

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI**

ZORUNLU İRTİFAKLAR

Doktora Tezi

Mehmet Necmettin KAZANCI

Ankara-2014

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI**

ZORUNLU İRTİFAKLAR

Doktora Tezi

Mehmet Necmettin KAZANCI

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR

Ankara-2014

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

ZORUNLU İRTİFAKLAR

Doktora Tezi

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Hasan İşgüzar

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

Prof. Dr. Mehmet Ünal

Prof. Dr. Hasan İşgüzar

Prof. Dr. Mehmet Demir

Prof. Dr. Erkan Küçükgüngör

Doç. Dr. Yıldız Abik

İmzası

Tez Sınavı Tarihi 24.11.2014

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE**

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(24/11/2014)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin
Adı ve Soyadı
Mehmet Necmettin Kazancı
İmzası

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR	VIII
KAYNAKÇA	IX

GİRİŞ	1
I. GENEL OLARAK	1
II. TERMİNOLOJİ	5
III. AMAÇ VE İNCELEME PLANI	6
IV. ZORUNLU İRTİFAKLARIN TARİHSEL GELİŞİMİ	8
A. ZORUNLU GEÇİT HAKKI	8
B. ZORUNLU MECRA HAKKI	13
C. TAŞKIN YAPI HAKKI	15
D. ZORUNLU SU HAKKI	19
V. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ZORUNLU İRTİFAKLAR	20
A. ALMAN HUKUKU	20
B. FRANSIZ HUKUKU	21
C. İTALYAN HUKUKU	21
D. AVUSTURYA HUKUKU	21

BİRİNCİ BÖLÜM

§ 1. ZORUNLU İRTİFAKLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ	22
I. KOMŞULUK İLİŞKİLERİNDEN KAYNAKLANAN DOĞRUDAN MÜLKİYET KISITLAMASI GÖRÜŞÜ	22
II. İRTİFAK HAKKI GÖRÜŞÜ	29

İKİNCİ BÖLÜM

§ 2. ZORUNLU İRTİFAKLARIN KURULMASI İÇİN ARANAN GENEL ŞARTLAR.....	41
I. ZARURET DURUMUNDA OLMA	41
A. TAŞINMAZDAN GEREĞİ GİBİ YARARLANILAMAMASI.....	42
1. Planlanan Yararlanmanın Kamu Hukuku Kurallarına Göre Mümkün Olması	44
2. Gerçek Kişisel İhtiyaçlar.....	45
3. Gerçek Ekonomik İhtiyaçlar	46
B. BİR ZARURETİN BULUNMASI.....	48
1. Zaruret Halleri.....	48
a. Geçit Zarureti	48
b. Mecra Zarureti.....	53
c. Su Zarureti.....	57
d. Taşkın Yapı Zarureti	59
2. Zarureti Engelleyen ve Engellemeyen Haklar	61
a. Rızaî İrtifak Hakları.....	61
b. Şahsi Haklar	61
c. Kamu Hukukundan Doğan Yetkiler.....	62
d. Prekaristik İzinler	63
e. Eski Hukuka Göre Kurulmuş Haklar	65
3. Zaruretin Varlığını Belirleyecek Makam.....	66
II. ZARURETİ GİDERECEK ÇÖZÜM YOLUNUN İRADİ FİİL veya HUKUKÎ İŞLEM ile ORTADAN KALDIRILMAMIŞ OLMASI.....	71
A. ÇÖZÜM YOLUNUN İRADİ BİR FİİL ile ORTADAN KALDIRILMAMIŞ OLMASI.....	71

B. ÇÖZÜM YOLUNUN HUKUKÎ İŞLEM ile ORTADAN KALDIRILMAMIŞ OLMASI.....	72
III. TALEBİN EN UYGUN KOMŞUYA YÖNELTİLMESİ.....	73
A. KOMŞU KAVRAMININ SINIRLANDIRILMASI.....	73
B. TALEBİN YÖNELTİLECEĞİ KOMŞUNUN BELİRLENMESİ	76
§ 3. ZORUNLU İRTİFAKLARIN KURULMASINI ENGELLEYEN ÖZEL SEBEPLER.....	80
I. ÇATIŞAN MENFAATLERİN ZORUNLU İRTİFAKIN KURULMASINI ENGELLEMESİ	80
II. YASAL KISITLAMALAR	83

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

§ 4. ZORUNLU İRTİFAKIN KURULUŞU.....	87
I. TALEBİN İLERİ SÜRÜLMESİ.....	87
A. TALEBİN İLERİ SÜRÜLME ŞEKLİ.....	87
B. TALEBİN İLERİ SÜRÜLEBİLME SÜRESİ.....	88
C. TALEP YETKİSİNİN KORUNMASI	90
D. TALEP YETKİSİNİN SONA ERMESİ.....	92
E. TALEP YETKİSİNİN SAHİPLERİNİN BELİRLENMESİ	93
1. Malik	93
a. Özel Hukuk Kişileri.....	94
aa. Ortaklar (Elbirliği Mülkiyetinde)	94
bb. Paydaşlar	96
cc. Komşu Malik	99
b. Kamu Tüzel Kişileri.....	100
aa. Özel Hukuk Kurallarına Tâbi Kamu Mallarında	100
bb. Kamu Hizmetine Tahsis Edilmiş Kamu Mallarında	100

cc. Sahipsiz Yerlerde.....	105
2. Sınırlı Ayni Hak Sahipleri.....	105
a. Taşınmaz Niteliği Taşıyan Bağımsız ve Sürekli Hakların Sahipleri....	105
b. Taşınmaz Niteliği Taşımayan Sınırlı Ayni Hakların Sahipleri	107
3. Şahsi Hak Sahipleri	109
4. Zilyedler	110
5. Maden Arama ve İşletme Sahipleri.....	111
F. TALEBİN YÖNELTİLECEĞİ KİŞİLERİN BELİRLENMESİ	112
1. Malik	112
a. Özel Hukuk Kişileri.....	112
aa. Ortaklar	114
bb. Paydaşlar	114
b. Kamu Tüzel Kişileri	115
aa. Özel Hukuk Hükümlerine Tâbi Kamu Mallarında.....	115
bb. Kamu Hizmetine Tahsis Edilmiş Kamu Mallarında	115
cc. Sahipsiz Yerlerde.....	116
2. Sınırlı Ayni Hak Sahipleri.....	118
a. Taşınmaz Niteliği Taşıyan Hakların Sahipleri	118
b. Taşınmaz Niteliği Taşımayan Hakların Sahipleri	119
3. Şahsi Hak Sahipleri	125
a. Şerh Edilmemiş Şahsi Hakların Sahipleri	125
b. Şerh Edilmiş Şahsi Hakların Sahipleri.....	125
4. Zilyedler	126
a. Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Zilyedleri.....	126
b. Tapuya Kayıtlı Taşınmazların Zilyedleri	127
II. ZORUNLU İRTİFAKI KURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	127

III. BEDEL ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ	134
IV. ZORUNLU İRTİFAKIN RIZAİ OLARAK KURULMASI.....	159
A. İRTİFAK SÖZLEŞMESİ.....	160
B. TESCİL	176
V. ZORUNLU İRTİFAKIN MAHKEME KARARI ile KURULMASI	180
§ 7. ZORUNLU İRTİFAKIN SONA ERMESİ	190
I. TERKİN ile SONA ERME	190
II. ZARURET DURUMUNUN ORTADAN KALKMASI.....	193
III. YARAR KALMAMASI	197
IV. İRTİFAK KONUSUNUN YOK OLMASI.....	198
V. TAŞINMAZLARIN BÖLÜNMESİ HALİNDE DURUM	199
VI. YÜKÜNE ORANLA ÇOK AZ YARAR SAĞLIYOR OLMASI.....	200
VII. KAMULAŞTIRMA.....	203
VIII. DİĞER KOŞULLARIN ORTADAN KALKMASI SONUCU	206
SONA ERME	206
§ 5. ZORUNLU İRTİFAKIN EN ÖN SIRAYA GEÇMESİ	206
I. ÖNE GEÇME TALEBİNİN YÖNELTİLMESİ.....	206
II. İLERLEME SÖZLEŞMESİ	206
III. MUVAFAKAT	208

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ZORUNLU İRTİFAKIN HÜKÜMLERİ ve SONA ERMESİ.....	210
§ 6. ZORUNLU İRTİFAKTAN DOĞAN HAKLAR ve.....	210
YÜKÜMLÜLÜKLER.....	210
I. ZORUNLU İRTİFAK HAKKI SAHİBİNİN HAKLARI ve YÜKÜMLÜLÜKLERİ	210

A. HAKLARI.....	210
1. Yükümlü Taşınmazdan Yararlanma Yetkisi.....	210
2. Hakkın Korunması ve Kullanılabilmesi için Gerekli ..Eylemlerde Bulunma ve İşlemleri Yapma Yetkisi.....	210
3. Hakka Tecavüz Sebebiyle Uğranılan Zararların Tazminini Talep	211
Yetkisi	211
4. Yararlanmanın Kapsamını Genişletme Yetkisi.....	211
B. YÜKÜMLÜLÜKLERİ	212
1. En Az Zarar Verecek Şekilde Yararlanma Yükümlülüğü.....	212
2. Tecavüz Sebebiyle Yükümlü Malikin Uğradığı Zararları Giderme Yükümlülüğü	213
3. Bakım Masraflarına Katlanma Yükümlülüğü	213
II. ZORUNLU İRTİFAK YÜKÜMLÜSÜNÜN HAKLARI ve YÜKÜMLÜLÜKLERİ	214
A. HAKLARI.....	214
1. İrtifakın En Az Zararlı Olacak Şekilde Kullanılmasını Talep Yetkisi	214
2. İrtifakın Değiştirilmesini Talep Yetkisi	214
3. Koşulların Değişmesi (Durum Değişikliği)	215
a. Korunması Gerekli Menfaatlerin Ortaya Çıkması	216
b. İrtifakın Değiştirilmesi	217
aa. İrtifakın Başka Bir Yere Nakledilmesi	217
bb. Diğer Değişiklikler	218
cc. İrtifakın Değiştirilmesine İlişkin Masraflar	219
B. YÜKÜMLÜLÜKLERİ	221
1. Zorunlu İrtifakın Kullanılmasını Engellememe ve Zorlaştırmama Yükümlülüğü	221
2. Masraflara Katılma Yükümlülüğü	221

C. ZORUNLU İRTİFAKTAN DOĞAN HAKLARIN ve YÜKÜMLÜLÜKLERİN KAPSAMININ BELİRLENMESİ.....	221
SONUÇ.....	224
SUMMARY	227

KISALTMALAR

a.F	: alte Folge
aşa.	: aşağıda
Art.	: Artikel
bk.	: Bakınız
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
C	: Cilt
çev.	: Çeviren
dn.	: Dipnot
EMK	: Eski Medeni Kanun
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İK	: İmar Kanunu
K.	: Karar
KK	: Kamulaştırma Kanunu
krş.	: Karşılaştırınız
m.	: Madde
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırma Dergisi
N.	: Nummer
n.F	: Neue Folge
S	: Sayı
s.	: Sayfa
SPR	: Schweizerisches Privatrecht
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TST	: Tapu Sicil Tüzüğü
vd.	: Ve devamı
Y	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YSHK	: Yer Altı Suları Hakkında Kanun
yuk.	: Yukarıda

KAYNAKÇA

- ABİK. Y., :Kaynak Hakkına İlişkin Türk Medeni Kanunundaki Hükümler Hakkında Bir Değerlendirme, Tarım Bilimleri Araştırma Dergisi (TABAD) 1. Ulusal Su Kaynakları Yönetimi Sempozyumu Özel Sayısı, C.3, S.1, s.79-91, Bahar 2010.
- AKİPEK. J. :Türk Eşya Hukuku I. Kitap Zilyedlik ve Tapu Sicili, 2. Bası Ankara 1972 2. Kitap Mülkiyet Ankara 1971 3. Kitap Mahdut Ayni Haklar Ankara 1974.
- AKMAN, S. :Taşkın İnşaat, İstanbul 1982.
- ARIK, F. :Başkasının Arsasına Tecavüz Eden Yapılar Meselesi AD 1945
- ARPACI, A., :Türk Medeni Kanunu Açısından Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim İstanbul 1990.
- AYAN, M. :Eşya Hukuku C.1, 2, 3, Konya 2004.
- BAUMGARTNER, W., :Das Notwegrecht und das Notbrunnenrecht nach dem ZGB Diss. Bern. 1930.
- BELGESAY, M. R., :Türk Kanunu Medenisi Şerhi Ayni Haklar 1947-1956.
- BERTAN, S., :Ayni Haklar Medeni Kanunu'nun 618-764. Ayni Haklar Medeni Kanunu'nun 618-764. Maddelerinin Şerhi, C II, Ankara 1976.
- BONFANTE, P., :Corso di Dritto Romano C.2, Milano, 1966.
- BUCH, :Der Notweg seine Geschichte und seine Stellung im heutigen Recht, München 1919.
- BRUCKER :Das nachbarrechtliche Durchleistungsrecht unter Berücksichtigung von Lehre und Reschtsprechung zum Notwegrecht, zum Überbaurecht und zum Notbrunnenrecht Zürich, 1991.

- BRUGMANN, C., :Das Durchleistungsrecht im schweizerischen
Privatrecht. Diss. Bern 1913, ASR a.F. Band
53.
- BÜRGISSEER, A., :Das Überbaurecht des ZGB und des BGB,
Zürich 1978.
- CARONI/RUDOLF, K., :Der Notweg. Diss. Bern 1969, ASR n.F.
Band 387.
- DEMİR, M., :Zorunlu Geçit Hakkı Kurulmasının Koşulları
ve Tazminatın (Tam Bedelin) Belirlenmesi
Sorunu AÜHFD, C.52, S.4, s.187-210, 2003.
- DETLEF STOLLENWERK, P., :Das Notweg und seine Bedeutung, Deutsche
Wohnungswirtschaft 1992, s.238-239.
- DI MARZO, S., :Roma Hukuku, çev. Umur, Z., İstanbul
1959.
- DOĞRUSÖZ, M., E., :Sular Hukuku 5. Baskı Ankara 1997.
- DÜZCEER, A.R., :Kazandırıcı Zamanaşımıyla Taşınmaz
İktisabı Ankara 1994.
- EDEGE, C., :Tecavüz Eden İnşaat, İBD. 1967.
- EREL, Ş., :Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982.
- ESENER/GÜVEN :Eşya Hukuku Ankara 1996.
- FORSTER/ECCIUS :Preussisches Privatrecht, III. Band: Das
Sachenrecht, 7. Auflage, Berlin 1896.
- GSCHNITZER, F., :Osterreichisches Sachenrecht 2. Auflage,
Wien/NewYork 1985.
- GIERKE, O., von :Deutsches Privatrecht, Band II: Sachenrecht,
7. Auflage Berlin 1896.
- GUHL, T., :Personliche Rechte mit Verkstaerkter
Wirkung Festgabe zur Feier des
Fünzigjährigen Bestehens dem
Schweizerischen Bundesgerichte,
dargebracht von der Juristischen Fakultæt
der Universitaet Bern 1924.

- GÜRSOY, KT/EREN, F/
CANSEL, E., :Türk Eşya Hukuku 2. Baskı Ankara 1984.
- GÜRZUMAR, B. O., :Türk Medeni Hukuku'nda Üst Hakkı Kamu
Malı Taşınmazlar Üzerindeki Üst Hakkı ve
Yap-İşlet-Devret Modeli Dahil İstanbul 1998.
- HAAB/SIMONIUS/
SCHERRER/ZOBL., :Das Eigentum, Art 641 bis 729 ZGB
Zürcher Kommentar, 2. Auflage, Zürich 1977.
- HATEMİ/SEROZAN/
ARPACI :Eşya Hukuku, İstanbul 1991.
- HECK, P., :Grundriss des sachenrechts, Tübingen 1930
- HUBER, E., :Zum Schweizerischen Sachenrecht Drei
Vorträge mit Anmerkung Bern 1914.
- İMRE, Z., :Kaynak Yer altı Suları ve Hukuki Durumları,
İstanbul 1951
- JOST, A., :Die Realobligation als Rechtinstitut, Bern
1956.
- KARAHASAN :Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku
C 1, 2 İstanbul 2002
- KARADENİZ-
ÇELEBİCAN, Ö., :Roma Eşya Hukuku, 2. Baskı Ankara 2005.
- KIRCA, Ç., :Zorunlu İrtifakların Hukuki Niteliği AÜHFD,
C.54, S.4, s.65-76, 2005
- KOSCHAKER, P/
AYİTER, K., :Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma
Hususi Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1975.
- KÖPRÜLÜ, B/
KANETİ, S., :Sınırlı Ayni Haklar, 2. Baskı, İstanbul 1982,
1983.
- KURT, E., :Tapu Sicilinin Düzeltilmesi, İstanbul 2004.
- KÜLEY, M/ULUKUT :Medeni Kanunda ve Tatbikatında Arsa
Üzerinde İnşaat Hükümleri (MK 648-655),
İstanbul 1955.

- LEEMANN, H., :Kommentar zum Schweizerischen
Zivilgesetzbuch IV. Band Sachenrecht 2.
Auflage 1920.
- LEVY :West Roman Vulgar Law: The Law of Property
1951
- LIVER, P., :Gesetzliche Eigentumsbeschränkungen und
Dienstbarkeiten in der Gesetzgebung und Lehre
Frankreichs, Deutschlands, der Schweiz und
Italiens, Ius et Lex (Festschrift zum 70. Geburtstag
von Max Gutzwiller) Basel, 1959, S. 749/768
- MEIER-HAYOZ, A., :Das Eigentum, Systematischer Teil und
Allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654 ZGB.
Berner Kommentar, 5. Auflage, Bern 1981
- Grundeigentum I, Art. 655-679 ZGB. Berner
Kommentar, 3. Auflage, Bern 1974
- Grundeigentum II, Art. 680-701 ZGB. Berner
Kommentar, 3. Auflage, Bern 1975
- MERWE Van der, G. C/
HINDEN Von, M., :Wegenot Eigentumsgarantie und
Öffentliches Interesse Der Notweg in
Deutschland und Südafrika
- MERZ, H., :Vertrag und Vertragschluss, Fribourg 1988.
- NEUENSCHWANDER, U., :Die Leistungspflichten der Grundeigentümer
im französischen Code Civil und im
schweizerischen ZGB unter besonderer
Berücksichtigung des Nachbarrechts. Diss.
Bern 1966.
- ÖĞUZMAN, M. K/SELİÇİ,
Ö/OKTAY-ÖZDEMİR, S., :Eşya Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2014.
- ÖNEN, E., :İnşai Dava, Ankara 1981.
- ÖZAKMAN, C., :Türk Hukukunda Mecra İrtifakları, İstanbul
1978
- ÖZSUNAY, E., :Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta
Zaruri Geçit Hakkı, İstanbul 1968.

- PETEK, H., :Taşınmaz Malikinin Hukuka Uygun Taşkınlıklardan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2005.
- REY, H., :Die Grunddienstbarkeiten, Systematischer Teil und Art.730 und 731 ZGB. Berner Kommentar, 2. Auflage, Bern 1981. (zit.Bspw.: Syst. Teil N.338 oder ZGB 731 N.113
- SCHRÖER :Das Notwegrecht im französischen, deutschen und schweizerischen Recht 1969
- SEROZAN, R., :Komşusunun Arsasına Taşan Yapı İHFM 1976, C.XLII, S.1-4 (Hirsch'e Armağan, Özel Sayı), s.359 vd.
- SİRMEN, L., :Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara 2014.
- STOBBE, :Handbuch des deutschen Privatrechts Band II 3. Aufl.1896-1897
- SURLU, M. H/
ÖZTÜRK, G., :Öğreti ve Uygulamanın Işığında Yeni Türk Medeni Kanunu'na Göre Açıklamalı-İçtihatlı Zorunlu Geçit Hakkı ve Diğer Geçit Hakları, Ankara 2013.
- SURLU, M. H/
ÖZTÜRK, G., :Öğreti ve Uygulamanın Işığında Yeni Türk Medeni Kanunu'na Göre Açıklamalı-İçtihatlı Zorunlu Geçit Hakkı ve Diğer Geçit Hakları, Ankara 2003.
- SURLU, M. H/
ÖZTÜRK, G., :Öğreti ve Uygulamada Mecra Hakkı Zorunlu ve Rızai Mecra İrtifakı, Ankara 2005.
- ŞAHİNİZ, S., :Türk Medeni Kanununda Zaruri Mecra İrtifakı İstanbul 2001.
- TAHİROĞLU, B., :Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları, 3. Baskı, İstanbul 2001.
- TANDOĞAN, H., :Borçlar Hukuku C.I Ankara 1969.
- Türk Hukukunda Mecralar, AÜHFD 1953, C.X, s.613 vd.

- TEKİNAY, S. S., :İnşaatçı İpoteğinin Mahiyeti MHAD 1969.
Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, İstanbul 1988.
- TIRPAN, S., :Medeni Kanuna Göre Lüzumlu Geçit Hakkı, İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1977, s.243-267
- TOBLER, E. T., :Die dinglichen Rechte des Zivilgesetzbuches dargestellt am Beispiel der Leitungen Aarau 1953.
- ULUSAN, İ., :Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul 1977.
- UMUR, Z., :Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1975.
Roma Hukuku, Eşya Hukuku İstanbul 1985.
- ÜNAL, M/BAŞPINAR, V., :Şekli Eşya Hukuku, 6. Bası Ankara 2012.
- VON TUHR, A/
PETER, H., :Algemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1974.
- WALDIS, A., :Das Nachbarrecht 4. Auflage Zürich 1953.
- WIELAND, C., :Das Sachrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches Zürcher Kommentar, Zürich 1909
- YAZMAN, İ., :Kaynakların Türk Medeni Hukukunda Tâbi Olduğu Rejim Ankara 1970

GİRİŞ

I. GENEL OLARAK

Mülkiyet hakkı, bir eşya üzerinde en geniş yetkileri sağlayan bir mutlak haktır¹. Mülkiyet hakkının verdiği aktif yetkiler; kullanma (usus), yararlanma (fructus) ve tasarruf (abusus) yetkileri olmak üzere üç temel kategoride toplanmaktadır (TMK 683/I). Gerek taşınır mülkiyeti gerek taşınmaz mülkiyeti, malike söz konusu yetkileri vermektedir. Bununla birlikte taşınmaz mülkiyetinden doğan bu aktif yetkiler başka bir taşınmazın mülkiyetinden doğan koruyucu yetkiler (rei vindicatio, actio negatoria) ile karşı karşıya gelebilir, çatışabilir (TMK 683/II). Bu sebeple *Özsunay*'ın da haklı olarak ifade ettiği gibi komşu maliklerin mülkiyet hakkı birbirini kesen daireler gibidir². Bir taşınmazın mülkiyetinin aktif yetkileri ile diğer bir taşınmazın mülkiyetinin koruyucu yetkilerinin çatışma sebebi eşyanın doğası gereği, taşınmazların birbirlerine belirli bir bağlantı içinde bulunmasıdır. Söz konusu bağlantı, taşınmazlar arasında, zorunlu çıkar çatışmalarını ortaya çıkarmaktadır. Bu çıkar çatışmalarının dengelenmesi, çıkar çatışmalarından doğan uyuşmazlıkların çözülmesi, komşuluk hukukunun konusunu oluşturur³. Zorunlu irtifaklar, komşuluk hukukundan doğan taşınmaz mülkiyeti kısıtlamalarının bir bölümünü oluşturmaktadır.

Bazı durumlarda, bir taşınmazın kullanılması veya işletilmesi için komşu taşınmaza müdahale edilmesi veya taşkınlıkta bulunulması gerekli veya zorunludur.

¹Meier-Hayoz, Systematischer Teil, N.183.

²Özsunay, s. 162.

³Uluslan, s.121; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.558; Şahiniz, s. 37.

Aksi durumda söz konusu taşınmaz kullanılamayacağı veya işletilemeyeceği için o taşınmazın maliki veya diğer bir ilgilisi zaruret (Notlage-Notstand) durumuna düşer⁴. İnceleme konumuzu oluşturan taşınmaz mülkiyeti kısıtlamalarının (Notrecht) amacı; maliki veya taşınmazın ilgisini, zaruret durumundan kurtarmaktır⁵. Taşınmazından, genel yola çıkmak için yeterli bir geçidi bulunmayan malik yalnızca komşu taşınmazdan geçerek; taşınmazına veya genel yola ulaşabilir. Atık suların, kanalizasyon ağına ulaştırılması için komşu taşınmazdan, kanalizasyon borularının geçirilmesi zaruri olabilir. Hiç su bulunmayan bir taşınmazdan konut olarak yararlanabilmek için komşu taşınmazdan su alınması zaruret arz edebilir. Bir kimsenin, taşınmazı üzerinde inşa ettiği bina az bir miktarda komşu taşınmazın sınırları içerisine taşmış olabilir. Yukarıda verilen örneklerde, komşu malik; taşınmazının geçit olarak kullanılmasına, taşınmazından mecra geçirilmesine, taşınmazına yapı taşırılmasına, taşınmazından su alınmasına kural olarak katlanmakla yükümlü değildir (TMK m.683/II). Fakat diğer yandan zaruret içerisindeki kişi, komşu taşınmaza müdahale edemediği için taşınmazını, kullanamaz veya işletemez. Bu sebeple yasa koyucu, zaruret içerisindeki bu kişilere, komşu taşınmaza müdahale etme imkânı tanımıştır. Komşu taşınmaza müdahale etme imkânının; mülkiyet hakkının içerisinde bir yetki mi yoksa bağımsız bir hak mı; olduğu tartışmalıdır⁶. Bu tartışma bir yana; zaruret içerisindeki kişilere tanınan bu

⁴**Liver**, Ius et Lex, s. 751.

⁵**Liver**, Ius et Lex, s. 752.

⁶**Wieland**, Art. 680, Bem 3 a; **Leemann**, Art. 674, N.23 vd. Art. 680, N.23 vd. Art. 691, N.2, Art. 694, N.6; **Haab**, Art. 674, N.24 vd. Art. 691, N.2. Art. 694, N.8. **Waldis**, s. 157; **Baumgartner**, s. 42; **Romer**, s. 84; **Tobler**, s. 113; **Brugmann**, s. 67. **Akipek**, C.II, s. 197.227.228.230, **Edege**, s. 517–518; **Tandoğan**, s. 615 vd. **Bertan**, C.I, N.3 vd. s. 847 vd, s. 860, N.7,8; **İmre**, s.113 vd

imkân, komşu taşınmazın mülkiyetinin kısıtlamalarındandır. İnceleme konumuzu da bu kısıtlamalar oluşturmaktadır.

