi yapmaya ve yapmamaya mahkûm edilir. Genel olarak denebilir ki mevcut müdahale yapma

⁹¹ HGK 30.9.1964, E. 260/D 5, K. 589

⁹² Akipek, *Eşya – II*, s. 87; Nomer, N. 621; Bertan, *a.g.e.*, m. 618, N. 19; Giritlioğlu, *a.g.e.*, s. 64; Simen, *Eşya*, s. 266-267; Akipek/Akıntürk, s. 452; Havutçu/Akıncı/Dinç/Uzun Kazmacı/Şenol, *a.g.e.*, s. 521.

⁹³ Giritlioğlu, *a.g.e.*, s. 103; Hatemi/Serozan/Arpacı, *a.g.e.*, s. 75; Ayan, *a.g.e.*, s. 146; Gürsoy/Eren/Cansel, *a.g.e.*, s. 367.

sonucunda meydana geldiğinde yapmama; yapmama sonucunda meydana geldiğinde yapma emri içeren bir hüküm kurulacaktır.

Yargılama sonunda kurulacak hükümle davacının müdahalelerden kurtarılması esastır fakat bunun için davalıya en az zarar verecek önlemler tercih edilmelidir.⁹⁴ Hâkim, somut olayın özellikleri ışığında olaya uygun olan tedbiri takdir yetkisi kapsamında belirler.⁹⁵ Mevcut müdahaleye karşı alınabilecek önlemler bilirkişiler aracılığıyla tespit edilip bunlar arasından tarafların menfaatleri de göz önünde bulundurularak en uygununa karar verilmelidir.⁹⁶ Örneğin bir ağaç sebebiyle meydana gelen bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle ağaçların budanması veya seyretilmesine ve ancak müdahalenin bu tedbirlerle dahi önlenemeyecek olması halinde ağaçların kesilmesine veya sökülmesine karar verilmelidir.⁹⁷ Benzer şekilde tesis ve işletmelerin kapatılması ya da belirli bir kullanım şeklinin tamamen yasaklanması gibi tedbirler de son çare olarak düşünülmelidir.⁹⁸ Davacının ağaçların kesilmesi veya tesisin kapatılması gibi son çare olarak düşünülmesi gereken tedbirleri talep etmiş olması halinde çoğun içinde az da vardır kuralı uyarınca hâkimin belirleyeceği daha uygun tedbirlere hükmedilmesi mümkündür.⁹⁹ TMK m. 737/2 hükmü başta olmak üzere komşuluk hukukundan doğan katlanma yükümlülüğünü aşarak haksız hale gelen müdahalelere karşı hüküm kurulurken müdahalenin tamamen ortadan kaldırılmasının değil öncelikle yasal sınırlar içerisinde kalmasının hedefleneceği unutulmamalıdır.¹⁰⁰

El atmanın önlenmesi davası sonunda kurulacak hükümde alınması gereken tedbirlerin HMK m. 297/2 hükmü uyarınca infazda duraksama yaratmayacak şekilde

⁹⁴ Yarg. 14. HD, T. 10.10.2018, E. 2016/4156, K. 2018/6555 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020); Yarg. 14. HD, T. 3.10.2018, E. 2016/2775, K. 2018/6298 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020); Yarg. 14. HD, T. 3.10.2018, E. 2016/2839, K. 2018/6305 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020); Yarg. 14. HD, T. 9.10.2018, E. 2018/1846, K. 2018/6494 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020) Paydaşlardan birinin taşınmazdan tamamen el çektilmesine sebep olacak şekilde bir hüküm paydaşın mülkiyet hakkının fiili olarak işlevsiz hale gelmesi sonucunu doğuracağı için kurulamaz.

⁹⁵ Honsell/Vogt/Geiser/Rey/Strebel, **Basler Kommentar**, Art. 684 N. 8.

⁹⁶ Yarg. 14. HD, T. 10.10.2018, E. 2016/4156, K. 2018/6555 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020)

⁹⁷ Yarg. 14. HD, T. 10.09.2018, E. 2016/491, K. 2018/5369 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020); Yarg. 14. HD, T. 18.06.2018, E. 2015/18473, K. 2018/4564 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020).

⁹⁸ Meier-Hayoz, **Art. 680-701**, Art. 684 N. 208-210; Breitschmid/Rumo-Jungo/Göksu, **a.g.e.**, Art. 679, N. 13; Yarg. 14. HD., T. 3.10.2018, E. 2016/2839, K. 2018/6305 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020)

⁹⁹ HGK, T. 1.2.1989, E. 1988/1-869; K. 1989/37. (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 30.09.2020)

¹⁰⁰ Breitschmid/Rumo-Jungo/Göksu, **a.g.e.**, Art. 679, N. 22; Rey, **a.g.e.**, N. 2077.

gösterilmesi gereklidir. Bu açıklıkta bir hükümden bahsedilebilmesi için yerine getirilmesine hükmedilen edim hükmü okuyan herkes tarafından anlaşılabilir olmalıdır.¹⁰¹ Örneğin yıkılmasına karar verilen kısmın neresi olduğu metre, santimetre gibi ölçü birimleriyle açıkça gösterilmelidir.¹⁰² Benzer şekilde suya ilişkin bir müdahale söz konusu olduğunda bilirkişiler yardımıyla belirli bir su rejimi kurarak suyun kim tarafından hangi miktarda kullanılabileceğinin belirlenmesi gerekir.¹⁰³ Bu çerçevede müdahalenin nasıl önleneceği açıklanmaksızın davanın kabul edilmesi halinde infaza elverişli bir karardan bahsetmek mümkün olmayacaktır.¹⁰⁴ Hükümün yeterince açık olmadığı bu hallerde HMK m. 305 hükmü uyarınca hükmün açıklanması istenebilir.

Müdahalenin tekrarlanması veya yeni müdahaleler meydana gelmesi halinde önceki davada kurulan hükmün kesin hüküm teşkil ettiği gerekçesiyle yeni davanın görülemeyeceği söylenemeyecektir.¹⁰⁵ Zira her yeni müdahale mülkiyet hakkına yeni bir ihlal teşkil edecektir. Önceki davada hükmedilen tedbirlerin müdahaleyi önlemeye yeterli olmaması halinde de kesin hüküm engeli söz konusu olmayacaktır.¹⁰⁶

Davaya konu müdahalenin ihtiyati tedbir kararıyla ortadan kaldırıldığı hallerde müdahalenin sona erdiği gerekçesiyle davanın konusuz kaldığı yönünde karar verilemez; zira kesin hukuki koruma bir tedbir kararıyla değil ancak esasa ilişkin bir yargılama ile sağlanabilir.¹⁰⁷ Dolayısıyla örneğin bir evin güvenliğini tehlikeye düşüren bir kazı çalışmasına karşı açılan el atmanın önlenmesi davasında yargılama devam ederken telafisi imkânsız zararların doğmasını önlemek adına ihtiyati tedbire hükmedilmiş ve kazı çalışması durdurulmuşsa bu durumda artık müdahale tehlikesi bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilemez. Zira söz konusu tedbir mülkiyet hakkını yalnızca yargılama sırasında koruyabilecektir. Yargılama sonrasında da devam eden

¹⁰¹ Ersin Erdoğan, “Yapma Borçlarının İcrası ve Bazı Temel Sorunlar”, **ABD**, C. 75 S.2 Y. 2017, s. 155.

