D. 7/2022 Yargıtay/Hukuk No: 38/2019

(Girne Dava No: 2412/2014)

YÜKSEK MAHKEME HUZURUNDA.

Mahkeme Heyeti: Bertan Özerdağ, Peri Hakkı, Talat Usar

İstinaf eden: Erkman International Co. Ltd., Şehit Üner Ulutuğ Sokak, Lefkoşa (Davalı)

ile

Aleyhine istinaf edilen: Salahi Ulubay, Neriman M. Yağcıoğlu'nun n/d Neriman Kıvanç Rıza'nın yetkili vekili sıfatıyla Yenikent - Gönyeli (Davacı)

A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına: Avukat Arkun Zeka

Aleyhine istinaf edilen namına: Avukat Kıvanç M. Rıza

Girne Kaza Mahkemesi Kıdemli Yargıcı Banu Soyer’in, 2412/2014 sayılı davada, 25.9.2018 tarihinde verdiği karara karşı, Davalı tarafından yapılan istinaftır.

------------

**K A R A R**

Bertan Özerdağ: Bu istinafta, İstinaf Eden/Davalı kararda bundan böyle sadece Davalı ve Aleyhine İstinaf Edilen/Davacı ise, sadece Davacı olarak anılacaktır.

OLGULAR

Bu meseledeki olguları şöyle özetleriz;

Davacı Girne Alsancak'ta Pafta/Harita No. XII/10.W.2, Parsel No. 10/1, 10/2 + 1/6/2 ve 7755 koçan nolu taşınmazın kayıtlı mal sahibinin huzurumuzdaki istinafa konu dava maksatları bakımından yetkili vekilidir.

Davalı KKTC'de kayıt ve tescil edilmiş bir limited şirket olup Pafta/Harita No. XII/10.W.2 ve Parsel No.1/6/1 ve 1/5/1/2/2 referanslı taşınmazların kayıtlı malsahibi ve keza bu parseller üzerinde inşa edilmiş Ada Hotel’in sahibi ve işletmecisidir.

Tapu ve Kadastro Dairesi tarafından 3.6.2014 tarihinde yapılan ölçümler neticesinde Fasıl 224 Taşınmaz Mal (Tasarruf, Kayıt ve Kıymet Takdiri) Yasası’nın 58(3) ve (4) maddeleri uyarınca hazırlanan 5.6.2014 tarihli ihbarnamede (Emare 11), Davalının Davacının arazisine A, B, C, D ve E olarak haritada işaretli 1595 ayakkarelik tecavüzde veya sınır ihlalinde bulunduğu tespit edildi.

İhbarnamede;

1. A olarak işaretli olan sınır ihlalinde 1/6/1 nolu parsel sahibinin çiçeklik yaparak 1/6/2 nolu parsele (0.0.800) ayakkarelik ihlalde bulunduğu,
2. B olarak işaretli olan sınır ihlalinde 1/6/1 nolu parsel sahibinin su deposu yaparak 1/6/2 nolu parsele (0.0.60) ayakkarelik ihlalde bulunduğu,
3. C olarak işaretli olan sınır ihlalinde 1/5/1/2/2 nolu parsel sahibinin bina yaparak 1/6/2 nolu parsele (0.0.290) ayakkarelik ihlalde bulunduğu,
4. D olarak işaretli olan sınır ihlalinde 1/5/1/2/2 nolu parsel sahibinin telleme yaparak 1/6/2 nolu parsele (0.0.1600) ayakkarelik ihlalde bulunduğu,
5. E olarak işaretli olan sınır ihlalinde 1/5/1/2/2 nolu parsel sahibinin duvar yaparak 1/6/2 nolu parsele (0.0.445) ayakkarelik ihlalde bulunduğu,

Davalıya ihbar edilmiştir.

Davacı bu sınır ihlallerine dayanarak Davalı aleyhine huzurumuzdaki istinafa konu davayı dosyaladı.

Davalı, dava görüşüldüğü dönemde KKTC devletinden 1/5/1/2/2 ve 14-24 nolu parselleri kiralayarak, bu parsellere geçebilmek amacıyla Davacının arazisinden geçit hakkı almak üzere yetkili makamlara başvuruda bulundu.

Bu başvuru üzerine Bakanlar Kurulunun Ö(K-1) 632-2015 sayı ve 11.11.2015 tarihli kararı ile Davalıya kiralanan Pafta/Harita No.XII/10.W.2'da kain 1/5/1/2/2, 24 ve 25 nolu parseller lehine geçit hakkı verilmesi için Tapu ve Kadastro Dairesi yetkili kılındı.

Tapu ve Kadastro Dairesi 4.4.2016 tarihinde Davacıya ait parseller üzerinden Davalı lehine geçit hakkı verdi.

Davayı dinleyen Alt Mahkeme Davacı lehine Davalı aleyhine 5.6.2014 tarihinde belirlenmiş Emare No.11 ihbarnamede A, B, C ve E'de mevcut 1595 ayakkarelik tecavüzün kaldırılmasına, 1.9.2009 tarihinden itibaren tecavüzün sonlandırılacağı tarihe kadar aylık 400 Stg. kullanım bedeli kaybı (mesne profit) ödenmesine, 3.000 Stg. karşılığı 25.000 TL örnek niteliğinde zarar ziyan ödenmesine ve dava masraflarının ödenmesine emir ve hüküm verdi.