İlgilisi olduğu taşınmazı, kullanamayan veya işletemeyen her kişinin zaruret durumuna düştüğü söylenemez. Ancak, yasa koyucu tarafından, sınırlı sayı ilkesine göre belirlenmiş durumlar ortaya çıktığında zaruretin varlığından söz edilebilir. Bu durumlardan biri, taşınmazdan genel yola ulaşmak için yeterli bir geçidin bulunmamasıdır (TMK m.747/I). Bu durum, geçit zaruretidir. Diğer bir durum, taşınmazın, gereği gibi kullanılması ve usulüne uygun işletilmesi için gerekli akıcı maddelerin ve enerjinin, taşınmaza getirilememesi; akıcı atıkların ve üretilenlerin, taşınmazdan çıkarılamamasıdır (TMK m.744/I). Bu durum, mecra zaruretidir. Bir diğer durum: inşa edilen yapının bir bölümünün, komşu taşınmaza, bir hakka dayanmadan fakat iyi niyetli olarak taşınmasıdır (TMK m.725/II). Bu durum, taşkın yapı zaruretidir. Nihayet bir zaruret durumu da taşınmazın gereği gibi kullanılması ve usulüne uygun işletilmesi için taşınmazda, yeterli suyun bulunmamasıdır (TMK m.761/I). Bu durum ise su zaruretinin oluşturur. İşte söz edilen dört adet durum dışında başka bir durumu, TMK, zaruret hâli olarak kabul etmemiştir. Her bir zaruret durumu ortaya çıktığında, komşu taşınmazın mülkiyetinin kısıtlanabilmesi için gerçekleşmesi gereken diğer koşullar da ilgili kanun maddelerinde özel olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla inceleme konumuzu oluşturan zorunlu irtifaklar dört adettir. Bunlar, TMK'ndaki düzenleniş sırası itibariyle zorunlu taşkın yapı irtifakı(TMK. m.725/2), zorunlu mecra irtifakı(TMK m.744 vd), zorunlu geçit irtifakı(TMK. m.747) ve zorunlu su irtifakıdır(TMK m.761).

İnceleme konumuzu oluşturan taşınmaz mülkiyeti kısıtlamaları, hukukî sonuçlarını doğurduğunda, zaruret durumu ortadan kalkar. Zira hak sahibi, taşınmazı, gereği gibi kullanma ve usulüne uygun işletme imkânını elde eder. Komşu malik de kısıtlamaya göre katlanma ve kaçınma yükümlülüğü altına girer. Geçit zarureti gideren kısıtlama hukukî sonuçlarını doğuruyorsa, yükümlü malik, taşınmazının geçit olarak kullanılmasına katlanmakla yükümlüdür. Mecra zarureti gideren kısıtlama hukukî sonuçlarını doğuruyorsa, yükümlü malik, taşınmazından mecra geçirilmesine katlanmakla yükümlü hale gelir. Taşkın yapı zarureti gideren kısıtlama hukukî sonuçlarını doğuruyorsa yükümlü malik, yapının, taşırılmasına ve kullanılmasına katlanmakla yükümlü olur. Su zarureti gideren kısıtlama hukukî sonuçlarını doğuruyorsa komşu malik, taşınmazından su alınmasına katlanmakla yükümlü hale gelir. Dolayısıyla yasanın aradığı bütün koşullar oluşmuşsa, komşu malik, zorunlu irtifakın kurulmasına ve böylece kısıtlamanın ortaya çıkmasına karşı koyamaz.

Türk hukukunda, bugüne kadar, zorunlu irtifaklar, bir bütün olarak incelenmemiştir. Dolayısıyla bu çalışmayı yapmamızın en önemli sebeplerinden biri zorunlu irtifakların bugüne kadar bir bütün olarak inceleme konusu yapılmamış olmasıdır. Türk hukukunda bugüne kadar zorunlu irtifaklar ile ilgili yapılan araştırmalarda idarenin zorunlu irtifaklar ile olan ilgisine pek değinilmemiştir. Oysa idarenin zorunlu irtifaklarla yoğun bir ilgisi vardır. Bu çalışmada idarenin zorunlu irtifaklarla olan ilgisini açıklayacağız.

II. TERMİNOLOJİ

Terminolojik açıdan bakıldığında, doktrinde, inceleme konumuzu oluşturan taşınmaz mülkiyeti kısıtlamaları için “kanunî irtifaklar” (Legalservituten)⁷, “zorunlu irtifaklar” (Zwangsdienstbarkeiten)⁸, “zaruri irtifaklar”⁹ terimleri kullanılmaktadır. Bu terimlerde, irtifak kelimesini kullanan yazarlar, kısıtlama sonucu, sınırlı bir aynî hak doğduğu görüşündedirler¹⁰. Bu yazarlar söz konusu hakları, birer irtifak hakkı olarak kabul ettikleri için “irtifak” kelimesini kullanmaktadırlar. Belirtilen terimlerde kullanılan “kanunî” ve “zorunlu” kelimeleri ise irtifakın, kanundan doğan bir yükümlülüğün ifası sonucunda kurulduğunu ve yükümlü hale getirilen malikin, irtifakın kurulmasına karşı koyamayacağını ifade etmektedir. Söz konusu irtifaklar, taşınmazın ilgisini, zaruretten kurtarmak amacı ile kurulduğu için bazı yazarlar da “zarurî” kelimesini kullanmaktadır¹¹. İnceleme konumuz olan kısıtlamaları düzenleyen kanun maddelerinde kullanılan terimlere göz atacak olursak; TMK’nun 725. maddesinde “irtifak hakkı” terimi; söz konusu maddenin başlığında ise “taşkın yapılar” terimi kullanılmıştır; TMK’nun 744. maddesinde “mecra geçirme hakkı” terimi; söz konusu maddenin başlığında “katlanma yükümlülüğü” terimi; TMK’nun 747. maddesinde “zorunlu geçit” terimi; TMK’nun 761. maddesinde ise “zorunlu su irtifakı” terimi; söz konusu maddenin başlığında ise “zorunlu su” terimi

⁷**Liver**, Einleitung, N.100; **Meier-Hayoz**, Systematischer Teil, N.194; **Neuenschwander**,s. 55–56.

⁸**Akman**, s. 172. İtalyan hukukunda “zorunlu irtifaklar” (servitu coattive) kavramı kullanılmaktadır. **Liver**, Ius et Lex, s. 767–768.

⁹**Özsunay**, s. 1 vd; **Şahiniz**,s. 1 vd.

¹⁰ Bkz. aşı.s.29 vd.

¹¹**Özsunay**, s. 1 vd; **Şahiniz**,s. 1 vd.

kullanılmıştır¹². Bunlara göre, yasa koyucunun, “zorunlu irtifak” terimini benimsediği söylenebilir. Bununla birlikte “zorunlu irtifak” teriminin neden yalnızca zorunlu su irtifakı bakımından kullanıldığını belirlemek mümkün değildir. Sonuç olarak “zorunlu irtifak” teriminin dört zorunluluk hakkı için de kullanılması isabetli olur¹³.

III. AMAÇ VE İNCELEME PLANI

Bizi, bu çalışmayı yapmaya yönelten en önemli sebep, zorunlu irtifakların günümüzde büyük ölçüde pratik önemlerini artırmış olmasıdır. Doktrinde özellikle zorunlu geçit irtifakının ve taşkın yapı irtifakının zaman içerisinde pratik önemini kaybedeceği ve bu iki zorunlu irtifak hakkı ile ilgili uyuşmazlıkların son derece azalacağı savunulmuştur¹⁴. Oysa zaman içerisindeki gelişmeler bu görüşü haklı çıkarmamıştır. Zira zorunlu irtifak hakları ile ilgili birbirinden farklı hususlar, çok çeşitli uyuşmazlıklara dolayısıyla yargı kararlarının ortaya çıkmasına sebep

¹²**Yazman**, s.146,147.EMK’un 683. maddesinde ise kenar başlığı “lüzumlu suların cebir temellükü” biçiminde düzenlenmişti. EMK döneminde söz konusu başlıkta kullanılan “lüzumlu” kelimesinin zorunluluk durumu göz önüne alındığında daha zayıf ve genel kaldığı ifade edilmiştir. Ayrıca burada kamulaştırma anlamında “cebri bir temellük” de söz konusu olmayacağı için kavramın bu bakımdan da isabetsiz olduğu ifade edilmiştir. **Yazman**, s.146,147.Buna karşılık *Tekinay*’a göre, “zorunlu geçit” ile “lüzumlu geçit” kavramları arasında bir anlam farkı yoktur.**Tekinay**,Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, s.93–94.EMK döneminde “zorunlu su hakkı” deyiminin daha isabetli olacağı savunulmuştur

¹³ Dolayısıyla ilerdeki yapılacak bir yasal düzenlemede söz konusu dört zorunluluk hakkı da “zorunlu irtifak” olarak adlandırılmalıdır.

¹⁴**Bertan**,C.I N.5 s.860 C.I N.1 s. 920.

olmaktadır. Özellikle komşular, zorunlu irtifak haklarının kurulması ile ilgili koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda uyuşmazlığa düşmektedirler. Bu uyuşmazlıklara çözüm getirilirken zaman içerisinde yargı kararlarında da görüşlerin değiştiği gözlenmektedir. Zorunlu irtifaklar arasında yargı kararına en az sayıda konu olanı, zorunlu su irtifakıdır. Bunun sebebi de tam olarak belirlenmemiştir. Kanaatimizce zorunlu irtifak haklarının incelenmesini gerektiren hususlardan biri de idarenin, zorunlu irtifaklar ile ilgisidir. Zira Türk hukukunda bugüne kadar zorunlu irtifaklar ile ilgili yapılan çalışmalarda idarenin, zorunlu irtifaklar ile olan ilgisine pek değinilmemiştir. Oysa idarenin, zorunlu irtifaklar ile yoğun bir ilgisi olduğunda tereddüt edilmemelidir. Biz bu çalışmada idarenin zorunlu irtifaklarla ilgisini açıklayacağız.

Bu çalışma ile amaçladığımız şeylerden biri de zorunlu irtifakların gerekli kıldığı ölçüde mülkiyetin kapsamı ile ilgili derin bir araştırma yapmaktır. Zira zorunlu irtifaklar üzerinde araştırma yapmak, mülkiyetin kapsamını da oldukça derin olarak araştırmayı gerektirmektedir. Türk hukukunda, zorunlu irtifaklar, bugüne kadar bir bütün olarak inceleme konusu yapılmamıştır. Dolayısıyla bu çalışmayı yapmamızın diğer bir sebebi de zorunlu irtifakların bugüne kadar bir bütün olarak inceleme konusu yapılmamış olmasıdır.

Çalışmamızın giriş kısmında, inceleme konumuza, genel olarak yaklaştıktan sonra zorunlu irtifakların tarihsel gelişimine yer verilmiştir. Çalışmamız bu giriş kısmına ek olarak beş bölümden oluşmaktadır. Çalışmamızın birinci bölümünde zorunlu irtifakların hukukî niteliği incelenmiştir. İkinci bölümde zorunlu irtifakların

kurulması için aranan genel şartlar ele alınmıştır. Üçüncü bölümde zorunlu irtifakların kuruluşu incelenmiştir. Dördüncü bölümde zorunlu irtifakların, hükümleri ve sona ermesi incelenmiştir.

IV. ZORUNLU İRTİFAKLARIN TARİHSEL GELİŞİMİ

Birer hukuki müessese olarak zorunlu irtifaklar tarihin en eski dönemlerinde bile karşımıza çıkmaktadır. Bu durumun sebebi, taşınmazların gereği gibi kullanılabilmesi meselesidir. Taşınmazların gereği gibi kullanılması ile ilgili menfaatler, taşınmazlar arasındaki bağlantılar sebebiyle çatışma halindedir. Komşular arasındaki çıkar çatışmaları tarihin her döneminde ortaya çıkan sosyolojik olgulardır. Bu çıkar çatışmalarının hukukun düzenleme alanına girmesi kaçınılmazdır. Böylece zorunlu irtifaklar birer hukuki müessese olarak ortaya çıkmıştır. Komşular arasında çıkar çatışmalarına neden olan taşınmazlar arasındaki bağlantı, kamu hukuku kurallarının da ilgi alanı içerisindedir. Bu nedenle tarihin çeşitli dönemlerinde zorunlu irtifaklar bir yandan komşuların menfaatlerini korurken diğer yandan kamu hukuku kısıtlaması karakterini de taşımıştır.

A. ZORUNLU GEÇİT HAKKI

Krallık ve Cumhuriyet devrinin ilk yüzyıllarında, Roma'da, genel yola ulaşmak için zorunlu geçit hakkına ihtiyaç duyulmamıştır¹⁵. Zira önceleri, arazilerin sınırları arasında bir miktar boşluk bulunmaktaydı¹⁶. Bu boşluk sayesinde hemen her

¹⁵Bonfante, s. 181 (Van derMerwe/Von Hinden, s.2'den naklen); Tahiroğlu, s. 74.

¹⁶Tahiroğlu, s.74; Karadeniz-Çelebican, s.98.

taşınmazın, genel yola çıkışı sağlayan, bir geçidi bulunmaktaydı¹⁷. Söz konusu boşluk her arazinin çevresinde beş kademlik¹⁸ bir bölüm (confinium, fines veya ambitum) olarak yer almaktaydı¹⁹. Arazisine çeşitli şekillerde tasarruf eden -örneğin bir bina inşa eden- kişinin bu boşluğa müdahale etmesi yasaktı. Bununla birlikte bazı durumlarda araziler arasında bir boşluk bulunmadığı için geçit yoksunluğu ortaya çıkıyordu. Bu sebeple geçit yoksunluğu içerisinde bulunanlara komşu arazinin kenarlarından geçiş (iter limitare)imkânı tanınmıştır²⁰. Bununla birlikte söz konusu geçitten diğer arazi malikleri de yararlanabiliyordu. Dolayısıyla Roma hukukunda, genel yola ulaşmayı sağlayan geçit hakkı (iter limitare) bir kamu hukuku kısıtlaması olarak ortaya çıkmıştır.

Belirtildiği üzere planlı yapılaşma sebebiyle Roma hukukunda, zorunlu geçit hakkına pek ihtiyaç duyulmamış ise de bu müesseseye benzer birkaç müessese

¹⁷ Roma'da arazilerin sınırları plânlı bir şekilde çiziliyordu. Özellikle colonia'lar bakımından bu plân uygulanıyordu. Belirli yöntemler ve dini merasimler ile colonia'nın arazisinin taksim edildiği belirtilmektedir. Araziler arasındaki sınırlar belirlenirken önce birbirini batıdan doğuya ve güneyden kuzeye doğru dik olarak kesen iki ana yol çizilip sonra bu yollara paralel daha dar yolların tespit edildiği ifade edilmektedir. Bu metot sayesinde her arazinin yola çıkışı sağlanmış oluyordu. **Umur**, Roma Hukuku, s. 67, 68; **Tahiroğlu**, s. 75. Yaklaşık MÖ 390 yıllarında Roma'nın Galyalıları tarafından tahribinden sonra şehirler eski kurallar göz ardı edilerek inşa edilmiştir. Ayrıca nüfus artışının ve inşaat tekniğindeki ilerlemelerin etkisiyle eskiden arazi sınırları arasında bırakılan beş kademlik mesafenin yerini ortak duvarların aldığı belirtilmektedir. (**Tahiroğlu**, s.74).

¹⁸ Kadem, denizde kullanılan bir ölçü birimidir. 1 Kadem, 30,48 cm uzunluğuna karşılık gelmektedir. <http://www.denizmagazin.com/faydaliBilgi/olculer.asp>.

¹⁹**Van der Merwe/Von Hinden**,s.2; **Karadeniz-Çelebican**, s.98.

²⁰**Tahiroğlu**,s. 78.

bulunmaktaydı. Bu müesseselerden biri İmparator Caracalla'nın emirnamesi ile kabul edilen mezara gitme hakkıdır²¹. Roma hukukunda, mezara gitme hakkı (iter ad sepulchrum) ile başkasına ait bir araziye ölü gömen kişinin, gerekli dini merasimleri yapması için mezara kadar gitmesine imkân tanınmıştır²². Mezara gitme hakkı, hukukî niteliği itibariyle bir kamu hukuku kısıtlaması olarak ortaya çıkmıştır²³. Bu kısıtlama, ihlâl edildiği takdirde mezar sahibinin bir dava hakkı bulunmuyordu. Mezar sahibi, kısıtlamanın ihlâl edilmesini önlemek veya ihlali durdurmak için yalnızca eyalet valisine başvurma imkânına sahipti²⁴.

Roma hukukunda, zorunlu geçit hakkına benzer diğer müessese, kamu görevlilerinin, vatandaş lehine, komşu arazide kurduğu geçit hakkıdır²⁵. Bu kısıtlama da bir kamu hukuku kısıtlamasıdır. Kamu görevlisinin (agrimensor), komşu taşınmazda vatandaş lehine geçit hakkı kurabilmesi için sel baskını, toprak kayması vb. sebeplerle mevcut geçidin kullanılamaz hale gelmesi gerekirdi²⁶. Dolayısıyla kısıtlama yalnızca asıl geçit kullanıma açılana kadar sürüyordu. Bu kamu hukuku

²¹**Buch**, Der Notweg seine Geschichte und seine Stellung im heutigen Recht München 1919, s. 10 vd. (**Van der Merwe/Von Hinden**, s.2'den naklen);**Umur**, Eşya Hukuku (Ayni Haklar), s. 32, 33;**Özsunay**, s.6.

²² D. 8 6 4; 11 7 10; 11 7 12 pr.; 47,12,15; **Van der Merwe/Von Hinden**, s. 2; **Umur**, Eşya Hukuku (Ayni Haklar), s. 32, 33;**Özsunay**, s.6.

²³**Umur** (Eşya Hukuku), s. 32, 33.

²⁴**Tahiroğlu**, s. 78.

²⁵**Levy**, West Roman Vulgar Law: The Law of Property 1951 s. 106 vd. (**Van der Merwe/Von Hinden**, s. 2'den naklen).

²⁶**Van der Merwe/Von Hinden**, s. 3; **Umur** (Eşya Hukuku), s. 32, 33; **Tahiroğlu**, s. 76.

kısıtlaması, kaynaklara göre, Roma hukukunun tarihi gelişimi boyunca devam etmiştir²⁷.

Cermen hukukunun geçerli olduğu dönemde mevcut sosyo ekonomik koşullar sebebiyle zorunlu geçit (uitweg) çok önemli bir hukukî müessese haline gelmiştir²⁸. Zira o dönemde çiftçilik, en önemli gelir kaynağı olduğu için topraktan en üst düzeyde yararlanabilmek, bireyin ve toplumun ekonomik hedefini oluşturuyordu. Topraktan en üst düzeyde yararlanabilmenin koşullarından biri de çiftçilerin birbirlerine azamî ölçüde saygı ve özen göstermesiydi. Bu sebeple cermen hukukunda, herkes kendi toprağını kullanırken veya işletirken diğerlerinin kullanma veya işletme imkânını engellemek ile yükümlüydü²⁹. Bu yükümlülüğün kapsamında zorunlu geçit de bulunmaktaydı. Dolayısıyla başka bir hukukî işlem gerekmesizin sırf mülkiyet sebebiyle öndeki toprak sahibi arkadakine yol vermekle yükümlüydü³⁰. Ayrıca kiliseye, genel yollara ve diğer yerlere ulaşmak için de komşu taşınmazlardan yararlanılırdı³¹. Söz konusu yükümlülük ve benzerleri, Cermen hukukunda, mülkiyetin içerisinde kabul edildiği için bu hukuk sistemindeki mülkiyet anlayışı, irtifak kavramına yabancıdır. Bu sebeple Cermen hukukunda zorunlu geçit bir irtifak olarak kabul edilmemiştir³².

²⁷Tahiroğlu, s. 76.

²⁸Özsunay, s. 7.

²⁹Liver, Art 730 N. 2; SPR V/1 s. 267.

³⁰Schröer, Das Notwegrecht im französischen, deutschen und schweizerischen Recht 1969 s. 6.

³¹Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts Band II 3. Aufl. 1896–1897 § 101 s. 332 (Van der Merwe/Von Hinden, s. 3'den naklen).

³²Liver, Ius et Lex, s. 749, 761.

Roma hukuku ile etkileşim içerisine girdikten sonra Cermen hukuku kurumları yapısal bir değişime uğramıştır. Zorunlu geçit bakımından da bu değişim söz konusudur³³. Zira zorunlu geçit; cermen hukukunda, arazi malikine, mülkiyetin yüklediği bir yükümlülük iken müşterek hukukta, yalnızca hâkim kararı ile kurulabilen bir irtifaktı³⁴. Nitekim müşterek hukukta komşu malik, zorunlu geçide, kendisine bir bedel ödenmesi karşılığında katlanmaktaydı³⁵. Geçit zarureti içerisindeki malik, davasını, geçit tahsisinden en zarar göreceğ komşuya yöneltmek zorundaydı³⁶.

Prusya Hukukunun en önemli müktesebatı, "Prusya Devletleri Genel Kanunnamesi"dir. Bu temel kanun, birçok özel hukuk kurumunu düzenlemesi bakımından önceki Alman kodifikasyonlarının bir sonucu olduğu gibi sonraki Alman kodifikasyonlarının çıkış noktası olmuştur. Söz konusu kanun zaruret içerisindeki taşınmaz malikinin sahip olduğu hakları; ayrıntılı, bütünsel ve sistematik olarak düzenlemesi bakımından da son derece dikkat çekicidir. "Prusya Devletleri Genel Kanunnamesi"nde, zorunlu geçit hakkı özel olarak düzenlenmemiştir³⁷. Fakat söz konusu kanunda, geçit zarureti içerisindeki malikin hakları, daha önce mevcut olmayan bir açıklıkta belirtilmiştir³⁸. Zira "Prusya Devletleri Genel

³³Schröer, s. 13 vd.

³⁴Van der Merwe/Von Hinden,s.3.

³⁵Van der Merwe/Von Hinden,s.3.

³⁶Özsunay, s. 8.

³⁷Van der Merwe/Von Hinden,s. 3.

³⁸Van der Merwe/Von Hinden, s. 3.

Kanunnamesi"nde zaruret sebebiyle başkasının taşınmazından yararlanma hakkı düzenlenmiştir (ALR I 22 § 3.4.6.7). Bu düzenlemenin çerçevesi içerisinde kalan zorunlu geçit hakkı da tam bir tazminat karşılığında tanınıyordu³⁹. Zaruret durumu ortadan kalktığında zorunlu geçit hakkının sona erdirilmesi de mümkündür⁴⁰. Ayrıca komşunun yararlanması sebebi ile yükümlü taşınmaz, tamamen veya kısmen kullanılamayacak duruma gelmişse zorunlu geçit hakkının kapsamının daraltılması veya sona erdirilmesi istenebilmekteydi⁴¹. Hukukumuzda yer alan zorunlu geçit hakkına asıl olarak Roma hukukunda yer alan mezara gitme hakkından (iter ad sepulchrum) hareket edilerek ulaşıldığı kabul edilmektedir⁴².

B. ZORUNLU MECRA HAKKI

Zorunlu mecra hakkı, Roma hukukunda düzenlenmemiştir. Roma hukukunda bu konuya ilişkin bir düzenlemenin yer almamasının iki temel sebebi olduğu kabul edilmektedir. Bu sebeplerden biri arazilerin bölünüş şekilleridir⁴³. Zira yukarıda belirtildiği üzere Roma'da araziler bölünürken aralarında belirli mesafeler bırakılıyordu. Bu nedenle mecraların da arazilerin arasından geçirilmesi mümkün oluyordu. Roma hukukunda zorunlu mecra hakkının yer almamasına gösterilen diğer

³⁹Förster/Eccius, § 187 III 1,2 (Özsunay, s. 9 dn.21'den naklen).

⁴⁰Förster/Eccius, § 187 III 4 (Özsunay, s. 9 dn.22'den naklen).

⁴¹Förtster/Eccius, § 187 2 (Özsunay, s. 9 dn.22'den naklen).

⁴²Van der Merwe/Von Hinden,s. 2; Tahiroğlu, s. 78.

⁴³Tahiroğlu,s. 83.

sebepler ise -özellikle son imparatorluk devrinde- büyük çiftliklerin (latifundia) daha da genişlemesi sonucu ekstantif⁴⁴ bir tarımın uygulanmış olmasıdır⁴⁵.

Müşterek hukuk döneminde ise entansif⁴⁶ tarım şekline geçilmiştir. Bu dönemde kış aylarında bile devamlı yeşil ot sağlayabilen bölgelerde dahi sulama suyu ihtiyacı son derece artmıştır. Müşterek hukukta su mecrasının tesisi için önceleri kamulaştırma yoluna başvurulmuştur. Daha sonraları ise kamulaştırmanın sakıncalarını önlemek amacı ile zorunlu mecra tesisi için bir irtifakın kurulması kabul edilmiştir⁴⁷. Mecra tesisinin karşılığı ve zararın tazmini statutiler tarafından çeşitli şekillerde düzenlenmiştir. Nitekim modern hukuklardaki ve hukukumuzdaki zorunlu mecra hakkı, bu gelişmelerin bir sonucudur⁴⁸.

Prusya hukukunda, Prusya Devletleri Genel Kanunnamesi'nde, zaruret içerisindeki malikin hakları bir bütün olarak düzenlendiği için mecra zarureti içerisindeki malik de söz konusu düzenlemenin kapsamına girmektedir. Nitekim bu kodifikasyonun etkisi ile BGB'de zorunlu mecra hakkı özel olarak düzenlenmemiştir. Mecra zaruretinin bulunduğu durumlarda ise zorunlu geçit hakkına ilişkin düzenleme (BGB 917f) kıyasen uygulanmaktadır⁴⁹.

⁴⁴ Ekstantif tarım çok geniş bir toprak parçası üzerinde az bir emek harcayarak ve sermaye kullanılarak gerçekleştirilen tarımdır.

⁴⁵ **Tahiroğlu**, s. 83

⁴⁶ Entansif tarım daha fazla emek harcayarak ve sermaye kullanılarak küçük bir toprak alanı üzerinde gerçekleştirilen tarımdır. **Tahiroğlu**, s. 83.

⁴⁷ **Tahiroğlu**, s. 83.

⁴⁸ **Tahiroğlu**, s. 83, 84.

