

İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ II. HUKUK DAİRESİ'nin
Frey / Haas davasında verdiği 16/Haziran/1966 tarihli kararı (1)

Çeviren
Asistan İrfan YAZMAN

ZGB m. 736 (MK m. 709): Eski hukuk menşeli bir irtifak hakkının, vaktiyle tesis edilirken mevcut olan gayesinin ortadan kalkması sebebiyle terkini. Bu hakkın, menşesindeki gayeden farklı bir gaye için kullanılmasının caiz olmaması. Bu sebeple, terkin için bir tazminatın gerekmemesi.

Olay

A. Bayan Lily Frey, Urnäsch Komünü'nün Oberdorf mevkiinde, Teufenberg Yolu'nun kuzeyinde ve 10 metre kadar yükseklikte olup, arka tarafı sarp şekilde bir uçuruma inen sırta kadar uzanan ve çayırılık bir araziden ibaret bulunan (25 a) numaralı parseli 1962 yılında satın almıştır. Arsanın bir kısmı altında, kayalar içine oyulmuş, aşağı yukarı 10 metre uzunluğunda, 5 metre eninde ve 3 metre yüksekliğinde tabii bir mağara bulunmaktadır. Mağaranın arka duvarında, uçuruma açılan bir havalandırma deliği mevcuttur. Yerliler tarafından «buz mağarası» da denilen bu mağara, geçen yüz yılın sonuna kadar, Urnäsch'deki 21/22 sayılı parselde bulunan «Gasthaus zum Ochsen» adlı lokantada imal edilen taze biranın depolanması işinde kullanılıyordu. Mağaranın bu türlü kullanılışı Urnäsch Komünü'nün İrtifak Hakları Protokolü'ndeki şu kayıtlarda ifadesini bulmaktadır :

25 sayılı parselin (Lily Frey) bulunduğu Cilt 1/324: «Yukarı kısımda «Zum Ochsen» Lokantası sahibi Karl Meyer'in Rosenhügel Tepesi sınırında ve Teufenberg Yolu kenarında, içinde ham bira depolamak hususunda kayıtsız şartsız hak sahibi olduğu bir kaya mağarası vardır.»

(1) Bu karar, BGE 92 II 89'da yayınlanmıştır.

21/22 sayılı parselin (Ochsen Lokantası) bulunduğu Cilt 1/330: «Mevcut bira deposu, zilyedi tarafından her zaman o şekilde bakım ve muhafaza edilecektir ki, üzerindeki çayırılık arazi serbestçe ekilip işletilebilsin ve üzeri gübrelenebilsin. Mevcut bira deposu, 25 sayılı parsel zilyedinin muvafakati olmaksızın hiçbir şekilde büyütülemez».

Appenzel-Ausserrhoden Kantonu'nun Medenî Kanun'a Giriş Kanunu'nun 205. maddesine göre, bu gibi kayıtlar, tapu sicili teşkil edilinceye kadar, İsviçre Medenî Kanunu'na ait Tatbikat Kanunu'nun 48. maddesi (2) anlamında sınırlı bir hüküm ifade ederler.

Bahsi geçen kullanma hakkının ne tarihi, ne şekli ne de şartları tesbit edilmiş değildir.

Ochsen Lokantası'ndaki bira imalâthesinin faaliyeti tatil edildiğinde, depo uzun yıllar kullanılmadan durmuştur. Mağaranın açık olan ağzı, ilk defa civardaki Züriç Şehri «Rosenhügel» Çocuk Yuvası'nın müdiresinin şikâyetleri üzerine, tahtadan bir duvarla kapatılmış ve bunun yerini 1960 yılında demir bir kapı almıştır. Bundan sonra, Ochsen Lokantası'nı işletenler, mağarada maden suyu, elma suyu, şişe birası ve bidonlar içinde benzin depo etmeğe başlamışlardır.

