

**GAYRİMENKUL MALİKİNİN MES'ULİYETİNİN
KAVRAM VE MAHİYETİ**

§ 1. Gayrimenkul malikinin mesuliyeti kavramı :

MK. 618/1 umumi olarak “bir şeye malik olan kimse o şeyden kanun dairesinde dilediği gibi tasarruf etmek hakkını haizdir” prensibini koyar. Kanun bununla sarıh olarak olamasa bile zımnen mülkiyet hakkının maliğe bahşeylediği salâhiyetler yanında birçok da mükellefiyetler yüklediğini gösterir. Mülkiyet hakkının muhtevasını teşkil eden bu mükellefiyetlerin çoğu hakiki ve teknik mânasiyle bir vecibe mahiyetinde değildir. Şu mânada değildir ki bunlar maliğe müsbet veya menfi bir edim yüklediği gibi üçüncü şahıslara da bunların icrasını talep salâhiyeti bahşetmez. Bunlar sadece mülkiyet hakkının sınırlarını tesbit ederler. Maliğe şeyini istimal salâhiyetinin bilhassa şeyi üzerindeki fiili tasarruf salâhiyetinin bazı hudutlarla mahdut olduğunu hatırlatırlar⁵. Bununla beraber komşuluk münasebetinden doğanlardan bazılarında kanaatimizce hakiki bir vecibe mahiyeti görülebilir. Meselâ: MK. 666.

Bu mükellefiyetler kanunlar daha doğru bir ifade ile hukuk nizamı tarafından mülkiyet hakkının muhtevasına yükletilen tahditlerden doğar. Bu tahditlerden birçoğu bizzat MK. tarafından konmuş olanlardır: 657 v.d.

Tahditlerden diğer bir kısmı ise âmme hukuku karakterli kanunlardan gelir⁶. Bütün bu tahditler içinde en mühimleri komşular lehine

5) L. Huillier, s. 29 a.

6) Binalar arasında muayyen mesafe bırakılması hakkında 2290 sayılı Belediyeler Kanununun 20 nci maddesi — ki MK. 663 bu hususun zaten hususi kanunlarla tanzim edileceğini öngörmüştü — aynı kanunun yapıda riayet edilmesi lâzım gelen fenni şartlara müteallik olan 24 v.d., 28, 31, 34 v.d. Kuyular hakkındaki 48 ile kanalizasyon hakkındaki 49 uncu maddesi; 1298 tarihli ebniye kanununun 43 ve 44 üncü maddeleri, 1933 tarihli hususi hastahaneler kanununun 17 nci maddesi zikredilebilir.

konan mükellefiyetlerle, MK. 2. den çıkan mükellefiyetlerdir. Zaten hakkın suiistimali müessesesinin en mühim tatbik sahalarından biri de malikin mesuliyeti alanıdır.

Mülkiyet hakkını kullanırken bilhassa şeyini istimal ederken bu mükellefiyetlere riayet göstermeyen malik, bunun neticesinde meydana gelen zararlardan mesuldür. Bu mesuliyet bilhassa gayrimenkulün kullanılırken, işletilirken, istismar edilirken ve sınaî veya zirai bir işletme olarak istimal ederken mevzu bahis olur⁷.

Gayrimenkul malikin mesuliyetine terettüp eden hükümleri düzenleyen MK. 656, kanundaki sair mesuliyet hallerine nazaran daha ağır bir hükmü havidir. Bir kere bu suretle sebebiyet verilen zararların husulünde malikin bir kusuru olup olmadığı araştırılmaz. Bu bakımdan onun mesuliyeti her türlü zarardan mesul tutulan nakliyecininkine benzetilebilir⁸. Bu mesuliyet bir illiyet mesuliyetidir. Maamafih sair illiyet mesuliyeti hallerinden meselâ hayvan tutanın mesuliyetinden (BK. 56) de daha ağırdır. Şu mânada ki malik kurtuluş beyyinesi getirmek imkânından mahrumdur. Diğer taraftan gayrimenkul malikin mesuliyeti bina sahibinin BK. 58 deki mesuliyetinden de daha ileriye gider⁹. Çünkü malik gayrimenkulü üzerindeki binaların¹⁰ fena yapılmış olmasının veya muhafazalarındaki noksanın sebebiyet verdiği zararlardan değil, lâkin gayrimenkul dolayısıyla üçüncü şahıslara ika edilmiş olan bütün zararlardan mesuldür: Meselâ “bir fabrika maliki fabrika bacasından çıkan gürültü ve tozlardan”¹¹; “Kendi evinin yağmur sularının komşusuna sızmasını” önliyecek tedbirler almamasından¹²; Belediyeye ait yoldan “geçen lâğımın iyi bakılmaması yüzünden” yol üzerindeki evlere gelen zarardan¹³; ikamete mahsus bir mahalde büyük mikyasta yetiştirilen hayvanlardan intişar eden kokulardan¹⁴; geceleri komşuların uyku ve huzurunu aşacak derecede yapılan gürültülerden¹⁵ gayrimenkullerin malikleri mes’ul olur.

7) Petitpierre Z.S.R. 1930 s. 77 a. L. HULLIER ZSR 1952, s. 17 a.

8) Wieland t. I, s. 241.

9) Exp. des motifs t. III. s. 72.

10) Bina mefhumu içine nelerin gireceği hakkında bak. 4. Huk. 18.4.1940, 128/938, Tepeci Borçlar Kanunu s. 143.

11) I. Huk. 16.6.1950, 1959/2775, Olgeç Tatbikatta Türk Kanunu Medenisî 1953, s. 6.

12) 3. Huk. 18.9.1950, 9721/5899 ibid.

13) I. Huk. 23.10.1950, 2604/3937 ibid.

14) JT. 1933, s. 80.

15) JT. 1920, s. 25, Dp. 1913. 2. 177.

“Mülkiyet hakkına bağlı salâhiyetlerin çevresi bu hakkın şümulü ile taayyün eder”¹⁶. Bu şümulü aşacak şekilde mülkiyet hakkından doğan salâhiyetlerini bilhassa maddî tasarruf salâhiyetini istimal eden kimse “bir kusur işlemiş olsun veya olmasın”¹⁷ mesul olur. Mesuliyete müteallik bir norm vazeden ve bilhassa muhteva bakımından BK. 58 ile büyük bir müşâbehet arz eden maddenin yeri akti mesuliyetlerden gayri mesuliyet mesailinde umumî bir hüküm mahiyetinde olan BK. 41 v.d. arasında olmalıydı¹⁸. Kanun vazı onu aynı haklar kitabına sokmakla ve bilhassa gayrimenkul mülkiyetinin hükümleri arasında düzenlemekle hem tatbik sahasını sınırlamış, hem de bir taraftan onun istisnâî bir hüküm mahiyetinde olduğunu göstermiştir. Yani kusurun bu mesuliyetin takdirinde ehemmiyetli bir unsur olmadığına bu suretle işaret etmiştir¹⁹. Diğer taraftan malikin mesuliyeti bilhassa aynı haklar sahasındaki mükellefiyetlerine riayet etmemesinin bir neticesi olduğu da maddenin kanun içindeki işgal ettiği mevkiden anlaşılır. MK. 656 nın mevkii ve mahiyeti onun aynı zamanda komşuluk münasebetlerinin ihlâlinin hususî bir tatbik şekli olduğunu gösterir²⁰. Fakat BK. 41 v.d. deki hükümler malîğin mesuliyetinde de umumî bir hüküm olma mahiyetlerini muhafaza ederler. Bu demektir ki MK. 656 da muhtasar bir surette tanzim edilmiş olan bu mesuliyet sahasında da birçok hususlarda meselâ zararlar fiil arasındaki illiyet bağının, zararın, tazminat miktarının tâyini ve tesbitinde daima BK. 42, 43, 44²¹ v.d. deki kaideler tatbik edilir. MK. 656 bu mahiyeti itibariyle BK. nın kusura müstenit mesuliyet esasını benimsiyen BK. 41 v.d. lerine nazaran istisnâî bir mahiyet arzeder. Burada kusurun mesuliyetin tayininde ehemmiyeti yoktur. Bu bakımdan MK. 656 sair kusursuz mesuliyet hallerinden daha fazla objektif mesuliyet esaslarına müstenittir. Çünkü kusursuz mesuliyet hali olarak tavsif edilen sair bütün hallerde hiç olmazsa BK. 55, 56 ve 58 de haksız fiil failine tanınan kurtuluş beyytnesi getirme imkânları az veya çok bir nisbette dahi olsa kusurun bu mesuliyet sahalârında bir mevkii olduğunu gösterir.

Malikin bu derece sert bir mesuliyete tâbi tutulmasını hakkaniyet prensipleriyle sosyal mülâhazalar olduğu kadar gayrimenkullerin tabîi

16) Expos. des notifs c. III, s. 72.

17) Ibid.

18) Haab s. 373.

19) JT. 1951, s. 133.

20) Haab Commentar, s. 373.

21) I. Huk. 11.5.1939. 2244, Olgâç s. 136.

durumları izah edebilir. Bir kere malik tarafından gayrimenkul dolayısıyla ika edilen zararların husulünde bazan mağdura en ufak bir ihmal bile isnat edilemez. Diğer taraftan mağdur ekseriya bu zarardan kaçınmak veya onu önleyici tedbirleri almak imkânlarından da mahrumdur. Meselâ komşunun bahçesinde yaptığı kazı neticesi arazisi çöken veya evinin temeli sarsılan veya bahçesine kirli sular dökülen bir komşu veya mahalle arasındaki bir imalâthanenin bacasından çıkan kurum veya intişar eden pis kokular dolayısıyla huzuru kaçan bir ev sahibinin durumu göz önüne getirilsin.

§ II. Malikin Mesuliyetinin Tatbik Sahası :

Mülkiyet hakkının muhtevasını tayin eden kanunlar hususi hukuk veya âmme hukuku karakterli olabilir.

A — Mülkiyet hakkına hususi hukuk karakterli kanunlarla yükletilen mükellefiyetler :

1.— Hususi hukuktan doğan tahditler içinde en mühimleri komşuluk münasebetlerinden gelir. Bu münasebetleri tanzim ederken kanun koyucu maliklere muayyen hudutlar dahilinde kalmalarını komşunun hukukun himaye edilen menfaatlerine yani gerek komşu gayrimenkule, gerekse bizzat komşunun şahsına veya menkul mallarına zarar verebilecek olan fiillerden kaçınmalarını emreder. Başka bir ifade ile birbirine bitişik bulunan gayrimenkullere sahip olmak itibariyle bu gayrimenkuller arasındaki tabii bağlılıktan doğan hak ve mükellefiyetlerin, hukuki münasebetlerin nelerden ibaret olduğunu gösterir. Bütün bu münasebetler MK. 661 matlabında “komşuluk hakkı” olarak toplanır. MK. 662, 664, 666, mekle mükellef olduğu müsamağa hududunu da aşmamalıdır. Çünkü 679, 680 de de bunlardan bazıları tahdidi olmamak üzere sayılır. Kanaatimizce 661 in matlabında komşuluk münasebetleri denmiş olsaydı daha münasip olurdu²². Çünkü bu maddelerde sadece komşu lehine tanınmış haklar mevzuubahis değildir. MK. 661 komşuların mülkiyet hakkını istimal ederken riayete mecbur oldukları hususları umumi bir prensip halinde formüle eder. Buna göre komşular yekdiğerine zarar verebilecek her türlü “taşkınlıklardan” kaçınmalıdır. Aynı prensip mülkiyet hakkının bazı hususi istimal tarzları hakkında da tekrarlanır (MK. 662, 665). Bundan sonraki maddelerde de mülkiyet hakkının lâyıki veçhile istimali için zaruri olarak komşu gayrimenkuller üzerinde zararlı tesirlerini his-

22) Zaten bu maddeye tekabül eden fransızca metnin 684. maddesi böyle yaparak “rapport de voisinage” matlabını kullanır.

settirmekle beraber bir tecavüz mahiyetinde telâkki edilemeyecek olan bazı fiiller sayılır: 666, 667. Yani bu hükümleriyle kanun koyucu komşulara birbirine karşı muayyen bazı hak ve vecibeler tanır. Bunlar komşuluk münasebetlerinin kanun tarafından tanzim edilmiş olan kısmıdır. Komşular isterlerse aralarında rızai olarak aynı (irtifak hakkı şeklinde) veya şahsi mahiyette olmak üzere daha geniş salâhiyetler bahsedebilirler. Yahutta kanunun verdiği bu salâhiyetlerden MK. 657 deki şekle uygun olarak feragat veya onları tâdil edebilirler²³.

Komşuluk münasebetleri esas itibariyle bir komşunun mülkiyet hakkını kullanırken diğer komşu gayrimenkul üzerinde husule getirdiği kaçınılması kabil olmayan tesirlere katlanmak vecibesini yükler. Yani komşular bu suretle vaki olan tesirlere müsamaha göstermek mecburiyetindedirler²⁴. Lâkin diğer taraftan mülkiyet hakkını kullanırken birbirine göstermekle mükellef olduğu müsamaha hududu da aşılmamalıdır. Çünkü kanunî dahi olsa nihayet her müsamananın da bir sınırı vardır, komşuluk münasebetlerinde bu hududu aşan fiiller kanun tarafından "taşkınlık" olarak tavsif edilir. Binaenaleyh "bir kimse mülkünü kullanırken... "her türlü taşkınlıktan" çekinmelidir: MK. 661. Eğer çekinmezse mülkiyet hakkını MK. 656 anlamında tecavüz ediyor demektir. Bundan dolayı da gene bu madde gereğince mesuldür. Hangi fiiller aşkın mülkiyet hakkını tecavüz eder mahiyette başka bir ifade ile "taşkındır"? Buna daha aşağılarda temas edeceğiz. Şimdilik şu kadarını söyleyelim ki bu hususta mücerret bir kıstas ileri sürmek, bunu evvelden tesbit eylemek hem imkânsız, hem de maslahata uygun değildir. Her müşahhas hâdisede bunu yine MK. 4 deki takdir hakkına dayanarak ve ihtilâf halinde bulunanların karşılıklı menfaatlerini nazarı itibara alarak hâkim halle-

23) Bu hususta bak. Tev. İçt. 16.5.1951, 6. 19/3. F. Saymen, Türk Medeni Kanunu ikinci bası s. 165.

24) Komşuluk münasebetleri irtifak haklarına müşabih bir mahiyet arzeder, nitekim fertçi ve mutlak bir mülkiyet hakkı anlayışını müdafaa eden bazı Fransız hukukçuları bunları kanunî irtifak hakları olarak tavsif ederler. Bununla da bu tahditlerin mülkiyet hakkını mutlak mahiyetini ihlâl eylemediğini mülkiyetin bünyesine yabancı olduğunu, sonradan hariçten gelme tahditler olduğunu söylemek isterler. Lâkin bu görüş hele bizim hukukumuz bakımından hiçbir suretle kabul edilemez. Çünkü bu tahditler mülkiyet hakkına yabancı olan birtakım istisnalar değildir, bilâkis mülkiyet hakkının muhtevasından çıkan ve aynı şartlar altında bulunan bütün gayrimenkuller hakkında tatbik olunan mutad hükümlerdir. Bu mânada olmak üzere Demogue t. 4, s. 397, Capitant t. I, s. 805. Ripert t. 3, s. 430. 3. Huk. 7.8.1951, 10937/8486: Olguç: Tatbikatta Türk Kanunu Medenisi 1952, s. 170, D. 1907. I. 385.

decektir.²⁵ Fakat kanunda bu hususta hâkime yol gösterici bazı tutamaklar da vardır: “Gayrimenkulün mevkii ve mahiyeti ve mahalli örfe göre komşular arasında hoş görülmiyecek dereceyi geçen” fiiller taşkındır. Görüldüğü gibi bunu tâyinde en büyük rol “mahalli örf ve âdete” kalmaktadır: MK. 661/II.