¹⁰² Yarg. 14. HD, T. 6.10.2015, E.2015/8088 K.2015/8512 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020)

¹⁰³ Yarg. 14. HD, T. 12.2.2018, E. 2016/7103, K. 2018/953 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T. 9.10.2020); Yarg. 14. HD, T. 2.6.2014, E. 2014/3350, K. 2014/7241 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T. 9.10.2020); Yarg. 3. HD, T. 4.5.2004, E. 2004/3539, K. 2004/4583 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T. 9.10.2020).

¹⁰⁴ Yarg. 14. HD, T. 10.10.2018, E. 2016/4156, K. 2018/6555 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020) ; Yarg. 20. HD, T. 21.6.2018, E. 2017/3593, K. 2018/4728 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020).

¹⁰⁵ Yarg. 1. HD., E. 1998/9647 K. 1998/10220 T. 01.10.1998. (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020).

¹⁰⁶ Yarg. HGK, T. 20.6.2001, E. 2001/1-516, K. 2001/532. (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 30.09.2020).

¹⁰⁷ Yarg. 14. HD, T. 13.11.2018, E. 2016/8204, K. 2018/7742. (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020).

bir koruma ancak esasa ilişkin yargılama sonucunda elde edilecek bir kesin hükümle sağlanabilir.

Davacının önceki davadan feragat etmiş olması yargılamaya konu müdahaleye ilişkin tekrar dava açılmasını engellemeyecektir. HMK m. 311 hükmüyle feragat ve kabule kesin hüküm etkisi tanınmış olsa da el atmanın önlenmesi davası özel durumu sebebiyle bu noktada farklılık göstermektedir. Mülkiyet hakkına gerçekleşen müdahale devam ettikçe mülkiyet hakkının sağladığı yetkilerin ve dolayısıyla mülkiyet hakkının ihlali bir nevi yenileniyor olacağı için el atmanın önlenmesi davası feragatten sonra da açılabilir. Öyle ki kesin hüküm ancak hüküm anındaki durumu karara bağlar ve müdahale devam ettiği sürece yeni bir ihlal söz konusudur.¹⁰⁸ Burada dikkat edilmesi gereken husus feragatin müdahaleye rıza olarak yorumlanıp yorumlanamayacağıdır. Zira malikin rıza gösterdiği müdahaleler daha önce de açıklandığı üzere rıza devam ettiği sürece haksız nitelikte olmayacaklar ve dolayısıyla önlenemeyeceklerdir. Malikin rızasını geri alarak dava açması her zaman mümkünse de malikin davranışının hakkın kötüye kullanılması olarak yorumlanacağı ya da dürüstlük kuralıyla çeliştiği durumlarda böyle bir talebin hukuk düzenince kabul görmeyeceği unutulmamalıdır. Öte yandan HMK m. 307 hükmünde düzenlenen feragat değil de m. 123 hükmünde yer alan davanın geri alınması söz konusu ise davacının söz konusu davayı tekrar açabileceği noktasında tereddüt yoktur.¹⁰⁹

B. Yargılama Sonunda Kurulan Hükümün İcrası

El atmanın önlenmesi davası sonucunda kurulan hükümün nasıl icra edileceği icra hukukunu ilgilendiren bir problemdir. Cebri icraya elverişli bir hükümden bahsedebilmek için verme, yapma veya yapmama şeklinde bir emir içeren esasa ilişkin nihai bir karar gereklidir.¹¹⁰

¹⁰⁸ Yarg. 1. HD, T. 17.04.2006, E. 2006/3245, K. 2006/4318. (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 30.09.2020).

¹⁰⁹ Pekcanitez, s. 426. Davacının davadan feragat mi ettiği yoksa davasını geri mi aldığı davacının kullandığı ifadelerle bağlı kalınmaksızın beyanlarının yorumlanması suretiyle incelenerek tespit edilmelidir. (Yarg. 17. HD, T. 18.06.2018 E. 2015/12284, K. 2018/6018 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020)).

¹¹⁰ Çiğdem Yazıcı Tıktık, “Bir İşin Yapılmasına veya Yapılmamasına İlişkin İlâmların İcrası”, DÜEHFD, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Özel Sayısı, 2015, s. 2738.

Yapma veya yapmamaya ilişkin hükmün hüküm fıkrası icraya konu olur.¹¹¹ HMK m. 305 uyarınca hüküm fıkrasında yer alan hak ve borçlar tavzih yoluyla değiştirilemez. Yargıtay bu çerçevede yalnızca el atmanın önlenmesine hükmedilen hallerde yıkımın tavzih yoluyla hükme dâhil edilemeyeceği kanaatindedir.¹¹² Kanımızca bu şekilde yalnızca el atmanın önlenmesine hükmedilen hallerde HMK m. 297/2 hükmüyle gerekli kılınan tarafların borç ve haklarının “açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde” gösterilmiş olması koşulunun varlığından bahsedilemeyecektir. Bu şekilde icra kabiliyeti olmayan bir ilamın icrasının da yorum, tahmin, takdir yoluyla sağlanması kabul edilmemektedir.¹¹³ Öte yandan ilamda yıkıma hükmedilen hallerde hükümde açıkça belirtilmemiş olsa bile icra müdürünün yıkım sonucu ortaya çıkan malzemelerin götürülmesini de sağlayabilmesi gerektiği; aksi takdirde sağlanan hukuki korumanın yeni bir külfet doğurmuş olacağı doktrinde ifade edilmektedir.¹¹⁴

İlamların icra edilebilmeleri için kesinleşmiş olmaları HMK m. 350 ve m. 367 uyarınca kural olarak şart değildir. Bu genel kural yapma veya yapmamaya ilişkin ilamlar için de geçerlidir.¹¹⁵ Bununla beraber HMK m. 350/2 ve m. 367/2 hükümlerinde istisnai olarak kesinleşmeden uygulanamayacak ilamlar sayılmıştır. Hükmün konusu kesinleşmeden icraya konulamayacak bu istisnai hallerden birisi olmadıkça hüküm kesinleşmesi beklenmeksizin icra edilebilir.¹¹⁶ Bu istisnalardan konumuzla ilgili olanı taşınmaz mal ile ilgili aynı haklara ilişkin hükümlerdir. El atmanın önlenmesi davası sonunda alınan kararın bu çerçevede kesinleşmeden icra

¹¹¹ Yazıcı Tıktık, **a.g.e.**, s. 2738.