⁴⁹ **Meisner/Stern/Hodes/Dehner**, s. 604 (**Brücker**, s. 28 dn.11'den naklen)

C. TAŞKIN YAPI HAKKI

Roma hukukunda, bazı koşullar altında, taşkın yapıya katlanma yükümlülüğü düzenlenmişti⁵⁰. Bu kısıtlamaya göre bir taşınmazın duvarı, komşu araziye yarım kademden⁵¹ daha az taşıyorsa komşu malik, bu taşkınlığa katlanmakla yükümlüydü. Fakat katlanma yükümlülüğünün karşılığında yükümlü malike, herhangi bir bedel talep etmek hakkı tanınmamıştı⁵². Bu düzenlemenin TMK’nda yer alan taşkın yapıya ilişkin düzenlemeler ile benzerlik taşıdığı ve çözüm yöntemi konusunda yol gösterdiği düşünülmektedir⁵³.

Yukarıda belirtilen katlanma yükümlülüğü dışında, taşkın yapı, başkasının arsası üzerine yapılan inşaatın hukukî sonuçlarını düzenleyen kurallara tabiydi. Başkasının arsasına yapılan inşaat bakımından, Roma Hukukunda, esas olarak “üst toprağa tabidir” (superficies solo cedit) ilkesi geçerli olmuştur⁵⁴. Bu kural taşkın yapı durumuna uygulandığında; yapının komşu arsaya taşan kısmı, komşunun mülkiyetine ait oluyordu. Yapı yıkıldıktan sonra ise taşkın inşaatın sahibi istihkak davası (rei vindicatio) ile malzemenin iadesini dava etmek hakkına sahipti⁵⁵. Eğer yarım kademden fazla bir taşkınlık varsa ve arsasına taşılan taşkınlığa tahammül etmek

⁵⁰Ulusan, s. 68; Tahiroğlu, s. 90; Jörs/Kungel/Werker, § 69 s. 124 (Bürgisser, s. 38’den naklen).

⁵¹ Kadem denizde kullanılan bir ölçü birimidir. 1 kadem: 30,48 cm uzunluğuna denk gelmektedir.
<http://www.denizmagazin.com/faydaliBilgi/olculer.asp>.

⁵²Ulusan, s. 68; Tahiroğlu, s. 90.

⁵³Ulusan, s. 68; Tahiroğlu, s. 90.

⁵⁴Tahiroğlu, s. 90; Akman, s. 7.

⁵⁵Akman, s.8.

istemiyorsa bir el atmanın önlenmesi davası (actio negatoria) ile taşkın yapının kaldırılmasını dava edebilirdi. Önceleri, taşkın yapı sahibinin bu davaya karşı hukukî bir çaresi yoktu. Iustinianus devrinde ise yarım kademden fazla taşkınlığın olduğu durumlarda bile üç koşul gerçekleştiğinde komşu malikin taşkın yapıya katlanma yükümlülüğü kabul edilmiştir. Bu koşullardan biri, taşkın yapının, önemli bir ekonomik değer teşkil etmesiydi. İkinci koşul, arsasına taşılana, bir tazminat (condemnatio pecuniara) ödenmesiydi. Üçüncü koşul, hâkimin, taşkın yapıya katlanma yükümlülüğünün kurulmasına ilişkin karar vermesiydi⁵⁶.

Roma hukukunda, kamuya ait bir yere yapı taşırılması durumu ise özel olarak düzenlenmişti⁵⁷. Bu düzenlemeye göre taşkın yapı, kamunun, o yerden faydalanmasını engellemiyorsa taşkın yapı sahibi, taşkın yapıyı kaldırmak zorunda değildi. Taşkın yapının, kamunun o yerden faydalanmasını engelleyip engellemediği ise somut olayın koşullarına göre belirleniyordu. Bu belirlemede *decurator operum publicorum* takdir yetkisini kullanıyordu⁵⁸. Kamuya ait yere yapı taşıran malik, yapının taşkın kısmının korunması karşılığında bir arsa iradı (*solarium*) ödemekle yükümlüydü.

Cermen hukukunda, başlangıçta, taşkın yapıya katlanma yükümlülüğü öngörülmemiştir ve düzenlenmemiştir⁵⁹. Zira o dönemde yapılar büyük çoğunlukla

⁵⁶ Akman, s. 8–9.

⁵⁷ Tahiroğlu, s. 90; Akman, s. 10.

⁵⁸ Akman, s. 9.

⁵⁹ Akman, s. 14. Bu dönemde, üst toprağa tâbidir (**superficies solo cedit**) ilkesine yer verilmemiştir. Dolayısıyla yapının taşkın kısmının mülkiyeti, arsasına taşılan malike tanınmamıştır.

ahşap olduğundan bir taşkınlık varsa taşkın kısmın kaldırılması son derece basittir. Bu sebeple komşu malikin taşkın yapıya katlanma yükümlülüğü, bir hukukî ihtiyaç olarak ortaya çıkmamıştır. Fakat sonradan inşa edilen taş yapıların komşu taşınmazlara taşması -taş binaların geriye çekilmesi son derece külfetli olduğundan- önemli bir sorun haline gelmiştir⁶⁰. Bu sebeple sonraki Alman hukukunda, yapı inşa edenlere, “bildirim yükümü” yüklenmiştir⁶¹. Bu düzenlemeye göre sınıra bitişik inşaat yapmak isteyen bir kişi bu hususu komşusuna ve resmi makamlara bildirmekle yükümlüydü. Bu bildirim ile sınır taşkınlığı ihtimaline karşı özellikle komşu uyarılarak onun, olası itirazlarını zaman kaybetmeksizin gerçekleştirmesi hedeflenmekteydi. Fakat önceleri, bildirim, esaslı bir hukukî sonuç bağlanmamıştır. Dolayısıyla bildirimle rağmen taşkınlığa karşı sessiz kalmış olsa bile komşu malik, taşkın yapıya katlanmakla yükümlü değildi⁶². Bu durumun hukukî sonucu olarak arsasına taşılan malik, her koşulda taşkın kısmın kaldırılmasını talep edebiliyordu. Sonraları, bildirim, esaslı hukukî sonuçlar bağlanmış ve bildirimle rağmen taşkınlığa itiraz etmeyen komşu, taşkın yapının kaldırılmasını talep hakkını kaybetmiştir⁶³. Hatta bu dönemde, taşkın yapı sahibi, taşkınlığı bilerek meydana getirmiş olsa bile bildirimle rağmen susan komşu, yapıyı kaldırtma hakkını kaybediyordu⁶⁴.

⁶⁰Akman, s. 14.

⁶¹Akman, s. 14–15.

⁶²Akman, s. 15–16.

⁶³Akman, s. 16.

⁶⁴Akman, s. 17.

Müşterek hukukta da taşkın yapıya ilişkin düzenlemelerin esas olarak Roma hukuku ilkelerini takip ettiği belirtilmektedir⁶⁵. Dolayısıyla müşterek hukukta da taşkın yapı, başkasının arsası üzerinde inşaatın bir türü olarak düzenlenmiştir⁶⁶. Fakat müşterek hukukta, Roma hukukundan farklı olarak komşu malikin taşkın yapıya katlanma yükümlülüğü düzenlenmemiştir⁶⁷.

"Prusya Devletleri Genel Kanunnamesi"nde taşkın yapı ile ilgili olarak oldukça ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Nitekim gerek Türk/İsviçre gerekse Alman hukukundaki taşkın yapıya ilişkin düzenlemelerde yer alan temel unsurlar ile "Prusya Devletleri Genel Kanunnamesi"nde karşılaşılmaktadır. Bu unsurlardan biri itirazdır⁶⁸. Nitekim Prusya Hukukunda da komşu malik, taşkınlığın, kendi aleyhine sonuç doğurmasını istemiyorsa itiraz etmek zorundaydı. Ortak unsurlardan biri de "yapı sahibinde, kasıt veya ağır ihmâl bulunmaması" koşuludur (§ 340 vd.)⁶⁹. Bu ortak unsurlara rağmen Prusya Hukukunda, taşkın yapı irtifakının kurulma imkânı kabul edilmemiştir. Taşkın yapı sahibine yalnızca taşıdığı arazinin mülkiyetini edinme imkânı tanınmıştır⁷⁰. Bildirim yükümü yerine getirilmesine rağmen bir itiraz olmamışsa ve taşkınlığın oluşmasında inşaatı yapanın kastı ve ağır ihmali

⁶⁵Akman, s. 10; Tahiroğlu, s. 91.

⁶⁶Akman, s. 10 vd.

⁶⁷Akman, s. 11.

⁶⁸Akman, s. 20 vd.

⁶⁹Akman, s. 19 vd.

⁷⁰Akman, s. 19.

bulunmuyorsa üzerine taşılan toprağın mülkiyeti bir tescile gerek olmaksızın doğrudan doğruya taşkın yapı sahibine geçerdi (ALR § 340 341 342)⁷¹.

D. ZORUNLU SU HAKKI

Zorunlu su hakkının, TMK'ndaki düzenlenme şekli ile Roma hukukunda öngörülmediği ve düzenlenmediği belirtilmektedir⁷². Bununla birlikte Roma Hukuku'nda zorunlu su hakkına benzeyen bir hukukî kurum (*actio aqua pluivae arcendae*) yer almaktaydı. Bu hukukî kurum özel mülkiyet içerisinden çıkıp yukarıdan aşağıya doğru akan sularla ilgiliydi. Zira Iustinianus hukukunda, yüksekte bulunan arazi sahiplerinin, arazilerinden çıkan suların ihtiyaç fazlasının aşağı arazilere akmasını önleyemeyeceği kabul edilmiştir⁷³. İşte yüksekte bulunan arazi sahiplerinin ihtiyaçları bulunmadığı halde aşağıya doğru akan sulara müdahale ettikleri durumlarda (*actio aqua pluivae arcendae*) isimli hukukî vasıtaya başvurulabiliyordu⁷⁴. Söz konusu hukukî müessese müşterek hukuktan modern hukuklara geçmiştir (TMK 742/III)⁷⁵.

⁷¹Akman, s. 18 vd.

⁷²Tahiroğlu, s. 79.

⁷³Umur Eşya Hukuku s. 34; Tahiroğlu, s. 81; Erel, s. 22; Jost, s. 13.

⁷⁴Tahiroğlu, s. 81–82. XII Levha Kanunu'nda yer alan "*actio aquae pluivae arcendae*", ilk olarak yüksekteki taşınmaz sahibinin kendi arazisi üzerindeki bazı faaliyetlerle aşağıdaki taşınmaz suların istilasına maruz bırakması halinde aşağıdaki taşınmaz malikinin bunu önlemesine yönelik bir hukukî vasıtaydı. İkinci olarak söz konusu hukukî vasıtaya yüksek taşınmazı doldurup su basacak şekilde suyun alçaktaki taşınmaza akmasına engel olduğu takdirde başvuruluyordu. Tahiroğlu, s. 79; Di Marzo Roma Hukuku s. 291. Iustinianus Hukukunda ise yukarıda söz edildiği üzere "*actio aquae pluivae arcandae*", suyun aşağı taşınmaza akmasına engel olduğu durumlarda da hukukî başvuru yolu olmuştur.

V. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ZORUNLU İRTİFAKLAR

A. ALMAN HUKUKU

Alman hukukunda; komşu taşınmazların maliklerinin; bağımsız birer mülkiyet hakkına (Ungebundenheit des Individualeigentums) sahip oldukları kabul edilmekle birlikte; komşu olmalarından dolayı bir ortaklık (Idee der Gemeinschaft) meydana getirdikleri kabul edilmektedir. Bu ortaklık ilişkisi komşu maliklere, malik oldukları andan itibaren karşılıklı haklar ve yükümlülükler getirir⁷⁶. Alman Hukuku'nun bu mülkiyet anlayışı ise yukarıda belirtildiği üzere Cermen Hukukuna dayanmaktadır⁷⁷. Zaruret durumu ortaya çıksa bile zarurete ilişkin yasal koşulların olduğu hususunda; taraflar anlaşmadan veya mahkeme tespit edici nitelikte bir karar vermeden Alman hukukuna göre mülkiyetin kapsamı genişlemez. Bu sebeple Alman hukukundaki bu sınırlamalar için “taşınmaz mülkiyetinin doğrudan potansiyel sınırlamaları” kavramı kullanılmıştır⁷⁸.

⁷⁵ TMK'nun 742. maddesinde (EMK m.666) yer alan düzenlemede, (*actio aqua pluivae arcendae*) isimli hukukî vasıtanın Klasik hukukta ve Iustinianus Hukukunda uygulanış biçimleri ile hemen hemen aynen yer aldığı kabul edilmektedir. **Tahiroğlu**, s. 81.

⁷⁶ **Rebmann/Sacker/Rivecker**, s.691.

⁷⁷ **Gierke**, § 126 II 8 dn.91 (Özsunay, s.10'dan naklen).

⁷⁸ **Liver**, Ius et Lex, s.758.

B. FRANSIZ HUKUKU

Fransız Medeni Kanunu'nda gerek doğrudan gerekse dolaylı mülkiyet kısıtlamaları, “kanunî irtifaklar” kavramı altında düzenlenmiştir. Mülkiyetin doğrudan kısıtlamalarının bu kavram altında düzenlenmiş olması doktrin tarafından eleştirilmektedir⁷⁹. Fransız hukukunda da İsviçre hukukunda olduğu gibi tapu siciline kayıt öngörülerek aleniyet sağlanmıştır.

C. İTALYAN HUKUKU

İtalyan Medeni Kanunu'nda irtifak hakları, zorunlu irtifak hakları ve rızai irtifak hakları olarak iki farklı kategoride düzenlenmiştir. İtalyan doktrini de kanundaki söz konusu ayrımı esas alarak bu konudaki bilimsel çalışmalarını yürütmüştür⁸⁰. İsviçre'de, dolaylı kısıtlamaların dogmatik esaslarını ortaya koyan Liver; İtalyan doktrininin yapmış olduğu bu çalışmalardan büyük ölçüde etkilenmiştir⁸¹.

D. AVUSTURYA HUKUKU

Avusturya hukukunda, doğrudan ve dolaylı mülkiyet kısıtlamaları birbirinden ayrılmıştır⁸². Zorunlu irtifak hakları da dolaylı mülkiyet kısıtlaması olarak bir sözleşme veya mahkeme kararı ile kurulmaktadır. Ayrıca Avusturya hukukunda zorunlu irtifak hakları tapu siciline tescil edilmektedir.

⁷⁹Liver, Ius et Lex, s.758, Einleitung, N.89; Meier-Hayoz, Art 680 s.2

⁸⁰Liver, Ius et Lex, s.766, Einleitung, N.100.

⁸¹Liver, Ius et Lex, s.766, Einleitung, N.100.

⁸²Gschnitzer, s.64 vd.(Brücker, s.32 n.27'den naklen).

BİRİNCİ BÖLÜM

§ 1. ZORUNLU İRTİFAKLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ

I. KOMŞULUK İLİŞKİLERİNDEN KAYNAKLANAN DOĞRUDAN MÜLKİYET KISITLAMASI GÖRÜŞÜ

Zorunlu irtifakların hukukî niteliğinin ne olduğu konusu doktrinde tartışmalıdır. Türk İsviçre hukukunda savunulan bir görüş;⁸³ zorunlu irtifakları; mülkiyet kavramı içerisinde değerlendirmekte; komşuluk hukukundan doğan mülkiyet kısıtlaması olarak nitelendirmektedir. Dolayısıyla bu görüş söz konusu hakları, zaruret içerisindeki malikin mülkiyet hakkı içinde yer alan birer yetki olarak kabul etmektedir. Bu görüşe göre; bu yetkiler; mülkiyetin içinde olduğu için hâlihazırda vardır; sonradan doğmazlar. Dolayısıyla bu görüşe göre söz konusu haklar, “doğrudan doğruya kanundan doğan kısıtlamalar” kategorisinde yer alır. Doğrudan doğruya kanundan doğan kısıtlamalar; kendisini düzenleyen hukuk kuralı sebebiyle var olan; varlığı için kısıtlanan taşınmaz üzerinde bir tasarruf işlemi gerekmeyen kısıtlamalardır⁸⁴. Bu görüşün ortaya çıkmasında Alman Hukukunda geçerli olan komşuluk hukuku teorisi etkili olmuştur.

⁸³**Wieland**, Art. 680, Bem 3 a; **Leemann**, Art. 674, N.23 vd. Art. 680, N.23 vd. Art. 691, N.2, Art. 694, N.6; **Haab**, Art. 674, N.24 vd. Art. 691, N.2. Art. 694, N.8. **Waldis**, s. 157; **Baumgartner**, s. 42; **Romer**, s. 84; **Tobler**, s. 113; **Brugmann**, s. 67. **Akipek**, C.II, s. 197.227.228.230, **Edege**, s. 517–518; **Tandoğan**, s. 615 vd. **Bertan**, C.I, N.3 vd. s. 847 vd, s. 860, N.7,8; **İmre**, s.113 vd

⁸⁴**Leeman** Art 680 N.23; **Wieland** Art. 680 Bern 3; **Haab** Art 641, N.3 9 vd; **Liver** Einleitung N.86; **Meier-Hayoz** Art. 641. N.33. Doğrudan doğruya doğan kısıtlamaların temel amaçları; komşular arasındaki huzur ve barışın, taşınmazın en serbest şekilde kullanılmasının ve taşınmazdan en rasyonel

Zaruret içerisindeki malikin, bu durumdan kurtulabilmesi için bu görüşe göre yetkilerin etkin hale getirilmesi gerekir. Zira bu yetkiler hâlihazırda etkin durumda değildir. Yetkinin etkin hale getirilmesi için zaruret içerisindeki malik bir talep hakkına sahiptir. Dolayısıyla bu talebin konusu; bir hakkın kurulması değildir; zarureti giderecek yetkinin, etkin hale getirilmesidir. Söz konusu talep; komşu

şekilde yararlanılmasının sağlanmasıdır. **Liver** Ius et Lex, s. 750; **Özsunay**,s. 163–164; **Ulusan**, s. 124–125; **Şahiniz**, s. 42. Mülkiyet hakkı bu kısıtlamalarla doğduğu için söz konusu kısıtlamaların tapuya tescil zorunluluğu bulunmamaktadır. Hatta bu kısıtlamalar tescile elverişli bir nitelik taşımamaktadır. **Liver** Einleitung N.86; **Meier-Hayoz** Systemtischer Teil, N.194. Bu kısıtlamalar, bütün taşınmaz maliklerini aynı ölçüde yetkili ve yükümlü kıldığı için yükümlü taşınmaz maliklerine, kural olarak bir bedel veya tazminat talep hakkı tanınmamıştır. **Özsunay**, s. 164; **Akman**, s. 166–167; **Ulusan**, s. 124; **Şahiniz**, s. 42. Bu kısıtlamalar aynı haklara ve özellikle de irtifak haklarına benzer bir etki göstermekteyse de söz konusu kısıtlamalar özellikle İsviçre-Türk hukukunda birer irtifak hakkı olarak kabul edilmemektedir. **Leemann**, Einleitung, Zur I Abteilung N.27 Art. 680, Nr.23, Einleitung, Zur II Abteilung, N.9; **Wieland**, Art.680, Bern 3a; **Liver** Einleitung, N.89,106. Bununla birlikte taraflar istisnai durumlarda menfaatleri var ise doğrudan doğruya mülkiyet kısıtlamasını konu edinerek bir irtifak hakkı kurabilirler. **Liver**, Art. 730 N.95; **Meier-Hayoz**, Art. 680 N.61; **Bertan**, C.I N.10 V s.713; **Erel**, s.42 Malik, doğrudan doğruya kanundan doğan kısıtlamaları ihlâl ederse üçüncü şahıslar bakımından bir zarar veya zarar tehlikesi ortaya çıkabilir. Zarara uğrayan, zararının giderilmesini ve/veya durumun eski hale getirilmesini talep edebilir(TMK m.730/I). Burada ifası talep edilen müspet edim yükümlülüğü hukukî niteliği itibariyle bir haksız fiil tazminatıdır. **Akipek**, C.II, s.239–240; **Neuenschwander**, s.110. Zarar tehlikesi ile karşılaşan da tehlikenin giderilmesini talep edebilir(TMK m.730/I). Doğrudan doğruya doğan mülkiyet kısıtlamaları, ortadan kaldırılabilir(TMK m.731/II). Bu kısıtlamaların ortadan kaldırılabilmesi için buna ilişkin sözleşmenin, resmi biçimde yapılması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi gerekir.

taşınmazın her malikine karşı ileri sürülebileceğinden; bu görüşe göre aynî niteliğe (subjektif aynî talep)⁸⁵ sahiptir⁸⁶.

Zarureti giderecek yetkinin etkin haline getirilmesi için bir görüşe göre mahkemenin bu konuda bir karar vermesi zorunludur⁸⁷. Dolayısıyla bu görüşe göre talep yalnızca dava yolu ile kullanılabilir⁸⁸. Talep, komşu malike dava dışı yöneltirse bu görüşe göre komşu malikin muvafakat etmesi şartı ile zaruret içerisindeki malik yalnızca şahsi bir hak elde eder. Diğer görüşe göre talep hakkının dava yolu ile kullanılması zorunlu değildir. Komşu malik, taşınmazına müdahale edilmesine rıza gösterdiğini bildirdiğinde bu görüşe göre yetki etkin hale gelir. Fakat kısıtlamaya ilişkin koşullar bulunmuyorsa komşu malik kısıtlamaya rıza gösterse bile hak sahibinin yetkileri genişlemez. Böyle bir durumda rıza beyanı, komşu malikin bir borç ilişkisi ile bağlanmasına bile sebep olmaz. Komşu malik; yasanın aradığı koşulların varlığına rağmen; yetkinin etkinin hale gelmesine; taşınmazına müdahale edilmesine; rıza göstermekten kaçınabilir. Bu durumda zaruret içerisindeki malikin hukukî çaresi dava yoluna başvurmaktır. Mahkeme; yasada tanımlanan zaruret

⁸⁵Huber, aynı talepleri üçlü bir ayrıma tâbi tutmaktadır. Bu ayrıma göre bir grupta yer alan aynı talepler bir taşınmazın tamamının veya bir kısmının mülkiyetinin devredilmesine yöneliktir. Bu grupta yer alan aynı taleple paylı mülkiyette yasal ön alım hakkı örnek gösterilmiştir. **Huber**, s.63 Diğer bir grupta yer alan aynı talepler bir taşınmazda irtifak hakkının kurulmasına yöneliktir. Bu grupta yer alan taleplere zorunlu geçit talebi örnek gösterilmiştir. **Huber**, s.64 Üçüncü grupta yer alan aynı talepler ise bir taşınmaz üzerinde bir rehin hakkı tesisine yöneliktir. Bu grupta yer alan aynı taleplere ise EMK m.807 (ZGB Art 837) örnek gösterilmiştir. **Huber**, s. 65.

⁸⁶**Leemann** Art 674 N.24, Art 691 N.2; Art 694 N.6; **Wieland** Art 691 Bem 7.

⁸⁷**Wieland**, Art. 680, Bem 3 b bb; Art. 691, N.7; **Waldis**, s. 157; **Tobler**, s. 113.

⁸⁸**Wieland**, Art. 691, Bem 7, Art. 694, Bem 4.

durumunun gerçekten ortaya çıktığını; talebin, doğru komşuya yöneltildiğini; belirleyen bir karar verir. Bu karar ile birlikte zarureti giderecek yetki etkin hale gelmiş olur. Dolayısıyla mahkemenin verdiği karar bu görüşe göre yalnızca açıklayıcı niteliktedir⁸⁹.

Zorunlu irtifakları mülkiyetin içeriğine dâhil eden görüşe göre zarureti giderecek yetkilerin etkin hale gelmesi kural olarak tescile bağlı değildir⁹⁰. Zorunlu geçit hakkının etkin hale gelmesi ise bu kuralın istisnası olarak görülür (ZGB Art 694/II; TMK m.748/III). Dolayısıyla bu görüşe göre zorunlu geçide ilişkin yetki ve kısıtlama ancak tescil ile etkin hale gelir⁹¹. Bu görüşe göre taşkın yapı, zorunlu mecra ve zorunlu su hakları da, tapu siciline tescil edilebilir⁹². Bu görüş; söz konusu hakların; birer irtifak hakkı olduğunu reddetmekle birlikte; tescillerinin; irtifakların tescili düzenleyen hükümlere göre yapılacağını kabul etmektedir. Bu görüşe göre zaruret haklarının ihlâli durumunda elatmanın önlenmesi davasına başvurulması gerekir⁹³. Dolayısıyla bu görüşe göre zaruret haklarının ihlâli durumunda irtifak davasına (actio confessoria - Dienstbarkeitsklage) başvurma imkânı yoktur; zarureti gideren yetkiler ayrı birer hak olmadığından; bu yetkileri kullanan da hak zilyedi

⁸⁹**Leemann**, Art. 691 N.28 Art. 694 N.14; **Haab**, Art.691–693 N.2 Art.694–696 N.21; **Waldis**, s.166; **Baumgartner**, s.42; **Brugmann**, s.67; **Romer**, s.85.

⁹⁰**Leemann**,Art. 674, N.23 vd. Art. 680, N.23 vd. Art. 691, N.2, Art. 694, N.6, Art. 710 N.22; **Haab**, Art. 674, N.24 vd. Art. 691, N.2; Art. 694, N.8; Art. 709/710, N.17; **Wieland**, Art. 691, Bem 8,Art. 694, Bem 4; **Tobler**, s.116 vd.

⁹¹**Leemann**, Art 691 N.2; **Wieland**, Art 694 Bem.4; **Haab**, Art 691–696 N.21.

⁹²**Leemann**, Art 674, N.75; **Wieland**, Art 691 Bem 8. Art 710 Bem 1 c.

⁹³**Wieland**,Art 680 Bem 3 a; **Leemann**, Art 680 N.23 vd.

(Rechtsbesitzer) değildir⁹⁴. Fakat zarureti gideren yetkiyi kullanan şahıs bu görüşe göre zaruret içerisindeki taşınmazın zilyedi olarak zilyedlik davalarından yararlanabilir.

Zorunlu irtifakları, mülkiyetin içeriğine dâhil eden yazarlar arasında hâkim görüşe göre; söz konusu yetkiler; taşınmaz üzerinde bulunan sınırlı ayni haklar ile bir sıra ilişkisine girmez; bu hakların hepsinden önce gelir⁹⁵. Diğer görüşe göre ise zaruret hakları taşınmaz üzerinde bulunan sınırlı aynî haklar ile sıra ilişkisine tâbi olur. Bu sıra ilişkisinin sonucu olarak: taşınmaz üzerinde daha önce kurulan sınırlı ayni hakların sahipleri muvafakat etmezse, zaruret hakları, bunlardan sonra yer alır⁹⁶. Zaruret hakkının ön sırada yer alması için muvafakat eden sınırlı ayni hak sahipleri bu görüşe göre zaruret içerisindeki malikten (bedel) tazminat talep edebilirler⁹⁷.