B. Hâdim gayrimenkul olan 25 a sayılı parsel maliki Bayan Frey, 30 Ocak 1964 günü Hinterland Asliye Mahkemesi'nde , Ochsen Lokantası'nın bulunduğu gayrimenkul maliki Bayan Haas aleyhine dava açarak, mağaranın kullanılması konusundaki irtifak hakkının kaldırılmasını ve tapu kütüğünden terkinini talep etmiştir. Davacı,

(2) Bu madde, «Kanunu Medenî'nin Sureti Mer'iyeti ve Şekli Tatbiki hakkında Kanun»a alınmamıştır. Mehazdaki maddenin tercümesi şöyledir:

7. Kantonların şekle ait kuralların hükümleri.

Madde 48 — Eşya hukukuna ait hükümlerin yürürlüğe girmesi ile birlikte ve fakat tapu sicilinin kurulmasından önce kantonlar, tescilin hükümlerini derhal yerine getirecek olan şekilleri, ezcümle bunların tasdik usulü mü olacağını, yoksa kütüğe yahut rehin veya irtifak sicillerine yapılacak kayıtlar mı olacağını tayin ederler.

Şekle ait bu kurallar, tapu sicili kurulmaksızın veya bunun kurulmasından önce de, aynı hakların doğumu, devri, tadili ve sona ermesine ilişkin olarak tescilin meydana getirdiği hükümlerle teğiz edilebilirler. Buna mukabil, tapu sicili bizzat kurulmadıkça veya diğer bir sistem buna muadil kılınmadıkça, iyi niyetli üçüncü şahıslar lehine tescilin hükümleri vücut bulmaz.

esas itibariyle, Ochsen Lokantası'nın bulunduğu gayrimenkul maliklerine, mağarada, Ochsen Lokantası'nda işletilen bira imalâthanesinde yapılan ham biranın depolanması hususunda bir aynı hak tanınmış olduğunu ileri sürmüştür. Bira imalâthanesinin faaliyetine 1897 yılında son verilmiş olduğundan, irtifak hakkının hâkim gayrimenkul için ifade ettiği bütün menfaat ortadan kalkmış olup, hâdim gayrimenkul malikinin ZGB m. 736 f. 1 (MK m. 709 f. 1) uyarınca, terkin talep edebileceği iddia edilmiştir.

Davalı taraf, bira imalâthanesinin uzun yıllar önce faaliyetini tatil etmiş olduğunu inkâr etmemekle beraber, İrtifak Hakları Protokolü'ndeki kayıtların lâfzına işaretlerle, bir inşa eserinin söz konusu olduğunu ve bunun üzerinde kendisinin ZGB m. 779 (MK m. 751) anlamında aynı bir inşaat (üst) hakkına sahip bulunduğunu, böylelikle de, zararı tazmin edilmeksizin bu hakta mahrum edilmesinin zaten söz konusu olamayacağını iddia etmiştir. Kaldı ki, sadece aynı bir kullanma hakkının mevcudiyeti kabul edilecek olsa bile, ZGB m. 736 (MK m. 709)'a göre yapılacak bir terkinin gerektirdiği şartlar hadisede yoktur. Burada sadece hâkim gayrimenkulün ihtiyaçlarında irtifak hakkı çerçevesi içinde vukubulan bir değişme söz konusudur: ham bira depo edileceğine, mağara şimdi, maden suyu, elma suyu ve şişe birası ile birlikte akaryakıtın da muhafazasına hizmet etmektedir. Çünkü dâvalı, Schützengarten bira fabrikası ve Egnach meyve suyu imalâthanesinin ambarlarını da idare etmekte ve bu içkileri motorlu vasıtalarla tevzi etmektedir.

C. Dâva cereyan etmekte iken, müteveffa dâvalının yerine, hukuki halefi olarak oğlu Leonhard Haas dâvaya dahil olmuştur.

D. Hinterland Asliye Mahkemesi dâvayı kabul etmiş ve irtifak hakkının terkinine karar vermiştir.

Dâvalının istinaf talebini kısmen kabul eden Appenzel A. Rh. Kantonu Üst Mahkemesi II. Dairesi, 26 Ekim 1965 tarihli hükmüyle, irtifak hakkının terkinine, ancak, 4.800 Frank tutarında bir tazminatın ödenmesi karşılığında müsaade etmiştir. Üst Mahkeme'nin gerekçesi özetle şöyledir :

İrtifak hakkı Medenî Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olmakla beraber, İsviçre Medenî Kanunu'na ait Tatbikat Kanunu'nun 17. maddesinin 2. fıkrasına (Kanunu Medenî'nin Sureti Mer'iyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun, m. 18 f. 2) göre,

muhtevasının yeni hukukun prensiplerine uygun olarak (ZGB m. 738; MK m. 711) tayini lâzımdır; yani ilk plânda tescile başvurulması ve ancak bunun müphem veya nakıs olması halinde, iktisap sebebini tevsiik eden ve eski hukuka tâbi olan belgeler nazarı itibara alınmalıdır (BGE 88 II 271).