Şu halde komşular arasında MK 661 gereğince gösterilmesi icabeden normal müsamaha hudutlarını aşmak suretiyle²⁶ onlara zarar ıka eden, onların mülkiyet haklarını ihlâl eden gayrimenkul maliki bundan dolayı mesuldür (MK 656). MK 661, MK 656 nın hususi bir tatbik şeklini ve belki de en fazla tatbik edilenini teşkil eder²⁷. Hattâ MK 661 malikin mesuliyetinin şartlarını tesbit etmek suretiyle kanaatimizce 656 yı tamamlar. MK 656 gayrimenkul dolayısıyla başkalarına zarar veren malike karşı üçüncü şahısların haiz olabilecekleri talep haklarını gösterir. MK 661 ise komşular arasında MK 656 da sayılan talep haklarını harekete getirecek olan zararlı fiillerden bazılarını sayar. Bu sayış tahdidî değildir. Hayatın bilhassa teknik ve sanayinin terakkisi ile çok yakından ilgili olan böyle bir meselede tahdidî bir ifade kullanmak gerçekliğe olduğu kadar menfaat ihtilâflarına da muhalif düşerdi. MK. 656 sadece gayrimenkul maliklerinin gayrimenkullerini işletirken veya istismar ederken yapacakları taşkınlıklarla komşularına zarar vermeleri halinde değil, fakat MK 662, 664, 666 mucibince mükellef oldukları bazı hususî vecibelerin ihlâli halinde de uygulanır²⁸. Malik sadece komşular lehine hukuk nizamı tarafından konan takyitleri kanunî komşuluk haklarını ihlâl eylediği hallerde MK 656 ile tanzim edilen ağır mesuliyet kaidelerine tâbi olur. Eğer komşular birbirlerine karşı gerek aynı ve gerekse şahsî neticeler tevhit edici mukavelelerle daha geniş salâhiyetler veya kanunen öngörülmemiş olan diğer bazı haklar daha tanımışlarsa bunların ihlâli suretiyle verilen zararlar hakkında artık MK 656 uygulanmaz. Çünkü bu vaziyetlerde bir mukavele hükmünün yerine getirilmemesi, mukavelelerin ihlâli mevzuubahistir ve bu hususta da BK da aynı ve hususî hükümler vardır : BK. 96 v.d.²⁹.

Komşu mefhumunu dar bir mânada anlamamalıdır. Komşuluk münasebetleri sadece yekdiğerine bitişik gayrimenkuller arasında mevzuubahis olmaz³⁰.

25) JT. 1953, s. 593.

26) Cass. D. 1907. I. 385; JT. 1922 s. 80, Bordeaux D. 1905, 2. 49.

27) Thilo JT. 1929 s. 2; Expo. des Motifs, t. 3, s. 484.

28) Göktürk s. 618; Tuor s. 484.

29) Aynı mânada L’Huillier. ZSR 1952, s. 8 a.

30) JT. 1943 s. 446; JT. 1953, s. 593, CURTİ c. II. s. 360.

a) Gayrimenkulden icra edilen maddî tasarrufların tesirlerini gösterebilecekleri bir saha içinde bulunan bütün gayrimenkuller bu mefhum içine girer.

b) Komşu mefhumuna sadece komşu gayrimenkul üzerinde bir mülkiyet hakkını haiz olanlar değil, orada gerek aynı, gerekse şahsî bir hakka sahip olanlar da dahildir³¹.

c) Komşuluk kavramı gayrimenkul üzerindeki mahdut aynı hak sahiplerini de içine alır mı?

Meselâ başkasının arazisinden geçit irtifak hakkına sahip olan bir arsa sahibi bu geçit hakkını kullanmasına mani olacak şekilde yaptırdığı inşaat ve kazılardan dolayı malik aleyhine MK 656 ya istinatla tecavüzün önlenmesini isteyebilir mi? Yahutta gayrimenkul üzerinde bir intifa hakkı tesis etmiş olmasına rağmen gayrimenkülü MK 745 v.d. ihlâfına olarak istimal etmekte devam eden malike karşı MK 656 dan doğan talep hakları kullanılabilir mi? Kanaatimizce hayır³². Mahdut aynı haklar mülkiyet hakkının muhtevasına kanun tarafından konmuş olan tahditler değildir. Bunlar malikin kendi rıza ve arzusu ile ve kendisi için faydalı gördüğü bazı saiklerle mülkiyet hakkının bahşeylediği salâhiyetlerin bazılarından umumiyetle bir ivaz karşılığı yaptığı fedakârlıklardır. Bunlar kanun tarafından hususî bir tanzim tarzına tâbidir. Aynı haklardan çıkan vecibelerin malik tarafından ihlâlî hattâ ihlâl edilen irtifak hakları kanunî irtifak hakları dahi olsa alacaklı ancak mukavelelerin ihlâlîni tanzim eden ve umumî bir prensip mahiyetinde olan BK. 96 v.d. ile MK 710 ve MK 717 v.d. dayanarak mukavele hükümlerinin yerine getirilmesini ve icabı halinde tazminat ödenmesini isteyebilir³³. Maamafih eğer irtifak hakkı sahibiyle gayrimenkul maliki arasında komşuluk münasebetlerinin mevcudiyetini kabul ettirecek bazı hususî ve müşahhas münasebetler varsa meselâ üst ve kaynak hakkı sahibiyle arzin maliki arasında bu hakların mahiyeti icabı böyle bir münasebetin varlığı kabul olunabilir. Çünkü üst hakkında yapılan inşaat MK nun mütemmim cüzü kaidelerinin bir istisnasını teşkil eder, ve üst hakkı sahibinin mülkiyetine dahil olur (MK 652). Kaynak hakkında da vaziyet aynıdır³⁴. Böyle bir münasebet MK 632 no. 2. uygun olarak daimî ve müstakil mahiyette olmak üzere tesis edilen aynı hak sahipleriyle bunların üzerlerinde tesis edildiği gayrimenkul maliki arasında da teessüs eder. Bütün bu hallerde gerek

31) Wieland c. I, s. 242; JT. 1949, s. 625; JT. 1933, s. 518 .

32) Aynı mânada L'Huillier. ZSR 1952, s. 10 a.

33) Aynı mânada olmak üzere JT. 1932, s. 47.

34) Wieland C. s. 318.

gayrimenkulün maliki, gerekse bu hakların sahipleri bu mahdud aynı haklara kanun veya mukavele ile atfedilen hususî hükümlerden maada teknik mânada komşu vaziyetinde bulduklarından onlar hakkında da MK 661 v.d. nin ihlâli halinde MK 656 tatbik edilebilir³⁵.

d) Malikin mesuliyeti hakkındaki hüküm, müessesenin mahiyeti icabı bir apartman veya binanın bir katında yapılan maddî fiillerin tesirlerini hemen diğer dairelerde de gösterebileceği bir evin muhtelif katları arasındaki kiracılar ve sükna hakkı sahipleri hakkında da uygulanır³⁶. Bu MK 656 nın konuluş gayesine uygun olan bir tefsir tarzıdır. Çünkü aksi halde apartmanlardaki müşterek hayat çekilmez bir hale gelirdi. Bu vaziyetlerde eğer MK 656 tatbik edilmezse apartmanlarda tahammülün hududunu aşacak derecede gürültü yapan veya evdekileri rahatsız edecek derecede pis kokuların intişarına sebep olan bir kiracı hakkında ancak bu fiilin kusurla ika edilmiş olması halinde BK 41 e müsteniden harekete geçilebilirdi³⁷. Federal Mahkeme menfaatler durumunun büyük bir benzerlik arzettiği kat mülkiyetinde muhtelif kat malikleri hakkında da MK 656 nın tatbik edileceğini kabul etmişti³⁸.

e) Sadece hakiki şahıslarla hususî hukuk hükmü şahısları değil, lâkin âmme hükmü şahısları da komşuluk münasebetlerini tanzim eden MK 661 v.d. deki kaidelere riayetle mükelleftir. Malik sıfatıyla hareket eden devlet, belediye ve köyler bu haklarını kullanırken bu hudutları aşarlarsa onlar da MK 656 ya tâbi olurlar³⁹.

II. Gayrimenkul mülkiyetine daha geniş çevreler menfaatine konan takyitlerin ihlâli :

Gayrimenkul malikinin mükellefiyetleri yani mülkiyet hakkının muhtevasından çıkan takyitler yalnız komşular lehine olarak kendisine yüklettiğienlere inhisar etmez. Malikin üçüncü şahıslara hattâ camiaya karşı da bazı vazifeleri vardır. Acaba bunları ihlâl eden malik bunlardan zarar görenlere karşı da MK 656 gereğince mesul müdür?

a) Medenî Kanun 675, 679, 677. maddeleriyle sayılan hallerde herkese başkasının arazisine girme salâhiyetini tanıır. Yani bu hallerde MK

35) Aynı mânada L'Huillier ZSR 1952, s. 10 a, JT 1943, s. 466.

36) JT. 1949, s. 625; JT. 1933, s. 518.

37) JT. 1914, s. 273 den de böyle bir mâna çıkabilir.

38) JT. 1929, s. 432.

39) JT. 1944, s. 523; 1951 s. 133; I. Huk. 2.9.1935, 3095. Tepeci 1946. s. 130.

618/II ye adetâ bir istisna koyar görünür. Malik mülkiyet hakkına karşı yapılan bu kabil tecavüzlere müsamaha göstermek mecburiyetindedir. Buna rağmen o bu kimselerin arazisine girmesine mümanaat eder, mese-lâ kaçan bir hayvanın sahibine onun tutulması için gayrimenkulü dahiline girmesine haklı bir sebep olmaksızın mümanaat ederse kanunî müsamaha vecibesini ihlâl ediyor, başka bir ifade ile mülkiyet hakkını tecavüz ediyor demektir. Bundan dolayı da kanaatimizce meselâ gayrimenkul sahibinin mümanaatı yüzünden hayvanını yakalayamıyan malığın zararına MK 656 ya göre tazmin ile mükellef olmalıdır. Her nekadar L'Huillier bunun MK 656 nın gayesini aşacağını söyleyerek "kanunun MK 679, (TMK 656) ile sadeec komşuyu himaye etmek istediğini bu madde anlamında aşkın tecavüzün her zaman için komşu gayrimenkule vaki bir tecavüzden ibaret" olduğunu söylemekte ise de⁴⁰ biz bu görüşe iştirâk edemiyoruz. Bir kere maddenin kanundaki mevkii böyle bir tefsire manidir. Eğer MK 656 ile sadece komşular himaye edilmek istenmiş olsaydı maddenin komşuluk münasebetlerinden sonra veya hiç olmazsa o münasebetleri tanzim eden taksimat içinde yer alması icap ederdi. Halbuki asıl metnin matlaplar arasındaki taksimatı⁴¹ bunun böyle olmadığını gösterir. Gayrimenkul mülkiyetinin hükümlerine mütedair olan ikinci faslın ilk maddesi 644 ün (TMK 618) matlabı "A., harfi altında gayrimenkul mülkiyetinin şümulünden bahsetmekte ve I - V rakamı altındaki taksimatta bu hakkın şümulünü göstermektedir. Mesuliyete müteallik olan İMK 679 (TMK 656) uncu madde V. numarası altında olup "A., kısmına dahil taksimatın son maddesini teşkil etmektedir. Bundan sonra gelen İMK 680. maddenin (TMK 657) matlabı ise "B., harfi altında gayrimenkul mülkiyetinin takyitlerinden bahsetmekte, komşuluk hakkına dair olan İMK 684 (TMK 661) de üçüncü rakamı altında bulunmaktadır. Kanun koyucu bununla da gayrimenkul malikinin gayrimenkulü dolayısıyla kanunî mükellefiyetlerini aşarak ika eylediği bütün zararlardan mes'ul olduğunu göstermek istemiştir. Çünkü gayrimenkul malikinin mesuliyeti hakkındaki MK 656 nın gayesi L'Huillier'in bu defa haklı olarak bahsettiği gibi maliki mülkiyet hakkının hudutları içinde kalmaya icbar etmektedir⁴².

40) ZSR 1952, s. 16 a.

41) Bilindiği üzere Medeni Kanunun matlaplarındaki taksimat kanunumuza alınmamıştır. Muhtelif şahıslar tarafından hususî olarak neşredilen medeni kanunların bazılarında mevcut olan bu taksimat o şahıslar tarafından yapılmıştır.

43) Sge. s. 10 a.

b) Kanaatimizce aynı düşünce gayrimenkulünü kullanırken malikin mülkiyet hakkını tecavüz ederek sair üçüncü şahıslara verdiği zararlar hakkında da varittir. Filhakika herkes kendisine tanınan hakları başkasının hukukî çevresine tecavüz etmemek şartıyla dilediği gibi kullanır. Başkalarının hukukî çevresi başka bir ifade ile hakkının hududu kanun marifetiyle tesbit ve tayin edilir: Teş. Es. K. mad. 68/II; buna benzer bir ifadede zaten MK 618/II de de mevcuttur. Birçok kanunlarda mülkiyet hakkının bu hududunu tayin eden kaideler vardır. Fakat bütün bunlar yanında hukuk nizamımızın umumî bir hüküm mahiyetinde olan Teş. Es. K. mad. 68/I den çıkan mânaya göre mülkiyet hakkını kullanırken malik başkasına muzır olmayacak her türlü tasarrufları yapmakta serbesttir. Gayrimenkulünü kullanırken başkasına zarar iras eden malik herkes karşısında mükellef olduğu kanunî hudutlar içinde kalarak şeyini istimal vazifesini ihlâl ve hakkını tecavüz etmiştir. Yani objektif mânada bir haksız fiil işlemiştir. Bunun neticesinde de MK 656 nın hükümlerine tâbi olmalıdır. Federal mahkemede son zamanlarda verdiği bir kararda bu görüşü benimser. İsviçre Yüksek Mahkemesi haklı olarak "İMK 679" (TM K 656) dan çıkan haklar münhasıran komşu maliklere ait değildir. Bunlar bir malikin hakkını tecavüz etmesinden dolayı zarar gören veya görmek tehlikesine maruz kalan herkese aittir" der⁴³.