¹¹² Yarg. 12. HD, T. 8.3.2002, E. 2002/2902, K. 2002/4783 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 28.08.2020). Aynı yönde el atmanın önlenmesi kararının kal’i kapsamadığı hakkında: Yarg. 12. HD, T. 2.5.2005, E. 2005/6252, K. 2005/9369 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 28.08.2020) Paralel şekilde aydınlığa vaki müdahalenin önlenmesine karar verilmişken müdahaleye konu kapının kapatılması (Yarg. 12. HD, T. 14.6.1994, E. 1994/7363, K. 1994/7931 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 28.08.2020)) ya da yerin kullanma şeklinin meskene dönüştürülmesine hükmedilmişken ara duvarların örülmesi ve camkanın kaldırılması (Yarg. 12. HD, T. 24.1.1994, E. 1994/453, K. 1994/756 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 28.08.2020)) mümkün değildir.

¹¹³ Yarg. HGK, T. 19.3.2003, E. 2003/12-90, K. 2003/92 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 28.08.2020).

¹¹⁴ Yazıcı Tıktık, **a.g.e.**, s. 2760-2761. İlamda belirtilen işin devamı niteliğindeki bu işlerin de ilam kapsamında değerlendirilmesi borçluyu ayrı bir yük altına sokacağı için ilamın bu şekilde genişletilememesi gerektiği yönünde bkz. Mine Akkan, **Bir İşin Yapılmasına Veya Yapılmamasına İlişkin İlamların İcrası**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 231.

¹¹⁵ Akkan, **a.g.e.**, s. 139.

¹¹⁶ Yazıcı Tıktık, **a.g.e.**, s. 2744.

edilebilip edilemeyeceği ayrıca tespit edilmelidir. El atmanın önlenmesi hükmünün söz konusu istisna kapsamında kalması davanın taşınmazın aynına ilişkin olmasını gerektirir.¹¹⁷ Buna göre örneğin taşınmaz aynının ihtilafı olmadığı fuzuli işgal sebebine dayanan el atmanın önlenmesi talebi bu kapsamda kalmayacak ve bu davaya ilişkin kurulan hüküm, hükmün kesinleşmesi beklenmeksizin icra edilebilecektir.¹¹⁸ Aynı şekilde örneğin sürekli ve yüksek sesli gürültü ya da rahatsız edici koku şeklinde ortaya çıkan müdahaleleri konu alan hükümler de bu kapsamda henüz kesinleşmeden icra edilebilirler.

Daha önce de belirtildiği gibi el atmanın önlenmesi davasında talep edilen husus bir şeyin yapılması veya yapılmamasıdır. Bir işin yapılmasına veya yapılmamasına ilişkin ilamlar İİK¹¹⁹ m. 30 hükmünde düzenlenmiştir.¹²⁰ Söz konusu hükümde bir işin yapılmasına – yapılmamasına ilişkin ilamlar ve başka bir kişi tarafından yerine getirilebilecek – getirilemeyecek ilamlar olmak üzere iki ayrım bulunmaktadır. Bir işin yapılmasına ilişkin bir ilamda mahkemenin borçluyu belirli bir işi yapmaya mahkûm etmesi söz konusu olur.¹²¹ Bir işin yapılmaması mevzu bahis olduğunda ise borçlunun ya bir davranışta bulunmamasından ya da bir davranışa katlanmasından bahsedilir.¹²² Burada bir durumun oluşmamasını veya bir durumun ortadan kaldırılmasını konu alan davranışlar söz konusudur.¹²³

Bir işin yapılmasına ilişkin ilamın konusunun başkası tarafından da yerine getirilebilir nitelikte olup olmaması takip edilecek icra usulünü etkileyeceği için yapma yükümlülüğü içeren bir hükmün icrası öncelikle bu sınıflandırmayla ilişkilidir.¹²⁴ Başkaları tarafından da yerine getirilebilecek işler borçlunun kişisel yetenek veya özelliklerinin gereği gibi ifa yönünden elzem nitelikte olmadığı

¹¹⁷ Yazıcı Tıktık, **a.g.e.**, s. 2745; Yarg. 12. HD, T. 20.6.2012, E. 2012/4545, K. 2012/21534 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 28.08.2020).

¹¹⁸ Yarg. 12. HD, T. 20.6.2012, E. 2012/4545, K. 2012/21534 (Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 28.08.2020).

¹¹⁹ **R.G.** T. 19.6.1932, S. 2128.

¹²⁰ Bir eda hükmünün İİK m. 30 uyarınca icra edilebilmesi için İİK m. 24-29 ve m. 31-32 hükümleri kapsamında yer alması gerekir. (Erdoğan, **a.g.e.**, s. 152)

¹²¹ Baki Kuru, **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2013, s. 973.

¹²² Eren, **Borçlar Genel**, s. 102.

¹²³ Akkan, **a.g.e.**, s. 269.

¹²⁴ Bir şeyin yapılmasını konu alan ilamların icrası ilamdaki işin aynen yapılmasının esas olması itibarıyla aynı icradır. (Kuru, **a.g.e.**, s. 973)

işlerdir.¹²⁵ Başkaları tarafından yerine getirilebilecek işlerin karşısında borçlunun şahsen yerine getirmekle yükümlü olduğu işler yer alır. El atmanın önlenmesi davaları yönünden, özellikle taşınmazların korunması söz konusu olduğunda, böyle bir işi konu alan bir ilamla karşılaşmak oldukça güçtür. Zira bu durumlarda borçlunun yükümlü kılındığı işler bir duvarın inşası veya ağaçların budanması gibi kimin gerçekleştirdiğinden çok elde edilen sonucun önem tanıdığı işlerdir. Taşınmazı müdahaleye uğrayan ve bu sebeple mülkiyet hakkının sağladığı yetkilerden tam olarak faydalanamayan davacı yargılama sonunda elde ettiği ilamın icra edilmesiyle bu müdahalenin ortadan kaldırılmasını ve söz konusu yetkilere tekrar kavuşmayı ummaktadır. Müdahalenin kim tarafından ortadan kaldırıldığı onun açısından bir önem taşımayacaktır.