Eski kanton hukuku ise, vaktiyle bir inşaat hakkı mı, yoksa sadece aynı bir kullanma hakkı mı tesis edilmiş olduğu hakkında bilgi vermemektedir. Zaten bu soru, davaya esas olan müessir olmadığı cihetle cevapsız da bırakılabilir, zira irtifak haklarının terkinine dair olan ZGB m. 736 f. 1 (MK m. 709 f. 1) inşaat hakkı için de caridir. Hadisede, davalının irtifak hakkı konusunda artık bir menfaatinin bulunmadığı söylenemez. Zamanla mağarada taze bira yerine, şişe birası, maden suyu ve elma suyu gibi diğer içkiler depo edilmeğe başlanmıştır. Bu ise, modern tüketim alışkanlıkları dolayısıyla hâkim gayrimenkulün ihtiyaçlarında kendini gösteren bir değişikliği ifade eder ve bu değişiklik, irtifak hakkının muhtevasına dahil sayılır. Halbuki meselâ şarap, meyve ve akaryakıt depolanması için aynı şey varid değildir. Fakat şurası da tabiidir ki, davalının içki depo etmekteki menfaati, davacının araziyi bir tatil evi yapımında kullanmaktaki menfaati karşısında nisbet kabul etmez derecede az bir önemi haizdir ve bu sebeple ZGB m. 736 f. 2 (MK m. 709 f. 2) uyarınca bir tazminatın ödenmesi mukabilinde irtifak hakkının terkinini kabildir. Hâkim gayrimenkulün, irtifak hakkının ortadan kalkması yüzünden maruz kalacağı kıymet düşüklüğü, bu tür-lü bir deponun aylık 20 Frank = yıllık 240 Frank'lık ardiye değerine tekabül edip, bunun % 5 oranında kapitalize edilmesi neticesinde 4.800 Frank'a balığ olur.

E. Bu hükmü temyiz eden davacı, davasının tamamının kabulünü, yani tazminat karşılığı olmaksızın irtifak hakkının terkinini talep etmektedir.

F. Davalı, müddeabihin değerinin yeter yükseklikte olmaması sebebiyle temyiz talebinin nazara alınmamasını, alınsa bile reddedilmesini ve mukabil temyiz talebi olarak davanın tamamının esas-tan reddini talep etmektedir.

Federal Mahkeme kararının gerekçesi

1. (Müddeabihin yeter yükseklikte olduğuna dair).

2. Olayda sözkonusu edilen irtifak hakkının muhtevası (bir önceki kademe mahkemesi tarafından Federal Mahkeme için bağlayıcı olarak tesbit edilmiş olduğu üzere) ne eski hukuk ne de Medenî Kanun tarafından tayin edilmiş değildir. Böylelikle, kanunî irtifak hakkı tabir edilen bir irtifak hakkı sözkonusu olmadığı cihetle, muhtevasının ZGB m. 738 (MK m. 711)'deki kurallara göre tesbiti gerekir (Krs. LIVER, ZGB m. 738 N. 56 v.d.). Buna göre, herşeyden önce, İrtifak Hakları Protokolü'ndeki kayıtları esas almak lâzımdır. Bu kayıtlara nazaran, Ochsen Lokantası'nın bulunduğu gayrimenkul malikine, 25 a sayılı parselde bulunan mağara içinde ham bira depolamak hususunda aynı bir hak tanındığı sabittir. Bir önceki kademe mahkemesince Federal Mahkeme için bağlayıcı olarak tesbit edilmiş olduğu üzere, bu irtifak hakkı, Ochsen Lokantası'nın bulunduğu gayrimenkulde geçen yüzyılın sonuna kadar bira imal edildiği nazarı itibara alınarak tesis edilmiştir. Bundan çıkacak sonuç şu olmak gerekir: mağara, bira imalâthanesi malikinin bira imal ederken istifade ettiği teçhizatın bir parçası olarak telâki edilmelidir. Bilindiği üzere, bira imalinde, ilk mayalanmanın 8 - 10 gün içinde sona ermesini müteakip hasıl olan ham bira, fıçılar içinde ve 0 - 2 derece bir suhunette 6 - 8 hafta süreyle depo edilip dinlendirilmelidir. Bu süre içinde ham bira oğunlaşır ve berrak bir hal alır. Ancak, muahhar mayalanma tabir edilen bu safhadan sonra bira içilebilir hale gelir. Böylelikle, bir önceki kademe mahkemesince tesbit edildiği üzere, senelerce önce bira imalâthanesinin faaliyetine, Ochsen Lokantası'nın bulunduğu gayrimenkulün o zamanki maliki tarafından son verilmesi neticesinde, mağaranın da o zamandanberi kullanılmamasının sebebi açıklanmış olmaktadır. Bu olaydan çıkan diğer bir sonuç ise şudur: hâkim gayrimenkul malikine, mağaranın kullanılması hususundaki hak, ancak çok belirli bir maksat için tanınmış olup, bu maksat, kendi işletmesinde imal edilen ham biranın muahhar mayalanma maksadıyla depolanmasıdır; yoksa, işletmesine ait malların lâlettayin depolanması değil.