İstinaf bu karardan dosyalandı. Davacı ise hükümde yasal faiz olmamasına binaen mukabil istinaf dosyaladı.

İSTİNAF SEBEPLERİ

Davalının istinafını 4 başlık altında özetlemek mümkündür;

1. **Muhterem Alt Mahkeme, Davalının Davacının arazisinde çiçeklik yapmak suretiyle ve/veya bodrum ve/veya duvar inşa etmek suretiyle tecavüzde bulunduğuna bulgu yapmakla ve/veya halen bu tecavüzlerin devam ettiğine bulgu yapıp tecavüzün sonlandırılmasına emir ve hüküm vermekle hata etti.**
2. **Muhterem Alt Mahkeme, Davalının geçit hakkından dolayı üstün hakkı olduğuna bulgu yapmamakla ve Davalının geçit hakkı olan yerde bina yapmak suretiyle tecavüzde bulunduğuna bulgu yapmakla hata etti.**
3. **Muhterem Alt Mahkeme, tecavüzün hangi tarihten başladığı Talep Takririnde belirtilmemesine karşın ve/veya tecavüzün hangi tarihte olduğuna bulgu yapmaksızın tecavüze ilişkin emir vermekle ve/veya 1.9.2009 tarihinden itibaren kullanım bedeli kaybı (mesne profit) ödenmesine emir vermekle hata etti.**
4. **Muhterem Alt Mahkeme, Davalının Davacıya 400 Stg. kullanım bedeli ödemesine emir ve hüküm vermekle ve/veya tecavüz edilen her alan için ayrı ve belirli bir miktar kullanım bedeli kaybı ve/veya mesne profit ödenmesine emir ve hüküm vermekle hata etti.**

Davacı tarafından dosyalanan mukabil istinafı ise aşağıdaki şekilde özetlemek mümkündür;

**Muhterem Alt Mahkeme, emir ve hüküm verdiği kullanım bedeli kaybı ve/veya mesne profitle ilgili 9/1976 sayılı Mahkemeler Yasasının 42.maddesi uyarınca faiz ödenmesine emir vermemekle hata etti.**

TARAFLARIN İDDİA VE ARGÜMANLARI

Davalı Avukatı hitabında aşağıdaki iddialarda bulundu;

Alt Mahkemenin tapu ölçümlerine istinaden tecavüz olduğuna bulgu yaptığı yerlerin birçoğunda ya dava açılmadan önce ya da dava açıldıktan sonra Davalı tarafından tecavüzler sonlandırıldı veya kaldırıldı. Alt Mahkemenin tecavüz olduğuna bulgu yaptığı çiçeklik kaldırılmış olup sırf altındaki betondan dolayı tecavüzün devam ettiğine bulgu yapması hatalıdır. Ayrıca su deposu Davalı tarafından yapılmamıştır. İlaveten Davacının kaldırılmasını talep ettiği su deposu hiçbir zaman Davalının kullanımında olmamasına karşın bu dava nedeniyle Davalı bu su deposunu da kaldırmak mecburiyetinde kalmıştır.

Alt Mahkemenin Davalının sahibi olduğu Ada Hotel’in bodrum katındaki mutfağın veya bodrumun Davacının arazisine tecavüzde bulunduğuna bulgu yapması hatalıdır. Çünkü bu bulgusu sadece daha önce Davalının müstahdemi olan Davacının yetkili vekili ve aynı zamanda Davalıya karşı hasımane şahadet veren, bağımsız tanık olarak kabul edilemeyecek Salahi Ulubay’ın şahadetine dayanmaktadır. Dolayısıyla, Alt Mahkemenin Davalının bodrum inşa etmekle Davacının arazisine tecavüzde bulunduğu bulgusu hatalıdır.

Davalıya ait otel binasının duvarının Davacının arazisine tecavüzde bulunan kısmında yetkili makam tarafından Davalıya geçit hakkı verilmiştir. Davacı bu geçit hakkı verildikten sonra geçit hakkı kapsamına giren bir yer için tecavüzde bulunulduğu iddiasında bulunamaz. Bunun yanında, Davalının geçit hakkı nedeniyle Davacıya nazaran daha üstün bir hakkı vardır. Bu üstün hakkına bağlı olarak geçit hakkı dahilinde bulunan bir yerde tecavüz olduğu iddiası ileri sürülemez ve tecavüz yapıldığına bulgu yapılamaz. Alt Mahkeme bu üstün hak iddiasını dikkate almamakla ve geçit hakkı olan yerde tecavüz olduğuna bulgu yapılamayacağına karar vermemekle hata etmiştir.

Alt Mahkeme Davacının layihasında tecavüzün hangi tarihte başladığı belirtilmemesine veya iddia edilmemesine rağmen tecavüzün hangi tarihte başladığı bulgusu yapmaksızın ve/veya tecavüzün hangi tarihte başladığı bulgusu yapılmaması büyük bir eksiklik olmasına karşın 1.9.2009 tarihinden itibaren mesne profit ödenmesine emir vermekle hata yaptı. Alt Mahkemenin tecavüzün hangi tarihte olduğu veya başladığı bulgusuna varmaması ve böyle bir bulguya varmaksızın mesne profit ödenmesine emir vermesi hatalıdır. Bu nedenle Alt Mahkemenin 1.9.2009 tarihinden itibaren sınırda tecavüz yapıldığına veya bu tarihte tecavüzün başladığına ve mesne profit ödenmesine yönelik tüm bulguları hatalıdır.