El atmanın önlenmesi davası açarak yapma niteliğinde bir hareket ile başkası tarafından da yerine getirilebilecek bir işi konu alan bir hüküm elde eden malik öncelikle bu ilamı icra dairesine verecek ve İİK m. 30/1 uyarınca borçluya söz konusu işi belirtilen zamanlarda yapması icra emri ile emredilecektir. Borçlu bu emre uygun davranmazsa İİK m. 30/2 uyarınca söz konusu işin masrafları bir bilirkişiye takdir ettirilecek ve alacaklının bu masrafların daha sonra kendisine verilmek üzere kendisinden alınması ya da borçlunun mallarının haczettirilerek bu masrafların karşılanması ihtimalleri arasından yapacağı seçime uygun şekilde hüküm üçüncü bir kişiye icra ettirilecektir.¹²⁶

El atmanın önlenmesi davası sonunda kurulan hükümle davalının bir davranışı yapmamasına da hükmedilmiş olabilir. Daha önce de belirtildiği gibi bir işin yapılmaması ya bir davranışta bulunulmaması ya da bir davranışa katlanılması şeklinde ortaya çıkar.¹²⁷Yapılmaması veya kaçınılması gereken davranış hükmün icra kabiliyeti olmasının gereği olarak tüm unsurlarıyla açıkça gösterilmelidir.¹²⁸ Hükmedilen edim olumlu bir davranışın sergilenmesini gerektiriyor olsa bile esas niteliği itibarıyla yapmama borcu niteliğinde olabilir.¹²⁹ Özellikle borçlunun bir

¹²⁵ Yazıcı Tıktık, **a.g.e.**, s. 2761; Akkan, **a.g.e.**, s. 194.

¹²⁶ Alacaklının o işi kendisinin yapmasının veya icra dairesini dışarda bırakarak alacaklının seçeceği üçüncü kişinin o işi yapmasının mümkün olmadığı yönünde bkz. Akkan, **a.g.e.**, s. 207.

¹²⁷ Eren, **Borçlar Genel**, s. 102.

¹²⁸ Akkan, **a.g.e.**, s. 268.

¹²⁹ Akkan, **a.g.e.**, s. 198.

değişiklik yaratması veya değişikliğe engel olması gerektiğinde durum böyledir.¹³⁰ Örneğin üst hakkı sahibinin hakka konu taşınmaz üzerinde inşaat yapmasını engellemek isteyen malik taşınmazın hala kendisine ait olan kısmı üzerinde bir duvar inşa ederek taşınmazın o kısmının kullanımını zorlaştırmışsa ve bu müdahaleye karşı açılan davada malikin üst hakkı sahibinin inşaatını engellememesine hükmedilmişse bu hükmün gereğinin yerine getirilmesi duvarın yıkılması şeklinde olumlu bir edimi gerektirse de esas olarak engel olmama görünümünde bir yapmama yükümlülüğünü konu almaktadır. Benzer şekilde rahatsız etmeme yükümlülüğü uyarınca ses yalıtımı yaptırılmasına¹³¹ veya bacalarda belirli nitelikte filtrelerin kullanılmasına hükmedilmesi hallerinde de durum böyledir.

İlam hükmü borçlunun kendisi veya üçüncü bir kişi tarafından yerine getirildikten sonra borçlu ilamın hükmünü ortadan kaldıracak bir eylemde bulunursa İİK m. 30/4 sayesinde yeni bir yargılamaya veya ilama gerek olmaksızın önceki ilam tekrar icra edilir.¹³² Bunun için ilamın aynı borçlunun davranışı sonucu ortadan kalkmış olması aranır; yoksa borçlunun müdahalesi olmaksızın öncekiyle benzer veya aynı nitelikte yeni bir müdahale ortaya çıkması halinde yeni bir ilam olmaksızın eski ilama dayanarak borçlu icraya zorlanamaz.¹³³ İİK m. 30/4'e dayanarak çıkarılan bir icra emrine karşı borçlunun ilamın zamanaşımına uğradığı iddiasıyla icranın geri bırakılmasını istemesinin mümkün olduğu söylene de¹³⁴ 11.2.1959 tarih ve 10/12 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca taşınmazların aynına dair ilamların zamanaşımına uğramayacaklarının kabul edildiği¹³⁵ gözden kaçırılmamalıdır. Bu husus konumuz olan taşınmazlar açısından ayrıca önemlidir. Daha önce de belirtildiği gibi taşınmaza gerçekleşen el atmanın önlenmesine dair karar füzuli işgal gibi aynı olmayan bir vakaya ilişkin değilse bu ilamlar zamanaşımına uğramayacaklar ve borçlunun ilama aykırı hareketi sebebiyle İİK m. 30/4 uyarınca her zaman tekrar icra edilebileceklerdir.

¹³⁰ Akkan, **a.g.e.**, s. 269.

¹³¹ Akkan, **a.g.e.**, s. 279-280.

¹³² Merdivenlerin temizlenmesi gibi devamlı bir yapma borcu söz konusu olduğunda başlangıçta yerine getirilen hüküm daha sonra yerine getirilmezse de bu hükmeye başvurulabilir. (Bkz. Akkan, **a.g.e.**, s. 237)

¹³³ Akkan, **a.g.e.**, s. 234-235.

¹³⁴ Akkan, **a.g.e.**, s. 236.

¹³⁵ Çevrimiçi: Kazancı, E.T.: 8.10.2020.

Belirtmek gerekir ki bir ihtiyati tedbir kararının icrası bu karar el atmanın önlenmesi davası süresince alınmış olsa ve bir yapma ya da yapmama içerse dahi ilam niteliğin bir belge söz konusu olmayacağı için İİK m. 30 uyarınca gerçekleştirilemez.¹³⁶

VI. Zamanaşımı

Daha önce de belirtildiği gibi el atmanın önlenmesi davası mülkiyet hakkı başta olmak üzere yalnızca aynı bir hakka dayanarak açılabilir olması itibarıyla aynı bir davadır.¹³⁷ Kural olarak aynı hakka dayanan talep ve davalar için herhangi bir zamanaşımı veya hak düşürücü süre öngörülmemiştir. Malikin eşyasından faydalanmıyor olması da (bir başkası eşyanın mülkiyetini zamanaşımı yoluyla kazanmadıkça) bu anlamda herhangi bir hak kaybına sebep olmayacaktır.¹³⁸ Aynı hakların sürekliliği ilkesi gereği bu hakların herkese karşı ileri sürülebilmesini temin eden taleplerden olan el atmanın önlenmesi talebi de bu kapsamda aynı hak var olduğu sürece ileri sürülebilecektir.

Herhangi bir zamanaşımı öngörülmemiş olsa da somut olay bazında açılan davanın dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ediyor olması ve bu sebeple reddedilmesi de gündeme gelebilir.¹³⁹ Müdahalenin uzun süre devam ettiği hallerde bu ihtimal ortaya çıkar. Bu durumlarda mevcut müdahaleye karşı el atmanın önlenmesi davası açılmasının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmediği yalnızca müdahalenin süresiyle bağlı kalınsız somut olayların koşulları ışığında tespit edilmelidir. Malikin müdahalede bulunanda korunmaya değer bir güven oluşturup oluşturmadığı incelenir.¹⁴⁰ Taşınmazın niteliğine, bulunduğu konuma, kullanım şekline, malikin kişisel durumuna ilişkin değişiklikler bu değerlendirmede yol gösterici olacaklardır. Özellikle bu değişiklikler daha önce açılmayan el atmanın önlenmesi davasının şimdi açılmasını haklı gösterecek nitelikterse artık dürüstlük kuralına aykırılıktan

¹³⁶ Yarg. 7. HD, T. 14.3.2006, E. 2006/284 K.2006/721 (Çevrimiçi: Lexpera, E.T.: 30.09.2020).