ZGB m. 738 f. 2 (MK m. 711 f. 2)'ye göre, «tapu sicilindeki sınır dahilinde» (3) bir irtifak hakkının muhtevasının kesinlikle tayini, iktisap sebebine, yani irtifak hakkının tesisi için yapılmış olan mukaveleye göre olabilir. Olayda, yazılı bir iktisap sebebi mevcut değildir. Bu bakımdan, burada, eski hukuk zamanında tesis edilmiş

(3) Mehazdaki «im Rahmen des Eintrags» tabirinin kanunumuzdaki karşılığı.

bir irtifak hakkı senedinin hangi esaslara göre yorumlanması gerektiğini incelemeğe lüzum olmadığı gibi, böyle bir senetten, İrtifak Hakları Protokolü'ndeki kaydın lâfzını aşarak, kullanma hakkının, muahhar mayalanacak ham biranın dışında diğer malların da depolanmasına şamil olacağı sonucunun çıkarılıp çıkarılmıyacağını tetkike de lüzum yoktur.

3. ZBG m. 736 f. 1 (MK m. 709 f. 1) gereğince irtifak hakkının hâkim gayrimenkul için ifade ettiği bütün menfaatler ortadan kalkmışsa, hâdim gayrimenkul maliki bunun terkinini talep edebilir. Bu hüküm, eski hukuk menseli tabir edilen irtifak haklarına da uygulanmak gerekir (BGE 91 II 194). Federal Mahkeme, bu terkin imkânını, uzun süre MK m. 2'nin (hakkın kötüye kullanılmasını önleme: BGE 66 II 246/47) veya «clausula rebus sic stantibus» kuralının (BGE 89 II 376) özel bir uygulanma şekli olarak telâkki etmiş ve m. 736 (MK m. 709)'da aranan şartların tayininde çok sıkı davranmıştır (BGE 66 II 246). Halbuki sonradan, yukarıda zikredilen en yeni tarihli kararında, özellikle LIVER (Komm. zu Art. 736 N. 48 - 52; ZbJV 1964 100 S. 467) tarafından bu eski görüşe larşı yapılan tenkidi nazara alarak bu görüşten ayrılmış ve m. 736 (MK m. 709)'un uygulanmasındaki görüşünü şu şekilde özetlemiştir. Yargıç, irtifak hakkının hâkim gayrimenkul malikine olan faydasını, bu hakkın tesisindeki gayesini, muhtevasını ve şumulünü göz önünde tutarak takdir edecektir (BGE 91 II 190 v.d. özellikle 194). İsbetli olan bu görüşte ısrar etmek gerekir.

Bu görüşün sonucu olarak olayda, yukarıda (2) sayılı gerekçede verilen tafsilâta binaen, vaktiyle irtifak hakkının kurulmasıyla ulaşılmaya çalışılan gaye (yani, Ochsen Lokantası'nın bulunduğu gayrimenkulde taze olarak imal edilen ham biranın, muahhar mayalanması için depolanması), bu gayrimenkuldeki bira imalâthanesinin faaliyetini nihaî olarak tatil etmesiyle ortadan kalkmıştır. Bu açıdan bakıldığı takdirde, irtifak hakkının hâkim gayrimenkule sağladığı bütün menfaatler mevcudiyetini kaybetmiştir.