B. Âmme hukukundan doğan tahditlerin ihlâli :

Acaba âmme hukuku karakterli kanunlara konan takyitlere riayet-sizlikte malikin MK 656 anlamında mesuliyetini icap ettirir mi? Bunun üzerinde durmadan evvel bir hususa işaret etmek istiyoruz. İhlâl edilen bir hükmün bir âmme kanununda veya bir hususî hukuk kanununda yer alması onun mutlaka bir hususî hukuk veya bir âmme hukuku tahdidi mahiyetinde olduğunu göstermiye kâfi değildir. Bir hukuk normunun hususî hukuk veya âmme hukuk normu olarak tavsifi için tabiidir ki prensip itibarile evvelâ içinde bulunduğu kanuna dikkat etmek lâzımdır. Fakat bu bir normun tavsifinde nazara alınacak tek kıstas da değildir. Bir normun mahiyeti o norm hakkında kullanılan tâbirlerden veya o normun tefsirinden⁴⁴ ve bilhassa gagesinden çıkarılmalıdır.

a) Meselâ inşaat polisi hakkındaki hükümlerin bazılarında böyle bir mahiyet görülebilir. Bilhassa MK 663 e müsteniden Belediye Yollar ve Yapı Kanununun muaddel yirminci maddesiyle tanzim edilen birbirine

43) JT. 1953 s. 593, JT. 1920, s. 264; Homberger FJS No. 430, GÜCÜN c. II. s. 190; Zwahlen s. 332.

44) Hırş Ticaret Hukuku 1946 s. 51, Zwahlen s. 338; JT. 1930 s. 303.

bitişik olmyan yapılar arasında bırakılması gereken mesafe ve bu mesafedeki duvarlar üzerindeki açılacak pencereler hakkındaki kaideler bu mahiyette olmak üzere zikredilebilir⁴⁵.

b) Âmme hukuku ile konan takyitlerin diğer bir kısmı da esas itibariyle komşu malikleri yekdiğeri karşısında himaye mlühazasını güder. "Onlar bu muhtevaları bakımından hususî hukuk kaideleri olabilirlerdi"⁴⁶, fakat âmme hukuku kanunlarıyla tanzim edilmiş olmaları "ya bilhassa ehemmiyetli olan hususî hakları himaye etmelerinden veyahutta komşu maliklerin menfaati mülâhazasına âmme menfaatinin inzıam etmesinden dolayıdır."⁴⁷. Yine yapı ve yollar kanununun yangın duvarlarına müteallik muaddel 28. maddesiyle patlayıcı yerler hakkındaki 42. maddesi burada zikredilebilir. Bu kaidelerin kaşık bir mahiyeti vardır. Çünkü bu kaidelerde âmme menfaati yanında gayrimenkul maliklerinin menfaati de mevzuubahistir⁴⁸. Yani bunlar kaşık mahiyetli normlardır.

c) Âmme kanunlarında bulunan tahditlerin çoğu hakikaten bu mahiyeti haizdir. İnşaat zabıtası, sıhhat zabıtası ve yol polisi hakkındaki hükümlerde olduğu gibi⁴⁹.

45) Federal Mahkeme İMK 685 (TMK 662) deki "inşaat tâbiri pencerelerde şâmidir. Duvar ile duvar üzerindeki pencereler arasında bir tefrik yapılamaz" der. JT 1916 s. 338. Yapı ve yollar kanununun yapıyı tarif eden 43. maddesinden böyle bir mâna çıkar. Temyiz mahkemesinin bu hususta müstakar bir içtihadı olduğunu zannetmiyoruz. Bazı kararlarında o herkesin kendi mülkünde dilediği kadar pencere açmakta serbest olup yalnız bu pencerelerden komşunun arsasına birşey dökmenin memnu olduğundan bahseder. I. Huk. 1939, s. 195. Lâkin daha yeni tarihli bazı kararlarında yüksek mahkemede "sınır çizgisi üzerinde bulunan duvarlardan komşu tarafına pencere açılmasına kanun hükümlerinin müsait olmadığını" söyler: I. Huk. 29.9.1950, 1580/3503, Tepeci c. 3, 1952, s. 296, ve bilhassa yine aynı dairenin daha enteresan olan 952/4467, 952/3398 sayılı kararı ve karar altındaki Dr. K. Ayıter'in notu: Ank. Bar. Der. 1953, s. 131 v.d. Fransız hukukunda bu pencere meselesi Fransız MK.nun 675 v.d. maddeleriyle tanzim edilmiştir, daha fazla izahat için Capitiant c. I, s. 811 v.d. Bu mahiyetteki hükümlere misal olarak taş ocakları nizamnamesinin 23. maddesi de zikredilebilir.

46) Zwahlen s. 326.

47) İbid.

48) Zwahlen s. 341.

49) Hayvan zabıtası hakkındaki 1928 tarihli kanunun 42/2 maddesi, ağılların ne şekilde yapılacağına dair olan 1929 tarihli kanunun 2. maddesi, belediyelerce gaz deposu ihdası hakkındaki nizamnamenin 1. maddesi, hususi hastaneler hakkındaki kanunun 17. maddesi bu meyanda olarak zikredilebilir.

Malikin âmme kanunlarıyla mülkiyet hakkına konan tahditler ihlâl suretiyle verdiği zararlar hakkında MK. 656 tatbik edilebilir mi? Meselâ bir tüccarın dükkân ve mağazasında ihtiyacından fazla gaz vesaire gibi yanıcı madde bulundurmak suretiyle sebebiyet verdiği yangından⁵⁰, veya hastaneler kanununa muhalif olarak kurulan bir hastaneden dolayı malikler hakkında bu madde uygulanır mı? Biz buna L'Huillier'in kanaati hilâfına olarak müsbet cevap verilebileceği kanaatındayız.

1.— MK. 618/II mülkiyet hakkının kanunî hudutlar dahilinde serbestçe istimal edileceğini söylerken hususî hukuk kanunlarıyla âmme hukuku kanunları arasında bir fark gözetmez. Zaten maddenin Almanca aslının bizim maddemizden daha geniş olan bir şümulü vardır. Almanca metin daha doğru olarak “hukuk nizamının çizdiği hudutlardan” bahseder. Bir memleketin hukuk nizamı ise esas itibarıyla hususî hukuk kanunlarıyla âmme hukuku kanunlarındaki normlardan teşekkül eder. Âmme hukuku kanunları da hususî hukuk kanunlarıyla beraber mülkiyet hakkını takyit eder. Bu kanunlarla mülkiyet hakkına çizilen hudutları aşan kimse de mülkiyet hakkını tecavüz etmiş olur. Bir kere bu suretle tecavüz edilen kaide bir âmme kanunu içinde bulunmakla beraber münhasıran hususî hukuk mahiyetini haiz ise o zaman MK. 656'nın tatbik edileceği şüphe götürmez. Meğer ki MK. 656 ya nazaran hususî bir hüküm mahiyetini haiz olacak olan o kanunla bu hususta ayrı bir müeyyide derpiş edilmiş olsun. Temyiz mahkemesi bu prensibi müşahhas bir hâdisede “komşunun arsasına pencere açılması halinde MK 662/II ve MK 651/II nin tatbikatında herşeyden evvel MK 663 delâletiyle belediye yapı ve yollar kanununun nazarı itibara alınması lâzımdır”⁵¹ demek suretiyle benimsemiş görünür.

2.— Karışık mahiyetteki normların ihlâlinin hususî hukuk bakımından olan neticelerine gelince: Eğer bunun müeyyidesini tanzim eden hususî hükümler yoksa MK. 656 burada da uygulanmalıdır. Meselâ Belediye yapı ve yollar kanununun 42. maddesindeki patlayıcı madde deposu sahibinin binası üzerine paraşüt koymamış olmasından veya ebniye kanunundaki şeraite (mad. 43) uygun olmayarak tesis edilen bir fabrikadan dolayı zarar görmek tehlikesine maruz kalan komşular veya üçüncü şahıslar bu tehlikenin izalesi için gerekli tedbirlerin alınmasını adli makamlar da isteyebilmeli ve zararın vukuu halinde de bunu MK 656 ya uygun olarak tazmin ettirebilme hakkını haiz olmalıdırlar. Maamafih bir-

50) Belediyelerce gaz deposu ihdası hakkındaki nizamname.

51) I. Huk. 952/4467 - 952/3398, Ank. Bar. Derg. 1953, s. 131.

çok hallerde bu mahiyetteki kaidelerin aynı zamanda önleyici bir karakteri de vardır. Şu mânâda ki âmme menfaati mülâhazalarıyla mülkiyet hakkına vaz edilen bu tahditler dahilinde gayrimenkulünü kullanmak veya işletmek isteyen evvelden idareden izin almak meselâ inşaat mevzuu-bahis olan hallerde inşaat projesini belediyeye tevdi ederek inşaat ruhsatnamesi alınmak mecburiyetindedir⁵². Ruhsatname ancak plânın kanunî şeraite tamamen uygunluğu tahakkuk ettikten sonra verileceğinden acaba bu vaziyette artık MK 656 tatbik edilmeyecek midir? Bu hususta aşağılarda daha fazla izahat verilecektir. Muayyen bazı sanatların icrası veya inşaatın yapılması hususunda verilen müsaadelerin daha ziyade böyle bir işletmenin tesisinde idarî bir mahzur olmadığını, yahutta bu hususta âmme hukuku ile aranılan formalitelerin ve tedbirlerin yerine getirildiğini gösterir bir neticesi vardır. Böyle bir izin veya ruhsatnamenin aynı zamanda mülkiyet hakkının tecavüz edilmemekte olduğu veya komşuluk hakkındaki bütün kaidelere de riayet edildiğini gösterir bir mahiyeti kanaatimizce yoktur⁵³. Binaenaleyh mülkiyet hakkını hudutlayan sair hukuk normlarının ve bilhassa komşuluk münasebeti hakkındaki hükümlerin ihlâl halinde yine MK 656 tatbik edilmelidir⁵⁴. Belediyeler yapı kanununun mad. 10/IV ve 13 de böyle bir hal tarzının kabulüne müsaittir.

Bu vaziyetlerde kanaatimizce olsa olsa idarenin müsaadesiyle tesis edilmiş olan işletmelerin kapatılmasına veya faaliyetlerinin durdurulmasına müncer olabilecek olan eski halin iadesi talep edilemez⁵⁵. Fakat komşuluk kaidelerini ihlâl suretiyle komşulara veya taşkınlıklarıyla üçüncü şahıslara zarar ika eden böyle bir işletme sahibi bu zararı önleyici bütün tedbirleri almak ve zarara maruz kalanlara tazminat vermekle mükelleftir. Zaten komşuluk münasebetlerine muhalefette yapılan inşaat hakkın-

52) Gayrimenkulünde çeltik ziraatı yapmak isteyen kimse de hükümetten izin almalıdır: Çeltik Kanunu, madde 2.

53) Bu görüşü teyit eder mahiyette olmak üzere I. Huk. 4/11/1944 4877/3398, I. Huk. 1/9/1935; Tepeci 1946, s. 127, 129; JT. 1915, s. 105; Cass. 7/11/1909, D. 1910. I. 95; Cass. 19/11/1910, D. 1912. I. 507, Ripert Trait e s. 457.

54) Capitant, D. 1905. 2. 49; Mazeaud T, I. s. 579; Demogue T, 4; s. 403; Zwahlen s. 335 v.d.; Appert s. 72; JT. 1915 s. 105; 1916 s. 34.

55) 5. Huk. 10.4.1950, 1645/1360; Hâdisede komşu pencere önüne kömür konarak satılmasından dolayı görülen zarar mevzuubahisti. Yüksek mahkeme "mahkeme ancak duvarın dibine kömür konulmasını önleme ve hava ve ziyaya mani olunmamasına karar vermeğe salâhiyetli olup belediyeden kömür satmak ruhsatıyesi olan kömürçünün kömürü satmasını önlemesine karar vermek salâhiyeti yoktur" diyordu.

daki MK 662/II delâletiyle 651 de böyle bir netice çıkarmağa müsaittir⁵⁶. Bu kaideleri ihlâl ederek kendi gayrimenkulü üzerinde inşaat yapan malik MK 651 deki şartların mevcudiyeti halinde komşusundan bu inşaaata müsamaha göstermesini talep edebilir⁵⁷.

3.— Münhasıran âmme hukuku mülâhazalarıyla konmuş kaidelerin malikler tarafından ihlâl edilmemesi her nekadarkomşuların ve üçüncü şahısların menfaati icabından ise de onların bunu temin hususunda âmme hukukundan doğan bir hakları yoktur⁵⁸. Bunlara riayet edilmemesinin müeyyidesi bu kanunlarla tesbit ve bizzat devletin harekete geçmesiyle tatbik edilir⁵⁹. Maamafih malikin bu kanunlarla çizilen hudutları tecavüzünden dolayı bir zarara uğrayanların L'Huillier'in⁶⁰ hilâfına olarak BK 41 e değil, fakat MK 656 ya istinat edebileceklerini zannediyoruz.

§ III. MK 656 nın Tatbik Şartları :

Gayrimenkul malikinin MK 656 ile tanzim edilen mesuliyeti sair mesuliyet hallerine nazaran hükümleri bakımından malik için daha ağır ve zarar görenler için de daha müsait bir mahiyet arzeder⁶¹. Maliki bu daha ağır mesuliyet kaidelerine tâbi tutabilmek için MK 656 nın tatbik şartlarının nelerden ibaret olduğu bilinmelidir ki MK 656 yı sair mesuliyet hallerinden (BK 41 v.d., 58) ayırmak kabil olabilsin. Gayrimenkul malikinin mesuliyeti kanun tarafından mülkiyet hakkına çizilen hudutlara riayet etmemiş olmasına müstenittir. Bu bakımdan MK 656 gayrimenkul dolayısıyla veya gayrimenkul tarafından ika edilen bütün fiillerden doğan zararlara şâmil bir mesuliyet ihdas etmez. Çünkü bu mesuliyet yaratılan tehlikeden doğan bir mesuliyet mahiyetinde değildir⁶².

Malikin bazı fiillerinden doğan mesuliyetinin ancak BK 41 v.d. ye müstenit olması mümkündür: Meselâ evinin penceresinden attığı yanar bir sigara ile verdiği zararlar böyledir. Gayrimenkulün içindeki bir binanın veya bir eserin bakımsızlık veya imalindeki noksanlar dolayısıyla verdiği zararlardan da malik BK 58 gereğinde mesuldür. Meğer ki gayrimenkulünü bakımsız bırakması veya gayrimenkulündeki noksan inşaat MK 656 anlamında mülkiyet hakkının tecavüzü mahiyetinde görülebil-

56) JT. 1927, s. 535.

57) JT. 1916 s. 38.

58) Zwahlen s. 328; JT 1928 s. 246.

59) L'Huillier s. 13 a, 14 a.

60) Sge. s. 14 a.

61) Z. İmre İst. Huk. Fak. 1948 s. 801.