¹³⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 283; Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 103 vd.; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 75; Ayan, **a.g.e.**, s. 146.

¹³⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. N. 130.

¹³⁹ Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 117; Nomer/Ergüne, s. 197 dn. 46.

¹⁴⁰ Breitschmid/Rumo-Jungo/Arnet/Belser, **a.g.e.**, Art. 641, N. 44.

bahsedilemez. Malikin devam eden müdahaleyi uzun zaman sonra öğrenmiş olması halinde de bu davanın açılması mümkündür.

Öte yandan el atmanın önlenmesi davasının TMK m. 683/2 hükmüne değil de özel düzenlemelere dayandığı durumlarda özel süreler öngörülmüş olabilir. TMK m. 725/2 hükmünde taşkın yapılara ilişkin olarak öngörülen on beş günlük süre buna örnektir.¹⁴¹



¹⁴¹ Meier-Hayoz, **Art. 641 – 654 ZGB**, Art. 641 N. 118; Nomer/Ergüne, s. 197 dn. 46.

SONUÇ

Bu çalışma kapsamında ulaşılan sonuçları şu şekilde özetlemek mümkündür:

1) El atmanın önlenmesi davası malikin taşınır veya taşınmaz bir eşya üzerindeki yetkilerini gereği gibi kullanabilmek amacıyla mülkiyet hakkına dayanarak zarar veya kusur şartı aranmaksızın açabileceği davadır. Bu dava ile malikin müdahale gerçekleşmeden önce sahip olduğu yetkiler yeniden tesis edilmek istenir. TMK m. 683/2 hükmü kapsamında müdahale sebebiyle meydana gelen herhangi bir zarar tazmin edilemez.

2) Malik, hem TMK m. 683/2 hükmüne dayanan el atmanın önlenmesi davasının hem de taşınmaz malikin sorumluluğu başlıklı TMK m. 730/1 hükmünün koşullarının aynı anda gerçekleşmesi halinde bu hükümlerden istediğine dayanarak müdahalenin sona erdirilmesini talep edebilir. Zira bu iki hüküm arasında genel hüküm – özel hüküm ilişkisi yoktur. Kat Mülkiyeti Kanunundaki düzenlemelere aykırılık teşkil eden haksız müdahaleler de TMK m. 683/2 hükmü ile engellenebilirler.

3) El atmanın önlenmesi davasının olumlu koşulu mülkiyet hakkına bir müdahale bulunmasıdır. Çalışmamızın konusunu oluşturan taşınmazlar açısından böyle bir müdahalenin taşınmazın yatay, dikey ve maddi kapsamı içerisinde yer alması gereklidir. Fiziki varlığı bulunmayan taşınmaz ve haklar yönünde ise böyle bir müdahalenin bulunup bulunmadığı hakkın kapsamı çerçevesinde değerlendirilir.

4) Taşınmazın yatay kapsamı onu diğer taşınmazlardan ayıran sınırları, dikey kapsamı malikin bu sınırlar içerisinde üstündeki hava ve altındaki arzdan ne ölçüde yararlanabileceğini ve maddi kapsam ise bu dikey ve yatay sınırlar içerisinde yer alan şeylerden hangilerinin arazinin mülkiyetine tabi olacağını ifade eder. Arazi yönünden yatay kapsam belirlenmiş veya belirlenebilir sınırlarla, dikey kapsam kullanmada yarar ölçütüyle belirlenir. Maddi kapsama ise yasal sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla yapı, bitki ve kaynaklar girer. Tapu kütüğünde ayrı sayfaya kayıtlı bağımsız ve sürekli hakların kapsamı tapu kütüğünde yer alan muhtevaya göre ve kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerin kapsamı bağımsız bölümün fiziki yapısının ve gerek kanunla gerek sözleşmeyle ortak alan olarak tespit edilen yerlerin bir arada değerlendirilmesiyle tespit edilir.

5) Taşınır yapı ve bitkiler ile mecra veya üst hakkına dayanarak taşınmazda bulunan yapılar taşınmazın maddi kapsamı içerisinde yer almazlar. Üst hakkı gibi başka bir aynı hakka tabi olmadıkça haksız inşaat ve taşkın inşaat da maddi kapsam içerisinde yer alırlar. TMK m. 722 hükmündeki şartların sağlanmaması halinde haksız yapının; TMK m. 725/2 hükmündeki şartların sağlanması ve taşkın yapıyı yapanın talepte bulunması halinde taşın yapının TMK m. 683/2 hükmüne dayanarak kaldırılması istenemez. Kaynakların taşınmazın maddi kapsamında bulunmaları ise bulundukları taşınmazın sınırlarını aşıp bir akarsu meydana getirmemelerine ve özel mülkiyete konu olmalarının kamu zararı yaratmamasına bağlıdır.

6) Taşınmaz mülkiyetine gerçekleşen müdahalenin TMK m. 683/2 hükmüne dayanarak önlenmesi için kural olarak müdahalenin mevcut olması, yani gerçekleşmiş ve devam ediyor olması gerekir. Bununla birlikte müdahalenin yakın bir gelecekte muhakkak veya yüksek ihtimalle gerçekleşecek olduğunun anlaşıldığı hallerde istisnai olarak henüz gerçekleşmemiş bir müdahaleye karşı da bu dava açılabilir.

7) Mülkiyet hakkına gerçekleşen müdahalenin malikin kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkilerinden hangisini kısıtladığı bir fark yaratmaz. Müdahalenin önem taşıyan nitelikleri haksız olması ve nesnenin çekilip alınması biçiminde meydana gelmemiş olmasıdır. Müdahalenin haksızlığından anlaşılması gereken ise malikin müdahaleye katlanma yükümlülüğünün bulunmamasıdır.

8) Malikin olumsuz yetkilerini kullanmasının sınırlandığı hallerde katlanma yükümlülüğünden bahsedilir. Katlanma yükümlülüğünün kanundan veya hukuki işlemten doğması mümkündür. Kanundan doğan katlanma yükümlülüklerinin başkaca bir işleme gerek olmaksızın doğrudan veya hak sahibinin talepte bulunmasıyla dolaylı şekilde doğmaları mümkündür.