Zaruret haklarını mülkiyetin içeriğine dâhil eden görüş; bu haklar ile irtifakların birbirine benzediğini belirtmekle birlikte; ikisini kesin biçimde birbirinden ayırmaktadır⁹⁸. Zaruret haklarının da tapu siciline tescil edilmesi; yükümlü malike bir bedel ödenmesi ve bu haklar ile irtifaklar arasındaki diğer benzerlikler; bu görüşe göre; bu hakların, birer irtifak olarak nitelendirilmesini

⁹⁴Leemann, Art 694 N.8; Haab, Art 694/696 N.21.

⁹⁵Leemann, Art 691 N.9, Art 694 N.18; Haab, Art 674 N.26 Art 691/3 N.4 Art 694 N.22.

⁹⁶Wieland, Art 691 N.6; Art 694 N.6.

⁹⁷Wieland, Art. 694 N.7.

⁹⁸Leemann, Art. 680 N.27; Haab, Art. 674, N. 26; Wieland, Art. 680 Bem 3 a. Art. 694 Bem 4.

sağlamaz⁹⁹. Bu görüşe göre zaruret hakları, kanundan doğuyor olmaları sebebiyle irtifak haklarından ayrılır. Bu görüşe göre; zaruret hakları, birer sınırlı aynî hak olsaydı; yükümlü taşınmazda daha önce kurulmuş sınırlı ayni haklar; zaruret haklarına öncelik taşırdı¹⁰⁰. Bunun sonucu olarak: sırada önce gelen sınırlı aynî hak sahibi, sonra gelen zaruret hakkını terkin ettirebilirdi. Söz konusu terkin imkânı; bu görüşe göre; kabul edilemez bir sonuç olduğundan; zaruret hakları, sınırlı aynî hak olarak; nitelendirilemez. Bu görüşe göre eşyaya bağlı irtifakları düzenleyen hükümler zaruret haklarına kıyasen uygulanır¹⁰¹. Türk İsviçre hukukunda savunulan bu görüşe katılmıyoruz¹⁰². Zira kanaatimizce inceleme konumuz olan hakları,

⁹⁹**Wieland**, Art. 680 Bem 3 b bb; **Leemann**, Art. 691 N.2; **Haab**,Art. 674 N.25; Art. 680 N.3; Art. 691/3 N.2

¹⁰⁰**Haab**, Art. 691/3 N.2; Art. 674 N.25, 27, Art. 680 N.3; **Leemann**,Art. 691 N.2.

¹⁰¹**Leemann**, Art. 694 N.8; **Haab**,Art. 694/696 N.24; **Wieland**, Art. 694 Bem.4; **Tobler**, s.112 vd.

¹⁰² Türk doktrininde yer alan bir görüşe göre, inceleme konumuzu oluşturan haklara ilişkin düzenlemeler, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin birer görünümüdür. **Uluslan**, s. 126,127;**Esener/Güven**, s. 183; **Şahiniz**, s. 47.Bu görüşe göre, zaruret içerisindeki malikin –zaruret giderildiğinde ortaya çıkacak- ekonomik çıkarları; komşu malikin, mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin çıkarlarına üstünlük taşıdığı için kanun koyucu, komşu malikin taşınmazına yapılacak müdahaleleri haklı ve hukuka uygun olarak kabul etmiştir. Bu görüşe göre komşu taşınmaza müdahale hukuka uygun olsa bile kanun koyucu, bu müdahale sebebiyle ortaya çıkan malvarlığı eksilmelerinin zaruret içerisindeki malik tarafından giderilmesini zorunlu kılmıştır. Kanun koyucu, komşu malikin tek taraflı olarak ağır bir fedakârlıkta bulunmasını haklı bulmamıştır. Bu sebeple zaruret içerisindeki malike de bedel ödeme yükümlülüğü yükleyerek; komşu malikin göstereceği fedakârlığı, zaruret içerisindeki malikin bedel ödeyerek göstereceği fedakârlık ile denkleştirmiştir. Aslında bu görüş inceleme konumuz olan haklar ile ilgili Alman Hukukundaki hâkim anlayışın bir yansımasıdır. **Uluslan**, s.132 dn.33. Biz bu görüşe de katılmıyoruz. Zira bu görüş, yukarıda belirtildiği üzere inceleme konumuz olan haklarla ilgili Alman Hukukunda kabul edilen anlayışın Türk Hukukuna

mülkiyetin kapsamında kabul etmeyi gerektirir nedenler bulunmamaktadır. Aksine söz konusu hakları, mülkiyetin kapsamı dışında ayrı bir hak olarak kabul etmeyi gerektirir iki neden göz önündedir. Bir neden bu dört zorunluluk hakkında, hak sahibinin komşusuna bedel ödeme yükümlülüğünün düzenlenmiş olmasıdır. Oysaki malikin mülkiyetten doğan yetkileri (Eigentumsbestandteil) kullanması için kural olarak komşusuna bir bedel ödemesine gerek yoktur. Dolayısıyla söz konusu bedel yansıtılması olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla Alman Hukukundan esinlenen eski İsviçre doktrini ile Türk doktrininde yer alıp bu görüşü (fedakârlığın denkleştirilmesi görüşü) savunan yazarların bakış açısı arasında bir farklılaşma değil örtüşme-kesişme söz konusudur. Bu sebeple yukarıda, eski İsviçre doktrininin görüşüne yönelttiğimiz eleştirileri bu görüş için de rahatlıkla söyleyebiliriz. Ayrıca fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi yalnızca sorumluluk hukukunda uygulama alanı bulur. Bizim katıldığımız görüşe göre zaruret içerisindeki malik ile komşu malik arasındaki hukuku asıl olarak belirleyen olgu, sorumluluk normları değil kanunun kurulmasını emrettiği irtifak hakkıdır. Dolayısıyla zorunlu irtifak hakkı gerek sözleşme ve tescil gerekse mahkeme kararı sonucunda kurulsun zaruret içerisindeki malikin bütün eylem ve işlemleri irtifak hakkı referans alınarak değerlendirilir. Buna göre hukuka uygun eylem ve işlemler irtifak hakkından doğan yetkilerin kullanılmasından ibarettir. Ancak hukuka aykırı eylem ve işlemler sonucunda sorumluluk normları devreye girer. Fakat söz konusu durumda devreye giren normlar, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine değil kusur esasına dayanan sorumluluk normlarıdır. Türk sorumluluk hukukuna ilişkin bir kısım düzenlemeler, “fedakârlığın denkleştirilmesi” ilkesine dayanmaktadır (TMK m.730/II BK m.52/II). Örneğin TMK m.730/II’de düzenlenen taşınmaz malikin hukuka uygun taşkınlıklardan doğan sorumluluğu da fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin bir görünümünü oluşturur. Bu düzenleme açısından bakıldığında malik, hukuk düzeninin sınırları içerisinde taşınmazında faaliyet gösteriyor olsa da komşularının zarar görecektir olmasına rağmen söz konusu faaliyetleri gerçekleştirerek hakkaniyete uygun bir denkleştirme bedelini onlara ödemeyi baştan kabul etmektedir. **Petek**, s. 130–131. Dolayısıyla zaruret içerisindeki malikin; hukuka uygun davranışları irtifak hakkına, hukuka aykırı davranışları ise kusur esasına dayandığı için kanaatimizce fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi hiç uygulama alanı bulamaz.

ödeme yükümlülüğü, bu hakların mülkiyetinin kapsamında yer almadığının en önemli delillerindendir. İkinci olarak bu hakların tescilinin yasada düzenlenmiş olması da mülkiyetin kapsamında yer almadıklarını göstermektedir. Zira ancak mülkiyet ve sınırlı aynı haklar tescile konu olabilir fakat mülkiyetten ve diğer sınırlı aynı haklardan doğan yetkiler tescil edilmezler (TMK m.1008).

II. İRTİFAK HAKKI GÖRÜŞÜ

Doktrinde ileri sürülen ve bugün İsviçre Türk hukukunda hâkim olan bizim de katıldığımız görüşe göre zaruret hakları, kanundan doğrudan doğruya doğan mülkiyet kısıtlamaları değildir. Bunlar, dolaylı mülkiyet kısıtlamalarıdır¹⁰³. Dolaylı mülkiyet kısıtlamaları, doğrudan kısıtlamalardan farklı olarak kendiliğinden doğmayan, kısıtlamadan yararlanacak kişinin talebi üzerine, sözleşme ve kural olarak tescil işlemleriyle kurulan kısıtlamalardır¹⁰⁴. Dolaylı kısıtlama meydana gelince,

¹⁰³ **Liver**, Ius et Lex, s.751 vd; **Liver**, Einleitung, N.80 vd; **Meier/Hayoz**, Systematischer Teil, N.194; Art. 674 N.52 vd; Art. 680 N.55; Art. 691 N.4; **Rey**, Systematischer Teil, N.338.

¹⁰⁴ Dolaylı kısıtlamalar mülkiyet hakkının normal içeriğini aşan katlanma yükümlülükleri getirirler. Kanun, bu kısıtlamalar ile nadiren ortaya çıkması gereken mülkiyet içeriğini belirlemektedir. **Liver**, Ius et Lex, s.753. Bu kısıtlamaların kurulması, kısıtlamadan yararlanacak kişinin tercihine bırakılmıştır. **Özsunay**, s.165; **Akman**, s.168; **Şahiniz**, s.45. Zira yasada düzenlenmiş koşulların gerçekleşmesi durumunda, malik, bu kısıtlamaların kurulmasını talep yetkisi ile donatılmıştır. Bununla birlikte talep yetkisi ismen belirlenmiş bir malike değil taşınmazın her malikine aittir¹⁰⁴. **Liver**, Einleitung, N.148, N.157; **Meier-Hayoz**, Art. 691 N.6 Art. 674 N.22 N.56; **Rey**, Systematischer Teil, N.92f. Ayrıca talep yetkisi aynı nitelikte değil şahsi niteliktedir. **Liver**, Einleitung, N.148. Malik, bu kısıtlamaların kurulmasını istiyorsa öncelikle talep yetkisini kullanmalıdır. **Meier-Hayoz**, Systematischer Teil, N.194; **Liver**, Einleitung, N.87; Ius et Lex, s.751.

kısıtlamadan yararlanan kişi, mülkiyet hakkı veya sınırlı aynî hak elde eder¹⁰⁵. Bu bağlamda zaruret hakları da birer sınırlı aynî haktır. Bu görüşe görüşe göre İMK'nda

¹⁰⁵Dolaylı kısıtlamanın kurulması talep edilince, kendisine talep yöneltilen taşınmaz maliki, mülkiyetin devri veya ayni hakkın kurulması için gerekli işlemlere katılmakla yükümlü olur.**Liver**, Einleitung N.97; **Meier-Hayoz**, Art 680 N.55; **Akman**, s.172; **Şahiniz**,s.45. Talep yöneltilen taşınmaz maliki bu yükümlülükleri yerine getirmekten kaçınırsa dolaylı kısıtlamanın kurulmasını isteyen kişi dava yoluna başvurur**Liver**, Einleitung, N.97; **Jost**, s.81. Bu yükümlülükler karşısında talep hakkı sahibi de bedel ödemekle yükümlüdür**Liver**,Einleitung, N.88; **Meier-Hayoz**, Systematischer Teil N.194. Dolayısıyla taraflardan her biri hem borçlu hem de alacaktır.Aslında sadece alacaklı tarafın eşya üzerindeki ayni hak sahipliği veya zilyedlikle belirlendiği bir borç ilişkisinin olamayacağı kabul edilmektedir. **Oğuzman** (tebliğ), s.226 dn.5. Dolaylı kısıtlama kurulduktan sonra mülkiyeti kısıtlanan malikin kaçınma veya katlanma yükümlülükleriortaya çıkar. Dolaylı kısıtlamanın kurulmasıyla birlikte ortaya çıkan aynî hakkın kapsamında bir yararlanma yetkisi olabileceği gibi tasarrufta bulunma yetkisi de olabilir**Meier-Hayoz**, Art 680 N.57. TMK'nda, doğrudan kanundan doğan kısıtlamalar – dolayısıyla kanundan doğan kısıtlamalar ayrımı genel bir kural ile düzenlenmemiştir. Bununla birlikte TMK'nda bu ayrımın kabul edildiği geçit haklarına ilişkin düzenlemeden anlaşılmaktadır (TMK m.748/III). Zira bu hükümde doğrudan doğruya kanundan kaynaklanan geçit haklarının tapu kütüğüne tescil edilmeksizin doğacağı düzenlenmiştir. TMK'nda birbirinden farklı maddelerde, dağınık bir biçimde dolaylı kısıtlamalar ile karşılaşmaktadır. Bunların bir bölümü komşuluk hukukunun dışında kalır**Neuenschwander**, s.375–376. Örneğin komşuluk hukuku dışında kalan dolaylı kısıtlamalardan biri yasal ön alım hakkıdır (TMK m.732)**Neuenschwander**, s.375–376;**Erel**, s.44; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**,s.547Diğer biri, arazinin mülkiyetinin malzeme sahibine verilmesine yönelik talep hakkıdır (TMK m.724)**Neuenschwander**, s.376;**Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.547.Bir diğer dolaylı mülkiyet kısıtlaması eşlerin sahip olduğu sahip olduğu yasal alım haklarıdır (TMK m.226/II; 240/II–III; 248/II; 255/I; 279/I–III; 652/I). Yine eşlere, aile konutu üzerinde oturma hakkı tanınması talebi de dolaylı bir mülkiyet kısıtlamasıdır(TMK m.240/1; 255/2; 279/2–3; 652/2).Ayrıca eşlere, ev eşyası üzerinde intifa hakkı tanınması talebi de mülkiyetin dolaylı kısıtlamalarındandır.Tescile tâbi yasal ipotek hakları da birer

esas alınan komşuluk hukuku kısıtlamalarına ilişkin sistem Roma Hukukuna dayanmaktadır¹⁰⁶. Zaruret haklarını mülkiyetin kapsamı içerisinde değerlendiren görüş de onları birer dolaylı kısıtlama olarak kabul etmektedir.

Bizim de katıldığımız bu görüşe göre zaruret hakları, ortaya çıkardıkları hukukî ilişkilerin özellikleri değerlendirildiğinde, birer irtifak hakkı olarak nitelendirilmelidir¹⁰⁷. Zaruret hakkı kurulunca komşu malik, mülkiyetten doğan bazı yetkilerini kullanmaktan kaçınmakla ve yararlanan malikin, taşınmazda bazı faaliyetlerde bulunmasına katlanmakla yükümlü olur. Zaruret içerisindeki malik ise zaruret hakkı ile elde ettiği yetkiler karşılığında komşu malike bir bedel ödemekle yükümlüdür. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere: gerek zaruret gerekse irtifak haklarından doğan temel haklar ve yükümlülükler aynı özellikleri taşımaktadır. Bununla birlikte zaruret hakları, rızai irtifaklardan farklı olarak, komşu malikin serbest iradesiyle kurulmaz. Komşu malik, zaruret hakkının kurulması için gerekli işlemlere katılmakla yükümlüdür¹⁰⁸. Bu sebeple zorunlu irtifaklar, rızai irtifaklardan

dolaylı mülkiyet kısıtlamasıdır(TMK m.893; BK m.513; KMK m.32/2).**Liver**,Einleitung, N.87; **Meier-Hayoz**, Sytematischer Teil N.194; **Neuenschwander**, s.375.

¹⁰⁶**Liver**,SPR V/I, s.267. Roma hukukunda, özel mülkiyete, doğrudan kanun tarafından getirilen bir kısıtlama bulunmamaktaydı. Buna karşılık, biri lehine mülkiyetin kısıtlanabilmesi için tarafların anlaşmaları zorunluydu. Dolayısıyla Roma hukukunda bütün mülkiyet kısıtlamaları, kural olarak irtifaklar sayesinde gerçekleşiyordu.

¹⁰⁷**Liver**,Einleitung, N.96 Ius et Lex, s.753; **Meier-Hayoz**, Systematischer Teil, N.194; **Bürgisser**, s.345.

¹⁰⁸**Liver**, Ius et Lex, s.753; **Liver**,Einleitung, N.89; **Meier-Hayoz**, Systematischer Teil, N.194;**Caroni-Rudolf**, s.19; **Bürgisser**,s.341.

ayrı bir irtifak kategorisidir¹⁰⁹. Bu kategori farklılığı sebebiyle, rızai irtifaka ilişkin hükümler, zorunlu irtifaklara yalnızca kıyasen uygulanabilir¹¹⁰. Dolayısıyla her iki irtifak kategori arasındaki mahiyet farkı sebebiyle menfaatler dengesine uymuyor ve haklı kabul edilemiyorsa rızai irtifaklara ilişkin hükümlerin, zorunlu irtifaklara uygulanması mümkün olmaz¹¹¹. Zorunlu irtifaklar, birer eşyaya bağlı irtifak hakkıdır¹¹². Dolayısıyla eşyaya bağlı irtifaklar, rızai eşyaya bağlı irtifaklar ve zorunlu eşyaya bağlı irtifaklar olmak üzere iki kategoriye ayrılmaktadır.

Zaruret hakları, dolaylı kısıtlamaların tipik özelliklerini taşır. Bu özellikler zaruret haklarının kuruluşunda da görülür. Zaruret içerisindeki malik, hakkın kurulması hususunda bir talep hakkına sahiptir. Bu talep hakkı, mülkiyete bağlanmıştır, taşınmazın hâlihazır maliki tarafından kullanılabilir. Dolayısıyla zaruret içerisindeki taşınmazı devralan kişinin talep hakkının sahibi olması için ayrıca bir hukukî işleme gerek yoktur. Bu sebeple talep hakkı, eşyaya bağlı haklar kategorisinde yer alır¹¹³. Bu talep hakkı, aynı niteliğe sahip değildir, şahsi nitelik

¹⁰⁹**Liver**, Einleitung, N.96; **Meier-Hayoz**, Grundeigentum II, Art 680, N.55.

¹¹⁰**Liver**, Einleitung, N.104; **Bürgisser**, s.423; **Özsunay**, s.89 dn.8; **Şahiniz**, s.83–84, dn.350; **Ayan**, Mülkiyet, s.267; **Abik**, s.86; Y.HGK. 1.6.1983 T. 1980/14–2803 E. 1983/601 K. YKD. 1983/12, s.1736–1738.

¹¹¹**Liver**, Einleitung, N.96; **Meier-Hayoz**, Systematischer Teil, N.194, Art 674 N.56, 60, 63.

¹¹²**Serozan**, s.371; **Özmen**, s.57; **Özakman**, s.165,166; **Şahiniz**, s.130; **Ayan**, s.263, s.267; Y.14.HD. 11.12.2000 T. 2000/7893 E, 2000/8356; Y.14.HD. 6.12.2001 T. 2001/7992 E. 2001/8502 K. **Surlu/Öztürk**, Mecra Hakkı, s.53; Y.14.HD. 6.11.2012 T. 2012/11209 E, 2013/12836 K. **Surlu/Öztürk**, Geçit Hakkı, 2013, s.37.

¹¹³**Liver**, SPR V/1 s.21, 198; Einleitung, N.148, 157; **Meier-Hayoz**, Art 674 N.22, 56 Art 691 N.6; **Rey**, Systematischer Teil, N.92vd; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.581; **Erel**, s.60–61.

taşır¹¹⁴. Zira talep, komşu taşınmazın o andaki malikine karşı ileri sürülebilir, herkese karşı etkili değildir. Talep, yasal koşullara göre belirlenen komşu malike karşı ileri sürebilir.

İrtifak hakkı görüşünü savunan yazarlar arasında, talep hakkının, yenilik doğuran bir hak mı yoksa kanunî bir talep hakkı mı olduğu tartışmalıdır. Aslında, taşınmaz mülkiyeti kısıtlamaları alanında talep hakkı-yenilik doğuran hak tartışması ilk olarak *Von Tuhr* tarafından işçi ve müteahhitlerin yasal ipotek hakkı (TMK m.893/III-ZGB Art 837) ile ilgili olarak başlatılmıştır¹¹⁵. Daha sonra söz konusu tartışma, zorunlu irtifakların kuruluşunda da kendisini göstermiştir. Bir görüşe göre, herhangi bir zorunlu irtifakın kurulmasına ilişkin talep hakkı, hukukî niteliği

Doktrinde, “eşyaya bağlı borç” terimi borç ilişkisindeki hem aktif tarafı hem de pasif tarafı kapsayan biçimde kullanılmaktadır. **Liver**, Einleitung, N. 148; **Meier-Hayoz**, Systematischer Teil, N.159; **Neuenschwander**, s.118 vd; **Jost**, s.45, 95.

¹¹⁴**Liver**, Einleitung, N.148; **Guhl**, s.121,122–145,146; **Akman**, s.270; **Tekinay**, s.612, dn.23; **Caroni/Rudolf**, s.79; **Serozan**, s.19; **Şahiniz**, s.48.

¹¹⁵**Von Tuhr**, § 3 II 1, s.23, dn.7. *Von Tuhr*'a göre burada bir talep hakkı bulunmamaktadır. Zira alacaklı rehin hakkının kurulmasını borçludan talep etmek zorunda değildir ve alacaklı borçlunun katılımı olmaksızın rehin hakkını meydan getirebilir. Bu sebeple burada alacaklının sahip olduğu yetki kurucu yenilik doğuran haklardandır. **Von Tuhr** I/1, § 3 II 1, s.23, dn.7. Doktrinde *Guhl*de bu görüşe katılmaktadır. **Guhl**, s.151, 155. Buna karşılık farklı görüşe göre inşaat alacaklısı hiçbir zaman taşınmaz malikinin katılımı olmadan rehin hakkının tescilini gerçekleştiremez. Bu sebeple ZGB Art 837'de TMK 893/3'de kurucu yenilik doğuran bir hak değil bir talep hakkı yer almaktadır. **Liver** ZBJV 98, s.223; **Tekinay** İnşaatçı İpoteginin Mahiyeti MHAD 1969, s.134.

itibariyle yenilik doğuran bir haktır¹¹⁶. Zira talebin ileri sürülmesi üzerine, zorunlu irtifakı kurma borcu, kendisine talep ileri sürülen komşu malikin kabulüne bağlı olmaksızın meydana gelmektedir. Dolayısıyla bu görüşe göre, zaruret içerisindeki malik, talep hakkını kullanarak yalnızca bir irade açıklaması ile komşu malikin hukuk alanında sonuçlar meydana getirdiği için talep yetkisinin yenilik doğuran hak olarak kabul edilmesi gerekir. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre zorunlu irtifak haklarının kurulmasına yönelik talep yetkisi, hukukî niteliği itibariyle kanunî bir talep hakkıdır¹¹⁷. Burada, yalnızca, “bir başkasından bir şeyi yapmasını veya yapmamasını isteme hakkı” biçiminde tanımlanan¹¹⁸ talep hakkı yer almaktadır. Zira burada yer alan talep hakkı, yenilik doğuran hakların karakteristik özelliklerini taşımamaktadır. Yenilik doğuran hakların var olduğu durumlarda, hak sahibi, tek taraflı irade beyanı ile hukuk dünyasında bir değişiklik doğurma imkânına sahiptir. Oysa zaruret içerisindeki malik, talebini ilerî sürdürdüğünde hukuk dünyasında bir değişiklik meydana gelmez. Zira talebin ileri sürülmesi ile ortaya çıkan; resmi sözleşmenin kurulması için gerekli irade açıklamasında ve tescil talebinde bulunma yükümlülükleri, komşu malikin hukuk alanında meydana gelen değişiklikler olarak kabul edilemez¹¹⁹. Talep hakkı, yenilik doğuran bir hak olsaydı talebin ileri

¹¹⁶**Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.547; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s.661.664.665; **Şahiniz**, s.55; **Erel**, s.44, 125; **Özakman**, s.161 vd; **Tekinay**,Eşya Hukuku 3.Bası s. 607, 608, 611, 612; **Ertaş**, s.346, N.1706, s.372, N.1856; **Özmen**, s.75; **Yazman**, s.157–158; **Önen**, s.21.

¹¹⁷**Liver**, *Ius et Lex*, s.752, Einleitung, s.87; **Meier-Hayoz**, Systematischer Teil, N.194; **Jost**, s.133; **Neuenschwander**, s.378; **Caroni/Rudolf**, s.19, 79 vd; **Brücker**,s.12 vd; **Özsunay**, s.165, 181; **Köprülü/Kaneti**, s.32, 47; **Akman**,s.182; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s.696.

¹¹⁸ BGB § 194.

¹¹⁹ **Akman**, s.182.

sürülmesi ile yararlanma hakkı kurulabilecekti. Oysa kanun koyucu, zaruret içerisindeki malike tek başına bir yararlanma hakkı kurma imkânı tanımamıştır. Zira kanun koyucu, zorunlu irtifakları düzenlerken, zaruret içerisindeki kişi ile komşu malikin karşılıklı görüşmeler sonucunda zorunlu irtifakı kurmalarını öngörmüştür¹²⁰. Bu sebeple talebin ileri sürüldükten sonraki aşamada, hukuk dünyasında meydana gelmiş bir değişiklik bulunmadığı için talep hakkı yenilik doğuran bir hak olarak nitelendirilemez. Söz konusu borç ilişkisinin, talep ileri sürülür sürülmez doğması, talep hakkının yenilik doğuran bir hak olarak kabul edilmesini gerektirmez. Zira diğer kanunî talep hakları gibi burada yer alan talep hakkı da söz konusu sonucu doğurmaya elverişlidir¹²¹. Söz konusu borç ilişkisinin doğumu için komşu malikin rızasına gerek bulunmaması da talep hakkının yenilik doğuran bir hak olarak nitelendirilmesi için yeterli bir gerekçe olamaz. Zira tipik bir kanunî talep hakkı söz konusu sonucu oluşturmaya yeterlidir¹²².