62) Homberger FJS No. 430.

sin⁶³. Meselâ komşu arsaya doğru inhidam etmek üzere bulunan bir binayı tamir ettirmiyen veya yıkılmasına mani olacak emniyet tedbirlerini almıyan malikin vaziyeti gibi. Maamafih çok kereler gayrimenkul malikin mesuliyeti bu mesuliyetlerle telâhuk edebilir. Bu vaziyette tabiidir ki mağdur kendisi için en müsait olan mesuliyet normuna istinat edecektir ki bu norm da MK 656 ile tanzim edilmiş olanıdır⁶⁴. Meselâ malik komşulara zarar vereceği erbabı vukuf tarafından söylenmesine rağmen kendi gayrimenkulünde hafriyat yapmağa kalkar veya çok gürültü yapan motoru gayrimenkulüne yerleştirirse hal böyledir.

Bazı ahvalde ise — ki bu bilhassa komşu gayrimenkullerin malikleri arasında tasavvur olunabilir — haksız bir tecavüze maruz kalan komşu MK 618/II ye istinat etmek ve hattâ bu husus da kendiliğinden hak almak (MK 894 v.d.) salâhiyetine de sahip midir? MK 618/II öyle zannediyoruz ki daha ziyade mülkiyet hakkına mevzu teşkil eden gayrimenkulün haksız olarak elinden alınması veya alınmağa teşebbüs edilmek suretiyle mülkiyet hakkının, zilyedliğinin ihlâli halinde uygulanır. Lâkin mülkiyet hakkının huzur ve sükûnla kullanılmasına mani olacak şekilde gürültü yapmak, duman ve sarsıntı tevhit etmekte bir bakıma mülkiyet hakkının ve dolayısıyla zilyedliğin ihlâli demek olduğundan burada da yine MK 656 ile 618/II den çıkan haklar telâhuk etmektedir. Komşular arasındaki münasebetlerde gayrimenkulün komşu tarafından haksız olarak malikin elinden alınması veya komşu gayrimenkulden haksız olarak gelip geçilmek suretiyle mülkiyet hakkına fi'len tecavüz edilmesi halleri müstesna komşuluk münasebetlerinin ihlâli halinde bile ancak bu ihlâl taşkın mahiyette olması şartıyla MK 618/II uygulanır⁶⁵. Çünkü “iki gayrimenkul maliki arasında mülkiyet hakkının tecavüz edilmesi suretiyle ika edilen zararlardan çıkan ihtilâflar ancak İMK 679 (TMK 656) nun tatbikiyle halledilir. Bu bakımdan İMK 641/II (TMK 618/II) mağdura 679 da tanınan haklardan daha başkasını tanımağa müsait değildir”⁶⁶.

Hepsi de mesuliyetle ilgili olan bütün bu hükümlerle MK 656 nın münasebeti nedir? Hangi hallerde onun yerine gayrimenkul maliki hakkında BK 41 v.d., BK 58 yahutta MK 618/II tatbik edilecektir. Bunu cevaplandırabilmek MK 656 daki mesuliyet şartlarının nelerden ibaret olduğunun tesbitinden sonra bir dereceye kadar kolaylaşmış olur. İtiraf

63) Rossel, T. 2. s. 57.

64) Hakların telâhuku hakkında bak: Arsebük Borçlar 1950, s. 39 v.d.

65) JT. 1948, s. 139.

66) JT. Ibid; Homberger FJS No. 429.

etmek lâzımdır ki 656. madde vazih ve anlaşılması kolay olan bir hüküm havi değildir. Medenî kanun gayrimenkul malikinin MK 656 ya müsteniden mesuliyeti cihetine gidilebilmesi için MK 656 da malikin "hakkını tecavüz etmesinden,, MK 661 de de malikin her türlü "taşkınlıklardan çekinme mecburiyetini" ihlâl etmiş olmasından bahseder. 656 ve 661 e tekabül eden Fransızca metnin 679 ve 684. maddelerinin her ikisinde de "Excès" tecavüz terimi kullanılır. Rossel Almanca metindeki "Ueberschreitung" (tecavüz) ile 684 deki "Uebermarsig einwirkung" aşkın tesir) teriminin mutlak surette birbirinin müteradifi olmamasına rağmen Fransızca metinde her ikisinin de "Excès" şeklinde ifade edildiğini söyler⁶⁷. Bu bakımdan Türkçe metin Almanca metne daha uygundur. Açık olmayan bu ifadelerle kanunun ne söylemek istediği kolaylıkla anlaşılmaz. MK 656 ile 661 in yazılış şekilleri ne olursa olsun bu maddelerin ruhundan ve gayesinde ve bilhassa komşuluk münasebetleri hakkındaki kanunî hükümlerden malikin komşulara karşı olan mesuliyeti ile sair üçüncü şahıslar karşısındaki mesuliyetinin kanun tarafından farklı bir şekilde tanzim edilmiş olduğu neticesine varılamaz. Çünkü kanun koyucunun böyle bir ayırma yapmak istediğine dair kanunî bir mesnet gösterilemeyeceği gibi hukuki bir sebep de gösterilemez. Kanun vazı mülkiyet müessesesini tanzim ederken maliğe olduğu kadar üçüncü şahıslara da yani camiaya da malik karşısında bazı mükellefiyetler tahmil etmiştir. Bu suretle herkes maliğin mülkiyet hakkına saygı göstermek ve bu hakkını istimal ederken daha doğrusu gayrimenkulünü kullanırken yaptığı taşkın olmayan fiillerine katlanmak mecburiyetindedir⁶⁸.

I. Gayrimenkul malikinin mülkiyet hakkını haksız tecavüzü :

Mülkiyet hakkının mevzuunu teşkil eden gayrimenkulü kullanırken bilhassa gayrimenkulü üzerinde maddî bazı fiiller icra ederken yani gayrimenkulünü işletirken malik başkasına zarar verebilecek her türlü fiilden kaçınmalıdır⁷⁰. Gayrimenkulünü kullanırken buna riayet etmiyen mülkiyet hakkının kanuni hudutlarını aşar bir şekilde istimal eden veya bu hak-

67) İsviçre medenî kanunu 1948 basısı s. 233.

68) Bu hususta JT. 1948, s. 132, Con, 2.

69) Petitpierre ZSR 1930 s. 77 a.

70) 1855 senesinde bir Fransız mahkemesi verdiği bir prensip kararıyle "her ne kadar mülkiyet hakkının az çok mutlak bir hak ve sahibine şey'i istediği gibi kullanmak salâhiyetini bahşeden bir hak olması asıl ise de bütün hakların istimalinde olduğu gibi bu hakkın kullanılması da ciddi ve meşru bir menfaatin tatmini maksadıyla hudutlandırılmalıdır" diyordu: Colmar D. 1856. 2. 9.

ki kendi meşru menfaatlerinin tatmini maksadile değil de başkalarını ızzar etmek gayesiyle veya bu hakkın gayesi ve içtimai fonksiyonu hilâfına kullanan kimse mülkiyet hakkını tecavüz etmiş olur. Başka bir ifade ile bu hakkın komşulara ve camiaya karşı malike yüklediği mükellefiyetleri mülkiyet hakkına konan takyitleri ihlâl eden mülkiyet hakkının haksız fiil veya hakkın suiistimali mahiyetinde olan istimleri mülkiyet hakkının tecavüz edilmesi demektir⁷¹. Mülkiyet hakkının tecavüzü mefhumu geniş bir mefhumdur. Esas itibariyle bu, hakkın tecavüzü onun sahibine bahşeylediği fiili tasarruf salâhiyetini tahdit eden bir kaidenin ihlâli suretiyle tecelli eder. Malikin MK 656 gereğince mesuliyeti prensip olarak gayrimenkulün kullanılması, iktisaden işletilmesi sırasında yapılan fiiller dolayısıyla mevzuubahis olur. Bilindiği gibi malik şeyini dilediği şekilde kullanmak, dilediği işletmeye tahsis etmek bir kelime ile ondan dilediği surette faydalanmak salâhiyetini haizdir. Lâkin bütün bunları yaparken de kanunun çizdiği hududlar içinde kalmak zorundadır.

Malikin haiz olduğu tasarruf salâhiyeti hukuk nizamının âmir hükümleriyle çizmiş olduğu tahditleri ihlâl eylememe şartıyla (BK 20, BK 24 v.d.) ona şeyi üzerinde gerek sağlar arasındaki ve gerekse ölüm bağı hukukî muamelelerle dilediği gibi hukukî tasarruflar yapmak hakkını da verir. Bu âmir hükümlerin ihlâli suretiyle gayrimenkulü üzerinde hukukî tasarruflar yapan malikin tabiidir ki MK 656 gereğince mesuliyeti bahis mevzuu olamaz Bu salâhiyette hukuk nizamı tarafından vazdedilen tahditler bilhassa âmmenin menfaati mülâhazalarıyla konmuş emredici hukuk normlarından gelir. Bu normların hukukî muamelelerle ihlâlinin müeyyidesi ise ancak BK 20 anlamında bir hükümsüzlük olabilir⁷².

A — Mülkiyet hakkı fiili bakımdan malik tarafından yapılan maddi fiillerle tecavüz edilir. Bu maddi fiiller de bilhassa müsbet şekilde yapılmış olan fiiller şeklinde tecelli eder. Meselâ üst gayrimenkul malikin kendi tarlasından tabii olarak akan suları lüzumundan fazla kendisi için alakoyması, inşaat hakkındaki kaidelere riayet etmiyerek tam sınır hattı üzerinde inşaatta bulunması, gayrimenkulü üzerinde komşuları rahatsız edecek şekilde gürültü yapan işlere tevessül etmesi toz ve duman inşasına sebep olması gibi. Gayrimenkul maliki bu kabil müsbet fiilleriyle mülkiyet hakkından doğan bir yapmama, bir kaçınma mükellefiyetini ihlâl eylediği her halde MK 656 anlamında mülkiyet hakkını tecavüz

71) Zwahlen s. 333, Wieland c. I, s. 239.

72) Bu hususta bak J. Gural "Hükümsüzlük nazariyeleri karşısında Türk Medenî Kanununun sistemi, Ankara 1953.

etmiş olur⁷³. Malik bazan menfi bir hareketle yani bir omisyonu, daha doğrusu bir hareketsizliği ile de başkalarına bir zarar iras edebilir⁷⁴. Çünkü mülkiyet hakkı aynı zamanda malike gayrimenkulü dolayısıyla başkalarına zarar verebilecek fiilleri önlemek mükellefiyetini de yükler. Bu sebeple o, gayrimenkulü üzerinde başkasına zarar verebilecek mahiyette olan tabii hâdiselerin zararlı neticelerinin başkalarının hukukça himaye edilen varlıklarını üzerine sirayetine mani olacak tedbirleri de almalıdır. Meselâ kendi gayrimenkulü üzerinde muzır hayvanların üremelerine mani olmak, isabet eden bir yıldırımla kökünden çıkmış bir ağacın komşu gayrimenkulü üzerine yıkılmasını önlemek gibi. Bu vaziyetlerde harekete geçmiyen malik bu hareketsizliğinin neticelerinden de mesuldür. Maamafih bu takdirde onun hakkında MK 656 daki daha sert mesuliyetin olduğu gibi her müşahhas hadisede tatbiki de bazı hakkaniyetsiz neticeler tevilit edebilir. Malikten başkalarının menfaatini kendi menfaatlerinden üstün tutması her zaman da istenemez. Ancak harekete geçmemekle muahze edilen malikin bu hareketsizliği üçüncü şahısların menfaatlerine hürmetkâr bir malik tarafından da itihaz edilecek bir hareket tarzı ise onun mes'uliyeti cihetine gidilemez⁷⁵. Başka bir ifade ile malikin bu hareketsizliği mülkiyet hakkının tecavüzü mahiyetinde olmamalıdır. Yani ne hukuk nizamı, ne de mahalli örfü âdet veya iyi bir komşuluk münasebetinin icapları maliki bu hususta bazı tedbirler almaya zorlamamalıdır. Gayrimenkulü üzerinde zararlı hayvanların üremesine müsamaha gösteren yahutta gayrimenkulü üzerinde yaptırdığı inşaatın ve arazinin mahiyetine uygun bazı tedbirler almamak suretile komşu arazinin kaymasına sebebiyet veren malik bu ihmalinin neticelerinden mesuldür⁷⁶. Fakat meselâ gayrimenkulünü basan sellerden dolayı komşunun da zarar görmesi veya bir gayrimenkulde çıkan yangından sıçrayan bir kıvılcımdan dolayı yoldan geçen bir kimsenin veya komşunun zarar görmesi halinde kanaatimizce gayrimenkul malikinin MK 656 anlamında mesuliyeti cihetine gidilemez. Malik kanunen harekete geçmek mecburiyetinde olduğu halde hareketsiz kalırsa bundan gelen zararları MK 565 mucibince tazminle mükelleftir: MK 664 ve MK 666/II ye muhalefet⁷⁷ buna misal olarak zikredilebilir.

B — Hukuken mülkiyet hakkının tecavüzü ya kusurlu bir fiil, ya

73) Homberger FJS, No. 430, s. 2.

74) JT. 1948, s. 138.

75) JT. 1948 s. 138.

76) JT. 1948, s. 132.

77) Homberger FJS No. 430, s. 2.

malike düşen kanuni mükellefiyetlerin ihlâli veyahut hakkın suiistimali şeklinde tecelli eder⁷⁸. Malikin mülkiyet hakkını tecavüzü mefhumunun bu suretle gerek haksız fiil ve gerekse hakkın suiistimali mefhumundan daha geniş bir mânası vardır, çünkü bu iki mefhumu da içine alır.

1.— Malik gayrimenkulünü kullanırken hukuk nizamı tarafından konmuş olan tahditleri ihlâl etmemekle mükelleftir. Bunları ihlâl eylediği zaman artık hakkını kullandığından bahsedemez. Çünkü o hakkın kanunlarla çizilen hududunu aşmış, hakkını tecavüz etmiştir. Hukuk nizamı esas itibarıyla hususi hukuk ve âmme hukuku tarafından tanzim edilen normların heyeti mecmuasıdır⁷⁹. Bu sebeple ihlâl edilen hukuk kaidelerinin bir hususî hukuk veya bir âmme hukuku kaidesi veya karşık mahiyetteki bir hukuk kaidesi olması kanaatimizce bu bakımdan bir ehemmiyet arzetmez⁸⁰. Malikin mülkiyet hakkının muhtevasını tayin eden kanunların ihlâlinde kusurlu veya kusursuz hareket etmiş olmasının da bir ehemmiyeti yoktur. Çünkü MK 656 daki mesuliyetin mahiyeti bir illiyet mesuliyetidir. Malik bilhassa mülkiyet hakkını sınırlayan hukuk normlarını ihlâl ettiği zaman bir haksız fiil işlemiş olur, bundan dolayı da daha ağır olan MK 656 daki mesuliyet kaidelerine tâbi olur^{81, 82}. Herkesin riayetle mükellef olduğu hukuk normlarını gayrimenkulünü kullanmaktan başka bir şekilde ihlâl eden malik bu hareketiyle artık hususî mahiyetteki mesuliyete değil, fakat BK 41 v.d. hükümlerine tâbi olur. Meselâ bahçesinden attığı bir taşla komşunun yaralanmasına sebep olan bir gayrimenkul sahibi kasten olmasa bile ihmal ve teseyyübünün verdiği bu zarardan dolayı komşusuna karşı BK 41 e müsteniden tazminat vermelidir. Fakat eğer bu taş gayrimenkulde yapılmakta olan bir hafriyat veya inşaattan düşerek komşuya zarar vermişse yahutta malik gayrimenkulünü bir taş ocağı olarak işletmesi sırasında böyle bir zarar ika etmişse komşusunun artık MK 656 ya istinat salâhiyeti vardır. Aynı suretle malik gayrimenkulünde yetiştirmekte olduğu hayvanların yaptıkları gürültülerden veya neşrettikleri fena kokulardan dolayı komşularına karşı MK 656 gereğince mesuldür. Fakat bu hayvanların gayrimenkul dışında komşulara veya üçüncü şahıslara verdikleri zararlardan dolayı şartları mevcut olduğu takdirde malikten ancak BK 56 gereğince tazminat istene-

78) Expos. des motifs, c. 3, s. 73.