Alt Mahkeme tecavüze konu yerle ilgili Davacı lehine aylık 400 Stg. kullanım bedeli kaybı (mesne profit) ödenmesine bulgu yapmış olup bu bulgusu şahadete dayanmadığından hatalıdır. Ayrıca, Davalı tecavüz edilen kısımlardan tecavüzü büyük oranda kaldırmış olmasına karşın, Alt Mahkeme toplu bir rakam belirlemekle ve her tecavüz edilen kısım için ayrı ayrı bir rakam belirlememekle hata etmiştir.

Davacının mukabil istinafına ilişkin olarak, Alt Mahkeme faiz vermemekle hata etmiş değildir ve mukabil istinafın reddi gerekir. Tüm belirtilenlerle, istinafın kabul edilerek hükmün iptal edilmesi gerekir.

Davacı adına hitapta bulunan Avukat ise hitabında aşağıdaki iddialarda bulundu;

Davalı, Davacının arazisine Tapu ve Kadastro Dairesi tarafından yapılan tespitlerde gösterildiği gibi tecavüzde bulundu. Bu tecavüzlerin bir kısmı halen devam etmektedir. Çiçeklik kaldırılmış olmasına karşın altına dökülen beton halen oradadır, kaldırılmamıştır. Bu beton orada kaldığı müddetçe tecavüzün devam ettiği sonucuna varılması gerekir.

Davalı bodrum yapmak suretiyle Davacının arazisine tecavüzde bulunmuş olup bu tecavüz de halen kaldırılmamıştır. Davalının inşa ettiği otel binasının duvarı Davacının arazisindedir. Davalı ayrıca, Davacının arazisine beton duvar dökmüş ve/veya inşa etmiş olup bu tecavüz de halen kaldırılmamıştır. Yasal olarak bir inşaat komşu parselden 10 ayak uzakta inşa edilmek zorunda olmasına karşın Davalı 10 ayaklık alanı da geçmiş ve inşaat yapmak suretiyle Davacının arazisine tecavüz etmiştir.

Davalının bu yapıları Davacının arazisine tecavüz ettiğini bilerek inşa etmiş olduğu şahadetten görülmektedir. Davalının sadece Davacının parseline değil, etraftaki tüm parsellere tecavüz eder şekilde inşaatlar yapmış olduğu Tapu ve Kadastro Dairesinin ölçümlerinden ortaya çıkmıştır. Bu durum, Davalının kötü niyetini ortaya koymaktadır.

Davalının aldığı geçit hakkı halen ihtilaflı olup başka bir davanın konusudur. Ancak bu geçit hakkında başarılı olsa dahi Davalı bu geçit hakkı üzerinde inşaat yapma veya Davacının arazisine tecavüzde bulunma hakkına sahip olamaz. Davalının geçit hakkı üzerinde üstün hakkı bulunduğu iddiasının hiçbir yasal dayanağı yoktur ve Alt Mahkeme bu iddiayı dikkate almamakla doğru davranmıştır.

Kullanım bedeli kaybı (Mesne profit) genel zarar ziyan niteliğinde bir tazminattır. Bu tazminat belirlenirken, mahkemenin, sunulan şahadet ve emsal değer olmaması halinde uzman tanıkların beyanlarına istinaden bir rakam belirleme yetkisi bulunmaktadır. Alt Mahkemenin tecavüz ile ilgili belirlediği mesne profit miktarı hatalı değildir. Dolayısıyla, Alt Mahkemenin hüküm ve kararı doğrudur.

Mukabil istinafla ilgili olarak, Alt Mahkeme ödenmesine emir verdiği mesne profit rakamları üzerinden 9/1976 sayılı Mahkemeler Yasasının 42.maddesi altında faiz ödenmesine emir vermemekle hata etmiştir.

Tüm bu belirtilen sebeplerle, Davalının istinafının masraflarla reddedilmesi ve mukabil istinafın kabulü gerekir.

İNCELEME

Dosya içerisinde mevcut emare ve olguları, yasal durumu istinaf sebepleri altında inceleyip değerlendirdik. İstinaf sebepleri birbirleriyle bağlantılı olduğundan birlikte incelemeyi uygun gördük. Mukabil istinaf ise bu istinaf sebeplerinin incelenmesinden sonra değerlendirilecektir.

1. **Muhterem Alt Mahkeme, Davalının Davacının arazisinde çiçeklik yapmak suretiyle ve/veya bodrum ve/veya duvar inşa etmek suretiyle tecavüzde bulunduğuna bulgu yapmakla ve/veya halen bu tecavüzlerin devam ettiğine bulgu yapıp tecavüzün sonlandırılmasına emir ve hüküm vermekle hata etti.**
2. **Muhterem Alt Mahkeme, Davalının geçit hakkından dolayı üstün hakkı olduğuna bulgu yapmamakla ve Davalının geçit hakkı olan yerde bina yapmak suretiyle tecavüzde bulunduğuna bulgu yapmakla hata etti.**
3. **Muhterem Alt Mahkeme, tecavüzün hangi tarihten başladığı Talep Takririnde belirtilmemesine karşın ve/veya tecavüzün hangi tarihte olduğuna bulgu yapmaksızın tecavüze ilişkin emir vermekle ve/veya 1.9.2009 tarihinden itibaren kullanım bedeli kaybı (mesne profit) ödenmesine emir vermekle hata etti.**
4. **Muhterem Alt Mahkeme, Davalının Davacıya 400 Stg. kullanım bedeli ödemesine emir ve hüküm vermekle ve/veya tecavüz edilen her alan için ayrı ve belirli bir miktar kullanım bedeli kaybı ve/veya mesne profit ödenmesine emir ve hüküm vermekle hata etti.**