9) Malikin mevcut müdahaleye katlanma yükümlülüğü bulunup bulunmadığı incelenirken müdahalenin doğrudan veya dolaylı olmasına göre bir ayırım yapmak gerekir. Doğrudan müdahaleler yönünden genel bir katlanma yükümlülüğünden bahsetmek mümkün değildir. Bu sebeple doğrudan müdahaleler, istisnai olarak bir katlanma yükümlülüğü kapsamına girmedikleri sürece haksız niteliktedirler. Bu

istisnai hallere örnek olarak TMK m. 751 hükmünde düzenlenen orman ve mer'aya girme hakkı, TMK m. 753 hükmünde düzenlenen ıztırar hali ve TMK m. 740 hükmünde düzenlenen ağaç dal ve köklerinin taşmasına katlanma yükümlülüğü verilebilir. Taşınmaz maliki, bu maddelerin kapsamına giren hallerde gerçekleşen doğrudan müdahalelere katlanmak zorunda kalacaktır.

10) Buna karşılık dolaylı müdahaleler yönünden TMK m. 737 hükmü ile taşınmazlar arası ilişkilerde müdahale serbestisi kabul edilmiştir. Buna göre bir taşınmazın kullanım şekliyle alakalı olarak ortaya çıkan ve etkilerini başka bir taşınmazda gösteren müdahaleler TMK m. 737/2 hükmüyle tespit edilen sınırı geçmedikleri sürece haksız nitelikte olmayacaklar ve bu sebeple TMK m. 683/2 hükmüyle önlenemeyeceklerdir. Bunun yanında TMK m. 737/2 hükmünde öngörülen sınırı aşmasına rağmen TMK m. 730/2 hükmünde yer alan hukuka uygunluk sebebinin kapsamına giren müdahaleler de TMK m. 683/2 hükmüyle önlenemezler. Zira bu müdahaleler artık haksız değildir.

11) Taşınmazın kullanımı sebebiyle doğmasına rağmen kazı ve yapı işleriyle ilgili müdahaleler ve suların akışıyla ilgili müdahaleler kanunda ayrıca düzenlenmişlerdir. TMK m. 738 kapsamında kalan kazı ve yapı işleri sebebiyle meydana gelen müdahalelerin de TMK m. 737 hükmündeki sınıra tabi olacakları genel olarak kabul görmektedir. TMK m. 742 hükmüyle ise taşınmaz maliklerine suların doğal akışlarını bir diğeri zararına değiştirmeme yükümlülüğü öngörülmüştür. Dolayısıyla malikin, bir başka taşınmazdan kendi taşınmazına doğal yatağında akarak ulaşan suları engellemesi mümkün değildir.

12) Olumsuz müdahaleler ve manevi müdahaleler de TMK m. 737 hükmü kapsamında değerlendirilirler.

13) Taşınmaz mülkiyetine gerçekleşen müdahalenin hukuki bir müdahale olması da mümkündür. Fakat bu durumlarda çoğu kez özel bir düzenleme bulunacağı için TMK m. 683/2 uygulanamaz.

14) İdarenin hukuki müdahale niteliğinde olmayan kamulaştırmasız el atma şeklindeki müdahaleleri de dâhil olmak üzere el atmanın önlenmesi davaları adli yargı kolunda incelenirler. Adli yargı kolunda ise görevli mahkeme, özel düzenleme

bulunmadığı sürece, asliye hukuk mahkemesidir. Taşınmaza gerçekleşen müdahalelerle ilgili olarak özel düzenlemelerin uygulanacağı haller taraflar arasında kira ilişkisi bulunması, uyuşmazlığın kat mülkiyetinden doğması, Kadastro Kanunu kapsamında kadastro mahkemelerinin görevlendirilmiş olması ve uyuşmazlığın tüketici işleminden kaynaklanması halleridir. Yetkili mahkeme ise HMK m. 12 hükmü uyarınca taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi olacaktır.

15) El atmanın önlenmesi davasının davacısı TMK m. 683/2 hükmünde malik olarak zikredilmiştir. Bununla beraber sınırlı ayni hak sahiplerinin de hakları ihlal edildiği ölçüde bu davayı açabileceği kabul edilmektedir. Kamusal otoriteler ise kendi adlarına kayıtlı olan ya da özel kanunlarla verilen koruma yetkilerinin kapsamına giren taşınmazlar yönünden bu davayı açabilirler. Ayrıca devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlere gerçekleşen müdahaleler yönünden Hazine dava açabilir. Mülkiyet hakkına dayanan bir dava olması itibariyle kişisel hak sahibinin bu davayı açması mümkün değildir. Bununla birlikte Yargıtay'ın bir taşınmazdan yararlanan kişilere bu sıfatları itibariyle dava hakkı tanıdığı içtihatları da bulunmaktadır. Yöneticinin ortak alanlara gerçekleşen müdahalelere karşı bu davayı açabilmesi ise ancak kat malikleri kurulunca bu konuda yetki verilmiş olması halinde kabul edilmektedir.

16) Davalı ise kural olarak müdahaleyi gerçekleştiren kişidir. Bununla birlikte müdahaleye teşvik eden, rıza gösteren ya da müdahaleden faydalanan kişilerin de davacı sıfatını taşıyabileceği kabul edilmektedir.

17) Dava hakkının müdahaleye uğrayan taşınmazdan ayrı olarak devredilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla müdahaleye uğrayan taşınmaz dava sürecinde devredilirse devralan kişinin devredenine yerine geçmesiyle yargılamaya devam edilir. Müdahaleye sebep olan eşyanın devredilmesi halinde ise yeni malik de müdahaleyi sürdürürse davaya yeni malike karşı devam edilir. Aksi takdirde dava konusuz kalır.

18) El atmanın önlenmesi davasında davacı dava hakkına sahip olduğunu ve bu hakka gerçekleşen müdahaleyi ispat etmelidir. Doğrudan müdahaleler yönünden müdahalenin haksızlığının ayrıca ispat edilmesi gerekmez. Buna karşılık dolaylı bir müdahale söz konusu olduğunda müdahalenin haksızlığını ispat etmek de davacıya

düşer. Davalı ise bu hususların aksini ya da davacının katlanma yükümlülüğü bulunduğunu ispat etmeye çalışır.

19) Yargılama sonunda kurulan hükümle davalı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya mahkûm edilir. Hüküm kurulurken davalıya en az zarar verecek önlemlerin tercih edilmesi ve alınacak önlemlerin okuyan herkes tarafından açıkça anlaşılabilir şekilde belirtilmesi gerekir. Bir işin yapılmasını veya yapılmamasını konu alan bir hükmün icrası İİK m. 30 hükmü uyarınca yerine getirilir.

20) El atmanın önlenmesi davası aynı bir davadır. Bu niteliği itibarıyla herhangi bir zamanaşımı ya da hak düşürücü süreye bağlanmamıştır. Bununa birlikte müdahalenin uzun süre devam ettiği durumlarda el atmanın önlenmesi davasının TMK m. 2 hükmüne aykırılık teşkil edip etmediğinin incelenmesi gerekir. Ayrıca el atmanın önlenmesi davasının TMK m. 725 hükmünde olduğu gibi özel hükümlerle belirli sürelerle sınırlanmış olması da mümkündür.