79) Zwahlen s. 333.

80) Bak. Yuk. s. 15 v.d., bilhassa s. 17.

81, 82) Aynı mânada Haab Commentar s. 373.

bilir⁸³. “Zarara o suretle sebebiyet verilmelidir ki zarar herhangi hususî bir halde gayrimenkul olmaksızın vukua gelemesin”⁸⁴. Zararı vukua getiren fiil gayrimenkulün kullanılması olmadan da herhangi bir yerde yapılacak bir fiil olmamalıdır⁸⁵

Gayrimenkul malikinin mülkiyet hakkını takyit etmemekle beraber gayrimenkulü üzerinde yapmağa mecbur olduğu kanuni bazı mükellefiyetlerin ihlâli de onun MK 656 mucibince mesuliyetini icap ettirmez. Meselâ gayrimenkulü içinde mevcut bir binanın bakımsızlık yüzünden yıkılmasıyla verdiği zararlardan o MK 656 değil lâkin BK 58 e göre mesul olur. Ama kanaatimizce patlayıcı madde deposu olarak kullanılan bir binanın üzerinde paratoner bulunmaması yüzünden düşen bir yıldırım neticesinde yıkılması ve yıkılırken de bir zarar meydana getirmesi halinde malik MK 656 ya göre mesul olmalıdır.

2.— Mülkiyet hakkını tecavüz eden malikin bu fiilin bir kusur, ihmal veya teseyyüp neticesinde olup olmamasının ehemmiyeti yoktur. Onun objektif olarak bu hakkı tecavüz etmesi kâfidir. Çünkü bu mesuliyet birçok kereler de tekrarladığımız gibi kusure müstenit bir mesuliyet değildir. Maamafih bu hakkın tecavüzü BK 41 anlamında bir haksız fiilden de ileri gelmiş olabilir. Yani malik komşularına bir zarar ıka etmek maksadıyla kasten kusuruyla mülkiyet hakkının kanuni hudutlarını aşmış olabilir. Lâkin bu dahi BK 41 gereğince mesul olmasını icap ettirmez. Çünkü bu vaziyetlerde BK 41 in tatbiki onun lehine mağdurun aleyhine olurdu. Mağdur bu takdirde MK 656 da olduğu gibi zararın gayrimenkulün istimal ediş tarzından husule geldiğini ispat etmekle hak kazanamazdı. Ayrıca sübjektif unsur olan kusur ile mülkiyet hakkının tecavüz edilmiş olduğu gibi ispatı müşkil bir hususu da ispat zorunda kaldı. Kaldı ki bu hem kanunun gayesine ve hem de hakkaniyet icaplarına muhalif olurdu. Kusurlu hareket malikin vaziyetini hafifletmek değil bilâkis ağırlaştırmalıdır. İşte malikin kusurunun ehemmiyeti sadece aleyhine hükmedilecek olan tazminatın çoğaltılmasında tesirini gösterir⁸⁶.

3.— Mülkiyet hakkının suiistimali : Mülkiyet hakkının suiistimali ile mülkiyet hakkının MK 656 anlamında tecavüzü aynı mahiyette mefhumlar mıdır? Fransız hukukunda gayrimenkul malikinin mesuliyetini tanzim eden hususî kaidelerin yokluğu karşısında Fransız mahkemeleri

83) Misal L’Huillier’den alınmıştır s. 22 a.

84) Wieland c. I, s. 240.

85) Haab Kommentar s. 675.

86) JT. 1951, s. 133 deki kararın mefhumu muhalifinden de bu anlaşılır.

hakkın suiistimali mefhumuna dayanarak bu mevzuda çok geniş bir içtihatlar külliyatı tesis ettiler⁸⁷. Yani Fransada aşağı yukarı bu iki mefhum aynı mahiyette telâkki edildi. Hukukumuz bakımından da aynı şeyin iddia edilebileceğini zannetmiyoruz. Çünkü "sübjektif hakların muhtevası evvelâ münferit kanun kaideleriyle, bundan sonra hususî suiistimal memnuiyetleri ile nihayet MK 2/I ile tayin ve tahdit edilmektedir. Sübjektif hakların mevcudiyet ve muhteva bakımından dayandıkları hudut hüsnüniyet kaideleridir... Bu kaideye göre bir hareket tarzı hakkın kullanılmasını kılıfına girmiş olabilir, münferit kanunî hükümlerin çizdiği hudutlar içinde kalmış olabilir, fakat hüsnüniyet kaidelerinin çizdiği umumî sınırı aşarsa o artık hak kullanma değil, bilâkis sübjektif haklara çizilmiş olan hudutları tecavüz BK 41/I'ın anladığı mânada bir hukuka aykırılıktır"⁸⁸. Yani mülkiyet hakkının suiistimali bu hak kullanılırken şekillen kendisine tanınan kanunî hudutlar içinde kalmakla beraber mülkiyet hakkının içtimai fonksiyonu, gayesi aşılmak veya hakkın mevcudiyetini haklı gösteren gaye ve maksatlarla istimal etmemek suretiyle malikin kendi meşru menfaatlerinin tatmininden ziyade başkalarına zarar verecek şekilde hareket etmesidir⁸⁹, ⁹⁰. Başka bir ifade ile hakkın suiistimali, hakkın kötü kullanılmasıdır⁹¹. Halbuki mülkiyet hakkının tecavüzü bu hakla bahsedilen salâhiyetlerin istimalinde kanunların daha doğrusu hukuk nizamının çizdiği hudutların aşılmasıdır⁹². Böyle bir vaziyette artık haktan da bahsedilemez. Hakkın gerek şekli, gerekse aslı muhtevası aşılmıştır. Meselâ bir sayfiye ve istirahat mahalli olarak tanınan bir muntıkada gayrimenkul malikinin evinin bahçesinde komşuluk münasebetlerinin icabettirdiği müsamaha hududunu aşan ve pis koku neşreden birçok kümes hayvanları yetiştirmesi mülkiyet hakkının tecavüzü mahiyetindedir. Lâkin daha ziyade çiftliklerin bulunduğu bir yerde gece otlatıldığı hayvanların boynuna bunlara nezareti kolaylaştırmak hususunda herhan-

87) Colmar 2.6.1855, D. 56. 2. 9; Cass. 8.6.1857, s. 581. 305, Compiègne, 19.2.1913, D. 1913. 2. 177 ve bu hususta Ripert traité III. s. 453 de zikredilen kararlar.

88) Egger. Çernes c. I, s. 92.

89) Bu hususta A. Perrochet'e ve bilhassa s. 192 v.d., 206 v.d., 211 v.d., 228 v.d.'ye bakınız.

90) Buradaki kastın mevcudiyeti sübjektif ölçülerle değil, lâkin objektif kıstaslara göre aranacaktır.

91) L'Huillier s. 230.

92) Maamafih hakkın suiistimalinin hakkın tecavüzünden başka bir şey olmadığını iddia eden hukukçular da vardır. Meselâ Duguit s. 199 v.d. ve bilhassa Planiol.

gi bir faydası olmayan çingırıklar asmak ise daha ziyade hakkın bir sui-istimali mahiyetindedir⁹³.

Gayrimenkul malikinin mesuliyeti bahsinde acaba bu hakkını sui-istimal eden malikin de MK 656 anlamında mesuliyeti cihetine gidilmeli midir? Yani mülkiyet hakkının suiistimalinde malikin mesuliyeti bakımından bir hak tecavüzü görmek mümkün müdür? Meselenin sadece nazari değil, aynı zamanda pratik bir ehemmiyeti de vardır. Bu soruya verilecek cevap zarar görenin malikin kusurunu ispat etmek mecburiyetinde olup olmadığını tayin edecektir.

Doktrinde hâkim olan görüş üzerinde durduğumuz mesele bakımından hakkın suiistimali ile hakkın tecavüzü arasında bir fark yapılmaması şeklinde tecelli etmektedir. Yani mülkiyet hakkının suiistimalinin müeyyidesini de MK 656 ya tâbi tutmaktadır⁹⁴. L'Huillier'in hilâfına olarak bu görüşün doğru olduğu kanaatindeyiz. Hakikaten hakkın suiistimalinin kanun tarafından himaye edilmeyeceğini söylerken MK 2 bütün haklara olduğu kadar belki de hepsinden daha fazla olarak mülkiyet hakkını sınırlamak ister. Bu sınır objektif hüsnüniyet kaideleri tarafından çizilir. Bu hükme muhalefetin müeyyidesini de aynı maddenin ikinci fıkrası verir, ve hüsnüniyet kaideleri ile kanunun koyduğu tahditler dairesinde hakkını kullanmamak suretiyle kanunî bir vecibesini ihlâl eden, hakkını suiistimal ederek kendi lehine bir menfaat temin etmek isteyen kimsenin bunu kanun yollarıyla elde edemeyeceğini söylemek ister. Hakkın suiistimali bu suretle, bir haksız fiil de teşkil eder ve bundan zarar görenlere başkaca BK 41 e müsteniden tazminat istemek salâhiyetini de bahşeder.

Bu umumî bir prensiptir. Kanunda herhangi bir hakkın suiistimalinin hususî bir müeyyidesi bulunmadığı bütün hallerde uygulanır. İşte böyle hususî mahiyetteki bir müeyyide mülkiyet hakkı münasebetiyle mevcut olduğundan hakkını suiistimal ederek başkasına bir zarar iras eden malik hakkında da MK 656 tatbik edilmelidir.

II. Hakkını tecavüz eden malikin bu fiilinin aşkın mübalâğalı olması:

A — Malikin gayrimenkulünü kullanmasından, işletmesinden huse gelen tesirler gayrimenkullerin mahiyeti icabı komşular üzerinde ve hattâ daha geniş bir çeşredeki insanlar üzerinde bazı zararlı neticeler göstermeğe müsaittir. Malikten gayrimenkulünden gelen bu tesirleri önle-

93) JT. 1920 s. 25.

94) Wieland c. I, s. 239; Homberger FJS, no. 430, s. 2; F. Dereli: İst. Bar. 1943 s. 48.

mesini talep edebilmek ve icabı halinde tazminat istiyebilmek için bunlardan zarar görmüş olmak kâfi değildir. Çünkü herkes buna az veya çok bir müsamaha göstermek zorundadır. Hattâ bu müsamaha hudutları içinde kalan tesirlerin zararlı neticelerine katlanmak mecburiyetindedir. Bu vaziyetlerde zarar görenler veya görmek tehlikesine maruz kalanlar kendi vasıtaları ile zararı bertaraf edecek tedbirleri tabiidir ki alabilirler. Onların yapamayacağı şey bu hususta malike karşı MK 656 anlamında bir talepte bulunmaktır. Fakat bu tesirler müsamaha hudutlarını aştığı takdirde artık onlardan gelen zararlı neticelerin bizzat malik tarafından giderilmesini istemek hakkı da doğar.

Komşu gayrimenkuller arasındaki münasebetler mevzuubahis olunca bunların birbiri üzerine yapacağı tesirleri Ihering muhtelif kategorilere ayırarak tetkik eder⁹⁵.

1.— Bu tesirlerin husule geliş tarzına göre :

- a) Tek bir fiil ile veya devamlı olarak kendilerini hissettirip ettirmelerine göre;
- b) Tesirlerin kendilerini doğrudan doğruya veyahutta dolayısıyla komşu gayrimenkul üzerinde hissettirip ettirmemekte olmalarına göre.
- c) Kasten veya gayri kasti olan fiillerle husule gelip gelmediklerine göre.

2.— Tesirlerin neticelerine göre :

- a) Tesirlerin neticelerini şahıslar üzerinde veya doğrudan doğruya gayrimenkul üzerinde husule getirip getirmediğine göre.
- b) Sadece şeyden faydalanma imkânlarını azaltıp azaltmadığına veya bununla beraber aynı zamanda şeye bir zarar ika edip etmediğine göre.

Kanaatimizce böyle bir ayırma yapmanın Türk hukuku bakımından bir kıymeti yoktur. Çünkü MK mülkiyet hakkının hudutlarının tecavüzü suretiyle başkalarına ve bilhassa komşulara verilen bütün zararların tazminini âmirdir. Binaenaleyh bu zararın şahıslara veya şeylere verilmiş olmasının münferit bir fiil veya birçok fiiller neticesinde meydana gelmesinin, fiilin az veya çok devamlı olmasının kaste veya herhangi bir kusura mukarrin olup olmamasının esas itibarıyla ehemmiyeti yoktur. Zaten bizzat Ihering kendisi de zararı meydana getiren fiiller arasında böy-

95) Ihering, s. 120. ...

le bir ayırma yapmanın pek de ehemmiyetli olmadığını, çünkü zararın ne suretle veya ne üzerinde husule gelmiş olmasından ziyade münhasıran bir zarar meydana gelmiş olmasının mühi molduğu neticesine varmıştır⁹⁷. Bununla beraber Türk hukuku bakımından belki de zararın tek veya münferit bir fiilden veya devamlı olan bir vaziyetten husule gelmiş olup olmaması tazminatın tayini bakımından ehemmiyetli olabilir⁹⁸.

Meselâ komşuların rahatsız eden gürültünün şiddeti, tekerrür edip etmediği, gürültünün husule geliş zamanları bu bakımdan göz önünde tutulabilir. Gayrimenkul malikini MK 656 gereğince mesul edebilmek için ehemmiyetli olan husus onun tarafından gayrimenkülü kullanılırken başkalarının hukuken himaye edilen varlıklarına mülkiyet hakkının sınırları aşılmak suretiyle yapılan tecavüzler ve bu tecavüzler neticesinde husule gelen zararlardır. Bu tecavüzler bir gayrimenkulden diğer bir gayrimenkul üzerine dolayısıyla veya doğrudan doğruya yapılan tesirler olabildiği kadar maddi veya gayri maddi tesirler de olabilir⁹⁹. Meselâ bir ikametgâhın yanında açılan bir frengi dispanserinden veya bir genel evden gelen tesirler bu mânada gayri maddi, manevi tesir mahiyetinde telâkki edilebilir.