Kendisine talep yöneltilen komşu malik zaruret hakkının kurulması için gerekli irade açıklamalarında bulunmakla yükümlüdür. Komşu malik, irtifak sözleşmesinin kurulması için gerekli irade açıklamasında bulunmalı, kural olarak tescil talep etmelidir. Zaruret hakları birer irtifak hakkı olduğu için kural olarak tescil ile (Geltungsbereich des absoluten Eintragungsprinzips) kurulur. Zorunlu mecra hakkının ise “tescil ile kurulma” ilkesine tâbi olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre zorunlu mecra hakkı da kural olarak tescil ile kurulma ilkesine

¹²⁰Caroni-Rudolf, s.80

¹²¹Akman, s.183.

¹²²Akman, s.183.

tâbidir¹²³. Açıkta geçen mecraya ilişkin zorunlu mecra hakkı ise bu kuralın istisnasıdır¹²⁴. Buna karşılık bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre zorunlu mecra hakkı “tescil ile kurulma ilkesine” tâbi değildir¹²⁵. Zira gerek İMK’nda gerekse TMK’nda yer alan zorunlu mecra hakkı ile ilgili düzenlemelerin kaleme alınış biçiminden bu sonuca ulaşılmaktadır (ZGB Art 691/III TMK m.744/III). Zorunlu mecra hakkının, “tescil ile kurulma” ilkesine tâbi tutulmamış olması bir görüşe göre yasa koyucunun yaptığı bir yanlışlıktır¹²⁶. Farklı bir görüşe göre ise burada yasa koyucunun yaptığı bir yanlışlık yoktur¹²⁷. Zira zorunlu mecra hakkının kuruluşunda tescil ilkesine istisna getirilmesinin iki temel sebebi vardır. Bunlardan biri zorunlu mecra hakkının diğer zaruret haklarına göre daha az şiddetli olmasıdır. Diğer sebep ise durumun değişmesi sonucu mecraya ilişkin tesisatların yerinin değiştirilmesinin mümkün olmasıdır.

Taraflar, zorunlu irtifakın kurulması konusunda uyuşamayabilirler veya uyuşmalarına rağmen yükümlü malik gerekli edim yükümlülüklerini yerine getirmeyebilir. Bu durumda zaruret içerisindeki malik dava yoluna başvurur. Bu

¹²³Neuenschwander, s.402–403; Hatemi/Serozan/Arpacı, s.661 vd. 663, 664.

¹²⁴Neuenschwander, s.402–403; Hatemi/Serozan/Arpacı, s.661 vd. 663, 664.

¹²⁵Liver Einleitung N.92 Art 731 N.14 Art 734 N.173 Ius et Lex s.764 f; Meier Hayoz Art 691 N.62 Art 676 N.28; Rey Art 731 N.122.Brücker, s.121;BGE 78 II 137;Özsunay, s.172; Yazman, s.161; Akman, s.223; Gürsoy/Eren/Cansel, s.608, 610, 611; Erel, s.44–45; Ulsan, s.134, 137; Şahiniz, s.104. Serozan, s.370;Tekinay, s.447; Özsunay,s.166, 195; Akman, s.173, 223; Erel, s.44–45; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 596, 608, s.610, s.611.Saymen/Elbir, s.349;

¹²⁶Liver Einleitung N.92 Art 731 N.14 Art 734 N.173 Festgabe Gutzwiller s.764f; Meier-Hayoz Art 691 N.68 Art 676 N.28; Rey Art 731 N.122.

¹²⁷Huber,E: Zum Schweizerischen Sachenrecht Drei Vortraege mit Anmerkung Bern 1914. s.65.

dava sonucunda mahkemenin verdiği yenilik doğuran karar ile zorunlu irtifak kurulur. Zorunlu irtifakların zamanaşımı yolu ile kurulması ise mümkün deđildir¹²⁸.

Zorunlu irtifaklar, yükümlü taşınmaz üzerinde bulunan, sınırlı aynî ve şerh edilmiş şahsi haklar ile sıra ilişkisine tâbi olur. Zorunlu irtifaklar bu sıra ilişkisine birer sınırlı aynî hak olmaları sebebiyle girer. Fakat zorunlu irtifak sahibi, yükümlü taşınmaz üzerinde, hakkının, en ön sırada yer almasını talep edebilir. Talep, taşınmazda ön sırada yer alan sınırlı ayni ve şerh edilmiş şahsi hakların sahiplerine karşı yöneltilir¹²⁹. Bu talep üzerine söz konusu hak sahipleri, zorunlu irtifakın en ön sırada yer almasına izin vermekle yükümlü olur. Kendisine talep yöneltilen hak sahibi hem ilerleme sözleşmesine taraf olmakla hem de tasarruf işlemini yapmakla yükümlüdür. Bu işlemlerin sonucunda zorunlu irtifak söz konusu haklardan öne geçmiş olur. Zorunlu irtifak sahibi, hakkının öne geçmesi karşılığında, geride kalan hak sahiplerine bedel ödemekle yükümlüdür.

İrtifak hakkı görüşünü savunan yazarlar arasında, talep yetkisinin, yenilik doğuran bir hak mı yoksa kanunî bir talep hakkı mı olduğu tartışmalıdır. Aslında, taşınmaz mülkiyeti kısıtlamaları alanında talep hakkı-yenilik doğuran hak tartışması ilk olarak *Von Tuhr* tarafından işçi ve müteaahitlerin yasal ipotek hakkı (TMK 893/3-

¹²⁸**Düzceer**, A.R: Kazandırıcı Zamanaşımıyla Taşınmaz İktisabı Ankara 1994,s.620.

¹²⁹**Liver** Einleitung N.102 vd SPR V/1 s.262 dn.18 s.263; **Meier-Hayoz** Art 674 N.56, N.58, N.75 Art 691 N.34 N.45 N.65; **Rey** Systematischer Teil N.265 N.243.

ZGB Art 837) ile ilgili olarak başlatılmıştır¹³⁰. Daha sonra söz konusu tartışma, zorunlu irtifakların kuruluşunda da kendisini göstermiştir.

Doktrinde yer alan bir görüşe göre, herhangi bir zorunlu irtifakın kurulmasına ilişkin talep yetkisi, hukukî niteliği itibariyle yenilik doğuran bir haktır¹³¹. Zira talebin ileri sürülmesi üzerine, zorunlu irtifakı kurma borcu, kendisine talep ileri sürülen komşu malikin kabulüne bağlı olmaksızın meydana gelmektedir. Dolayısıyla bu görüşe göre, zaruret içerisindeki malik, talep yetkisini kullanarak yalnızca bir irade açıklaması ile komşu malikin hukuk alanında sonuçlar meydana getirdiği için talep yetkisinin yenilik doğuran hak olarak kabul edilmesi gerekir.

¹³⁰**Von Tuhr**, Peter: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts I/1, § 3 II 1, s.23, dn.7. **Von Tuhr**'a göre burada bir talep hakkı bulunmamaktadır. Zira alacaklı rehin hakkının kurulmasını borçludan talep etmek zorunda değildir ve alacaklı borçlunun katılımı olmaksızın rehin hakkını meydana getirebilir. Bu sebeple burada alacaklının sahip olduğu yetki kurucu yenilik doğuran haklardandır. **Von Tuhr** I/1, § 3 II 1, s.23, dn.7. Doktrinde **Guhl** de bu görüşe katılmaktadır. **Guhl**, s.151, 155. Buna karşılık farklı görüşe göre inşaat alacaklısı hiçbir zaman taşınmaz malikinin katılımı olmadan rehin hakkının tescilini gerçekleştiremez. Bu sebeple ZGB Art 837'de TMK 893/3'de kurucu yenilik doğuran bir hak değil bir talep hakkı yer almaktadır. **Liver** ZBJV 98, s.223; **Tekinay** İnşaatçı İpoteğinin Mahiyeti MHAD 1969, s.134.

¹³¹**Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**,s.547; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s.661,664,665; **Şahiniz**, s.55; **Erel**, s.44, 125; **Özakman**, s.161 vd; **Tekinay**,Eşya Hukuku 3.Bası s. 607, 608, 611, 612; **Ertaş**, s.346, N.1706, s.372, N.1856; **Özmen**, s.75; **Yazman**, s.157–158; **Önen**, s.21.

Doktrinde yer alan diğerk görüşe göre zorunlu irtifak haklarının kurulmasına yönelik talep yetkisi, hukukî niteliği itibariyle kanunî bir talep hakkıdır¹³². Dolayısıyla bu görüşe göre, burada, yalnızca, “bir başkasından bir şeyi yapmasını veya yapmamasını isteme hakkı” biçiminde tanımlanan¹³³ talep hakkı yer almaktadır. Zira burada yer alan talep hakkı, yenilik doğuran hakların karakteristik özelliklerini taşımamaktadır. İlk olarak yenilik doğuran hakların var olduğu durumlarda, hak sahibi, tek taraflı irade beyanı ile hukuk dünyasında bir değişiklik doğurma imkânına sahiptir. Oysa kanunî talep hakkının savunan yazarlara göre zaruret içerisindeki malik, talebini ileri sürdüğünde hukuk dünyasında bir değişiklik meydana gelmez. Zira talebin ileri sürülmesi ile ortaya çıkan, resmi sözleşmenin kurulması için gerekli irade açıklamasında ve tescil talebinde bulunma yükümlülükleri, bu görüşe göre komşu malikin hukuk alanında meydana gelen değişiklikler olarak kabul edilemez¹³⁴. Kanunî talep hakkı görüşünü savunan yazarlara göre talep hakkı, yenilik doğuran bir hak olsaydı talebin ileri sürülmesi ile yararlanma hakkı kurulabilecekti. Oysa bu görüşe göre kanun koyucu, zaruret içerisindeki malike tek başına bir yararlanma hakkı kurma imkânı tanımamıştır. Zira bu görüşe göre, kanun koyucu, zorunlu irtifakları düzenlerken, zaruret içerisindeki kişi ile komşu malikin karşılıklı görüşmeler sonucunda zorunlu irtifakı kurmalarını öngörmüştür¹³⁵. Bu sebeple talebin ileri sürüldükten sonraki aşamada, hukuk dünyasında meydana gelmiş bir

¹³²**Liver** Ius et Lex, s.752, Einleitung, s.87; **Meier-Hayoz**, Systematischer Teil, N.194; **Jost**, s.133; **Neuenschwander**, s.378; **Caroni/Rudolf**, s.19, 79 vd; **Brücker**,s.12 vd; **Özsunay**, s.165, 181; **Köprülü/Kaneti**, s.32, 47; **Akman**,s.182; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s.696; **Kırca**,s.75 vd.

¹³³ BGB § 194.

¹³⁴ **Akman**, s.182.

¹³⁵ **Caroni-Rudolf**, s.80

değişiklik bulunmadığı için talep hakkı yenilik doğuran bir hak olarak nitelendirilemez. İkinci olarak borç ilişkisinin, talep ileri sürülür sürülmez doğması, bu görüşe göre talep hakkının yenilik doğuran bir hak olarak kabul edilmesini gerektirmez. Zira diğer kanunî talep hakları gibi burada yer alan talep hakkı da bu görüşe göre söz konusu sonuca doğurmaya elverişlidir¹³⁶. Üçüncü olarak borç ilişkisinin doğumu için komşu malikin rızasına gerek bulunmaması da bu görüşe göre talep hakkının yenilik doğuran bir hak olarak nitelendirilmesi için yeterli bir gerekçe olamaz. Zira tipik bir kanunî talep hakkı bu görüşe göre söz konusu sonuca da oluşturmaya yeterlidir¹³⁷.

¹³⁶ Akman, s.183.

¹³⁷ Akman, s.183.

İKİNCİ BÖLÜM

§ 2. ZORUNLU İRTİFAKLARIN KURULMASI İÇİN ARANAN GENEL ŞARTLAR

I. ZARURET DURUMUNDA OLMA

Zaruret durumları, kanunda sınırlı sayı ilkesine göre belirlenmiştir. Bunlar dört adettir. Bunlar: geçit; mecra; su; taşkın yapı; zarureti olarak sıralanabilir. Geçit; mecra; su; zarureti sebebiyle taşınmazdan, rasyonel ve usulüne uygun yararlanma mümkün olmaz. Taşkın yapı zarureti sebebiyle taşınmazın; tamamen veya kısmen kullanılması engellenebilir; yıkılma ihtimali ortaya çıkar. Zorunlu irtifakların kurulması için zaruret durumlarının ortaya çıkması gerekir¹³⁸. Ortada bir zaruret durumu yoksa bir zorunlu irtifak kurulamaz. Farklı bir görüşe göre zorunlu mecra irtifakının kurulması için bir mecra zaruretinin bulunması şart değildir¹³⁹. Bu görüş kanaatimizce isabetli olmadığı için biz de hâkim görüşe katılıyoruz¹⁴⁰. Her mecra ihtiyacı için zorunlu mecra irtifakının kurulmasına imkân tanımak komşu malikin mülkiyet hakkının aşırı sınırlandırılmasına sebep olur. Böyle bir sınırlandırma;

¹³⁸**Liver** SPR V/1 s.260; **Meier-Hayoz** Art 691 N.39; **Neuenschwander**, s.436; **Caroni-Rudolf**, s.56–58; **Brücker**, s.51; **Özsunay**, s.36; **Şahiniz**, s.13.

¹³⁹ **Brugmann**,s.45,46;**Romer**, s.79; **Leemann** Art 691 N.23; **Haab** Art 691–693 N.4;**Bertan**, C.I, N.10 s.849; **Tandoğan**, s.628. Bununla birlikte olması gereken hukuk bakımından zaruret koşulunun getirilmesigerektiği ifade edilmiştir. **Tandoğan**, s.628.

¹⁴⁰**Meier-Hayoz** Art 691 N.39; **Saymen/Elbir**, s.384. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.569,575,581; **Özakman**, s.168; **İmre**, s.109, dn. 1a, s.128; **Ertaş**,s.344; **Gürsoy/Eren/Cansel**,s.606; **Tekinay**,Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri s.88; **Şahiniz**, s.19,20; **Ayan** Mülkiyet, s.256; **Ulusan**, s.136; **Özsunay**, s.193 vd.

komşu malikin mülkiyetinin özünü zedeler; zorunlu mecra irtifakına ilişkin düzenlemelerin amacıyla bağdaşmaz.

A. TAŞINMAZDAN GEREĞİ GİBİ YARARLANILAMAMASI

Zorunlu irtifakın kurulabilmesi için taşınmaz malikin, zaruret sebebiyle taşınmazından gereği gibi yararlanamıyor olması gerekir. Bir kavram olarak “gereği gibi yararlanma” (ordnungsmaessige Benutzung) kavramı, Alman Hukukunda geliştirilmiştir. Nitekim bu kavrama, BGB’de, zorunlu geçidi düzenleyen maddede yer verilmiştir(BGB § 917/1). Gereği gibi yararlanma: bir taşınmazın niteliğine, konumuna, büyüklüğüne, işletildiği alana ve işletme yöntemlerine göre o taşınmazdan en elverişli biçimde yararlanılması olarak tanımlanmıştır¹⁴¹. Alman hukukunda geliştirilen “gereği gibi yararlanma” kavramı, İsviçre hukukunda da kabul edilmiş ve doktrin ve uygulama tarafından kullanılan bir kavram (bestimmungsgemassen Nutzung) olmuştur¹⁴². Ayrıca İsviçre hukukunda, “taşınmazdan rasyonel yararlanma” kavramı da kullanılmıştır¹⁴³. Bununla birlikte “rasyonel yararlanma” kavramına “gereği gibi yararlanma” kavramından farklı bir anlam yüklenmemiştir.

Taşınmazdan gereği gibi yararlanma: ilgilinin, taşınmazdan, gerçek kişisel ihtiyaçlarını gidermek ya da gerçek ekonomik ihtiyaçlarını gidermek için

¹⁴¹Staudinger/Seufert § 917 Bem.29.

¹⁴²Liver SPR V/1 s.260; Meier-Hayoz Art 691 N.39; Neuenschwander, s.436; Caroni-Rudolf, s.56–58 BGE 110 II 126 107 II 328 93 II 168f.

¹⁴³Baumgartner § 3 II 2 f.

yararlanmasıdır¹⁴⁴. Dolayısıyla gerçek kişisel veya ekonomik ihtiyaçlar tamamen veya kısmen giderilemiyor ise gereği gibi yararlanamama hali ortaya çıkar¹⁴⁵.

Gereği gibi yararlanma, söz konusu taşınmazdan o güne kadarki yararlanmanın kapsamı ile sınırlı değildir. Dolayısıyla mevcut yararlanmanın kapsamının genişletilmesi ve yeni bir yararlanma şekline geçilmesi de koşulları sağlıyorsa gereği gibi yararlanma olarak kabul edilebilir¹⁴⁶. Ayrıca gelecekteki yararlanma biçimi de sırf bir proje değil ise somut (konkret greifbar) bir içeriğe sahip ve öngörülebilir (absehbarer) bir zaman içinde yararlanma başlayacak ise gereği gibi yararlanma olarak kabul edilir¹⁴⁷.

Bir kavram olarak “gereği gibi yararlanma” kavramının geniş yorumlanması gerekir. Zorunlu irtifakın konusu olan yararlanma hakkının mümkün olduğu kadar zarureti giderecek ölçüde belirlenmesi gerekir. Fakat yararlanma hakkının kapsamı, komşuların menfaat dengelerini bozacak kadar geniş olarak belirlenemez. Dolayısıyla orantılılık ilkesi, yararlanma hakkının kapsamının belirlenmesinde de etkili olur¹⁴⁸. Bu esas yalnızca zorunlu geçit bakımından hükme bağlanmıştır(TMK 747/3)¹⁴⁹. Orantılılık ilkesi taşınmazda yararlanma biçiminde değişiklik yapılmasını

¹⁴⁴Özakman, s.169.

¹⁴⁵Wieland Art 694 Bem 1; Liver Ius et Lex s.751 vd; Neuenschwander, s.375.

¹⁴⁶Brücker, s.57.

¹⁴⁷Brücker, s.57.

¹⁴⁸Brücker, s.56.

¹⁴⁹ TMK 747/3'e göre zorunlu geçit iki tarafın menfaati gözetilerek belirlenir.

gerektirebilir¹⁵⁰. Yararlanma biçiminde değişiklik yapılmasının gerekli olduğundan söz edebilmek için değişiklik sonucu yükümlü taşınmazın daha az bir külfet yükleneceğinin kabul edilmesi gerekir¹⁵¹. Örneğin müstakil tatil evlerinin zemindeki diziliş planının yeniden gruplandırılması, yüklü taşınmazların daha az bir yük yüklenmesine neden olabilir¹⁵². İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında yararlanan taşınmaz ile yüklü taşınmaz arasındaki menfaatlerin tartılması sonucu planlanan yararlanma biçiminde değişiklik yapılmasına karar vermiştir¹⁵³. Orantılılık ilkesi uyarınca zaruret içerisindeki taşınmazın elde ettiği yararların komşu taşınmaza yüklenen yük ile orantılı (uygun) olması gelir¹⁵⁴. Taşınmazdan gereği gibi yararlanmadan söz edebilmek için planlanan yararlanmanın kamu hukuku kurallarına göre mümkün olması gerekir.

1. Planlanan Yararlanmanın Kamu Hukuku Kurallarına Göre Mümkün Olması

Zorunlu irtifaklar yukarıda belirtildiği üzere birer özel hukuk kısıtlamasıdır. Dolayısıyla zorunlu irtifakların kurulması için gerekli koşullar kural olarak özel hukuk hükümlerine ve özellikle TMK/ZGB hükümlerine göre belirlenir¹⁵⁵. Bununla birlikte kamu hukuku kuralları da zorunlu irtifakın kurulmasında belirleyici

¹⁵⁰Brücker, s.72.

¹⁵¹Brücker, s.72

¹⁵²Brücker,s.72.

¹⁵³ BGE 85 II 398 vd.

¹⁵⁴Brücker, s.70.

¹⁵⁵ BGE 110 II 19 E.2a.

olmaktadır. Zira teknolojinin ve sanayinin gelişmesi, nüfusun ve şehirlere göçün artışı vb. sebeplerle mülkiyet üzerindeki kamu hukuku kısıtlamaları günümüzde büyük artış göstermiştir. Dolayısıyla diğer koşullar gerçekleşmiş olsa bile kamu hukuku kuralları (öffentlich-rechtlichen Kriterien) zorunlu irtifakların kurulmasına engel olabilir¹⁵⁶. Söz konusu engel özellikle planlanan yararlanma biçiminde kendini gösterir. Dolayısıyla planlanan yararlanma biçimi kamu hukuku kurallarına göre mümkün değilse usulüne uygun bir yararlanmadan söz edilemez¹⁵⁷. Örneğin belirli bir bölgede araba ile dolaşmak idarî bir karar ile yasaklanmışsa o bölgede yer alan bir taşınmaz bakımından zorunlu geçit talep edilemez¹⁵⁸. Planlanan yararlanma, oluşturacağı çevre kirliliğinin yoğunluğu sebebiyle yasaklanmış ise yine usulüne uygun bir yararlanmadan söz edilemez. Eğer zorunlu irtifakın kurulması ile ilgili bir dava açılmışsa hâkimin incelemesi gereken öncelikli konulardan biri (vorfrageweise) söz konusu koşuldur yani planlanan yararlanma biçiminin kamu hukuku kurallarına göre mümkün olup olmadığıdır¹⁵⁹.

2. Gerçek Kişisel İhtiyaçlar

Kişisel ihtiyaçlar, ilgilinin, kazanç sağlama gayesi dışında, taşınmazdan yararlanmasını gerektiren ihtiyaçlardır¹⁶⁰. Bu ihtiyaçların en ön sırasında, taşınmazın

¹⁵⁶Brücker, s.52.

¹⁵⁷ BGE 110 II 25; Brücker, s.52.

¹⁵⁸ Bundesgericht unpublizierter Entscheid vom 28. November 1985 (Brücker, s.52'den naklen).

¹⁵⁹Brücker, s.52–53.

¹⁶⁰ Doktrinde Şahiniz, “kişisel ihtiyaç” kavramını farklı anlamlandırmaktadır. Yazara göre kişisel ihtiyaçlar zaruret oluşturmaz. Fakat bu yazar bir taşınmazın ikametgâh olarak kullanılmasını bile ekonomik bir yararlanma olarak değerlendirmektedir. Şahiniz, s.22 Kanaatimizce bu yaklaşım doğru

ev (ikâmetgah) olarak kullanılması ihtiyacı yer alır. Dolayısıyla bir taşınmazın ev olarak kullanılabilmesi için gerekli olan geçidin, mecranın ve suyun, yoksunluğu veya yetersizliği zarureti ortaya çıkarır¹⁶¹. Nitekim taşınmazın ikâmetgah olarak kullanılması için gerekli suyun yokluğu sebebiyle su zarureti doğacağı “..... evi için gerekli sudan yoksun olup.....” biçimindeki ifade ile TMK m.761/1’de belirtilmiştir. Diğer kişisel ihtiyaçlar da zaruretin ortaya çıkmasına sebep olabilir. Örneğin taşınmazını kazanç sağlama gayesi gütmeksizin sanatsal faaliyetler için kullanmak isteyen bir kişi genel yola ulaşmak için yeterli bir geçide sahip değil ise geçit zarureti bulunmaktadır. Buna karşılık sırf kişisel rahatlığı sağlama gayesine yönelik ihtiyaçlar (personlichen Wünschen-Beguemlichkeiten) gerçek kişisel ihtiyaçlar olarak kabul edilemez. Dolayısıyla bu tür ihtiyaçlar zaruret oluşturmaz¹⁶². Gerçek kişisel ihtiyaçlar, zaruret içerisindeki malikin beklentilerinden ziyade genel kabul gören (objektiven Grundsätzen) kişisel ihtiyaçlara göre belirlenir¹⁶³.

3. Gerçek Ekonomik İhtiyaçlar

Her ekonomik ihtiyaç (wirtschaftlichen Bedürfnisse) zaruret durumu oluşturmaz dolayısıyla zorunlu irtifakın kurulmasını gerektirmez. İlgilinin, aşırı olmayan kazançları sağlama gayesi ile taşınmazdan yararlanmasını gerektiren ihtiyaçlar gerçek ekonomik ihtiyaçlardır. Bu sebeple taşınmazdan yararlanılıyor olsa

değildir. Zira bir taşınmazın ikametgâh olarak kullanılmasını alternatif bir maliyeti olsa da ekonomik değil fakat kişisel bir ihtiyacın giderilmesinden ibarettir.

¹⁶¹**Baumgartner**§ 12 I 1 a; **Waldis**, s.246; **İmre**, s.112; **Şahiniz**,s.22.

¹⁶²**Wieland** Art 694 Bem 3 b; **Leemann** Art 694 N.16; **Haab** Art 694/696 N.17; **Brücker**, s.54; **Özsunay**, s.55.

¹⁶³**Brücker**,s.53.

bile kanunda belirtilen şeylerin yetersizliği veya yoksunluğu sebebiyle gerçek ekonomik ihtiyaçlar karşılanamıyorsa zaruret durumu bulunmaktadır¹⁶⁴. Dolayısıyla aşırı kazanç sağlamaya gayesine yönelen ekonomik ihtiyaçlar zaruret oluşturmaz¹⁶⁵. Gerçek ekonomik ihtiyaçlar zaruret içerisindeki malikin beklentilerinden ziyade genel kabul gören (objektiven Grundsätzen) ekonomik ihtiyaçlara göre belirlenir¹⁶⁶.

Taşınmazın büro olarak kullanılması gerçek ekonomik ihtiyaçları doğurabilir. Taşınmazın pazarlama alanında kullanılması da gerçek ekonomik ihtiyaçları ortaya çıkarabilir. Taşınmazın teknik ve sınaî alanda işletilmesi, gerçek ekonomik ihtiyaçlara sebebiyet verebilir¹⁶⁷. Dolayısıyla teknik ve sınaî alanda işletilen taşınmazlar bakımından zaruret meydana gelebilir. Örneğin bir fabrikanın kurduğu arıtma tesislerine gereken su nedeniyle bir zorunluluk durumu doğmuş olabilir¹⁶⁸. Fakat doktrinde yer alan bir görüşe göre, zorunlu su irtifakı, teknik ve sınaî ihtiyaçların karşılanması için kurulamaz¹⁶⁹. Taşınmazın tarımsal alanda işletilmesi gayesi de gerçek ekonomik ihtiyaçları doğurabilir. Dolayısıyla tarımsal alanda işletilen taşınmazlar bakımından da zaruret durumu meydana gelebilir¹⁷⁰. Örneğin

¹⁶⁴ BGE 107 II 328; 105 II 181; **Şahiniz**, s.22.

¹⁶⁵ **Wieland** Art 694 Bem 3 b; **Leemann** Art 694 N.16; **Haab** Art 694/696 N.17; **Özsunay**, s.55.