KAYNAKÇA

Abik, Yıldız

“Taşınmaz Malikinın Olumlu Müdahaleler Nedeniyle Komşulara Karşı Sorumluluğu”, **EÜHFD**, C. XIV S. 3-4, 2010, s. 145-186.

Acemoğlu, Kevork

Türk Hukukunda Tapu Kütüğüne Kayıtlı Olmayan Gayrimenkullerin Hukuki Durumu, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1965.

Akipek, Jale G.,

“Gayrimenkul Malikinın Mesuliyetinin Kavram ve Mahiyeti”, AÜHFD, C. 11 S. 1-2, 1954, s. 333-370. (Anılış: Kavram ve Mahiyet)

Gayrimenkul Malikinın Mesuliyetinin Hukuki Neticeleri, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1955. (Anılış: Neticeler)

“Türk Hukukunda Kat Mülkiyeti”, **ABD**, C. 23 S.3, 1966, s.475-490. (Anılış: Kat Mülkiyeti)

“Mülkiyetin Anayasa Tarafından Korunması ile İlgili Bir Deneme”, Adalet Dergisi, Y. 58 S. 5, Mayıs 1967, s. 302-310. (Anılış: Deneme)

Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) Birinci Kitap: Zilyetlik ve Tapu Sicili, 2. Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, 1972. (Anılış: Eşya – I)

Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) İkinci Kitap: Mülkiyet, 2. Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, 1973. (Anılış: Eşya – II)

- Akkan, Mine **Bir İşin Yapılmasına Veya Yapılmamasına İlişkin İlamların İcrası**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Antalya, O. Gökhan, **Eşya Hukuku Cilt III Tapu Sicili**, İstanbul, Legal Yayınları, 2018.
- Ataay, Aytekin **Kendi Malzemesile Başkasının Gayrimenkulünde Haksız İnşaat**, İstanbul, Baha Matbaası, 1959.
- Ayan, Mehmet, **Eşya Hukuku – II (Mülkiyet)**, 9. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Aydıncık Midyat, Şirin “Taşınmaz Malikinin İnşaat Faaliyetleri Sebebiyle Komşu Taşınmaz Maliklerine Karşı Sorumluluğu”, **İÜHFİM**, C. LXXV, S. 2, 2017, s. 609-658.
- Ayiter, Nuşin, **Eşya Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, Savaş Yayınları, 1987.
- Başpınar, Veysel, **Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009. (Anılış: Müdahaleler)
- “**Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukuku’nda Mülkiyet Hakkı Teminatı**”, AÜHFD, C. 63 S. 3, 2016, s. 633-638. (Anılış: Mülkiyet Teminatı)
- Baysal, Başak **Haksız Fiil Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2019.
- Bertan, Suad, **Aynî Haklar C. 1**, Ankara, 1976.

Breitschmid, Peter (Hrsg.)/ **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, 2.
Rumo-Jungo, Alexandra Baskı, Zürich/Basel/Genf, Schultess, 2012.
(Hrsg.) (Anılış: Breitschmidt/Rumo-Jungo/*Bölüm Yazarı*)

Büyüksağış, Erdem Eşya Hukukuna İlişkin Hükümlerin Kısmî
Revizyonunu Öngören İsviçre Medenî Kanunu
Öntasarısı'nda Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu,
BATİDER, C. XXIII, S. 4, s. 207-217.

Çalışkan Alican/
Yıldırım, Kaan Can “Taşınmaz Malikinin Salt Malvarlığı Zararlarından
Sorumluluğu”, **Sorumluluk Hukuku 2018**
(**Seminerler**), ed. Başak Baysal, İstanbul, On İki
Levha Yayıncılık, 2019.

Çörtoğlu, İ. Sahir, **Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin**
Kullanılmasının Çevreye Etki ve Sonuçları (MK
661), Ankara, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler
Akademisi Yayınları, 1982. (Anılış: Etki ve
Sonuçlar)

Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılması
(**Kavram – Unsurlar – Uygulama Alanı**), Ankara,
Kadıoğlu Matbaası, 1988.
(Anılış: Aşkın Kullanma)

Doğan, Hüseyin/
Aslan Çataltepe, Özden, “Gürültünün İnsan Sağlığı Üzerine Etkileri”,
Journal of Health and Sport Sciences (JHSS),
Vol.1, No.1-2-3, 2018.

Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan/	Kişiler Hukuku , 8. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006.
Dural, Mustafa/ Sarı, Suat	Türk Özel Hukuku Cilt 1 Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri , 8. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013.
Eren, Fikret,	Mülkiyet Hukuku , 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016. (Anılış: Mülkiyet)
Erdoğan, Ersin	“Yapma Borçlarının İcrası ve Bazı Temel Sorunlar”, ABD , C. 75, S. 2, Y. 2017, s. 145-175.
Erdoğan, Belgin,	Roma Eşya Hukuku , 5. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2012.
Ertaş, Şeref	Eşya Hukuku , 11. Baskı, İzmir, Fakülteler Barış Kitabevi, 2014.
Esener, Turhan/ Güven, Kudret,	Eşya Hukuku , 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.
Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin	“Komşuluk Hukuku Üzerinde (Zarar Verici Taşkınlıklar – Açılan Pencereleer Konusunda” Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Kubalıya Armağan , İstanbul, 1974, s. 563-593.
Giritlioğlu, Necla,	Müdahalenin Men’i (Elatmanın Önlenmesi) Davası , İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1984.
Gürsel, Nurettin	Gayrimenkul Mülkiyetine Tecavüz Ederek Kendi Levazımile Başkasının Arsasına veya Başkasının Levazımile Kendi Arsasına İnşaat Yapmak ve

Komşu Arsasına Tecavüz Eden İnşaat, Ankara, İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik Kollektif Ortaklığı, 1953.

Gürsoy, Kemal Tahir/ Eren, Fikret/
Erol, Cansel, **Türk Eşya Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984.

Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/
Arpacı, Abdülkadir, **Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1991.

Havutçu, Ayşe (ed.)/ Akıncı, Müslüm (ed.)/ Mutlu Dinç (ed.), **Gayrimenkul Davaları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019. (Anılış: Havutçu/Akıncı/Mutlu/*Bölüm yazarı*)

Honsell, Heinrich(Hrsg.)/ Vogt, Nedim Peter (Hrsg.)/ Geiser, Thomas (Hrsg.) **Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch II**, 4. Baskı, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011. (Anılış: Honsell/Vogt/Geiser/*Bölüm yazarı*)

İnal, Emrehan, “Haksız Yapı Kavramı ve Haksız Yapının Kaldırılması”, **İÜHFM C. LXX, S. 1**, 2012.

İşgüzar, Hasan, “Taşınmaz Mülkiyetinin Tapu Sicilinde Görünmeyen Kısıtlamaları”, **Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 99-119.