B.— Kanun koyucu komşular arasındaki münasebetleri düzenlerken komşular arasındaki “taşkınlıklardan” bahseder: MK 661. Bununla da ancak “taşkınlığın” mevcudiyeti halinde komşu gayrimenkul malikine MK 656 nın tatbik edileceğini göstermek ister. Maddenin yazılışı kanaatimizce vazih değildir. “Taşkınlık” neye muzaf olmalıdır: Mülkiyet hakkının sınırlarını aşan fiillere mi, yoksa bu fiiller neticesinde komşulara verilen zararlara mı? Taşkınlık mülkiyet hakkının sınırlarını aşan fiillere muzaftır, demekle de iş bitmez. Taşkın fiil ne demektir? Ne gibi fiiller bu mahiyeti haizdir? Taşkınlığın kıstası nedir? suali karşımıza çıkar.

İtiraf etmek lâzımdır ki, maddenin metninden bu, sarahaten anlaşıl-mamaktadır. Bu sebeptendir ki bazı hukukçular verilen zararın az çok muayyen bir ağırlıkta olmasını onun “exessif” olmasını ararlar¹⁰⁰. Kanaatimizce 661 in mânasını ve bilhassa kanun koyucunun taşkınlıkla neyi kasdedtiğini tayin edebilmek için maddeyi MK 656 ile karşılaştırmak icabeder. Kanun vazı 656 da “zarara uğramak tehlikesine maruz şahıslara dahi malike karşı harekete geçmek salâhiyetini tanıır. Bu onun “taş-

97) s. 121, 133 v.d.

98) JT. 1925, s. 563.

99) JT. 1936 s. 279; Robichon sadece maddi tesirlerle verilen zararların İMK 661 in şumulüne girdiği kanaatindedir: s. 77.

100) Robichon s. 81.

kın” olarak tavsif eylediği hususun zarara değil fakat zararı mucip olan fiillere şâmil olduğunu gösterir. Taşkınlığın kıstasının objektif ölçüler olduğu da MK 661/II den anlaşılır. Komşuların müsamaha hudutlarını aşacak derecede tesirler meydana getiren fiiller taşkındır. Bu fiiller neticesinde komşunun maruz kaldığı zarar muayyen bir ağırlıkta olmasa bile bunu doğuran tecavüz, fiil taşkın, aşkın, mübalâğalı addedilecek ve malik hakkında MK 656 tatbik edilecektir¹⁰¹. İşte bu sebeptendir ki biz komşulara zarar veren fiillerin meydana geliş tarzı ve tesirleri göz önünde tutularak yapılacak bir ayırmanın hukukumuz bakımından bir değeri olmadığını söyledik. Türk hukukunda ehemmiyetli olan husus fiilin “taşkın” olarak tavsif edilip edilemeyeceğidir. Meselâ komşuları rahatsız eden gürültülerin, pis kokuların, duman ve sislerin taşkın olup olmadığı tesbit edilirken bundan komşunun duyduğu rahatsızlık ve huzursuzluk derecesinin ağırlığından ziyade onların devamlı olarak husule gelip gelmediği, sık sık tekerrür edip etmediği, tesirlerini bilhassa gösterdikleri vakitler nazara alınacaktır¹⁰². Şu halde komşular arasındaki münasebetler mevzuu bahis olunca malik ancak taşkın fiillerinin neticelerinden meydana gelen zararlardan mes'uldür.

C — Acaba gayrimenkul malikinin şeyini kullanırken üçüncü şahıslara verdiği zararlardan mes'ul olabilmesi için de zararın böyle taşkın bir fiilden doğmuş olması lâzım mıdır? Yoksa bu taşkınlık sadece komşulara karşı mesuliyetin bir şartı mıdır?

MK 656 hakkını tecavüz eden malikin bu suretle verdiği zararlardan dolayı hususî bir mesuliyete tabi tutulacağı prensibini kor; fakat bu mesuliyetin tatbik şartlarını madde de göstermez. MK 656 nın en mühim ve en çok uygulanacağı hallerden birini MK 661 düzenler, ve bunu yaparken de çok umumî bir şekilde dahi olsa bu mesuliyetin şartlarından birini ve en ehemmiyetlisini gösterir. Taşkın fiillerle mülkiyet hakkının tecavüz edilmesi. Kanaatimizce bu MK 656 nın tatbiki mevzuubahis olan her halde aranması gerekli olan aslî bir unsurdur. Bu bakımdan sair üçüncü şahıslarla komşular arasında bir fark gözetmeye lüzum yoktur. Çünkü gayrimenkul mülkiyet hakkının mahiyeti icabı olarak komşular olduğu kadar üçüncü şahıslar da malikin hakkının gereği gibi kullanılması için zarurî olan bazı fiillerine müsamaha göstermekle mükelleftir: Meselâ fabrikalarla meskûn bir mahalden gelip geçenler gürültüye, fabrikalardan çıkan dumanlara ve icabında pis kokulara katlanmak zorunda-

101) Görtürk s. 920, Tuor s. 485 v.d.den de böyle bir mâna çıkar.

102) Savatier s. 94; JT. 1925 s. 63.

dır. Onlar ancak malikin kendilerinin riayete mecbur oldukları müsama-hanın hududunu aşan taşkın fiillerinden dolayı MK 656 daki haklardan istifade ederler. Bu bakımdan komşularla üçüncü şahıslar arasında bir fark yapmak kanunun gayesine de uygun değildir. Üçüncü şahısları komşulardan daha fazla himayeye de lüzum yoktur. Onlar ekseri hallerde komşulara nazaran daha az mikyasta gayrimenkullerden gelebilecek zararlı tesirlere tâbidirler, bu tesirlerden kaçınmak imkânları da daha fazladır.

Diğer taraftan malik mülkiyet hakkını kullanırken komşularına olduğu kadar üçüncü şahıslara da zarar vermemek zorundadır. Onun mesuliyetini icap ettiren vaziyetlerin çoğunda bu mükellefiyetin kasten değil lâkin gayrimenkullerin mahiyeti icabı ihlâli mevzuu bahistir¹⁰³. Gayrimenkul malikin münhasıran illiyet prensibine müstenit mes'uliyetinin mahiyeti de komşularla üçüncü şahıslar arasında bir fark yapılmasını icap ettirmez.

D — Malikin mülkiyet hakkını kullanırken daha doğru bir ifade ile bu hakkın bahşeylediği maddi tasarruf salâhiyetini istimal ederken yaptığı hangi fiiller taşkın telâkki edilir?

Gayrimenkul malikin zarar veren veya zarar vermek tehlikesi muhtemel olan fiillerine karşı üçüncü şahıslar ve bilhassa komşular MK 656 ile himaye edilmişlerdir. “Bununla beraber yargıca müracaata mesâğ veren tecavüzler komşunun zarar gördüğü her nevi tecavüzler değil belki yalnız taşkın olanlar yani komşular arasında hoş görülebilecek dereceyi geçen tecavüzlerdir”¹⁰⁴.

Malikin mülkiyet hakkını tecavüz ederek başkalarına zarar veren fiillerinin taşkın olup olmadığının tesbitinde en büyük vazife yine hâkimlere düşer. MK 4 ün kendilerine verdiği takdir salâhiyetine istinatla bu güç vazifeyi yerine getireceklerdir. Filhakika MK 661/II onların işini bir hayli kolaylaştırmaktadır. Çünkü kanun vazı sarahaten olmasa bile zımnen “gayrimenkulün mevki ve mahiyetine ve mahalli örfе göre komşular arasında hoş görülebilecek dereceyi geçen” fiillerin taşkın olduğunu söylemek ister. “Bu hududa riayet edilmiş oldukça bundan mütevellit tecavüzden bir zarar husule gelmiş olsa bile taşkınlık” vardır denemez¹⁰⁵, ¹⁰⁶. Şu halde bir fiilin taşkın olarak tavsifini mümkün kıla-

103) Mozeaud c. I, s. 577.

104) Wieland c. I, s. 266.

105) Thilo JT 1933 s. 82.

cak mücerret bir kıstas yoktur. Her müşahhas halde zararlı neticeler tevhit eden fiilin geldiği gayri menkulün mevkii, mahiyeti ve mahallî örf ve âdet göz önünde tutularak onun taşkın olup olmadığı hususunda bir neticeye varılacaktır. Bunun bu ölçülere uygun olarak nasıl yapılabileceği meselesi üzerinde durmadan evvel gayrimenkul malikinin ne gibi maddî fiilleri neticesinde komşuların veya üçüncü şahısların bir zarar görebileceklerini araştırılmalıdır. Komşuların veya üçüncü şahısların haklarını ihlâl eder mahiyetteki gayrimenkul maliklerinin fiilleri bir tecavüz teşkil eder; bu tecavüz doğrudan doğruya veya dolayısıyla maddî veya gayri maddî olarak hariçten gelen ve komşu gayrimenkuller üzerinde zararlı neticeler tevhit eden tesirlerdir"¹⁰⁷.

1.— Kanun aşkın tesirler husule getirebilecek fiillerden bazılarını misal kabilinden olmak üzere saymaktadır. 661/II "hususiyile mazarrat veren gürültüler¹⁰⁸ ve sarsıntılar yapmak ve duman ve kurum ve rahatsızlık veren sair toz, buğu çıkarmak¹⁰⁹ memnudur" demektedir. Bu sayış tahdidî değildir. Zaten bunun böyle olmasına da iyi bir kanun sistemi mânidir. Cemiyetin muayyen bir andaki içtimaî seviyesi, teknik ve fen sahasındaki ilerlemeleriyle çok yakından alakalı olan böyle bir meselede tahdidî hükümler koymağa kalkmak o memlekette medeniyetin ve bilhassa teknik ve sanayinin ilerlemesini mühim mikyasta engellemek demektir. Federal mahkeme haklı olarak demiryolu güzergâhında bulunan mahallerdeki gayrimenkul malikleriyle demiryolu idaresi arasında bu bakımdan komşuluk münasebetleri hakkındaki hükümlerin tatbik olunacağını kabul eder¹¹⁰. Bu, o gayrimenkul maliklerinin komşuluk münasebetlerinin icaplarına uygun olarak trenlerden çıkan duman ve ise sarsıntı ve gürültülere bir dereceye kadar müsamaha göstermek mecburiyetinde olduklarını söylemektedir.

Müsamaha hudutlarını aşacak derecede komşu gayrimenkul üzerinde zararlı tesirler gösteren her türlü fiiller kanunun bu maddesinde anladığı mânada aşkındır. Gayrimenkul malikinin MK 656 anlamında

106) Fransız mahkemeleri de bu hususta kanunlarında hususî bir hükümün yokluğuna rağmen içtihat yoluyla MK 661/II dekine çok müşabih bir formül vazettiler: Cass. D. 1907. 1. 385, Cass. 14.7.1875, s. 75. 1. 352, Cass. 8.7.1901, D. 1901, 1. 464.

107) JT 1953 s. 593.

108) H. U. H. 10.II.1958, 1/192-49-62. Ad. Derg. 1949, s. 587.

109) I. Huk. 16.6.1950, 1959/2775.

110) JT 1915, s. 310; Appert. s. 81.

mesuliyetini mucip olur. Bu fiiller komşunun bahçesine dökülen kirli sular, atılan çöpler gibi tesirlerini doğrudan doğruya orada gösteren fiiller olabileceği gibi pis kokular, duman ve toz intişarı, gürültü¹¹¹, vesaire gibi hava vasıtasıyla veya toprak ve su tarikiyle tesirini gösteren fiiller de olabilir. Meselâ "bir nehre atılan çöpler nehirin alt kısmında sudan istifade eden kimseye bir zarar vermesi"¹¹², veya bir binadan sızan yağmur sularından dolayı komşu gayrimenkulde rutubet hasil olması gibi¹¹³.

Türk - İsviçre hukukunda Alman hukukunun hilâfına olarak bu fiillerin neticesinde komşu gayrimenkule mutlaka maddî bir tesir (immisio) yapılmış olması şart değildir¹¹⁴. Zaten bu görüş tarzı daha o zamanlar Ihering tarafından haklı olarak tenkid edilmişti¹¹⁵. Bu görüş Ihering'in de işaret ettiği gibi bir taraftan bazen çok uzaklara kadar gidecek neticeler tevhit edebilir. Çünkü komşu gayrimenkul üzerinde maddî bir tesir husule getiren bütün fiilleri buraya sokmak icabeder. Diğer taraftan da komşu gayrimenkulde sarsıntılar husule getiren veya komşu gayrimenkuldekileri rahatsız edecek derecede gürültüleri mucip fiilleri bu immisio mefhumu içine sokmak kabil olmaz¹¹⁶. Taşkın tesirler doğrudan doğruya veya dolayısıyla bir gayrimenkul üzerinde maddî ve hattâ gayri maddî tesirler meydana getiren fiillerdir¹¹⁷. Gayri maddî tesirler bilhassa bir gayrimenkulün diğer gayrimenkul sakinleri üzerinde üzücü fikir ve düşünceler ve karamsar hisler tevhit edecek veya sıhhata muzır örf ve ahlak tarafından tasvip edilemeyecek bir şekilde işletilmesi suretiyle vaki tecavüzlerdir. Meselâ ikamete mahsus bir mahalde hastahane ve hassaten bulaşıcı hastalara ve akıl hastalarına mahsus bir hastahane tesis¹¹⁸, ¹¹⁹ veya yine ikamete mahsus bir mahalde umumî bir ev işletilmesi gibi¹²⁰. Gayri maddî tesirlerin malikin mesuliyetini mucip olup olmayacağı ihtilâflı idi. Federal mahkeme 1931 tarihli bir kararıyla meseleyi müsbet se-

111) Paris 6.2.1913, D. 1913. 2. 363; Besançon 12.11.1935, s. 1936. 2. 188.

112) JT 1930 s. 209.

113) III. Huk. 18.9.1950, 9271/5899 S. Olgaç, s. 169; I. Huk. 23.10.1950: 260/3937 Ibid.

114) Aynı mânada Thilo JT 1929, s. 5.

115) Bu hususta bak Ihering s. 127.

116) Ihering s. 127 - 128.

117) JT 1936 s. 279.

118) JT 1931, s. 172.

119) Limoges 24.III.1865 D. 1856 2. 35.

120) Cass. 3.12.1800, D. 1861, I, 231; Cass. 8.8.1884, D. 1885, I, 231.

kilde hallederken şöyle diyordu: “sade bir hastalığı mucip olabilecek fiiller değil, fakat fertlerin huzurlarını ciddi bir şekilde ihlâl edecek, onlarda mânevî bir huzursuzluk yaratacak, onların yaşama arzularını yok edecek” tesirleri de zararlı olarak kabul etmelidir¹²¹. Muhtemel bir yangın tehlikesi, bir hastalığın sirayeti korkusu¹²² gibi mânevî tesirler husule getiren fiiller de burada zikredilmelidir.