İstinaf ihbarnamesinin olgular kısmında yukarıda detayına yer verdiğimiz Alt Mahkemenin hükmüne konu olan örnek tazminat ve masrafa ilişkin herhangi bir istinaf sebebi bulunmamaktadır. Bu durumda yukarıda özetlediğimiz Davalının istinaf sebeplerini aşağıdaki 3 başlığa indirgeyip incelemek mümkündür;

1. Davalının Davacının arazisi üzerinde devam etmekte olan tecavüzleri bulunmakta mıdır?
2. Davalı lehine verilen geçit hakkı Davalıya tecavüzlere konu yerler için Davacıya nazaran üstün hak vermekte midir?
3. Mahkemenin mesne profit ile ilgili verdiği emirde hata var mıdır?
4. **Davalının, Davacının arazisi üzerinde halen devam etmekte olan tecavüzleri bulunmakta mıdır?**

Olgular kısmında yer verdiğimiz 5.6.2014 tarihli Tapu ve Kadastro Dairesi tarafından gönderilen Emare 11 ihbarnamede yer alan A, B, C, D ve E işaretli sınır ihlallerinde D işaretli ihlalin, davanın duruşma ve karar aşamasından önce kaldırıldığı ve Alt Mahkemenin D işaretli sınır ihlali ile ilgili herhangi bir emir vermediği açıktır. Dolayısıyla, bu sınır ihlali bu istinaf açısından ihtilaf konusu değildir.

Emare 11 İhbarnamede A işaretli sınır ihlali, beton dökülmek ve üzerine çiçeklik konulmak suretiyle yapılmış olup Davacının arazisinden bu çiçekliğin kaldırıldığı ancak altına dökülen betonun sökülmediği ihtilafsızdır.

Davalı çiçeklik kaldırıldıktan sonra betonun halen orada kalmasından dolayı tecavüzün devam ettiğine yönelik emir veri-lemeyeceğini, Davacı ise yapılan tecavüz tümden kaldırılmadan tecavüzün sonlandırıldığı sonucuna varılamayacağını, bu neden-le beton sökülmeden tecavüzün sonlandırılmış olamayacağını ileri sürmektedir.

Yargıtay/Hukuk 98/2009 D. 17/2011 sayılı kararda Yargıtay, “**ne niyetle olursa olsun Davacıların rızası hilâfına arazisine girip sınır çubuklarına beton dökme hakları yoktur ve Davalılar bu fiilleri ile Davacıların arazisine haksız ve kanunsuz şekilde girmiş oldular.**” tespitini yaparak başkasının arazisine beton dökmenin tecavüz teşkil edeceği sonucuna varmıştır.

Diğer taraftan Yargıtay/Hukuk 122/2011 D. 2/2016 sayılı kararda, taşınmaz mala tecavüz veya işgal (trespass) dava-larında tecavüzün kaldırılması ve malın eski hale getirilmesi esastır prensibi ifade edilmiştir. Kararın ilgili kısmı aynen şöyledir;

**“Taşınmaz mala tecavüz davalarında, taşınmaz mala yapılan tecavüzün kaldırılması ve taşınmaz malın eski haline getirilmesi esastır.”**

Bu durumda, Davacının arazisine konulan çiçeklik Davalı tarafından kaldırılmış olsa bile bu çiçekliğin altına dökülen beton kaldırılmadığından, Davacıya ait taşınmazın eski hale getirilmediği ve Emare 11’de A olarak işaretli bulunan tecavüzün halen devam ettiği sonucuna varılması kaçınılmazdır.

Tapu ve Kadastro Dairesi tarafından yapılan tespitlere konu Emare 11 İhbarnamede B olarak işaretli olan tecavüz su deposudur. Bu su deposunun Davacının arazisinden kaldırıldığı taraflarca beyan edilmiş olup istinaf duruşması safhasında bu konuda devam eden bir tecavüz bulunmamaktadır.

Emare 11 İhbarnamede C olarak işaretli ihlal, bina yapılarak Davacının arazisinde tecavüzde bulunulmasına ilişkindir. Davalı, otel binasının Davacının arazisine tecavüzde bulunduğunu kabul etmekle birlikte, bodrum yapmak suretiyle Davacının arazisine tecavüzde bulunulduğuna veya bodrumun Davacının arazisinde olduğuna ilişkin bulguların hatalı olduğunu ileri sürmektedir.

Anlaşılacağı üzere, Davalının sahibi olduğu Ada Hotel binasının Davacının arazisine tecavüzde bulunduğu ihtilaf konusu değildir. Bu noktada ihtilaf konusu olan otele ait bodrum katının Davacının arazisine tecavüzde (tresspass) bulunup bulunmadığıdır.