Karadeniz-Çelebican, Özcan, **Roma Eşya Hukuku**, 3. Basım, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006.

- Kaya Kızılırmak, Cansu “Baz İstasyonları ve Komşuluk Hukukundan Doğan Elatmanın Önlenmesi Davası”, **Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu Cilt 1**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 239-270.
- Kırca, Çiğdem “Zorunlu İrtifakların Hukuki Niteliği”, **AÜHFD**, C. 54 S. 4, 2005, s. 65-76.
- Kocabaş, Gediz **Sözleşmeden Doğan Geçit Hakkı**, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011 (Yayımlanmamış Doktora Tezi).
- Koschaker, Paul/ Ayiter, Kudret, **Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1977.
- Kuru, Baki **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2013.
- Meier-Hayoz, Arthur **Berner Kommentar**, Band IV Das Sachenrecht, 1. Abteilung Das Eigentum, 2. Teilband Grundeigentum I Artikel 655 – 679 ZGB, 3. Baskı, Bern, Verlag Stämpfli&CIE, 1965. (Anılış: Art. 655-679)
- Berner Kommentar**, Band IV Das Sachenrecht, 1. Abteilung Das Eigentum, 3. Teilband Grundeigentum II Artikel 680 - 701 ZGB, 3. Baskı, Bern, Verlag Stämpfli&Cie AG, 1975. (Anılış: Art. 680-701)
- Berner Kommentar**, Band IV Das Sachenrecht, 1. Abteilung Das Eigentum, 1. Teilband Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen Artikel 641 – 654 ZGB, 5. Baskı, Bern, Verlag Stämpfli&Cie AG, 1981. (Anılış: Art. 641 – 654)
- Nomer Ertan, Füsun **Haksız Rekabet Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

- Nomer, Halûk /
Ergüne, Serkan,
Eşya Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2018.
- Oğuzman, Kemal/
Barlas, Nami
Medeni Hukuk, 20. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Oğuzman, Kemal/ Seliçi,
Özer/
Oktay-Özdemir, Saibe,
Kişiler Hukuku, 8. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005. (Anılış: Kişiler)
- Oğuzman, Kemal/
Özer/
Oktay-Özdemir, Saibe,
Eşya Hukuku, 21. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018. (Anılış: Eşya)
- Onar, Sıddık Sami,
“Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukukunun Bir Kısmının Codification’u Mecelle”, **İÜHFM**, C. 20 S: 1-4, 1955.
- Öcal, Bahar,
“Roma Hukukunda Taşınmaz Lehine İrtifaklara İlişkin Davalardaki (*Actio Confessoria* ve *Actio Negatoria*) Temel Sorunlar”, **AÜHFD** C. 59 S. 3, 2010.
- Örücü, Esin
Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1976.
- Petek, Hasan,
Taşınmaz Malikinin Hukuka Uygun Taşkınlıklardan Sorumluluğu, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005.
- Reisoğlu, Safa,
“Tapu Siciline Kayıtlı Olmayan Gayrimenkullerde Zilyedlerin Gasba Karşı Himayesi”, **Adalet Dergisi**, C. 49 S.1, 1958, s. 45-62. (Anılış: Himaye)

- Rey, Heinz **Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum**, 3. Aufl., Bern, Stämpfli Verlag, 2007.
- Saymen, Ferit H/
Elbir, Halid K., **Türk Eşya Hukuku Ayni Haklar**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1954.
- Schmid, Jörg/
Hürlimann-Kaup, Bettina **Sachenrecht**, 4. Aufl. Züric, Schultess Verlag, 2012.
- Serozan, Rona **“Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”**, MHAD C. 11 S. 14, 1977, 93-112.
(Anılış: Kişilik)
- “Mülkiyet Hakkının Özü, İşlevi ve Sınırları”**, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan, C: I, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982. (Anılış: Mülkiyetin Özü)
- “Komşunun Arsasına Taşan Yapı”**, İÜHFM C. XLII S. 1-4, 1977, s. 359-375. (Anılış: Taşan Yapı)
- Sirmen, A. Lâle **“Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasında Çevre Etkileri Yaratan Müdahalelerden Dolayı Malikin Sorumluluğu”**, AÜHFD, C. 40, S. 1, 1998, s. 281-306
(Anılış: Çevre Etkileri)
- Eşya Hukuku**, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
(Anılış: Eşya)
- Tandoğan, Halûk, **Türk Hukukunda Mecralar**, AÜHFD C. 9 S. 3, 1952, s. 135-165. (Anılış: Mecralar)

Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk
Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 1981.
(Anılış: Kusursuz Sorumluluk)

Tekinalp, Ünal,

Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul, Vedat
Kitapçılık, 2012.

Tekinay, Selahattin Sulhi,

Eşya Hukuku Cilt 1, 3. Baskı, İstanbul, Fakülteler
Matbaası, 1978 (Anılış: Eşya)

Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri II/1, İstanbul,
Filiz Kitabevi, 1988. (Anılış: Takyitler)

Kat Mülkiyeti II/2, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1991.
(Anılış: Kat Mülkiyeti)

Tekinay, Selahattin Sulhi/
Akman, Sermet/
Burcuoğlu, Halûk/
Altop, Atilla,

Eşya Hukuku Cilt 1, 5. Baskı, İstanbul, Filiz
Kitabevi, 1989.

Topuz, Murat

Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti,
Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.

Tuor, Peter/
Schnyder, Bernhard/
Schmid, Jörg

Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl.,
Zürich, Schulthess Verlag, 2009.

Uluslan, İlhan,

Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi ve Uygulama Alanı, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.

Üstündağ, Saim,

Tapu Kütüğünün Tashihi Davası, İstanbul, Baha Matbaası, 1959.

Yazıcı Tıktık, Çiğdem

“Bir İşin Yapılmasına veya Yapılmamasına İlişkin İlâmların İcrası”, **DÜEHFD**, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanite’e Armağan Özel Sayısı, 2015, s. 2735-2776.

Zevkliler, Aydın

Gayrimenkul Sınır İhtilafları, Ankara, Pars Matbaası, 1976.

(Anılış: Sınır İhtilafları)

İmar Kurallarına Aykırı ve Zarar Verici İnşaat, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982.

(Anılış: Zarar Verici İnşaat)

Komşuluk Hukukunda Taşkın Bitki ve Ağaçlar, **DÜHFD**, C. 2 S. 2, Y. 1984, s. 113-131.

(Anılış: Taşkın Bitki)

Zeytin, Zafer/

Ergün, Ömer

Türk Medeni Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2018.

Çevrimiçi Kaynaklar:

Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası: www.kazanci.com (Anılış: Kazancı)

Legalbank Elektronik Hukuk Bankası: www.legalbank.net (Anılış: Legalbank)

Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi: www.lexpera.com (Anılış: Lexpera)

Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları: www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr (Anılış: Uyuşmazlık Mahkemesi)