2.— “Aşkın tesirlerin ölçüsünde,, kıstas :

Komşuların birbirlerine göstermekle mükellef oldukları müsamaha hudutlarını aşacak şekilde tesirlerini komşu gayrimenkuller üzerinde gösteren fiiller aşkın, taşkın fiillerdir. Bununla kanun koyucu açık ve sarıh bir kıstas koymuş olmaz. Bunun açık bir kıstas olarak kabul edilebilmesi için herşeyden evvel bu müsamananın hudutları muayyen olmalıdır. MK 661 bu hususta “hususiyetle... gayrimenkulün mevkii ve mahiyetinden ve mahallî örfü âdetten” hareket eder. Ihering aynı fikri aşağı yukarı şu şekilde ifade eder: Hergünkü hayat icabatından olan hususların yapılmasıyla komşunun mülkiyet sahasına vaki bir tecavüz bunu yapanın mesuliyetini icap ettirmez; lâkin muayyen ve hususî bir işletmenin icrası sırasında ika edilen zararlar hakkında aynı şey söylenemez¹²³. Bu ifade de vazih değildir, normal hayat icaplarıyla böyle olmayanlar arasında her zaman kolaylıkla bir ayırma yapılamaz¹²⁴. Federal mahkeme daha vazih olarak bu hususta “insanlar arasındaki müşterek hayat icaplarından bahseder”¹²⁵, ise de bu da kâfi değildir. İşte bu sebeptendir ki MK realitelere ve her an tekâmül ve ilerleme halinde olan hayat icaplarına uygun olarak her müşahhas hâdisye göre değişmesi kabil olan bu hududun tayininde objektif bir ölçü kullanılır. Gayrimenkulün durum ve mevkii ve bilhassa mahallî âdetlerin bir kıstas olarak alınacağını söyler. Şu halde MK 656 ve 661 anlamında taşkın bir fiilin mevcut olup olmadığı tâyin edilirken böyle bir objektif kıstastan hareket edilecektir. Yani bir taraftan hakkını tecavüz ettiği iddia edilen malikin şahsî durumu, işletmenin hususî mahiyeti üzerinde durulmıyacak, diğer taraftan da bundan zarar gördüğünü iddia eden şahısların veya komşu maliklerin şahıslarına has hususiyetlere ehemmiyet atfedilmeyecektir. Burada nazarı itti-

121) JT 1931, s. 593; JT 1953 s. 593.

122) Savatier, s. 95; Görtürk s. 920.

123) Ihering s. 138; Aynı mahiyetteki bir görüşe Ripert'de de tesadüf edilebilir: D. 1907, I, 386.

124) Aynı mânada olmak üzere Duguit, s. 200 v.d.

125) JT 1929, s. 5.

bara alınacak yegâne husus ihtilâf halinde olan menfaatlerin yekdiğeriyle mukayesesinden çıkan netice ve zararlı tesirlerin müsebbibi olduğu iddia edilen gayrimenkulün mevkii ve mahiyetiyle mahalli örfe zaman ve mekâna göre değişecek olan ihtiyaçlarla¹²⁶ zararlı olduğu iddia edilen fiillerin normal ve vasat seviyedeki bir insan üzerinde göstereceği tesirlerdir¹²⁷.

Bu objektif ölçüleri aşmayan fiillerden husule gelen tesirler zararlı dahi olsa "MK 656 ve 661 anlamında mülkiyet hakkının tecavüzü mevzu bahis olmaz"¹²⁸. Kanunun koymuş olduğu bu ölçü realitelere uygun olduğu kadar ihtilâf halinde bulunan mağdurlarla gayrimenkul malikinin menfaatlerini en iyi bir şekilde bağdaştıracak bir kıstastır. Çünkü bir taraftan gayrimenkullerin mevkii ve mahiyetine kıymet vermek suretiyle her sanayi şubesinin, zirai işletmelerin, han, otel ve fabrika gibi gayrimenkullerin hususiyetlerini göz önünde tutarak onlardan istifade edenleri himaye etmiş, diğer taraftan da mahalli örf ve âdeti nazara almak suretiyle muayyen bir mntakada bulunan gayrimenkullerin o mntakada mutad olan şekilde işletileceğini âdetâ oradakilere temin etmek suretiyle komşu gayrimenkulleri ve üçüncü şahısları malikin tecavüzlerine karşı korumak istemiştir.

a — Gayrimenkulün bulunduğu mevki, malikin mesuliyetini tayin hususunda büyük bir ehemmiyet arzeder. Şehrin daha ziyade sanayi ve ticarete mahsus bir mahallindeki gayrimenkul maliklerine düşen müsamaha mecburiyeti ile meskenlerin bulunduğu mahaldekilere düşen müsamaha mecburiyeti aynı olamaz. Fabrikalara muhat bir yerde oturan kimse onlardan intişar edecek duman ve pis kokulara, kurum vesaireye veya fabrika makinelerinin tevlit ettiği gürültülere katlanmak mecburiyetindedir. Aynı suretle zirai bir bölgede komşuların hoş görmeğe mecbur oldukları gübre ve hayvanlardan intişar eden kokular gayrimenkul malikinin mesuliyetini mucip olmazken böyle bir mntakada bulunmayan gayrimenkul maliki yaptığı gürültü veya pis kokulardan dolayı mesul olabilir. Evlerle çevrili bir mahalde açılan bir hastaneden etrafa yayılabilecek olan ilâç kokuları ve komşuların her zaman için görmeğe

126) JT. 1953, s. 593.

127) JT 1939, s. 620.

128) Thilo JT 1933, s. 82.

mecbur olacakları acıklı sahneler dolayısıyla sahibi MK 656 daki mesuliyete daha kolaylıkla tâbi olabilir¹²⁹.

Gayrimenkulün mevkii malikine fiillerinin neticesinde komşularına veya üçüncü şahıslara zarar vermemek hususunda göstermekle mükellef olduğu ihtimamın derecesini tâyin bakımından da önemlidir¹³⁰. Meselâ bir İsviçre mahkemesi bugün tabii bir nakil vasıtası olarak telâkki edilen otomobiller için mahalle arasında bir garaj tesis etmenin taşkın bir fiil mahiyetinde telâkki edilemeyeceğine karar verirken diğer taraftan da bu garaj sahibini mahalle sakinlerinin gece uykusunu rahatsız edecek şekilde gürültü yapmaktan men ediyordu¹³¹. Kısaca ikamete tahsis edilmiş bir mahalde bunun icapları "bir sınaî bölgesinde sanayinin icapları, bir köyde ziraatin icapları nazarı itibara"¹³² alınarak bir fiilin taşkın olup olmadığı hakkında bir karar verilecektir. Bu gibi mahallerde mutad olandan gayri bir şekilde gayrimenkulünü kullanan malike düşen ihtimam vazifesi aynı yerdeki diğer maliklerinkinden daha ağır olacağı gibi mesuliyet imkânları da daha fazladır.

b — Bir fiilin taşkın olup olmadığı tayin edilirken gayrimenkulün içinde bulunduğu mahal kadar gayrimenkulün tahsis edilmiş olduğu işletmenin mahiyeti de ehemmiyetlidir. Zaten gayrimenkulün bulunduğu mevki ile gayrimenkulün mahiyeti arasında kesin bir ayırma yapmak da bazan imkânsızdır. Bunlar gayrimenkul malikinin mesuliyetinde birlikte dikkate alınması gerekli iki unsurdur. Gayrimenkulün mahiyeti yani onu işletiş tarzı ancak bulunduğu mevkie, bölgeye göre bu hususta rol oynar. Bu demektir ki meselâ şehrin sayfiyelik bölgelerinde istirahatata tahsis edilmiş mıntıklarında bulunan gayrimenkuller o mıntıkanın bu hususiyetleriyle uygun işletmelere tahsis edilmelidir. Yani bu bölgelerdeki gayrimenkuller orada sükûn ve huzur içinde istirahat etmek isteyenlerin huzurunu ihlâl edecek şekilde gürültü yapan, fena koku neşreden, ora sakinlerine maddi veya mânevî şekilde zarar verecek tesirler meydana getirecek bir tarzda kullanılmamalıdır. Maamafih bütün bunlar göz önünde tutulurken modern hayatın icapları da ihmal edilemez. Meselâ bir sayfiye mahallinde dahi olsa komşular muayyen nisbette kom-

129) Bu bakımdan yeni şehrin ikamete mahsus ve evlerle çevrili bazı sokakları içinde hastane açılmasına Belediye tarafından nasıl müsaade edilmiş olduğuna hayret edilebilir.

130) D, 1907. I, 385.

131) Cours de Justice civil Lausanne: Sem. Judiciaire, 1935, s. 492.

132) Thilo 1929, s. 9.

şudan aksedebilecek olan radyo sesine veya otomobil gürültüsüne tahammül zorundadırlar¹³³.

c — Gayrimenkulün bulunduğu mevkii ve onun kullanılış şekli, yani mahiyetiyle de iş bitmez. Çünkü her bölgenin muayyen bir mahiyeti haiz gayrimenkullerin işletilmesi hakkında dahi kendi ihtiyaçlarına göre değişen usul ve kaideleri vardır. Bunun neticesinde de komşulara ve o bölge sakinlerine düşen müsamaha ve ihtimamın derecesi de değişir. Bu o bölgenin tabii, iktisadi durumuna, o bölge sakinlerinin medeniyet, kültür seviyesine bir kelime ile hayat seviyesi ve anlayışına tâbidir. Hele bizim memleketimiz gibi kültür ve hayat seviyesi bakımından çok gayri mütecanis olan bir yerde bu daha bariz şekilde kendini hissettirir. O halde gayrimenkul malikinin haklarını tecavüz edip etmediği hususu tayin edilirken o gayrimenkulün bulunduğu bölgenin ihtiyaçları ve âdetleri başka bir ifade ile mahallî örf ve âdet en evvel nazara alınacak bir faktördür. Mahallî örf ve âdet muayyen bir mntıkada muayyen bir nevi gayrimenkul işletilirken riayeti gerekli hususları bu gayrimenkul dolayısıyla komşular ve üçüncü şahısların hukuken himaye edilmiş varlıklarına yapılması âdet olan tesirlerle bunlara tahammül nisbetini gösterir. Mahallî örf ve âdet zaman ve mekâna göre tahavvül eden bir mefhum olduğundan burada ehemmiyetli olan zararın vukua geldiği andaki câri olan örf ve âdettir. Bundan da bir gayrimenkulün eskidenberi muayyen bir şekilde istimal edilegelmekte olmasının malikinin mesuliyetini bertaraf edemeyeceği neticesine varılır¹³⁴. Ekseri ahvalde mahallî örf ve âdeti tâyin zordur. Ne zaman bir gayrimenkulü kullanım tarzının bir mahallî örf teşkil ettiği söylenebilir? O mahalde eskidenberi tekerrür edegelen ve herkes tarafından itirazsız kabul edilen tesirlerle, yine bütün o bölge ahali arasında aynı şekilde câri olan bir işletme tarzının mahallî bir âdet teşkil eylediği söylenebilir. Muayyen bir bölgedeki belediye nizamı mahallî örfün tayininde faydalı bir vasıtaadır. Fakat bununla beraber mahallî örf sadece belediye nizamından ibaret değildir. Çünkü ister kanun, ister talimat veya nizamname olsun bütün mevzuat ancak muayyen bir camianın geçmişteki ihtiyaçları nazara alınarak konmuş olan kaidelerdir. Onlar daima hayatın gerisinde, arkasında kalmağa mahkûmdur. İster bütün bir memlekete şâmil olsun, isterse sadece muayyen bir bölge halkı arasında mahallen cari olsun, örf ve âdetin yazılı mevzuata

133) Bu hususta JT 1927 s. 109 a bak.

134) Rubichon s. 83; I. Huk. 23.12.1937, Tepeci, 1946, s. 132.

135) Rubichon s. 89; Thilo JT 1929, s. 7; JT 1915, s. 107.

nazaran üstünlüğü de zaten bundadır. O, hayat ihtiyaçlarından çıkar ve hayatla birlikte yürür. Şu halde mahallî örf ve âdetin belediye nizamını aşan daha geniş bir şümulü vardır¹³⁵.

3.— Eskilik meselesi :

Daima tekâmül ve inkişaf halinde bulunan hayatla birlikte mahallî örf ve âdette değişir. Şehirlerin inkişafı ve büyümesiyle beraber şehrin muayyen muntakalarında da değişiklikler husule gelebilir. Meselâ sadece evlerle meskûn olan bir mahalle bir iş yeri haline gelebilir, bir sayfiye mahallesi bu mahiyetini kaybederek şehrin en gürültülü bir eğlence mahallî haline girebilir. Teknikteki ilerlemeler, muayyen işletmelerden gelebilecek zararlı tesirleri önleyici yeni vasıtalar meydana çıkarabilir, yahutta komşular arasında yeni müsamaha mükellefiyetleri doğurabilir¹³⁶. İşte bütün bunlar gayrimenkul malikine gayrimenkulünün eskidenberi muayyen bir şekilde işletilmekte olduğunu veya bulunduğu mevkiin eski durumuna uygun bir işletmeye tahsis edildiğinden bahisle MK 656'nın hükümlerinden kurtulmak imkânını bahşetmez: Çünkü muayyen bir bölgenin ihtiyaçlarına göre teessüs etmiş olan örf ve âdet bu ihtiyaçlarla beraber değişir. Bilhassa inkişaf halinde ve büyüme ve genişleme istidadında bulunan şehirlerde böyle değişikliğe çok tesadüf edilir. Şehrin snai ve ticarî bölgeleri genişliyerek şehrin ikamete mahsus yerlerine doğru yayılır, yahutta şehrin, nisbeten تنها ve ziraata mahsus mahallerine doğru inkişafıyla oralandaki mahallî örf ve âdet değişebilir. Eskiden bir ziraat bölgesi olan yer bir sanayi bölgesi haline girebilir. Komşuların ve gayrimenkul maliklerinin de bu yeni duruma ayak uydurmaları icap eder. Bu vaziyetlerde o zamana kadar aşkın olarak tavsif edilemeyecek tesirlere sebebiyet veren maliklerin artık gayrimenkullerini eskidenberi bu şekilde kullanmakta olduklarını iddia etmeleri kabul edilemez¹³⁷. Çünkü bir kişinin gayrimenkulünü şu veya bu suretle istimali mahallî örf ve âdet olarak telâkki edilemez. Bu ancak bütün bir bölgede câri kollektif bir kullanım tarzından meydana gelir¹³⁸. Prensip olarak bir gayrimenkulün eskidenberi aynı şekilde işletilmekte olması; mahallî bir örf ve âdetin icabatı olmadıkça bundan zarar görenlerin MK 656

136) Meselâ elektriğin gittikçe daha ziyade ev işlerinde de tatbiki komşulara elektrik süpürgesinden, elektrikli sair makinelerden gelen diğer gürültülere tahammül mükellefiyetini yükler.

137) JT 1915, s. 107; D. 1907, I, 385; Savatier T. I, s. 94.
I. Huk. 23.12.1937.

138) Savatier ibid; Bordeaux 5.3.1903, D. 1905, 2. 49.

müsteniden tecavüzün önlenmesi ve icabında tazminat istenmesi salâhiyetini bertaraf edemez. Belki de bazı müşahhas hallerde tazminatın miktarı üzerine tesir edebilir¹³⁹. Bununla beraber kendi gayrimenkulünün bir kısmını kendisi için zararlı tesirler husule getirecek bir işletmeye tahsis eden meselâ evinin alt katını bir marangoza, bir boyacıya kiralyan o mıntıkanın ikamete mahsus olduğunu iddia ederek bu gibi kişiler aleyhine MK 656 ya müsteniden bir talepte bulunulamaz. Fakat komşu maliklerinin bu hakları tabiidir ki mahfuzdur.