Alt Mahkeme bu hususu incelemiş ve Tanık No.4'ün şahadetine istinaden, otel ile mutfak arasında bağlantı kurmak için toprak altına bina inşa edilerek tecavüzde bulunulduğunu, daha sonra bu bina üzerinde Emare 11 ihbarnamede C olarak işaretli olan binanın inşa edildiğini tespit etmiştir. Alt Mahkeme Emare 11 ihbarnamede yer üstünde ve yer altında inşa edilen C olarak işaretli olan tecavüzü bina olarak kabul ettiği cihetle, Davalının halen Davacının arazisine bina yapmak suretiyle ihlalin mevcut olduğuna bulgu yapmıştır.

Davalının bu bulguya ilişkin temel itirazı, bu hususta Tapu ve Kadastro Dairesinin bir tespitinin olmamasına karşın sadece Davacının yetkili vekili Tanık No. 4 Salahi Ulubay'ın şahadeti ile mahkemenin bu bulguya varmış olmasıdır.

Tapu ve Kadastro Dairesi adına ilgili arazide yer araştırması yapan Davacı Tanığı No.2 Hacire Deniz'in şahadeti incelendiğinde, bodrumla ilgili mahkemeye bir beyanda bulunmadığı ve bu hususta bir tespiti olmadığı açıktır. Diğer taraftan, Emare 11 ihbarnamede bodrumla ilgili bir kayıt bulunmamaktadır.

Buna karşın, Davacı Tanığı No.4, kendisinin Davalı şirkette çalıştığı dönemde Ada Hotelin inşa edildiğini, otel inşaatında bodrum inşa edilirken Davacının arazisine girildiğinin fark edilmesi üzerine şirket direktörü Dr. Şemsi Kazım’a bu durumun bildirildiğini, şirket direktörünün cevaben kendisine, arazi sahiplerini tanıdığını ve inşaata devam etmesini söylediğini ifade etmiştir.

Bu tanık Emare No.11 ihbarnamede C işaretli olarak yer alan ihlale konu binanın bodrum ve üzerinde inşa edilen otel binası olduğunu ifade etmiştir.

Bu istinafta, Emare No.11 ihbarnamedeki Tapu ve Kadastro Dairesi tarafından yapılan sınır tespitleri ihtilaf konusu değildir. Bu ihbarnamede de gösterilen ve Davacının taşınmazının sınırlarını ihlal eden her bina/yapının tecavüz yarattığı aşikârdır. Hukuken bina kavramı toprak altında inşa edilen bodrumu da kapsamaktadır. Yasal durum muvacehesinde, Davalı tarafından Davacının arazisine inşa edilen Emare 11'de C olarak işaretli otel binasının ister toprak altındaki bodrum, isterse toprak üstünde olan yapılarının Davacının arazisine girdiği oranda tecavüz teşkil edeceği aşikârdır. Keza belirtmek isteriz ki tecavüz bulgusu yapıldığında tecavüze ilişkin binaların yıkılıp kaldırılması yönünde verilecek emrin uygulanması halinde Davacının arazisinde bulunan tecavüz teşkil eden tüm binalar kaldırılacaktır. Bu nedenle, Davacı Tanığı No.4'ün şahadetini göz önünde bulundurarak Emare 11'de C olarak işaretli olan binanın tecavüz olduğu bulgusuna varan Alt Mahkemenin vardığı sonuçta hata yoktur.

Tüm belirtilenlerle, Alt Mahkemenin C olarak işaretli olan Davacının arazisindeki dava konusu ihlalin kaldırılmasına yönelik verdiği emirde hata yoktur.

Emare No.11 ihbarnamede E olarak işaretli olan tecavüz Davacının arazisine yapılan duvardır. Davalı bu duvarın kaldırıldığını Davacı ise halen orada olduğunu ileri sürmektedir. Davacı Tanığı No.2 Hacire Deniz, duruşma esnasında ara verilip yerinde inceleme yaptıktan sonra Davalı Avukatının “**duvar duruyor değil mi, duvarın olduğunu biz (Davalı) kabul ederik bir duvar var”** şeklindeki ifadelerine cevaben duvarın halen olduğu yerde bulunduğunu ifade etmiştir. Bu durumda, Davacının arazisinde Emare No.11 ihbarnamede E olarak işaretli olan duvarın, Davalı tarafından yapılmak suretiyle Davacının arazisine tecavüzde bulunulduğu sonucuna varan Alt Mahkeme bu bulgusunda hata yapmış değildir.

Yukarıda vardığımız sonuç ışığında 1.istinaf başlığının reddedilmesi gerekir ve reddedilir.

1. **Davalı lehine verilen geçit hakkı Davalıya tecavüzlere konu yerler için Davacıya nazaran üstün hak vermekte midir?**

Geçit hakkı **Fasıl 224 Taşınmaz Mal (Tasarruf Kayıt ve Kıymet Takdiri) Yasası'**nda düzenlenmektedir. Bu Yasa’nın 11 A.maddesinin (1). fıkrasında geçit hakkı “ **bir taşınmaz malın herhangi bir sebepten dolayı bir kamu yoluna çıkmak için gerekli olan geçitten mahrum olacak şekilde kapalı olması, veya mevcut geçidin, bir taşınmaz malın uygun şekilde kullanılması, inkişafı veya işletilmesi için yeterli olmaması halinde, o taşınmaz malın sahibi, makul bir tazminat ödemek koşulu ile civarındaki taşınmaz mallar üzerinden geçit talep etmek hakkına sahiptir.”** şeklinde düzenlenmiştir.