¹⁶⁶ **Brücker**, s.53.

¹⁶⁷ **Wieland** Art 694 Bem 3b.

¹⁶⁸ Y.14.HD.17.11.2003 T. 2003/529 E. 2003/8128 K. **Surlu/Öztürk** (Mecra Hakkı), s.252.

¹⁶⁹ **Yazman**, s.148; **İmre**, s.112; **Özsunay** Ergun: Türk Hukukunda Zaruri Su Hakkı (MK m.683) Su Kaynaklarının Kullanılması Hakkında Kanun Tasarısı ile İlgili Bilimsel Hafta Ankara 1972 s.215 vd. 218 (kısaltılışı: **Özsunay**, Zarurî Su Hakkı); **Şahiniz**, s.17.

¹⁷⁰ **Baumgartner**§ 12 I 1 a; **Waldis**, s.246; **İmre**, s.112.

seracılık faaliyeti sürdürülen bir taşınmazda, serayı ısıtan buharın taşınmaza getirilmesi sağlayan mecra zarurî mecra olarak kabul edilir¹⁷¹. Nitekim taşınmazın tarımsal alanda işletilmesi için gerekli suyun bulunmamasının su zarureti doğurabileceği “..... arazisi için gerekli sudan yoksun olup.....” biçimindeki ifade ile TMK m.761/1’de belirtilmiştir. Taşınmazın ile sosyal, kültürel veya sportif alanda işletilmesi de gerçek ekonomik ihtiyaçlar oluşturabilir. Dolayısıyla sosyal, kültürel veya sportif alanda işletilen taşınmazlar bakımından da zaruret meydana gelebilir. Örneğin spor faaliyetleri için inşa edilen yüzme havuzuna su sağlamak için gereken mecradan yoksun olan kuruluşun mecra zarureti içerisinde olduğu kabul edilebilir¹⁷². Taşınmazın sağlık alanında işletilmesi de gerçek ekonomik ihtiyaçları meydana getirebilir. Dolayısıyla sağlık alanında işletilen taşınmazlar bakımından da zaruret meydana gelebilir.

B. BİR ZARURETİN BULUNMASI

1. Zaruret Halleri

a. Geçit Zarureti

Geçit zarureti, bir taşınmazdan genel yola çıkmak için yeterli bir geçidin bulunmamasıdır (TMK m.747/I). Dolayısıyla geçit zarureti, genel yol ile yeterli bağlantısı bulunmayan taşınmazlar bakımından ortaya çıkar. Bu sebeple

¹⁷¹Özakman, s.170.

¹⁷²Özakman, s.169.

taşınmazdan; harman yerine, nehir kıyısına, fiili yola¹⁷³ ve benzeri genel yol olmayan başka bir yere çıkılamıyor olması, geçit zaruretine sebep olmaz¹⁷⁴. Genel yollar, bir kamu hizmeti olan ulaşımı sağlayan ve özel mülkiyet konusu olmayan yerlerdir. Bir yer, bir idarî işlem¹⁷⁵ ile kamuya tahsis edilerek genel yol haline getirilebilir. Bununla birlikte, bir yer, bir idarî işlem olmadan kadimden beri insanlar tarafından yol olarak kullanıldığından dolayı da genel yol kabul edilebilir¹⁷⁶. Demir yolu ve su yolu ise genel yol olarak kabul edilemez¹⁷⁷.

Geçit zarureti, mutlak veya nisbi olarak, ortaya çıkar. Taşınmazı, genel yola bağlayan bir geçit yoksa mutlak geçit zarureti vardır. Hukuk sisteminin gelişmiş olduğu ülkelerde; parsellerin, genel yola bağlanmasına son derece dikkat

¹⁷³ Y.14.HD.15.1.2004.E.2003/8999 K.2004/196. Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası. Erişim tarihi 20.10.2014. Başkasının mülkiyetinde olmasına rağmen insanlar tarafından ulaşım için kullanılan bir yer filli yoldur.

¹⁷⁴ **Bertan**, Ayni Haklar, C.I, N.10, s.862.

¹⁷⁵ **Özsunay**, s.35.

¹⁷⁶ **Wieland**, Art 694 Bem 2; **Haab**, Art 694/696 N.4. Ülkemizde Devlet Su İşleri Kurumu tarafından açılan vemülkiyeti DSİ'ne ait olan sulama kanallarının servis yolları genellikle etrafındaki taşınmaz malikleri tarafından kullanılmaktadır. Taşınmaz maliklerinin bu kullanımına idare itiraz etmemekte aksine bunun mümkün olduğunu bildirmektedir. Bu nedenle DSİ'nin söz konusu servis yolları Yargıtay tarafından genel yol olarak kabul edilmektedir. Y.14.HD.8.4.2002.E.2002/2287 K.2002/2236. Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası. Erişim tarihi 20.10.2014.

¹⁷⁷ **Leemann**, Art. 694 N.10; **Haab**, Art. 694/696 N.16. **Bertan**, C.I, N.10, s.862; Y.14.HD.6.5.2003.E.2003/1885 K.2003/3669. Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası. Erişim tarihi 20.10.2014.

edildiğinden; “mutlak geçit zarureti” durumuyla sıklıkla karşılaşılmaz¹⁷⁸. Mutlak geçit zaruretinin ortaya çıkmasına, doğal olaylar veya kişilerin, eylem ve işlemleri; sebep olur¹⁷⁹. Mutlak geçit zaruretinin ortaya çıkaran doğal olaylar, taşınmazla genel yol arasındaki bağlantıyı fiilen ortadan kaldırır. Mutlak geçit zaruretinin ortaya çıkaran eylem ve işlemleri, malik veya malik dışında başka gerçek veya tüzel kişiler gerçekleştirir. Komşu, taşınmazından geçilmesine önceden izin verdiği halde sonradan karşı çıkabilir¹⁸⁰. İdarenin, imar¹⁸¹, tapu sicili¹⁸² ve benzeri işlemleri; eylemleri; mutlak geçit zaruretinin sebep olabilir¹⁸³. Bir taşınmazın; genel yola bağlanmasını sağlayan geçit veya mevcut geçit ile bağlandığı genel yol; yeterli

¹⁷⁸ **Leemann**, Art. 694 N.2; **Liver**, Ius et Lex, s.752; **Baumgartner**, § 1 I.

¹⁷⁹ **Leemann**, Art 694 N.13; **Baumgartner** § 3 III 1 b; **Özsunay**, s.39.

¹⁸⁰ Geçiş hususunda izin veren komşu taşınmaz maliki daha sonra el atmanın önlenmesi davası açabilir. Y.14.HD.5.5.2005.E.2005/5008 K.2005/5634. Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası. Erişim tarihi 20.10.2014

¹⁸¹ **Özsunay**, s.39. Yargıtay kararına konu olan bir olayda bir binada konut olarak kullanılan ve üst katlarda yer alan bağımsız bölümler bir caddeye, zemin katta yer alan dükkânlar ise farklı bir caddeye cephelidir. Söz konusu binaya yapı kullanma izni alındıktan sonra binanın bulunduğu bölgede imar işlemleri gerçekleştirilmiş ve binanın üst katlarda yer alan bağımsız bölümlerinin yola cephesini kesecek bir parsel daha oluşturulmuştur. Yargıtay, söz konusu olayda üst katta yer alan bağımsız bölüm malikleri bakımından zorunlu irtifak kurulmasını gerektiren bir geçit zaruretinin var olduğunu kabul etmiştir. Y.14.HD.18.11.2003.E.6317 K.8221. Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası. Erişim tarihi 20.10.2014.

¹⁸² Rızai bir geçit irtifakı, bir hata sonucu terkin edildikten sonra, yükümlü taşınmaz iyi niyetli bir kişi tarafından iktisap edilirse; sona eren irtifakın sahibi bakımından, mutlak geçit zarureti ortaya çıkar **Özsunay**, s.40.

¹⁸³ **Karahasan**, C.1 s.1205.

değilse nisbi geçit zarureti vardır¹⁸⁴. Bir geçidin yeterli olup olmadığını belirleyecek kıstaslara, kanunda yer verilmemiştir. Geçit; taşınmazdan; genel yola ulaştığı halde; rasyonel ve usulüne uygun olarak yararlanmayı¹⁸⁵ sağlamıyorsa; yetersizdir¹⁸⁶. Bir genel yol da taşınmazdan rasyonel ve usulüne uygun yararlanmayı sağlamıyorsa yetersizdir. Bir geçit veya mevcut geçidin bağlandığı genel yol; dar veya elverişsiz¹⁸⁷ olduğundan nisbi geçit zarureti ortaya çıkar¹⁸⁸. Yayaların; hayvanların; motorlu araçların¹⁸⁹; geçiş imkânının bulunmaması; bir geçidin dar kabul edilmesi için

¹⁸⁴Özsunay, s.41.

¹⁸⁵Yargıtay, karşısına gelen bir olayda genel yola ulaşan geçidin bazen sel baskını altında kalması sebebiyle komşusundan zorunlu geçit talep edemeyeceğini kabul etmiştir.Y.5.HD. 5.10.1950 T. 1950/3433 E. 1950/3226 K, **Karahasan**, C.1 s.1205,1206.

¹⁸⁶Baumgartner § 3 III 2; Özsunay, s.63 vd.

¹⁸⁷ Buna karşılık mevcut geçidin bağlandığı genel yolun kullanışsız olması nisbi geçit zaruretine sebep olmaz. Örneğin öğrenci olan çocukların; genel yoldan okula gidip gelme imkânları varken; söz konusu yolun uzun olması sebebiyle komşu taşınmazdan okula gidip gelmek için kestirme bir geçidin tesisini talep etme imkânları bulunmamaktadırY.1.HD. 15.6.1967. T. E.3979/K.4265, **Tırpan**, s.253.

¹⁸⁸Baumgartner § 3 III 2 d; Özsunay, s.48.

¹⁸⁹Bertan, C.I, N.13, s.863.Bertan, C.I, N.10, s.862. Çeşitli eski tarihli Yargıtay kararlarında taşınmazın yolunun araç geçişine elverişli bulunmaması malike, komşu taşınmaz aleyhine zorunlu geçit tesisi talep etme hakkı sağlamayacağı kabul edilmiştir.Y.14.HD.25.2.1974.E.400.K.357. **Karahasan**, s.1208;Y.14.HD.29.6.1990 T. 1990/5431 E. 1990/6217 K, **Karahasan**, s.1209, 1210.Y.14.HD. 24.11.1989 E.1988/7019.K.1989/9929. **Surlu/Öztürk** (Geçit Hakkı) 2003,s.278.Başka bir kararda taşınmazda beslenen ineklerin bakımları ve ürünlerinin taşınması için beliren ihtiyaçlar nedeniyle mevcut geçidin yeterli olmamasının bir geçit zarureti oluşturmayacağı kabul edilmiştir.Y.14. HD. 9.2.1976 T. 1976/550 E. 1976/672 K, **Karahasan**, s.1207. Söz konusu kararlara karşı artan ihtiyaçlar karşısında araç geçişini sağlayacak biçimde geçit tesisinin kabul edilmesi gerektiği yolunda azınlık oyları bulunmaktadır. Y.14.HD.26/5.1986 T. 1986/6383 E. 3710 K,

yeterlidir. Mevcut geçit; killi bir toprak yapısına sahip; çukurlarla dolu; kumlu ve çakıllı bir kumsal¹⁹⁰; aşırı dolambaçlı¹⁹¹; çok eğimli¹⁹²; merdiven şeklinde¹⁹³; aşırı uzun¹⁹⁴; olduğundan; elverişsizlik sebebiyle nisbi geçit zarureti ortaya çıkabilir¹⁹⁵. Geçit; bakımsızlık, ihmal veya benzeri sebeplerle geçici olarak elverişsiz hale

numaralı kararlar ilgili azınlık oyu. **Karahasan**, s.1208, dn.29. Yargıtay daha sonraki kararlarında bu görüşünü değiştirdiği anlaşılmaktadır. Yargıtay kararına konu olan bir olayda bir taşınmazın tır garajı olarak kullanılabilmesi için komşu malikten zorunlu geçit talep edilmesinin mümkün olduğu kabul edilmiştir.Y.14.HD.07.11.2000. E.2000/5174-K.2000/7123.**Surlu/Öztürk** (Geçit Hakkı) 2003, s.418Başka bir olayda bir bahçedeki ağaçlardan çıkan ürünlerin insan gücüyle taşınması mümkün olmadığı takdirde kamyonet vb. bir araç bakımından zorunlu geçit talebinin haklı olduğu Yargıtay kararı ile kabul edilmiştir.Y.14.HD.15.11.1999 E.1999/7040-K.1999/7955**Surlu/Öztürk**(Geçit Hakkı) 2003, s.404.

¹⁹⁰ Y.14.HD.5.10.2001.E.5503.K.6390. **Surlu/Öztürk**(Geçit Hakkı) 2013,s.284.

¹⁹¹**Leemann**, Art 694 N.17; **Baumgartner**§ 3 III 2 a; **Özsunay**, s. 45.Bir HGK kararında da mevcut geçidin dolaşık ve keskin virajlı olmasına dayanılarak komşu taşınmazdan zorunlu geçit tesisi talep edilemeyeceği kabul edilmiştir. Y.HGK.31.1.1951 T. 1951/3/18–2 E. 1951/28 K, **Karahasan**, C.1 s.1207.

¹⁹² Y.14.HD.14.6.1991.E.1990/10106 K.1991/5988. **Surlu/Öztürk**(Geçit Hakkı) 2003,s.255.

¹⁹³ Bir HGK'nda ise mevcut geçidin merdivenli olmasının başka bir yerden zorunlu geçit tesisi talep etmeye bir neden olamayacağı kabul edilmiştir. Bununla birlikte söz konusu HGK'na konu olan davada davacı araba ile geçidi kullanamadığına dair bir iddiada da bulunmamıştır. Y.HGK.7.6.1972 T. 1969/1–1271 E. 1969/364 K, **Karahasan**, C.1 s.1207.

¹⁹⁴**Baumgartner** § III 2 b; **Haab**, Art. 694–696 N.17; **Leemann**, Art 694 N 15; **Waldis**,s.172; **Özsunay**, s.49. Yargıtay'ın karşısına gelen bir olayda mevcut geçidin çok uzun olması sebebi ile zorunlu geçit talep edilemeyeceği kabul edilmiştir. Y.14.HD.24.9.1994.E.848 K.8075. **Surlu/Öztürk** (Geçit Hakkı), 2003, s.242.

¹⁹⁵**Baumgartner** § 3 III 2 a; **Özsunay**, s.44.

gelmişse nisbi geçit zarureti ortaya çıkmaz¹⁹⁶. İdareye; geçidi elverişli hale getirme görevinin yüklenmiş olduğu durumlarda; zaruret içerisindeki malik tarafından elverişsizliğin giderilmesi için başvurulabilir¹⁹⁷. Bir geçidin kullanılması, fiziken mümkün olmasına rağmen, tehlikeli ise nisbi geçit zaruretinin varlığı kabul edilir¹⁹⁸. Bir geçidin sırf kullanışsız olması, nisbi geçit zaruretine sebep olmaz¹⁹⁹. Mevcut geçidin bağlandığı genel yolun kullanışsız olması nisbi geçit zaruretine sebep olmaz. Nisbi geçit zaruretinin giderilebilmesi için ya mevcut geçit genişletilir ya da yeni bir geçit tesis edilir²⁰⁰.

b.Mecra Zarureti

Mecra²⁰¹ zarureti: İlgili mecraların, yokluğu veya yetersizliğidir. Eksikliği zarurete sebep olabilecek mecralardan bir kısmı, üretilen veya atık haline gelen

¹⁹⁶Özsunay, s.39; Bertan, C.I, N.13, s.863.

¹⁹⁷ Y.1.HD. 30.1.1967 T. E.10057/ K.581, Tirpan, s.252,253. 88 T. 1988/2992 E. 1988/5772 K Karahasan, C.1 s.1206. Yargıtay karşısına gelen bir olayda yola cephesi olan taşınmazın söz konusu yolunun kış aylarında dereden zarar görmesi nedeniyle malikin başka bir yerden zorunlu geçit tesisi talep edemeyeceğine karar vermiştir.Y.14.HD.13.11.1990.E.1990/1572 K.1990/9714. Surlu/Öztürk(Geçit Hakkı), 2003, s.256.

¹⁹⁸Karahasan, C.1 s.1206.

¹⁹⁹Leemann, Art 694 N.16; Baumgartner§ 3 III 2 a; Özsunay,s.47; Bertan, C.I, N.13, s.863.

²⁰⁰Baumgartner § 3 III 2 f; Leemann,Art. 694 N.16; Wieland,Art. 694 Bem 3 b; Özsunay, s.53.

²⁰¹Mecra kelimesi, Arapça kökenli olmakla birlikte muhtemelen dilimize yerleştiği için TMK'nda da kullanılmıştır. Mecralar, maddelerin ve enerjinin naklini sağlar.Özakman, s.9; Şahiniz, s.6. Bir maddenin mecra ile nakledilebilmesi için akıcı ve uçucu niteliğe sahip olması gerekir. Bu sebeple katı cisimlerin naklini sağlayan tesisatlar kural olarak mecra sayılmaz. Tandoğan, s.144,145; Özakman,s.4,5;Şahiniz, s.5. Farklı görüş için bkz.Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.884;Bertan, C.I, N.14, s.852 Mecralarda, maddenin veya enerjinin naklini sağlayan şey hareket etmez. Şahiniz, s.6

maddelerin, taşınmazdan çıkarılmasını sağlar. Bu tür mecralara kanalizasyonlar örnek gösterilebilir. Eksikliği zarurete sebep olabilecek mecralardan diğer kısmı, kullanılacak maddelerin taşınmaza nakledilmesini sağlar²⁰². Bu tür mecralara su mecraları örnek gösterilebilir²⁰³. Mecra zarureti, taşınmazdan rasyonel ve usulüne uygun yararlanılmasına engel olur²⁰⁴. Dolayısıyla mecra tesis edilmeden, taşınmazdan rasyonel ve usulüne uygun yararlanma sağlanabiliyorsa mecra zarureti ortaya çıkmaz.

Bu sebeple demir yolları, havai taşıma hatları ve benzerleri, mecralardan farklıdır. Bu tür hatlar için diğer koşullar varsa zorunlu geçit irtifakı hükümlerinden yararlanılabilir. **Özsunay**, s.115, s.193, dn. 55; **Tandoğan**, s.145; **Özakman**, s.7. Farklı görüş için bkz. **İmre**, s.126,127. Y.14.HD. 15.11.2001 T. 2001/7131 E. 2001/7910 K.**Surlu/Öztürk** (Mecra Hakkı),s.231.Mecralarda, nakli sağlayan şeyin bir yapı olması gerektiği kabul edilmektedir. Bu sebeple doğal suyolları mecra sayılmamaktadır. **Özakman**, s.8.**Şahiniz**, s.7. Y.14.HD. 14.11.1967 T. 1967/5685 E. 1967/5213 K, **Surlu/Öztürk**, (Mecra Hakkı), s.165. Kanaatimizce mecralarda nakli sağlayan şeyin yapı niteliğinde olması zorunlu değildir. Suyolları göz önüne alındığında, su, sabit bir zemin üzerinden akıp gitmektedir. Suyun hareketini sağlayan, sabit zemin üzerinde az da olsa bir eğimin mevcut olmasıdır. Y.HGK.13.12.1961 T. 1961/5–10 E. 1961/16 K. **Doğrusöz**, s.365,366. Bazı mecralar, boru ve tellerden ibaret değildir. Su ve gaz mecralarında tasfiye tesisleri, çukurlar, hazneler, tulumba istasyonları yer alabilir. Elektrik mecralarında ise belli aralıklarla direkler, pylonlar, direk duvar çatı dayanakları, koruyucu araçlar, transformatörler, tanzim istasyonları bulunmaktadır.**Özakman**, s.10 Ayrıca boruların, tellerin ve bu tür araçların bakımı ve tamirati için kulübe biçiminde yapılara ihtiyaç duyulmaktadır. Tüm bunlar, mecraların unsurlarıdır. Y.14.HD.11.4.2003 T. 2003/2489 E. 2003/2993 K. **Surlu/Öztürk** (Mecra Hakkı), s.185.

²⁰²**Özakman**, s.170

²⁰³ Hem özel hem de genel sulardan yararlanmak için su mecrası talep edilebilir.Y.HGK.13.12.1961 T. 1961/5-10 E. 1961/16 K. **Surlu/Öztürk** (Mecra Hakkı), s.248

²⁰⁴**Şahiniz**, s.21 vd.

Alternatif araç ve yöntemlerle taşınmazdan usule uygun olarak yararlanmak mümkün ise mecra zarureti ortaya çıkmaz. Söz konusu alternatif araç ve yöntemlere taşınmazın su ihtiyacının karşılanması bakımından birçok örnek verilebilir. Tarlasını, içinde bulunan kuyudan traktör motoru kullanarak çıkardığı su ile sulayan malik, bu yöntemin çok külfetli olduğu gerekçesi ile komşu taşınmazlardan zorunlu mecra tesisi talep edemez²⁰⁵. Bir malik, içme suyu şebekesinden yararlanarak tarlasını sulayabiliyorsa mecra zarureti yoktur²⁰⁶. Bir malik, taşınmazının içinden geçen DSİ kanalından para ile su alarak taşınmazını sulama imkânına sahipse mecra zarureti içerisinde değildir²⁰⁷. Belediyenin, DSİ'nin vb. bir kuruluşun kanalından, mecrasız su alma imkânından söz edebilmek için söz konusu kanalın taşınmazın yanından geçiyor olması gerekir²⁰⁸. Kanal ile taşınmaz arasında bir kot farkı bulunsa bile kanaldan motor ile su alma imkânı bulunduğundan taşınmaz maliki, mecra zarureti içerisinde kabul edilmez²⁰⁹. Taşınmazın içerisinde kuyu açarak su elde etme imkânı varsa su mecrasına ilişkin zaruret ortaya çıkmaz. Bununla birlikte taşınmaz içerisinde kuyu açılabilmesi için DSİ'nin o bölgede kuyu açılmasına izin vermiş olması gerekir²¹⁰.

Mecra zarureti ortadan kaldıran alternatif araç ve yöntemlere, taşınmazın kanalizasyon ihtiyacının karşılanması bakımından da örnekler verilebilir. Zira bazı

²⁰⁵ Y.14.HD.10.4.2003 T. 2002/9071 E. 2003/2900 K. **Surlu/Öztürk**(Mecra Hakkı), s.217

²⁰⁶ **Surlu/Öztürk** (Mecra Hakkı), s.219.

²⁰⁷ Y.14.HD.28.12.1993 T. 1993/3215 E. 1993/10483 K. **Surlu/Öztürk** (Mecra Hakkı), s.357,358.

²⁰⁸ Y.14.HD. 2002/3608 E. 2002/4057 K, 23.5.2002 T. Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası. Erişim tarihi 20.10.2014.

²⁰⁹ Y.14.HD.7.6.1999 T. 1999/3747 E. 1999/4285 K **Surlu/Öztürk** (Mecra Hakkı), s.355.

²¹⁰ Bkz. Y.14.HD.4.3.2004 T. 2003/8229 E. 2004/1459 K. **Surlu/Öztürk** (Mecra Hakkı), s.345, 346.

binaların alt katları ile binanın önünden geçen sokaktaki kanalizasyon şebekesi arasında yükseklik farkı bulunmaktadır. Bu durumda atık suların başka sokaklardan geçen şebekelere cazibe usulü ile akıtılması için komşu taşınmazlardan zorunlu mecra tesisi talep edilmektedir²¹¹. Taşınmazından çeşitli atıkları tahliye etmek isteyen malikin, motor kullanmak suretiyle zorunlu mecra ihtiyacından kurtulabileceği durumlarda kural olarak bir mecra zaruretinin bulunmaz²¹². Bununla birlikte atık suların motor yardımı ile akıtılması, maliyeti yüksek olan, işletme zorlukları bulunan bir faaliyettir. Eğer motor kullanılması, fahiş bir masrafı gerektiriyorsa bir mecra zaruretinin bulunduğu kabul edilir²¹³. Ayrıca atık suların tahliyesinde motor kullanıldığında insan sağlığını tehdit edebilecek, beklenmedik arızaların meydana gelmesi durumunda bina ve çevre sakinlerini rahatsız edebilecektir. Atık suların fosseptik kuyuda toplanması da sağlık açısından sakınca ve çevre sorunları oluşturabilir. Söz konusu sorunlar ortaya çıkaracaksa fosseptik kuyu açılması ve motor kullanılması alternatifi yerine zorunlu mecra tesis edilmelidir²¹⁴.

²¹¹ Y.14.HD.8.4.2002 T. 2002/1864 E. 2002/2638 K Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası. Erişim tarihi 20.10.2014.

²¹² Y.14.HD.17.12.1999 T. 1999/8414 E. 1999/9020 K. **Surlu/Öztürk** (Mecra Hakkı), s.332,333.Y.14.HD.8.4.2002 T. 2002/1864 E. 2002/2638 K Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası. Erişim tarihi 20.10.2014.

²¹³ Karş. Y.14.HD.6.3.1997 T. 1997/206 E. 1997/1441 K. **Surlu/Öztürk** (Mecra Hakkı), s.239;Y.14.HD.5.5.2000 T. 2000/2820 E. 2000/3190 K **Surlu/Öztürk** (Mecra Hakkı), s.216.

²¹⁴ Y.14.HD.23.2.1993 T.1992/10507 E. 1993/1579 K. **Surlu/Öztürk** (Mecra Hakkı), s.382,383.

Bir taşınmazın mecra zarureti başlangıçtan beri var olabilir. Bununla birlikte mecra zarureti sonradan da ortaya çıkabilir. Bir bölgeye doğalgazın gelmesi ile birlikte idare, doğal gaz kullanımını mecburi hale getirirse doğalgazın taşınmazlara naklini sağlayan mecralar zarurî hale gelir. Mecra zarureti de mutlak veya nisbi olarak ortaya çıkar. Taşınmazdan rasyonel ve usulüne uygun yararlanmak için gerekli olan mecra; hiç yoksa mutlak; var olmakla birlikte yeterli değilse nisbi zaruret durumu vardır. Mecra zauretinin ortaya çıkmasına da doğal olaylar veya kişilerin eylem ve işlemleri, sebep olur. Mecra zaruretinin ortaya çıkaran eylem ve işlemleri malik veya başka bir gerçek veya tüzel kişi kişi gerçekleştirir. Mevcut mecranın yetersizliği giderilebilir bakım noksanlığından kaynaklanıyorsa nisbi zaruret durumu ortaya çıkmaz²¹⁵. Örneğin bir değirmene eskiden beri su getiren suyolunun, dolmuş ve temizlenmesinin masraf gerektiriyor olması sebebiyle komşu taşınmazdan mecra geçirilmesi talep edilemez.

c. Su Zarureti

Gerekli sudan yoksunluk sebebiyle taşınmazdan usule uygun olarak yararlanılamaması, su zaruretidir²¹⁶. Burada “gerekli su” kavramının tartışılması ve açıklığa kavuşturulması gerekir. İlk olarak hangi tür ihtiyaçları karşılayacak su, gerekli sudur? Doktrinde yer alan hâkim görüşe göre gerekli su belirlenirken yalnızca zaruret içerisindeki malikin evi ve tarımsal işletmesinin içme, kullanma ve sulama

²¹⁵ Y.5.HD.10.5.1955 T. 3663 E. 3050 K.