III. Gayrimenkul malikinin aşkın fiillerinden bir zarar husule gelmesi veya bir zarar meydana gelmek tehlikesi mevcut olması :

Gayrimenkul malikinin hakkını tecavüz etmesi neticesinde husule gelen zarar bilhassa komşular arasındaki münasebetler mevzuu bahis olunca kendini ya gayrimenkul üzerinde hissettirir, yahutta sadece şahısları rahatsız edebilir.

A — Taşın fiiller neticelerini bilfiil gayrimenkul üzerinde maddeten göstermek suretiyle onun harabiyetine veya kıymetinin azalmasına sebep olabilirler. Meselâ komşudan sızan sular veya komşuda yapılan kazılarla gayrimenkulün temelini sarsılması yahutta komşuluk kaidelerinin ihlâli suretiyle yapılan bir inşaatla komşu gayrimenkulün havasına veya toprağına yapılan tecavüz bu mahiyettedir. Burada hem maddeten gayrimenkulün harabiyetine sebep olmak ve hem de onun kıymetinde bir eksilmeyi mucip olmak suretiyle tecelli eden bir zarar vardır.

B — Bazan zarar sade gayrimenkulün kıymetinin azalmasından meydana gelir. Bunun gayrimenkulün satış kıymeti veya randıman kıymeti üzerine tesir etmesi bakımından bir farkı yoktur. Meselâ şehrin otellerle meskûn bir mıntıkasında pis koku neşreden bir deri fabrikasının kurulması veya bir plâjın yanında tesis edilen bir hastahaneden gelen pis suların denize dökülmesi sebebiyle müşterilerin azalması yahutta komşu olan ticarethanenin girişini daraltacak veya güçleştirecek şekilde bir tüccarın kendi dükkânı önüne büyük renkli ilânlar asmaı hep buna bir misal teşkil eder¹⁴⁰. Meselâ federal mahkeme bir sayfiye mahallinde pansiyon ve otellerin kıymetini azaltacak şekilde gürültü yapan dancing'ler açılmasında böyle bir mahiyet görmüştü¹⁴¹.

139) Capitant D. 1905, 2, 49; JT 1926, s. 164.

140) Maamafih bu hususta bak. I. Huk. 30.6.1939, 3176.

141) JT 1933, s. 522.

C — Bazan da gayrimenkul malikinin hakkını tecavüz etmek suretiyle yaptığı fiiller tesirlerini sadece şahıslar üzerinde gösterir. Bu fiiller komşuların sükûnunu, huzurunu, sıhhatını ihlâl eyler. Komşu gayrimenkullerden daimî surette gelen motor gürültüleri, iç bulandıncı pis kokular, tozlar veya daimî surette görülmek mecburiyetinde kalınan hastahane veya ameliyathane gibi fena manzaralar yaşama arzusunu azaltabilir. Komşuları daimî bir endişe, mânevî bir sıkıntı ve huzursuzluk içinde bırakabilir¹⁴². Bu vaziyetlerde de komşu gayrimenkul malikinden eski halin iadesi ve icabı halinde zararın tazmini istenebilir. Çünkü bilhassa komşular arasındaki münasebetlerde zararın mutlaka gayrimenkule verilmiş olması şart değildir. Taşkın fiillerin tesirlerini komşunun şahsında göstermesi de gayrimenkul malikinin mesuliyeti için kâfi bir sebeptir. Hattâ sadece şahıslar üzerinde haklı olarak bir tehlikeye maruz kalma endişesinin tevhit edilmiş olması (meselâ bir hastalığın sirayet korkusu) veya mânevî huzur ve sükûnun ihlâli bile kâfidir¹⁴³.

Tesirlerini sadece şahıslar üzerinde gösteren fiillerin aşkın olup olmadığı bunlardan zarar gödüğünü iddia edenin şahsî durumu ve haleti ruhiyesine göre değil, fakat bu tesirlerin normal ve vasat bir seviyedeki insan üzerinde yapabileceği aksülâmele göre tâyin edilir. Yani yine objektif bir kıstastan hareket edilir¹⁴⁴. Maamafih hareket edilecek kıstas objektif bile olsa ihtilâf halinde bulunan malikle mağdur arasındaki menfaat ihtilâfının da göz önünde tutularak bunlardan hangisinin diğerine nazaran daha fazla himayeye lâyık olduğunu yine hâkim takdir edecektir.

Gayrimenkul malikinin aşkın fiillerinden bazıları tesirlerini daha ziyade şahıslar üzerinde bazıları ise komşu gayrimenkuller üzerinde gösterse bile taşkın fiiller arasında bu bakımdan bir tasnif yapmak her zama niçin kolay değildir. Bir taraftan bu fiillerden gelen tesirler sadece şahıslar üzerinde kendilerini hissettirmiş olsalar bile komşunun kendi gayrimenkulünü istediği gibi kullanmasına mani olmak suretiyle daima, dolayısıyla de olsa, gayrimenkulün kıymetinin azalmasını mucip olurlar. Bu suretle de neticelerini gayrimenkul üzerinde hasıl ederler. Diğer taraftan taşkın fiilleriyle komşusunun şahsına zarar veren gayrimenkul maliki yine MK 656 mucibince mesul olur. Fakat tazminatın tesbitinde her halde BK 45 deki esaslardan hareket edilir.

142) JT. 1931, s. 172.

143) İhering, s. 137.

144) JT, 1939, s. 620.

Gayrimenkul malikinin mülkiyet hakkının hudutlarını aşmasından dolayı bir zarara maruz kalan kimsenin tazminat talep etmek tecavüzün men'ini ve eski halin iadesini istemek salâhiyetleri vardır. Hukukun vazifesi sadece olup bittilerden doğan zararların telâfi imkânlarını şahıslara vermekten ibaret değildir. Çok defa meydana gelen zararın tam mânasiyle telâfisi imkânsızdır. Hele eski halin iadesini istemek bazan taraflardan biri için olduğu kadar âmmenin menfaati ve bilhassa milli ekonomi bakımından mahzurlu olabilir. Böyle bir talep bazan birçok emeğin, sermayenin heder olmasını mucip olabilir. Meselâ komşuluk kaidelerinin ihlâliyle yapılan inşaat hakkında MK 622/II başkasının arazisine tecavüz eden inşaat hakkındaki hükümlerin tatbik edileceğini öngörür (MK 651). Bu bazan koskocaman bir binanın MK 651 deki şartların mevcudiyeti halinde yıkılması demektir. Hukukun aynı zamanda önleyici (préventif) bir mahiyeti de vardır, ve olmalıdır da. Yani bir zararın vukuu tehlikesinin muhtemel olduğu hallerde onun husulüne mani olacak tedbirlerin alınmasını istemek salâhiyeti bundan zarar göreceğini iddia edenlere tanınmalıdır. Nitekim MK 656 da öyle yapmakta "bir malikin hakkını tecavüz etmesinden dolayı bir zarara... uğramak tehlikesinde bulunan kimse" den bahsetmektedir. Böyle bir kimsenin tehlikenin izalesi için lâzım gelen tedbirlerin alınmasını istemek salâhiyeti vardır. Şu halde malikin hakkını tecavüz etmesi ihtimalinin mevcudiyeti bazı hallerde onun MK 656 anlamında mesuliyeti cihetine gidilmesi için kâfidir. Meselâ evlerle meskûn bir mntıkada boş bir arazide büyük bir marangoz imalâthanesi inşa edilmek üzeredir. Büyük bir apartmanın üst katında bir ana okulu açılacaktır. Komşu bahçesinde büyük bir kümes inşasına başlanmak üzeredir. Bütün bu vaziyetlerde komşular için muhtemel bir zarar tehlikesi mevcuttur. Bu vaziyetlerde malikin bir taşkınlığının mevcut olup olmadığı tâyin edilirken zarar tehlikesini ihdas eden gayrimenkulün müstakbel durumunun olduğu kadar zarara maruz kalan gayrimenkulün hali hazırdaki ve icabı halinde istikbaldeki vaziyeti de göz önünde tutulur¹⁴⁵. Federal Mahkeme bir kararında muhtemel bir zarar tehlikesi münasebetiyle şöyle diyordu: "İnşa edilmekte olan bir gayrimenkulün normal bir şekilde dahi işletilmesinden komşunun mülkiyet hakkına aşkın bir zarar geleceği sabit olduğu takdirde bu inşaat menedilmelidir. Halen boş durmakla beraber inşaat arsası mahiyetini almak üzere bulunan bir arsanın malikine komşunun inşaatına mani olmak salâhiyeti tanınmalıdır. Eğer inşası mutasavver binanın burada başka binaların inşasına mani olacağı melhuz ise"¹⁴⁶.

145) Thilo, JT 1929, s. 7.

146) JT 1933, s. 80.

IV. Zarar veren fiil ile gayrimenkulün kullanılması arasında bir irtibat bulunması :

Malik gayrimenkulünü kullanırken başkalarına zarar verecek bir fiil ika eylemiş olmalıdır. Bunu ifade etmek için Wieland'ın yaptığı gibi zararın mülkiyet hakkının istimali neticesinde husule gelmesi lâzım olduğunu söylemek kanaatimizce doğru değildir¹⁴⁷. Çünkü mülkiyet hakkının istimali ile neyin anlaşılması lâzım geldiğini tayin zordur. Mülkiyet hakkı sahibine şeyi üzerinde dilediği gibi hukukî ve maddî tasarruflarda bulunmak salâhiyetini bahşeder. Şeyi üzerinde istediği gibi maddî tasarruflarda bulunmak bir bakıma da onu fiilen istediği gibi kullanmak gayrimenkule dilediği işletme şeklini vermek ve hattâ onu terketmek kastı bulunmadan halli üzere bırakmak ondan hiç istifa etmemektir. Başka bir ifade ile gayrimenkulü fiilen istimal etmek hiç olmazsa edebilmek imkânlarına sahip olmak demektir. O halde gayrimenkul malikinin MK 656 anlamındaki mesuliyeti gayrimenkulünü istimal ederken¹⁴⁸, yaptığı fiillerin neticelerinden husule gelen zararlara münhasırdır. 656 nın hususî bir tatbik şeklini teşkil eden MK 661 gayrimenkulün işletilmesinden bahseder. İşletmeyi işte bu mânada gayrimenkulün kullanılması mânasına almalıdır. Gayrimenkulün işletilmesi iktisadî bir gaye ile olabileceği kadar sadece malikin zevki için de olabilir¹⁴⁹. Gayrimenkulünde bizzat kendisi oturan, onu kiraya veren üzerinde birtakım tesisat husule getiren, inşaat yapan, eken veya bir fabrika, büyük bir zirai müessese, bir eğlence mahalli, tiyatro, dancing, bar tesis eden veya onu derélictio kastı olmaksızın alâhalihi terk eden kimsede gayrimenkulünün MK 661 anlamında işletiyor demektir. Evini, arazisini fiilen kullanmıyarak olduğu gibi bırakmak yüzünden bu gayrimenkul üzerinde komşulara zarar verecek şekilde meselâ farelerin üremesine veya su birikintilerinin toplanmasıyla rutubetin çoğalmasına meydan veren malikin bu hareketi aşkın bir mahiyette ise MK 656 mucibince mesuliyetine gidilir. Burada ehemmiyetli olan husus zarar ile gayrimenkulün kullanılması arasında uygun bir illet bağının mevcudiyetidir. Zararın gayrimenkul kullanılmış olmasaydı husule gelmesi mümkün olmayacağını söylemek kabil olan her halde gayrimenkul maliki eğer MK 656 daki diğer şartlar da mevcut ise bundan dolayı mes'uldür. Başka bir ifade ile gayrimenkulün kullanılmasıyla hiçbir irtibatı olmaksızın bir gayrimenkulden ika edilen zararlar hakkında MK 656 uygulanmaz. Zararın gayrimenkulün herhan-

147) C. I, s. 240.

148) Haab, Kommentar s. 375; Homberger FJS, No. 430, s. 2.

149) L'Huillier s. 170; V. Tuhr. Edege c. I, s. 433.

gi bir suretle kullanılmasından husule geldiği her halde zarar ile gayrimenkul arasında böyle bir irtibat rabitasının mevcut olduğu kabul edilir. Fakat zararlı fiilin gayrimenkul olmadan da meydana gelmesi kabil olan hallerde bu irtibat rabitası kesilmiş olur¹⁵⁰. Meselâ bir evden dışarıya atılan bir taş, çekilen silâh, bir evden fırlayan bir hayvan tarafından birinin ısınması halinde vaziyet böyledir. Tabii bir hâdise dolayısıyla bir gayrimenkul diğer bir gayrimenkule zarar iras eylediği hallerde de MK 656 anlamında bir illiyet bağı yoktur¹⁵¹. Bir hayvanat bahçesindeki hayvanlardan birinin yaptığı zararlardan dolayı ise kanaatimizce MK 656 tatbik edilmelidir. Çünkü zarar gayrimenkulün bir hayvanat bahçesi olarak işletilmesinden dolayı mevduttur.

MK 656 sadece gayrimenkulün kullanılması veya bu kullanmayı kolaylaştıracak veya kullanmanın zarurî kıldığı tesisat ve imalât dolayısıyla verdiği zararlar halinde tatbik edilmekle kalmaz, o aynı zamanda gayrimenkulünü kullanırken malikin bu kullanma dolayısıyla şahsen yaptığı mülkiyet hakkını tecavüz eden bazı aşkın fiillerine de şâmil olur. Meselâ komşuluk münasebetlerinin çizdiği müsamaha hudutlarını aşacak şekilde halı ve saire silkildiği, komşunun bahçesine pis sular döküldüğü takdirde olduğu gibi. Bütün bu hallerde zararlar gayrimenkul arasında böyle bir irtibat mevcuttur. Bu söylediklerimizden bilhassa pratik bakımdan çok mühim olan şöyle bir neticeye de varmak istiyoruz: MK 656 malikin gayrimenkulünü kullanırken bu gayrimenkülü dolayısıyla vukua gelen aşkın fiillerinin neticesindeki zararlara da tatbik edilince acaba gayrimenkulün bizzat kendisi değil de kendi rzasıyla üçüncü bir şahsa kullandıran, yani gerek şahsî ve gerek aynı hak doğuran mukavelelerle gayrimenkulden istifade salâhiyetini terk ettiği üçüncü şahıslara kullandırırken malik onlar tarafından ika edilen zararlardan da mesul mudur? Başka bir ifade ile bu gibi kimselerin ika eyledikleri zararlardan kim mes'ul olacaktır, şahsen kendileri mi, malik mi, yoksa her ikisi de müteselsilen mi? Bu hususun ihtilâflı olduğuna fakat kanaatimizce MK 656 ya müsteniden davanın münferiden malik aleyhine olduğu kadar kiracılar ve aynı hak sahipleri aleyhine açılacağına işaret edelim.

150) Exp. des motifs: c. 3, s. 73.

151) V. Tuhr - Edege, c. I, s. 433.