Aynı maddenin (5). fıkrasına göre, yeni bir geçit açılması veya başka bir sebepten ötürü daha önce verilmiş olan geçide ihtiyaç kalmaması halinde, eski geçidin açıldığı taşınmaz malın sahibi, ödenmiş olan tazminatı iade etmek koşulu ile eski geçidin iptalini talep etmek hakkına sahiptir.

Görülebileceği üzere, bir taşınmaz üzerinde ulaşım amacı ile geçit verilmekte ve verilmiş geçide artık ihtiyaç duyulmaması halinde malın sahibi ödenmiş olan tazminatı geri ödemek koşuluyla geçidin iptalini talep edebilmektedir. Buna göre, geçit bir kullanım hakkı olup geçidin yer aldığı alanın mülkiyeti geçit verilmesine karşın halen koçanlı mal sahibinde kalmaya devam etmektedir. Bu durumda Davalının, halen ihtilaflı olup olmadığına bakılmaksızın yetkili makamlarca verilmiş geçit hakkına istinaden kayıtlı mal sahibi olan Davacıya nazaran üstün hakkı bulunduğu iddiasının bir mesnedi olmadığı ortaya çıkmaktadır. Keza, Davalının bu iddiasının herhangi bir yasal zemini olmadığı gibi hukuki bir ilkeye de dayanmamaktadır.

Dolayısıyla, Davalının bu istinaf başlığı ve altındaki istinaf sebeplerinin reddedilmesi gerekir ve reddedilir.

1. **Mahkemenin kullanım bedeli kaybı (mesne profit) ile ilgili verdiği emirde hata var mıdır?**

Bu safhada kullanım bedeli kaybı (mesne profit) ödenmesine ilişkin Alt Mahkeme hükmünün hatalı olduğuna yönelik istinaf başlığının incelenmesi gerekir. Bu konudaki istinaf sebeplerini iki bölümde incelemek mümkün olduğu cihetle, Alt Mahkemenin 1.9.2009 tarihinden itibaren kullanım bedeli kaybı (mesne profit) ödenmesine yönelik verdiği emrin hatalı olduğu ve kullanım bedeli kaybının aylık 400 Stg. olarak takdir edilmesinin hatalı olduğu iddiaları ayrı başlıklar altında incelenecektir.

3i) Alt Mahkeme 1.9.2009 tarihinden itibaren kullanım bedeli kaybı ödenmesine emir vermekle hata yapmış mıdır?

Davalı, Alt Mahkemenin hangi tarihten itibaren Davacının arazisine tecavüzde bulunduğuna bulgu yapmadan kendisi aleyhine 1.9.2009 tarihinden itibaren kullanım bedeli (mesne profit) ödenmesine emir vermesinin hatalı olduğunu ileri sürdü.

Davalı keza, Davacının Talep Takririnde tecavüzün hangi tarihten itibaren başladığına dair bir iddiası bulunmamasına rağmen Alt Mahkemenin 1.9.2009 tarihinden itibaren kullanım bedeli (mesne profit) ödenmesine emir vermekle hata yaptığını ileri sürdü.

Davalı son olarak, Alt Mahkemenin kararında tecavüzün hangi tarihte başladığına ilişkin bir bulgusu bulunmamasına rağmen 1.9.2009 tarihinden itibaren kullanım bedeli kaybı (mesne profit) ödenmesine emir vermesinin hatalı olduğunu ileri sürdü.

Alt Mahkeme kararı değerlendirildiğinde Alt Mahkeme tarafından mavi 252 ve 253'de bu konunun incelendiği, Davalı Şirketin koordinatörü olan Salih Tunar'ın şahadetine istinaden, Davalının devlet arazilerini kiraladığı 2009 yılından beridir Davacının arazisini geçit olarak kullandığını tespit ettiği görülmektedir.

Davacı vekili Salahi Ulubay şahadetinde bu konuyla ilgili olarak Davalı şirketten 2008 yılında ayrılmadan önce bodrumun inşa edildiğini ve kendisi işten ayrıldıktan sonra bodrumun üst kısmında otel katının yapıldığını, kendi çalıştığı dönemde çiçekliğin ve tellemenin mevcut olduğunu ifade etmiştir.

Davacı tanığı Salahi Ulubay, Emare 11'de belirtilen A, B, C, D ve E nolu ihlallerle ilgili kendi çalıştığı dönemde bu ihlallerden çiçeklik ve telleme ile birlikte bodrumun mevcut olduğunu, ancak işgale konu otel binasının olmadığını ve su deposunun da bulunmadığını ifade etmiştir (mavi 134).

Davacı Tanığı No.2 Hacire Deniz ise Davacı tarafından yapılan resmi talep uyarınca araziye gittiği tarih olan 6.5.2014 tarihinde, tecavüzü tespit ettiğini ifade etmiştir.

Davacı tarafından sunulan bu şahadetin aksine bir şahadet veya tecavüzün hangi tarihte başladığına yönelik bir şahadet Davalı tarafından sunulmuş değildir.

**Halsbury's Laws of England 3.Edition Vol.38** sayfa 739'da araziye tecavüz (trespass to land) başlıklı bölümde trespass hukuk dışı giriş olarak tanımlanmakta ve herhangi bir fiili zarar olmasa da girişin tecavüz (trespass) oluşturduğu ifade edilmektedir.