²¹⁶ Abik, s.83; Özsunay, s.191.

suyuna olan ihtiyacı göz önünde bulundurulur²¹⁷. Buna karşılık teknik ve sınaî ihtiyaçlar ile lüks ihtiyaçlar göz önünde bulundurulmaz. İkinci olarak gerekli su belirlenirken zorunlu su irtifakı talebinin ileri sürüldüğü zamandaki ihtiyaçlar esas alınır. Dolayısıyla gelecekteki ihtiyaçlar kural olarak göz önünde bulundurulmaz²¹⁸. Bununla birlikte tasarlanmış ve çok yakın gelecekte ortaya çıkacak bir ihtiyaçta “gerekli su” olarak kabul edilmeli ve su zaruretinin varlığında tereddüt edilmemelidir. Üçüncü olarak su ihtiyacının geçici olup olmamasının bir önemi yoktur²¹⁹. Dolayısıyla geçici bir su ihtiyacı da olsa zorunlu su talebinin konusunu oluşturabilir.

Su zarureti de mutlak veya nisbi olarak ortaya çıkar. Taşınmazdan rasyonel ve usulüne uygun yararlanmak için gerekli olan su, hiç yoksa mutlak, elde edilmekle birlikte yeterli miktarda değil ise nisbi zaruret durumu vardır. Örneğin DSI’ne ait sulama tesislerinin bölgeye verdiği su yeterli değilse nisbi su zaruret ortaya çıkabilir²²⁰. Taşınmazın içinde bulunan bir kaynaktaki suyun azalması, nisbî zarurete sebep olabilir²²¹. Su zarureti başlangıçtan beri var olabilir veya sonradan ortaya çıkabilir. Örneğin bir kaynağın, eski haline getirilmeyecek biçimde kirlenmesi veya

²¹⁷ **Leemann** Art. 710 N.8; **Haab** 709/710 N.14; **Baumgartner**, s.68; **Yazman**, s.148; **İmre**, s.112; **Abik**, s.84; **Olgaç**, s.682; **Bertan**, C.I, N..3 b, s.921; **Turhan/Esener**, s.182; **Özsunay**, s.189; **Saymen/Elbir**, s.363; **Belgesay**, s.110.

²¹⁸ **Yazman**, s.152.

²¹⁹ **Yazman**, s.147; **İmre**, s.111; **Turhan/Esener**, s.182.

²²⁰ Y.14.HD.4.3.2004 T. 2003/8229 E. 2004/1459 K. **Surlu/Öztürk** (Mecra Hakkı), s.345, 346.

²²¹ **İmre**, s.114.

kesilmesi ile su zarureti ortaya çıkabilir²²². Bir yerinde kaynak bulunan taşınmazın bölünmesi sonucu kaynağın yer almadığı parçaların malikleri de su zarureti içerisine düşebilir²²³. Su zarureti doğal olaylar veya insanların eylem ve işlemleri sonucu ortaya çıkar. Su zaruretiyi ortaya çıkaran eylem ve işlemleri malik veya malik dışında bir kişi gerçekleştirir.

d. Taşkın Yapı Zarureti

Taşkın yapı zarureti: Bir yapının²²⁴, komşu araziye taşırılması sonucu yıkılma ihtimalinin ortaya çıkması ve tamamının veya bir bölümünün kullanılamamasıdır. Bir yapı, zeminin üzerinden ve/veya altından veya yalnızca hava boşluğundan komşu taşınmaza taşabilir²²⁵. Taşkın kısım, kapladığı zeminin altında ve/veya üstünde olabilir. Yapının, büyük veya küçük bir kısmı taşabilir. Diğer koşullar olduğu sürece

²²² İmre, s.114; Abik, s.84.

²²³ Y.14.HD.17.12.1993 T. 1993/2370 E. 1993/10092 K, Surlu/Öztürk(Mecra Hakkı),s.644.

²²⁴ Yapı, arzin üzerinde veya altında kalıcı olarak inşa edilmiş şeylerdir. **Akman**, s.25; **Arık**,s.538; **Edege**, s.508. Yapı bir inşa eseridir. İnşa eseri olmayan şeyler yapı kavramına girmez. Başkasının taşınmazına taşan yollar bu sebeple taşkın yapı sayılmaz. **Tekinay**, s.595; **Akman**, s. Yapının diğer özelliği de kalıcı olmasıdır. Toprak ile sürekli bağlılığı olan şeyler kalıcı niteliğe sahiptir. **Bürgisser**,s.77; **Akman**, s.25. Bu sebeple kulübe, büfe gibi hafif yapılar, TMK 725/2 anlamında yapı sayılmaz. **Akman**, s.28. Bununla birlikte komşu arazi maliki, rızai eşyaya bağlı bir irtifakla hafif yapının taşkınlığına katlanmakla yükümlü hale gelebilir. **Akman**,s.32–33. Yapıdan söz etmek için inşaat faaliyetinin tamamlanmış olması gerekmez. **Akman**, s.29–30. Bir inşaat, ortadan kaldırıldığında göz ardı edilemeyecek zararlar meydana gelecekse yapı niteliğine sahiptir. On katlı bir binanın temel inşaatı, tamamlandığında, yapı sayılır. **Akman**, s.29–30. Yapıların büyük bir kısmı binalardır.Diğer yapılara; barajlar, köprüler, anıtlar, gözetleme kuleleri; örnek verilebilir.**Akman**, s.27.

²²⁵ **Akman**, s.43–44; **Zevkliler**, s.72–73.

yapının büyük kısmının taşmış olması, taşkın yapı irtifakının kurulmasını engellemez²²⁶. Yapının tamamı komşu arazide yer alıyorsa taşmadan söz edilemez. Haksız inşaatın söz konusu olduğu bu durumda, taşkın yapı zarureti ortaya çıkmaz²²⁷. Taşkınlığın ortaya çıkmasına doğal olaylar da sebep olabilir. Fakat bu tür durumlarda yapının, taşırılması değil, taşması, söz konusu olur. Tâbi hareketler, binanın eskimesi veya diğer doğal etkenler sonucu yapı, sınırı ihlal edebilir. Bu tür durumlarda taşkın yapı hükümleri kıyasen uygulanabilir²²⁸. Taşkınlığın ortaya çıkmasına idarenin eylem ve işlemleri de sebep olabilir. İmar işlemleri bir yapının taşkın hale gelmesine sebep olabilir²²⁹. Bu tür durumlarda da yapının, taşırılması değil, taşması, söz konusu olur. Farklı bir kamu hukuku düzenlemesi yoksa bu tür durumlara, taşkın yapı hükümleri kıyasen uygulanabilir²³⁰.

²²⁶**Bürgisser**, s.100;**Akman**, s.43;**Zevkliler**, s.73

²²⁷ Bu durumda başkasının arsasına yapılan inşaat ile ilgili TMK'nun 722 vd. hükümleri uygulanır.

Akman,s.43Farklı bir görüş için bkz.**Küley/Ulukut**, s.50; **Arık**, s.539; **Wieland**, Art 674 N.36.

²²⁸**Akman**,s.47.**Meier-Hayoz**, Art 674 N.16; **Haab**,Art 674 N.5; **Bürgisser**, s.559; **Tekinay**,604; **Bertan**, m.651 N.5. *Akman* ise bu tür durumlara taşkın yapı hükümlerinin doğrudan uygulanabileceğini kabul etmektedir. **Akman**, s.48.

²²⁹ İmar işlemleri sonucu bir yapının komşu taşınmazına taşkın hale gelmesi ile ilgili olarak İmar Kanunu'nda bir düzenleme vardır(İK 40/C). Bu düzenlemeye göre imar işlemleri sonucu araziden taşkın bir hale gelen yapıların bedelleri ilgili arsa malikleri tarafından yapı sahibine ödenmediği veya aralarında bu konuda bir anlaşma yapılmadığı veya ortaklık giderilmediği sürece yapıdan yararlanmaya olanak sağlanmıştır. Yapı, ömrünü dolduruncaya kadar yer sahibi bu kullanma şekline katlanmak zorundadır. Komşu malikin taşınmazına vaki taşkınlığın ortaya çıkan altıncı biçiminde taşan yapının bulunduğu taşınmaz ile taşılan taşınmazın mülkiyeti aynı kişide iken taşılan taşınmazın mülkiyetinin başkası tarafından iktisap edilmesidir.

²³⁰**Serozan**, s.17–18;**Akman**,s.50; **Özmen**, s.84, 85.

2. Zarureti Engelleyen ve Engellemeyen Haklar

a. Rızaî İrtifak Hakları

Zaruretin ortaya çıkması için kanunda belirtilen şeylerin elde edilebilmesini sağlayan rızaî bir irtifakın (gewöhnliche Dienstbarkeiten) kurulamamış olması gerekir²³¹. Örneğin rızaî geçit irtifakına sahip olan bir malik zorunlu geçit talebinde bulunamaz²³². Rızaî irtifak hakkı, bir sebeple geçersiz olabilir veya sona erebilir. Komşu malik ise zaruret içerisindeki malik ile yeniden bir rızaî irtifak kurmaktan kaçınabilir. Bu durumda zarurettten kurtulmanın hukukî çaresi zorunlu irtifakın kurulması için gerekli işlemleri yapmaktır.

b. Şahsi Haklar

Komşu malik, zaruret içerisindeki malike taşınmazından yararlanması hususunda bir hukukî işlem ile şahsi bir hak (bloss obligatorisch wirksamen) tanıyabilir²³³. Şahsi hakkı sağlayan bu hukukî işlem bir kira sözleşmesi, ariyet sözleşmesi veya bir satım sözleşmesi olabilir²³⁴. Örneğin su zaruretinin giderilmesine yönelik olarak komşu taşınmazda bulunan kaynaktan yararlanmayı konu edinen sözleşme, bir satım sözleşmesidir. Malik, taşınmazının bir bölümünü komşu malikin geçit olarak kullanması için kiralayabilir. Zarureti giderecek böyle bir şahsi hak bulunuyorsa zorunlu irtifakın kurulması söz konusu olmaz.

²³¹Özakman, s.11.

²³²Özsunay, s.48.

²³³Haab Art 674 N.9 676 N.3; Liver Einleitung N.129–147; Meier-Hayoz Art 674 N.28 676 N.31; Romer, s.137; Tobler, s.98; Bürgisser, s.287; Gürsoy/Eren/Cansel, s.623; Akman, s.75.

²³⁴Haab Art 676 N.3; Liver Einleitung N.127; Meier-Hayoz Art 676 N.31; Romer, s.137; Tobler, s.98.

Böyle bir şahsi hakkın varlığına rağmen hak sahibi, mevcut hakkının şahsi niteliğe sahip olması sebebi ile bir aynî hak elde ederek menfaatlerini korumak isteyebilir. Fakat şahsi hak sahibinin sırf bu isteği zorunlu irtifakın kurulması için bir gerekçe olamaz. Zira bir zorunlu irtifakın kurulması için öncelikli koşul olan zaruret koşulu ortada yoktur. Bununla birlikte sahip olduğu şahsi hakkı kaybetmesi sonucu zaruret içerisine düşen malik diğer koşullar da gerçekleşmiş ise zorunlu irtifakın kurulmasını talep edebilir. Örneğin şahsi hakkı sağlayan sözleşmenin; sona ermesi, sona erdirilmesi, şerh edilmemiş olması sebebiyle taşınmazda iyi niyetle hak kazananlara karşı şahsi hakkın ileri sürülememesi, şerhin süresinin sona ermesi, şerhin yanlışlıkla terkin edilmesi, maliki yeniden zaruret durumunun içerisine düşürebilir.

c. Kamu Hukukundan Doğan Yetkiler

Kamu hukukunun verdiği bir yetki zaruret durumunun ortaya çıkmasını engelleyebilir. Taşınmazın bitişik olduğu köy boşluğu sokağa kadar ulaşıyorsa geçit zarureti ortaya çıkmayabilir²³⁵. Taşınmazının cephesinde bulunan derenin üzerine köprü kurularak genel yola ulaşmanın mümkün olduğu durumlarda kural olarak nisbi geçit zaruretinin ortaya çıkmaz²³⁶. Bununla birlikte köprü kurulması için yapılacak masraflar orantılılık ilkesine aykırı ise geçit zaruretinin varlığı kabul edilmelidir. Belediyenin veya DSİ'nin sulama kanalından ücret karşılığında su alma olanağına

²³⁵ Y.14.HD.4.6.1990.E.1989/5676 K.1990/5257. **Surlu/Öztürk**(Geçit Hakkı) 2003,s.257.

²³⁶Y.1.HD. 9.3.1965 T. E.8268/ K.1262, **Tırpan**, s.253,254.

sahip taşınmaz maliki, başka bir yerden su alabilmek için mecra zarureti içerisinde değildir²³⁷.

Kamu hukukunun verdiği yetkinin kullanılması engelleniyorsa hukukî yollara başvurulur. Genel yola bağlanan sokaktan yararlanılması engelleniyorsa elatmanın önlenmesi talep edilebilir. Genel sulardan yararlanan malikin yararlandığı suya müdahale edilirse müdahalenin önlenmesi sağlanabilir²³⁸.

Kamu hukukundan doğan yetkinin kullanılması, taşınmazdan rasyonel ve usulüne uygun yararlanmayı sağlamıyor ise nisbi zaruret durumu ortaya çıkar. Örneğin ormandan genel yola yaya olarak çıkabilen bir malik taşınmazına araç ile ulaşmak istediği zaman nisbi geçit zarureti ortaya çıkabilir. DSİ'ne ait sulama tesislerinin bölgeye verdiği su yeterli değilse nisbi su zarureti ortaya çıkabilir²³⁹.

d. Prekaristik İzinler

Komşu malik her hangi bir yükümlülük altına girmeksizin taşınmazından yararlanması hususunda zaruret içerisindeki malike izin vermiş ise ortada prekaristik bir izin (prekaristische Gestattung) bulunmaktadır²⁴⁰. Bu izin, zaruret içerisindeki malikin, izin veren komşu malikin taşınmazına yaptığı müdahalelerin hukuka aykırı

²³⁷ Y.14.HD. 2.4.2004 T. 2004/1691 E. 2004/2623 K. **Surlu/Öztürk** (Mecra Hakkı), s.216.

²³⁸ Y.3.HD.20.5.1997 T. 1997/4543 E. 1997/5032 K, **Karahasan**, C.1 s.916.

²³⁹ Y.14.HD.4.3.2004 T. 2003/8229 E. 2004/1459 K. **Surlu/Öztürk** (Mecra Hakkı), s.345,346.

²⁴⁰ **Haab** Art 676 N.3; **Liver** Einleitung N.129 Art 730 N.59 vd; **Meier-Hayoz** Art 676 N.31; **Tobler**, s.99.

olmasını engeller²⁴¹. Burada fiili bir akit söz konusudur. Nitekim doktrinde, izin veren malik ile izin sayesinde komşu taşınmaza müdahale eden malik arasında bir sözleşme olduğu savunulmuştur²⁴².

Doktrinde yer alan hâkim görüşe göre kanunda belirtilen şeylerin elde edilebilmesini sağlayan prekaristik bir izin bulunuyor olsa bile zaruret ortaya çıkar²⁴³. Zira bu görüşe göre prekaristik bir izne dayanarak yararlanan malik her türlü hukukî himayeden yoksun olduğu için zaruret içerisinde kabul edilmelidir. Kanaatimizce prekaristik izne sahip olan kişi her türlü hukukî himayeden tamamen yoksun değildir. Zira prekaristik izne sahip olan kişi üçüncü şahıslara karşı zilyedliğin korunmasına ilişkin hükümlerden yararlanabilir. Bununla birlikte izni veren, izni geri alabileceği için prekaristik iznin sahibi her an el atmanın önlenmesi talebi ile karşı karşıya kalabilir. Örneğin komşusu, malike, kaynağından istifade etmesine izin verirken bu izni kaldırmış olabilir²⁴⁴. Ayrıca izni veren taşınmazında üçüncü kişi lehine bir aynî hak ya da şahsi hak kurarak prekaristik izni dolaylı olarak bertaraf edebilir. Bu sebeplerle prekaristik izne sahip olan kişinin zaruret içerisinde olduğuna dair görüşe biz de katılıyoruz.

²⁴¹ **Haab** Art 676 N.3; **Liver** Einleitung N.129; **Meier-Hayoz** Art 676 N.31.

²⁴² **Tobler**, s.99; **Özakman**, s.12 vd.

²⁴³ **Baumgartner** § III 2 c; **Waldis**, s.172.

²⁴⁴ Y.3.HD.29.5.1990 T. 1989/8639 E. 1990/4949 K, **Doğrusöz**, s.398.

e. Eski Hukuka Göre Kurulmuş Haklar

Eski hukuka göre kurulmuş ve halen mevcut olan haklar, zarureti engelleyebilir²⁴⁵. Bu tür haklar özellikle eski hukuka göre kurulmuş geçit hakları ve su haklarıdır²⁴⁶. Söz konusu haklar yürürlük kanununun (4722 Sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun) 18. maddesinde yeniden düzenlenmiştir²⁴⁷. 4722 sayılı Kanun'un 18. maddesi şu şekildedir: "Eski hukuka göre kurulmuş olup da, Türk Kanunu Medenîsinin yürürlükte bulunduğu zamanda varlıklarını korumuş olan aynî haklar, Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten sonra da varlıklarını sürdürürler. Bu haklardan Türk Medenî Kanunu uyarınca kurulması mümkün olmayanlar, tapu kütüğünün beyanlar sütununa yazılır".

²⁴⁵ 4722 sayılı Kanun'un 18. Maddesi şu şekildedir: "Eski hukuka göre kurulmuş olup da, Türk Kanunu Medenîsinin yürürlükte bulunduğu zamanda varlıklarını korumuş olan aynî haklar, Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten sonra da varlıklarını sürdürürler. Bu haklardan Türk Medenî Kanunu uyarınca kurulması mümkün olmayanlar, tapu kütüğünün beyanlar sütununa yazılır".

²⁴⁶ Eski hukukumuzdan gelen sulardan yararlanma ile ilgili olarak çeşitli haklar bulunmaktadır. Genel sulardan su içmek ve sair ihtiyaçlara sarf etmek üzere su alma hakkı, **hakk-ı şefe** olarak isimlendirilmiştir. **Karahasan**, s.897. Hayvan sulamak, değirmen çevirmek gibi zaruret durumlarını gidermek amacı ile sudan nöbetleşe istifade etme hakkı, **hakk-ı şürp** olarak adlandırılmıştır. **Karahasan**, s.897

²⁴⁷ Önceki yürürlük kanunu olan 864 sayılı Kanunu Medeninın Sureti Meriyeti ve Şekli Tatbiki Hakkındaki Kanunun 22. maddesinde bu husus düzenlenmiştir. Söz konusu 22. madde ile önceki Medeni Kanunun yürürlüğe girmesinden evvel kurulmuş bulunan irtifak haklarının varlıklarının devamına imkan tanınmıştır.

Eski hukuka göre kurulmuş ve halen mevcut olan haklar zarureti engelleyebilecek bir niteliğe sahip ise zorunlu irtifak kurulması talebi reddedilir. Örneğin taşınmazına su nakledilmesini sağlayan kadim hakka dayalı bir su yolu varken taşınmaz maliki daha az masraflı olacağı için komşusunun taşınmazından bir zorunlu mecra tesisi talep edemez²⁴⁸.

Bazı durumlarda eski hukuka göre kurulmuş haklar, mutlak zaruret durumunun ortaya çıkmasını engellese bile nisbi zaruret durumunun ortaya çıkmasını engelleyemez. Örneğin mevcut geçit hakkı yalnızca yayaların genel yola ulaşmasını sağlıyor olabilir. Bu durumda malik, araba ile genel yola ulaşamadığı gerekçesiyle geçit zarureti içerisinde olduğunu iddia edebilir. Eski hukuka göre kurulmuş bir hakkın sona ermesi, zaruret durumunu ortaya çıkarabilir. Zira eski hukuk hükümlerine göre kurulmuş bir hak sona erdiğinde söz konusu hakkın yeniden kurulması mümkün değildir²⁴⁹.

3. Zaruretin Varlığını Belirleyecek Makam

Hukukumuzda zaruretin varlığını veya yokluğunu belirleme hususunda özel olarak bir makam görevlendirilmemiştir. Bununla birlikte malik, zaruret içerisinde olup olmadığı hususunda bir tespit davası açabilir. Bu durumda mahkeme, zaruretin varlığı ya da yokluğu hususunda tespit edici nitelikte bir karar verir. Eğer taraflar zorunlu irtifakı anlaşarak kuramamışlar ise zorunlu irtifakın kurulması talebini konu edinen bir dava açılır. Bu davada da malikin gerçekten zaruret içerisinde olup olmadığı belirlenir. Zorunlu irtifakın kurulmasına ilişkin davada zaruretin varlığının

²⁴⁸ Y.1.HD. 9.6.1955 T. 3924 E. 3255 K **Olgaç**, TMK. s.396.

²⁴⁹ Bkz.Y.HGK. 16.1.1972 T. 1968/1-28 E. 1972/12 **KSurlu/Öztürk** (Mecra Hakkı),s.68.

veya yokluğunun belirlenmesi saklı kalmak kaydı ile kanaatimizce zaruretin varlığını veya yokluğunu belirleme görevi idarî makamlara verilmelidir. Dolayısıyla sırf zaruretin varlığının yokluğunun tespiti işi mahkemelerin görev alanından çıkarılmalıdır. Nitekim bu çözüm çok önceleri Avusturya'da zorunlu geçit tahsisine ilişkin Yasada (NotwegeG) kabul edilmiştir. Avusturya hukukunda, mahkemeler, idarî makamların zaruretin varlığına veya yokluğuna ilişkin kararları ile bağlıdır. Zaten Avusturya hukukunda zorunlu geçit hakkı yalnızca mahkeme kararı ile kurulabilir. Dolayısıyla Avusturya hukukunda geçit zaruretin varlığını ya da yokluğunun belirleme görevi münhasıran idarî makamlara aittir. Zaruretin varlığını ya da yokluğunu belirleme görevinin idarî makamlara verilmesinin birçok yararı bulunmaktadır.

Bazen taşınmaz malikleri gerçekte zaruret içerisinde olmadığı halde zaruret içerisinde olduğu düşüncesini taşımaktadır. Bu düşünceden hareketle de zorunlu irtifakın kurulması için dava açılmaktadır. Fakat zaruret koşulu gerçekleşmediği için mahkeme talebi reddetmektedir. Böylece öncelikli koşul mevcut olmadığı halde mahkeme gereksiz yere meşgul edilmektedir. Ayrıca zaruret içerisinde olup olmadığı hususunda tereddüt eden malikin açacağı tespit davası da kanaatimizce mahkemeleri gereksiz yere meşgul eder. *Liver* de zorunlu irtifakların kurulmasında, idari merciler yetkilendirildiği takdirde prosedürün daha basit hale geleceğini ileri sürmüştür²⁵⁰.

Gerçekte zaruret içerisinde olmadığı halde zorunlu irtifakın kurulması için

²⁵⁰ **Liver** ZBJV 96, 427/428.

dava açan malik davayı kaybetmesi sonucunda lüzumsuz yere yargılama giderlerini ödemek zorunda kalır.

Zaruret içerisinde olmadığı halde zaruret içerisinde olduğu düşüncesini taşıyan malik en uygun bulunduğu komşulara karşı talebi yöneltir. Talep gerek mahkeme dışı yöneltilsin gerekse dava yolu ile yöneltilsin gerçekte bir zaruret bulunmadığı için talep hukukî sonuç doğurmaz. Fakat bu sırada komşular arasındaki iyi ilişkiler zedelenebilir hatta bozulabilir.

Haklı bile olsa bir dava açılması, özellikle ülkemizde dava yöneltilen kişinin davayı yönelten kişiye karşı husumet duymasına sebep olmaktadır. Bu sebeple haklı bir talep olsa bile zorunlu irtifakın kurulması talebinin dava yolu ile yöneltilmesinin komşular arasındaki ilişkileri olumsuz yönde etkileyeceğinde kanaatimizce tereddüt edilmemelidir. Hele bir de zorunlu irtifakın kurulmasına ilişkin haksız bir talebin dava yolu ile ileri sürülmesi, komşular arasındaki ilişkileri bir daha onarılmayacak biçimde bozabilir. Bu sebeple zaruret içerisinde olduğunu iddia eden malik, herhangi bir komşuya talep yöneltmeden önce o malikin gerçekten zaruret içerisinde olup olmadığı tespit edilmelidir.

Olması gereken hukukta zaruret durumunun belirlenmesinde idari makamların görevlendirilmesinin gerekliliğinin en önemli sebeplerinden biri, zaruret ile ilgili en iyi belirlemeleri idarî makamların yapacak olmasıdır. Zira idari

makamlar, taşınmazların fiili ve hukukî durumlarını ve komşuluk ilişkilerini daha iyi değerlendirebilirler²⁵¹.

Zaruretin belirlenmesinde idari makamlara görev verilmesinin yukarıda zikredilen yararları yanında bir kısım sakıncaları da bulunmaktadır. Bu sakıncalardan biri doktrinde de isabetli olarak belirtildiği gibi şahsi nüfuz ve etkilerin rol oynama ihtimalidir²⁵².

Zaruretin belirlenmesinde idari makamlara görev verilmesinin diğer bir sakıncası da idarî makamların hukuk kurallarını uygulamama eğiliminde olmaları ihtimalidir²⁵³. İdari makamların böyle bir tutum içerisine girmeleri çekişmelerin büsbütün uzamasına neden olabilir.