4. Bir önceki kademe mahkemesi, tüketim alışkanlıklarında ortaya çıkan değişiklikler sonucu, kuruluştaki gayenin yerini başka bir gayenin aldığı görüşünü savunmuş ve bunun, şişe birası, maden suyu ve elma suyu gibi başka içkiler depo etme ihtiyacı olduğunu, zira hâkim gayrimenkul malikinin bir bira fabrikası ile bir meyve suyu imalâthanesinin depolama işlerini de idare ettiğini belirtmiştir.

Gene orada belirtildiği üzere, genellikle kabul edilen esaslara göre sınırları tesbit edilmemiş bir irtifak hakkının kullanılışı, hâkim gayrimenkulün ihtiyaçlarına göre tayin olunur. Meselâ, taşıt araçlarıyla geçit hakkı tahmil edilen bir gayrimenkulden, irtifak hakkının kuruluşunda sadece at arabasıyla geçiş sözkonusu olmuş olsa bile, sonradan motorlu taşıt araçlarıyla da geçiş caizdir,

Bu görüş aslında doğrudur, ancak bu arada gözden kaçan husus şudur: Dava konusu olan olayda irtifak hakkının, şimdiye kadarki gayenin çerçevesi içinde ve fakat daha teksifi olarak kullanılması söz konusu olmayıp, bu hakkın yeni bir gaye için dermeyanı mevzuubahistir. Bu takdirde ise, hâdim gayrimenkul maliki, irtifak hakkının kuruluşundaki gayeden başka bir gaye için kullanılmasına müsaade etmeğe mecbur değildir (LIVER, ZGB m. 737 N. 27; BGE 64 II 414 Gerekçe: 2; 70 II 46 v.d.; 87 II 85 v.d.; ayrıca Federal Mahkeme'nin 13 Kasım 1958 tarihli Gross/Rindlisbacher ve 18 Mayıs 1961 tarihli SBB/Zürcher davalarındaki yayınlanmamış kararları). Gayeyle ilişkin olan bu sınırlama, bir irtifak hakkının ZGB m. 736 f. 1 (MK m. 709 f. 1) hükmüne göre terkini halinde de caridir. İrtifak hakkı sahibinin, irtifak hakkının kuruluşundaki gayeye ilişkin olan menfaatten farklı bir menfaatinin bulunması, kendisine, bu hakkın terkinine karşı bir hımaye bahşetmez (Krs. LIVER, ZGB m. 736 N. 58 - 63).

Davalı ve hukukî halefinin uzun yıllar kullanılmamış bulunan mağarayı aşağı yukarı 1960 yılındanberi, şişe birası, maden suyu ve hattâ bidonlar içinde benzin depo etmekte kullanmağa başlamış olmaları, bu görüşte bir değişiklik yapmağı gerektirecek güçte değildir. Bu durumda, ne ZGB m. 738 f. 2 (MK m. 711 f. 2) anlamında «uzun müddettenberi» yapılagelmiş olan bir kullanma tarzı müşahade etmek kabildir, ne de mağaranın kullanılışı «tapu sicilindeki sınır dahilinde» (4) telâkki edilebilir. Zira tapu sicilindeki kayıt, sarahaten bira imalâthanesine (ham biranın, yani kendi bira imalâthanesinde yapılan taze biranın depolanmasına) ilişkindir.

Bunun sonucu olarak, davalı, mağarada başka mallar depo etmek imkânından mahrum kalması sebebiyle, ZGB m. 736 f. 2 (MK m. 709 f. 2) anlamında bir tazminat talep edemez.

Federal Mahkeme yukarıdaki gerekçeyle şu hükmü vermiştir :

(4) Mehazdaki «im Rahmen des Eintrags» tabirinin kanunumuzdaki karşılığı.

Temyiz talebinin kabulü ile mukabil temyiz talebinin reddine ve Appenzel AR Kantonu Üst Mahkemesi II. Dairesi'nin 26 Ekim 1965 tarihli hükmünün, davacıyı, davalıya bir tazminat ödemeğe mahkûm eden 1. fıkrasının kaldırılmasına karar verilmiştir.

K I S A L T M A L A R

BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları, Resmi Külliyat)
f.	fıkra
Komm.	Kommentar
Krş.	Karşılaştırmız
m.	madde
MK	Türk Medenî Kanunu
v.d.	ve devamı
ZbJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZGB	Zivilgesetzbuch (İsviçre Medenî Kanunu)