**1205. Unlawful Entry. Every unlawful entry by one person on land in the possession of another is a trespass for which an action lies, although no actual damage is done.**

Aynı eserde tecavüzün, bir araziye yasadışı olarak **ayak basmakla** **(sets foot on)** veya **üzerinden geçmekle** **(rides over it)** veya **üzerine birşey monte etmek** **(fixes anything on it)** meydana gelebileceği belirtilmektedir.

Bu prensipler uyarınca gerek Davalı tanığı Salih Tunar, gerekse Davalının yanında 2008 yılına kadar çalışan Davacı vekili Salahi Ulubay'ın şahadetleri değerlendirildiğinde, her iki şahadetin birebir uyumlu olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda Davalının, 2009 yılından beridir Davacının arazisine gerek yasadışı giriş yapmak, gerek geçit olarak kullanmak, gerekse inşaat yapmak suretiyle tecavüzde bulunduğu görüldüğünden, Alt Mahkemenin 1.9.2009 tarihinden itibaren Davalının Davacının arazisini işgal ettiği veya tecavüzde bulunduğu bulgusunda hata yoktur.

Ayrıca, Davacının Talep Takririnde Davalı tarafından mezkûr ihlaller nedeniyle 1.9.2009 tarihinden itibaren kullanım bedeli kaybı ödemesi talep edildiği cihetle, Alt Mahkemenin bu tarihten itibaren emir vermesinde hata yoktur.

3ii) Alt Mahkeme Davalının Davacıya 400.Stg kullanım bedeli ödemesine emir vermekle hata yapmış mıdır?

Alt Mahkeme tarafından takdir edilen kullanım bedeli ile ilgili istinaf sebebine gelince ise aşağıdaki sonuca varırız:

Bir taşınmazın işgali veya taşınmaza tecavüz edilmesi durumunda açılacak hukuk davasında taşınmazın tahliyesi ile birlikte tazminat talebi ileri sürülebilir. Böyle bir davada yapılacak tazminat talebi nitelik itibarıyla kullanım bedeli kaybı veya mehaz hukukta kullanılan hukuki terim ile mesne profit'dir. Bu konu Mc Gregor on Damages isimli eser 19. Edition sayfa 1360 paragraf 37-043'de şöyle belirtilmektedir;

**The principal action is therefore an actio for the recovery of the land, historically better known as the action of ejectment. Damages will thus generally be limited to loss arising from the period of wrongful occupation by the defendant. Such damages are recoverable in the action for mesne profit in origin an action of trespass.**

Bir araziye girilerek işgalde (trespass) bulunulması nedeniyle açılan bir davada Yargıtay, Yargıtay/Hukuk 156/2014 D. 13/2018 sayılı (Sıdkı Tamer Şakir İlkay ve diğeri ile Bumerang Travel Club Ltd. ve diğeri arasında) sayılı karar ile fiilen zarara uğramasa bile mal sahibinin zarar ziyan almaya hakkı olduğunu vurgulamıştır. Kararın ilgili kısmı şöyledir:

**“Trespass – işgal, mal sahibinin tasarrufuna veya tasarruf hakkına, izni olmaksızın veya rahatsızlık yaratacak şekilde yapılan haksız bir eylemdir (Halsbury's Laws of England 3.Edition Vol.38 para.1194).**

**Bir araziye hukuka aykırı veya izinsiz giriş trespass oluşturur. Trespass'ı gerçekleştiren kişi, hukuken, arazisine girilen kişiyi tazmin etmekle mükelleftir. Bir trespass davasında malına trespass yapıldığını ispat edebilen kişi, herhangi bir fiili kayba uğramasa dahi zarar-ziyan almaya hak kazanır. Trespass'la ilgili davada ağırlatıcı faktörlerin eşlik ettiği durumlarda, mahkeme örnek nitelikli tazminata hükmedebilir. Trespass davacıya fiilen kayıplar vermiş ise, davacı bu fiili kaybının tazmini için zarar-ziyan almaya hak kazanır. Eğer davalı davacının arazisini kullanmış ise davacı bu arazinin kullanımı nedeniyle kullanım kaybı için makul bir meblağı tazminat olarak alır.”**

**Mc Gregor on Damages** isimli eserde, sayfa 1361 paragraf 37-045'de tecavüz durumunda zarar ziyanın, işgal süresince işgal edilen taşınmazın rayiç kira bedelinin hesaplanmasının karşılığı olduğu ifade edilmiştir;

**The normal measure of damages is the market rental value of the property occupied or used for the period of wrongful ocupation or user.**

Tecavüz durumunda ödenecek mesne profit’in rayiç kira bedeli üzerinden hesaplanması yönünde verilen kararlara ilaveten, son dönemde verilmiş **Stoke-on-Trent City Council v. W & J Wass Ltd. (1991)1 WLR 1406 CA** referanslı karardan sonra mahkemelerce rayiç kira yanında tecavüzde bulunanın elde ettiği menfaat de dikkate alınmaya başlanmıştır. Yukarıda atıf yapılan eserde sayfa 1365 paragraf 37-05’de bu hususla ilgili şunlar söylenmiştir:

**In so far as these decisions may look beyond even market rental value of the land to the benefit which the defendant had exactred from its user, they are moving away from damages to restitution. Lord Lloyd`s view was that the so-called “user principle” as the underlying principle of these cases had been called by Nicholls L.J. in Stoke-on-Trent City Council v. W & J Wass Ltd. “need not be characterised as exclusively compensatory, or exclusively restitutionary; it combines elements of both”.**

Bu prensipler ışığında meseleyi incelediğimizde, Davacı Tanığı No.3 Yusuf Aktepeli, Emare 11 ihlallerin taşınmazın % 5'ine denk geldiğini belirtmiş, bu alana karşılık aylık 400 Stg. kira bedeli değer biçmiştir. Alt Mahkeme, huzurunda şahadet veren bu tanığın mesleğinde tecrübeli bir kişi olduğunu göz önüne alarak bu şahadete itibar etmiştir. Buna karşın, Davalı adına şahadet veren Müdafaa tanığı No.2 arazinin emsal değerinin dönüm başına 100.000 Stg., Müdafaa Tanığı No.4 Hasan Efe ise 70.000 Stg. olduğunu ifade etmiş ve birbirleri ile tutarlı şahadet sunmamıştır. Bu tanıklar rayiç kira bedelleri ile ilgili itibar edilir bir şahadet sunmadığından, Alt Mahkemenin Davacının arazisinin tecavüz edilen kısmı ile ilgili belirlediği rakam gerek rayiç kira bedeli ve gerekse Davalının bu haksız fiilden elde ettiği menfaat dikkate alındığında hatalı değildir.

Bu noktada Davalının hitabında ileri sürdüğü bir hususa da değinmek gerektiğini belirtiriz.

Davalı, Emare No. 11 İhbarnamede yer alan tecavüz edilen kısımlardan su deposunun olduğu B işaretli ve tellemenin olduğu D işaretli kısımların kaldırıldığı nedeniyle rakamın düşürülmesini talep etti.

Tecavüzle ilgili tazminat rayiç kira bedeli ve Davalının elde etmekte olduğu menfaat dikkate alınarak hesaplanmakta olduğundan, Davalının halen inşa ettiği bina vasıtasıyla tecavüze istinaden menfaat elde etmeye devam etmekte olduğu ve belirlenen rayiç kira bedelinin düşürülmesini gerektirecek bir durum olmadığı cihetle, bu iddianın bir mesnedi bulunmamak-tadır. Dolayısıyla, bu iddiaya itibar edilmez.

Bu sonuç ışığında mesne profit ile ilgili 3. ve 4. istinaf başlıkları ve bu başlıklar altındaki istinaf sebepleri reddedilir.

Bu aşamada Davalının mukabil istinafı incelenir.

**Muhterem Alt Mahkeme emir ve hüküm verdiği kullanım bedeli kaybı ve/veya mesne profitle ilgili 9/1976 sayılı Mahkemeler Yasasının 42.maddesi uyarınca faiz ödenmesine emir vermemekle hata etti.**

Mukabil istinaf altında Davacı Alt Mahkemenin **9/1976 sayılı Mahkemeler Yasasının 42.maddesi** uyarınca haksız fiile ilişkin takdir ettiği tazminat üzerinden faiz ödenmesine hükmetmemekle hata ettiğini ileri sürdü.

9/1976 sayılı Mahkemeler Yasasının 42.maddesinin (2) bendi aynen aşağıdaki gibidir;

**“(2) Herhangi bir haksız fiilden doğan davalarda verilen hükümler, davanın açıldığı tarihten başlayarak son ödeme gününe kadar Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Merkez Bankası Yasasının 24’nci maddesi uyarınca saptanıp yürürlüğe konulan mevduat yıllık azami faiz oranının %50’si oranında bir faiz taşımasını gerektirir.”**

Alt Mahkemenin haksız fiil bulgusuna dayanarak takdir ettiği aylık 400 Stg. parasal bir hüküm içermektedir. Mahkemelerin haksız fiil davalarında parasal hükümlerle ilgili vereceği emir ve hükümlerde, davanın açıldığı tarihten başlayarak son ödeme gününe kadar tahakkuk edecek Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Merkez Bankası Yasasının 24’nci maddesi uyarınca saptanıp yürürlüğe konulan mevduat yıllık azami faiz oranının %50’si oranında bir faiz ödenmesine emir vermesi gerekir.

Alt Mahkeme ödenmesine emir verdiği kullanım bedeli kaybı (mesne profit) ile ilgili faiz ödenmesine emir vermemekle hata yapmıştır.

Bu nedenle, Davacı mukabil istinafında haklı olup Alt Mahkeme Davacı lehine bu faize hükmetmemekle hata ettiğinden, Alt Mahkemenin kararının değiştirilerek faizle ilgili Davacı lehine emir ve hüküm verilmesi gerekir.

NETİCE

Netice itibarıyla;

1. Davalının istinafı ret ve iptal edilir.
2. Davacı mukabil istinafında başarılı olduğundan Alt Mahkemenin hükmü aşağıdaki paragraf eklenmek suretiyle değiştirilir;
3. Aylık 400 Stg. kullanım bedeli kaybı veya mesne profit üzerinden ödeneceği tarihten itibaren tamamen tediye tarihine kadar yasal faiz ödenmesine,
4. İstinaf masraflarının Davalı tarafından ödenmesine,

KARAR ve EMİR verilir.

Bertan Özerdağ Peri Hakkı Talat Usar

Yargıç Yargıç Yargıç

24 Haziran 2022