Yukarıda açıklandığı üzere, komşular arasındaki ilişkilerin zedelenmemesi bozulmaması için olması gereken hukukta (de lege feranda) kanaatimizce zorunlu irtifakın kurulmasına ilişkin talebin yöneltilmesinden önce zaruretin mutlaka bir makam tarafından belirlenmesi gerekir. Yine olması gereken hukukta zaruretin belirlenmesi işinde idari makamların görevlendirilmesinin kanaatimizce sakıncasından çok yararı bulunmaktadır. Nitekim Avusturya hukukunda zorunlu geçit hakkı bakımından bu yasal konstrüksiyon çok evvelden kabul edilmiştir. Özellikle zaruretle ilgili en isabetli belirlemeleri idarî makamların yapabilecek

²⁵¹Liver ZBJV 96, 427/428.

²⁵²Liver ZBJV 96, 427/428.

²⁵³Liver ZBJV 96, 427/428; Leemann Art 691 N.27; Art 694 N.35; Bruggmann, s.60–61; Robichon, s.185.

olması, gelecekte, bu konuya ilişkin ülkemizde yapılabilecek yasal konstrüksiyonun en önemli gerekçelerinden birini oluşturabilir. Kaldı ki zaruretin belirlenmesi işinde idari makamların görevlendirilmesinin sakıncaları kanaatimize aşlamayacak ölçüde değildir. İlk olarak idarenin hemen hemen bütün eylem ve işlemlerinde şahsi nüfuz ve eğilimlerin rol oynama ihtimali her zaman vardır. İkinci olarak idarî makamların, her konuda, hukuk kurallarını uygulamama eğilimi içerisine girmeleri öngörülmeven bir olgu değildir. Nitekim idarî işlemler kural olarak yargı denetimine tâbidir. İdarî makamların zaruretin varlığına ya da yokluğuna ilişkin kararları da yargı denetimine tâbi tutularak söz konusu olan sakıncalar büyük ölçüde aşılmış olur. Kanaatimizce burada önemli olan idarî makamların bu konudaki kararlarının hızlı ve etkin bir şekilde yargı denetimine tâbi olmasıdır. Bunun sağlanması için önemli bir çözüm yöntemi kanaatimizce zaruretin varlığına ya da yokluğuna ilişkin idarî kararlarla ilgili uyuşmazlıkların çözümünün Adli yargının görev alanı içerisine dâhil edilmesidir. Nitekim hukukumuzda birçok idarî karara karşı yargı yolu Adli yargı olarak belirlenmiştir. Ayrıca yapılacak yasal konstrüksiyonda, bu idarî kararların zorunlu irtifakın kurulmasına ilişkin davada tartışılabilmesi sağlanırsa söz konusu idarî kararlar çok hızlı ve etkin bir biçimde denetlenmiş olur.

II. ZARURETİ GİDERECEK ÇÖZÜM YOLUNUN İRADİ FİİL veya HUKUKİ İŞLEM ile ORTADAN KALDIRILMAMIŞ OLMASI

A. ÇÖZÜM YOLUNUN İRADİ BİR FİİL ile ORTADAN KALDIRILMAMIŞ OLMASI

Zorunlu irtifakın kurulabilmesinin koşullarından biri de zarureti giderecek çözüm yolunun hukukî işlem veya iradî bir fiil (willkürliche Handlung) ile ortadan kaldırılmamış olmasıdır. Bazı durumlarda zarureti engelleyecek çözüm yolu iradî bir fiil ile ortadan kaldırılır. Eğer çözüm yolu, iradî bir fiil ile ortadan kaldırılmış ise zorunlu irtifakın kurulması talep edilemez²⁵⁴. Bu husus, BGB’de zorunlu geçit bakımından açıkça düzenlenmiştir(BGB § 918/I). Her ne kadar bu husus ZGB’de ve TMK’nda düzenlenmemiş ise de İsviçre/Türk hukukunda “hakkın kötüye kullanılması” yasağını düzenleyen kuraldan (TMK m.2 ZGB Art 2) hareket edilerek çözüme ulaşılmaktadır²⁵⁵. Burada söz konusu olan iradî fiil, zorlayıcı bir sebep olmaksızın serbest irade ile zarureti engelleyecek çözüm yollarının tüketilmesine sebep olan eylemdir. Örneğin taşınmazı genel yola bağlayan geçidin olduğu cepheye bir bina inşa edilmesi bu anlamda bir iradî fiil olarak kabul edilebilir. İradî fiil bazı durumlarda kusurlu bir davranış bazı durumlarda kusursuz bir davranış olarak ortaya çıkar²⁵⁶. Örneğin yapı, kasıtlı olarak veya ağır bir ihmal sonucunda taşırılmış ise taşkın yapı zaruretinin kurulması mümkün değildir. Örneğin rızaî bir mecra irtifakına sahip olan malik, ekonomik gücü bulunduğu halde irtifak bedeline ilişkin taksitleri keyfi olarak ödemeyerek irtifak sözleşmesinin dolayısıyla rızaî mecra irtifakının sona

²⁵⁴Özsunay, s.64 vd.

²⁵⁵Baumgartner § 3 V I; Özsunay, s.72.

²⁵⁶Özsunay, s.68.

endirilmesine sebep olabilir. Bu örnekte mecra zarureti içerisinde düşen malikin, komşularına yönelteceği zorunlu mecra irtifakının kurulması talebi hukuken korunmaz.

B. ÇÖZÜM YOLUNUN HUKUKÎ İŞLEM ile ORTADAN KALDIRILMAMIŞ OLMASI

Bazı durumlarda zarureti engelleyecek çözüm yolu bir hukukî işlem ile ortadan kaldırılır. Eğer çözüm yolu, hukukî işlem ile ortadan kaldırılmış ise zorunlu irtifakın kurulması kural olarak talep edilemez. Örneğin taşınmazından çıkan suyu bir irtifak kurarak herhangi bir taşınmazın veya şahsın yararlanmasına sunduğu için su zarureti düşen malik komşularından zorunlu su irtifakının kurulmasını talep edemez. Bununla birlikte bazı durumlarda zarureti engelleyecek çözüm yolu bir hukukî işlem ile ortadan kaldırılmış olsa bile zorunlu irtifakın kurulması imkânı bulunmaktadır. Örneğin taşınmazını böldüren (ifraz ettiren) malik; taşınmazın, genel yola geçidi olan bölümünün mülkiyetini bir başkasına devrederek geçit zarureti içerisinde düşebilir. Kanun koyucu bu durumda, zaruret içerisinde düşen malike eski yol ve mülkiyet ilişkisine göre en uygun düşecek komşudan zorunlu irtifakın kurulmasını talep etme hakkı tanımıştır. Eski yol ve mülkiyet ilişkisine göre zorunlu irtifakın kurulması talebinin yöneltileceği en uygun komşu ise taşınmazın genel yola geçidi olan bölümünün devredildiği maliktir. Zira mülkiyet devredilmeden önce genel yola taşınmazın o bölümünden ulaşılıyordu.

III. TALEBİN EN UYGUN KOMŞUYA YÖNELTİLMESİ

Zorunlu irtifakın kurulmasının koşullarından biri de zorunlu irtifakın kurulmasına ilişkin talebin en uygun komşu taşınmaz malikine yöneltilmesidir.

A. KOMŞU KAVRAMININ SINIRLANDIRILMASI

Zorunlu irtifaklar, yukarıda ifade edildiği üzere komşuluk hukukundan doğan taşınmaz mülkiyeti kısıtlamalarıdır. Bu sebeple zorunlu irtifaklar ile yalnızca komşu taşınmazların mülkiyeti kısıtlanabilir. Dolayısıyla talebin yöneltileceği kişiler, öncelikle “komşu” kavramı ile sınırlanmıştır²⁵⁷. Talebin yöneltileceği kişilerin komşu olması gerektiği yalnızca zorunlu su irtifakını ve zorunlu geçit irtifakını düzenleyen maddelerde açıkça belirtilmiştir(TMK 747 761/3). Bununla birlikte söz konusu yasal düzenlemelerde komşu kavramı açıklanmamıştır²⁵⁸. Dolayısıyla zorunlu irtifaklar bakımından komşu kavramının belirlenmesi işinin, doktrine ve yargı içtihatlarına düştüğünü söylemek yanlış olmaz. Aslında taşkın yapı hakkı ve zorunlu geçit hakkı bakımından komşu kavramının belirlenmesi sorunu ortaya çıkmaz. Zira yapının taşırıldığı komşu taşınmaz, bitişik taşınmazdır. Eğer yapı birden fazla taşınmaza taşırılmış ise bunlar komşu taşınmazlar olarak kabul edilir. Zorunlu geçit hakkında

²⁵⁷Wieland,Art 691 N.3; Meier-Hayoz Art 691 N.29; Haab Art 691/3 N.6; Waldis, s.6, 156;Hatemi/Serozan/Arpacı, s.655; Brücker, s.69;Romer, s.78; Tobler, s.108–109; Özsunay, s.81, 82, 194 dn.57; Tandoğan, s.619; Özakman, s.178; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.570, 574, 580; Bertan, C.I N.12, s.851.

²⁵⁸ Fakat niteliği itibariyle bir kamu hukuku düzenlemesi olan 23.12.1960 tarihli ve 167 sayılı Yer Altı Suları Kanunu’nda “komşu” kavramı tanımlanmıştır. Bu tanıma göre komşu: bitişik arazi sahibi veya aynı bölgede bulunan ve halin icaplarına göre bitişik arazi sahibi gibi aynı yer altı suyu inkânlarından faydalanması lazım gelen kimsedir.

ise komşu taşınmaz, bitişik taşınmaz veya genel yola kadar yer alan birbirine bitişik taşınmazlardır. Dolayısıyla komşu kavramının belirlenmesi sorunu özellikle zorunlu mecra hakkı ve zorunlu su hakkı bakımından ortaya çıkmaktadır.

Doktrinde, komşu kavramının belirlenmesi ile ilgili olarak bir görüş birliği yoktur. *Wieland* tarafından savunulan bir görüşe göre aynı komün veya mahallede bulunan taşınmazlar birbirinin komşusu olarak kabul edilmelidir²⁵⁹. Doktrinde yer alan diğer bir görüşe göre yalnızca birbirleri ile fiziken bağlı olan taşınmazlar birbirlerinin komşusudur²⁶⁰. Farklı bir görüşe göre belirli bir bölgede yer alan ve çıkar bağıllığı olan taşınmazlar birbirlerinin komşusu olarak kabul edilmelidir²⁶¹. Diğer bir görüşe göre komşu kavramının içeriğini her somut olaya göre belirleyebilen genel esaslar bulunmamaktadır²⁶². Bununla birlikte yine bu görüşe göre komşu kavramının belirlenmesine yardımcı etkenler vardır. Bu görüşe göre söz konusu etkenler taşınmazlar arasındaki mesafe²⁶³ ve taşınmazların aynı bölgede yer

²⁵⁹**Wieland**, Art 691 N.3.

²⁶⁰**Romer**, s.78; **Tobler**, s.108–109.

²⁶¹**Meier-Hayoz** Art 691 N.29; **Haab** Art 691/3 N.6; **Waldis**,s.6, 156; **Özsunay**, s.82; **Hatemi/Serozan/Arpacı**,s.655.

²⁶²**Özakman**, s.177–178; **Şahiniz**, s.32.

²⁶³665 metre mecrayı konu edinen bir zorunlu irtifakın kurulması ile ilgili bir uyuşmazlıkta Yargıtay, zorunlu irtifak talep eden ile kendisine talep yöneltilenin komşu olup olmadığının belirlenmesinde bu konudaki yöresel örf ve âdetinde araştırılması gerektiğine karar vermiştir. Y.14.HD.12.1.2005 T. 2005/94 E. 2005/127 K, Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası. Erişim tarihi 20.10.2014.Yargıtay'ın karşısına gelen bir olayda lehine zorunlu mecra irtifakı talep edilen taşınmaz ile aleyhine irtifak talep edilen taşınmaz arasında 4 km mesafe bulunması durumunda komşuluk ilişkisinden söz

alması, taşınmazların yapısı ve menfaatler dengesidir. Bu görüşe göre söz konusu etkenler, her somut olayın şartlarına göre değerlendirilir ve taşınmazların birbirine komşu olup olmadığı belirlenir. Nihayet başka bir görüşe göre zaruret içerisindeki taşınmaza uzak ve yakın bütün taşınmazlar “komşu” kavramının içerisinde yer alabilir²⁶⁴. Yeter ki zorunlu irtifakın kurulmasına ilişkin koşullar mevcut bulunsun. Zira bu görüşe göre zorunlu irtifaklar, sanayinin ve tekniğin gelişmesine engel olmamalı aksine katkıda bulunmalıdır. Bu sebeple “komşu” kavramının çok geniş olarak yorumlanması zorunludur. Biz doktrinde savunulan son görüşe katılıyoruz. Komşu kavramına girmeyen uzaktaki bir işletme, taşınmazdan zorunlu mecranın tesisini talep edebilecek midir? Bazı yazarlar EMK’un 668. (TMK.m.744) maddesinde komşu kavramı ile ilgili açık bir düzenlemenin yer almadığını savunmaktadır. Bununla birlikte söz konusu yazarlar maddenin sistematik yeri göz önünde bulundurulduğunda zorunlu mecra tesisinin ancak komşuluk ilişkisine dayanılarak talep edilebileceğini kabul etmektedir. Buna göre komşu kavramına girmeyen uzaktaki bir işletme, su, elektrik vs’nin kendi işletmesine ulaşması amacıyla yapacağı tesisatını geçirmek için bu maddeden yararlanamaz. Böyle bir işletme sahibi ancak malik ile anlaşarak bir mecra irtifakı elde edebilir²⁶⁵. Farklı bir görüşe göre EMK’un 668. (TMK.m.744) maddesi ile getirilen düzenleme aynı zamanda sanayi ve tekniğin gelişmesi amacını taşımaktadır. Bu nedenle yararlanacak

edilemeyeceğine karar verilmiştir. Y.14.HD.4.4.2003 T. 2003/282 E. 2003/2663 K, **Surlu/Öztürk** (Mecra Hakkı), s.78.

²⁶⁴**Leemann** Art 694 N.22; **Haab** Art 694/696 N.10; **Zürcher** § 15 II; **Liver** SPR V/1 s.261; **Brücker**, s.69; **Caroni-Rudolf**, s.92; **Özsunay**, s.84; **Brugmann**, s.58; **Tandoğan**,s.623.

²⁶⁵**Özakman**, s.177;**Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.570, 571; **Surlu/Öztürk**(Mecra Hakkı), s.222; **Turhan/Esener**, s.180.

taşınmazın tahsis amacına göre uzak ve yakın bütün taşınmazların mülkiyet haklarının sınırlandırılması mümkündür²⁶⁶. Taşınmaz mülkiyetinin kısıtlanması ile ilgili olarak Yargıtay'ın verdiği kararlarda, kişilerin komşu sayılmaları için birbirlerine bitişik taşınmazlarda oturmalarının zorunlu olmadığı belirtilmektedir. Bu nedenle taşınmazlar arasındaki mesafesi ne olursa olsun bir taşınmaz, diğer bir taşınmazla ilgili mülkiyet yetkilerinin kullanılmasından ileri gelen taşkınlık ve zararın etki alanına girdiği hallerde iki taşınmaz malikinin komşu sayılmaları gerektiği kabul edilmektedir²⁶⁷. Bir Yargıtay kararında mecranın uzunluğunun, komşu kavramının belirlenmesinde önem taşıdığı dolaylı olarak ifade edilmiştir. Söz konusu kararda 665 metre uzunluğunda bir mecranın bir taşınmaz aleyhine zorunlu mecra irtifakı olarak tesis edilmesinin komşuluğun gerektirdiği bir katlanma olarak kabul edilip edilemeyeceğinin araştırılmasının gerekli olduğu belirtilmiştir. Kararda komşuluk kavramı belirlenirken bu husustaki yöresel örf ve âdetin de araştırılması gerektiği kabul edilmiştir²⁶⁸.

B. TALEBİN YÖNELTİLECEĞİ KOMŞUNUN BELİRLENMESİ

Orantılılık ilkesi (Grundsatz der Proportionalitat –Verhältnismässigkeit) komşuluk hukukunun çok önemli bir ilkesidir. Bu ilke talebin yöneltileceği komşunun belirlenmesinde de kural olarak belirleyici olur. Zira zaruret içerisindeki malikin elde ettiği yararlar ile zorunlu irtifakla yükümlü malikin üstlendiği yük

²⁶⁶ Tandoğan, s.623.

²⁶⁷ Y.1.HD.12.5.1978 T. 1978/4474 E. 1978/5433 K, YKD, 1978/7, s.1091 K.; Y.1.HD.2.10.1981 T. 1981/11581 E. 1981/11163 K. YKD, 1982, s.918.

²⁶⁸ Y.14.HD.12.1.2005 T. 2005/94 E. 2005/127 K, Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası.Erişim tarihi 20.10.2014.

arasında bir uygunluk olmalıdır²⁶⁹. Fakat bu uygunluk, zaruret içerisindeki malik ile komşu malikin zorunlu irtifak sebebiyle denk külfetlere katlanacakları anlamını taşımaz. Hatta zorunlu irtifakın her zaman komşu malikin lehine oluşan bir menfaat dengesi ile kurulması gerekir. Bu sebeple zaruret içerisindeki malik bakımından aşırı masraf oluşturmadıkça en az zarar görecektir komşu en uygun komşu olarak kabul edilmelidir²⁷⁰. Dolayısıyla zorunlu irtifakın kurulması talebi kural olarak zorunlu irtifakın kurulmasından dolayı en az zarara uğrayacak komşuya yöneltilmelidir.

En az zarara uğrayacak olan taşınmaz belirlenirken her bir taşınmazın malikinın uğrayacağı bütün zararların (yükleneceği bütün külfetlerin) değerlendirilmesi gerekir. Bu değerlendirmeye yalnızca maddi değil manevi (immaterielle) zararların da dâhil edilmesi zorunludur²⁷¹. Talebin, dava yolu ile kullanıldığı durumlarda, en az zarara uğrayacak taşınmazın maliki, davalı olarak gösterilmemiş (talep, en az zarar görecektir taşınmaz malikine yöneltilmemiş) olabilir. En az zarara uğrayacak taşınmaz malikinın davalı olarak gösterilmemiş olması, zaruret içerisindeki malikin yanılmış olmasından kaynaklanabileceği gibi en az zarar görecektir taşınmazın malikini kayırmış olmasında da kaynaklanabilir. Fakat bilirkişi incelemesi de dâhil olmak üzere delillerin toplanması ile birlikte davalı malikin, en az zarar görecektir taşınmaz maliki olup olmadığı anlaşılır. Eğer davalı, en az zarar görecektir taşınmaz maliki değil ise hâkim, davacıdan, en zarar görecektir maliki, davaya dâhil edip etmeyeceğini sorar. Zaruret içerisindeki malik, en az zarar görecektir maliki,

²⁶⁹Liver ZGB 736 N.28.

²⁷⁰Liver SPR V/1 s.261 vd; Neuenschwander, s.441; Caroni-Rudolf, s.96 vd; Brücker, s.71.

²⁷¹Brücker, s.73.

davaya dâhil etmezse dava reddedilir²⁷². Zaruret içerisindeki malik, en az zarar görecektir maliki, davaya dâhil ederse yargılamaya devam edilir²⁷³.

Bazı durumlarda, yükümlü hale getirilecek olan komşu taşınmaz kanun tarafından belirlenmiştir. Aslında kanun koyucunun yaptığı bu belirlemeler de orantılılık ilkesinin birer görünümü olarak kabul edilebilir²⁷⁴. Fakat bu tür durumlarda kanunun, hangi taşınmazın veya taşınmazların zorunlu irtifak ile yükümlenmesi gerektiği hususunda evvelden mevcut (a priori) ve kesin olan bir önermesi bulunmaktadır. Örneğin kanun koyucu, zorunlu geçit talebinin öncelikle bu geçidin istenmesi önceki mülkiyet ve yol durumuna göre en uygun düşen komşuya karşı kullanılacağını hükme bağlamıştır (TMK 747/2).

Yükümlü taşınmazın belirlenmesinde, orantılılık ilkesinin uygulanabilmesi için aleyhine zorunlu irtifak kurulabilecek, alternatif oluşturan birden çok taşınmazın bulunması gerekir. Dolayısıyla aleyhine zorunlu irtifak kurulabilecek tek bir taşınmaz bulunuyorsa -o taşınmazdan başka bir seçenek bulunmadığı için- yükümlü taşınmazın belirlenmesinde orantılık ilkesi uygulanmaz. Nitekim taşkın yapı durumunda aleyhine zorunlu irtifak kurulabilecek alternatif taşınmazlar bulunmadığı için yükümlü hale getirilecek taşınmazın belirlenmesi sorunu ortaya çıkmaz. Diğer zaruret durumlarında da aleyhine zorunlu irtifak kurulabilecek birden fazla taşınmaz bulunmayabilir. Bu ihtimal yalnızca zorunlu mecra bakımından açıkça

²⁷²Brücker, s.74.

²⁷³Brücker, s.74–75.

²⁷⁴Neuenschwander, s.441.

düzenlenmiştir. Gerçekten “mecranın başka yerden geçirilmesinin imkânsız olması” durumu açıkça hüküm altına alınmıştır (TMK 744/1). Bununla birlikte yine Yargıtay kararlarında cazibe ile atık suların dâhil edileceği şebekenin ek atık suları kaldırıp kaldıramayacağını incelenmesinin zorunlu olduğu belirtilmektedir²⁷⁵. Buna göre ek atık suları kaldırabilecek şebekelerin tercih edilmesi zorunludur. Nitekim yine bir Yargıtay kararında da binanın önündeki atık su şebekesine cazibe ile atık suların katılması imkânsız olduğu takdirde diğer yollarda yer alan atık su şebekeleri bakımından var olan seçeneklerin değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir²⁷⁶.

Zorunlu irtifak, birbirinin alternatifi olan komşu taşınmazların yaklaşık aynı ölçüde yük altına sokuyor ise ortantılılık ilkesi uygulanmaz. Bu gibi durumlarda yükümlü hale getirilecek komşu maliki seçme konusunda zaruret içerisinde bulunan taşınmaz malikine bir tercih hakkının tanınması gerektiği kabul edilmektedir²⁷⁷.

Hukukumuzda, talebin yöneltileceği en uygun komşuyu belirlemesi hususunda özel olarak bir makam görevlendirilmemiştir. Zaruretin belirlenmesinde olduğu gibi en uygun komşunun belirlenmesinde de bir tespit davası açılabilir. Ayrıca bu konuda uyuşmazlık çıktığında ve sorun mahkemenin önüne geldiğinde zorunlu irtifakın kurulmasına karar verilirken doğal olarak en uygun komşu mahkeme tarafından belirlenmiş olacaktır.

²⁷⁵ Y.14.HD.23.2.1993 T.1992/10507 E. 1993/1579 K. **Surlu/Öztürk** (Mecra Hakkı), s.382,383.

²⁷⁶ Y.HGK.7.12.1994 T. 1994/14–468 E. 1994/820 K. **Surlu/Öztürk** (Mecra Hakkı), s.247.

²⁷⁷ **Tekinay**, s.91; **Özakman**, s.173; **Şahiniz**, s.29.

Kanaatimizce olması gereken hukukta talebin yöneltileceği en uygun komşunun belirlenmesinde de idarî makamlar görevlendirilmelidir. İdari makamların, zaruretin belirlenmesinde görevlendirilmesi durumunda ortaya çıkacak yararlar ve sakıncalar idari makamların talebin yöneltileceği en uygun komşunun belirlenmesi durumunda da ortaya çıkar. Bu sebeple yukarıdaki ilgili açıklamalara atıf yapıyoruz.

§ 3. ZORUNLU İRTİFAKLARIN KURULMASINI ENGELLEYEN ÖZEL SEBEPLER

I. ÇATIŞAN MENFAATLERİN ZORUNLU İRTİFAKIN KURULMASINI ENGELLEMESİ

Yukarıda belirtildiği üzere komşuluk hukuku normlarının düzenlediği kısıtlamalarda, komşuların çatışan menfaatlerinin dengelenmesi esas alınmıştır. Dolayısıyla komşuluk hukuku kısıtlamalarının; doğabilmesi, içeriği, değiştirilebilmesi, ortadan kaldırılabilmesi büyük ölçüde komşuların menfaat dengelerinin durumuna bağlıdır. Bu sebeple bir zorunlu irtifakın kurulmasına bağlı olarak komşuların menfaat dengeleri bozulacaksa o zorunlu irtifakın kurulması mümkün değildir. Örneğin zorunlu geçit irtifakı ile yükümlü hale getirildiğinde komşu malikin uğrayacağı zararlar, geçit zarureti içerisindeki malikin elde edeceği yararlar ile oranlı (uygun) değilse zorunlu geçit hakkı kurulamaz²⁷⁸.

Zorunlu irtifakın kurulması için aranan bu koşul yalnızca taşkın yapı zarureti düzenleyen hükümde açıkça belirtilmiştir (TMK 725/1). Taşkın yapı

²⁷⁸Baumgartner§ 3 IV; Özsunay, s.118.

irtifakının, komşuların menfaat dengelerinin bozulmaması koşulu ile kurulabileceği söz konusu düzenlemede “...aynı zamanda durum ve koşullar da haklı gösterdiği takdirde.....” biçimindeki ifade ile hükme bağlanmıştır.

Taşkın yapı irtifakının kurulması için durum ve koşulların da taşkın yapı irtifakının kurulmasını haklı göstermesi gerekir (TMK 725/2)²⁷⁹. Bu koşul bir yönden tarafların menfaatleri ile diğer yönden de taşkın yapı hakkındaki diğer yasal düzenlemelerle ilgilidir. Buna göre ilk olarak bu koşul sayesinde herhangi bir somut olayda zorunluluk hakkının kurulması sonucu taraflar arasında aşırı bir çıkar oransızlığının önüne geçilmektedir. Buna göre eğer taşkın yapı irtifakının kurulması her iki tarafın çıkarları arasında aşırı bir oransızlık meydana getirecekse durum ve koşullar taşkın yapı irtifakının kurulmasını haklı göstermiyor demektir²⁸⁰. Dolayısıyla taşkın yapı sahibi önemli zararlara uğramaksızın yapının kaldırılması mümkünse durum ve koşullar taşkın yapı irtifakının kurulmasını gerektirmemektedir²⁸¹. Tarafların menfaatlerinin tartılmasında taşkın yapının ne kadar zamandan beri var olduğu, toprağın malik için vazgeçilmezliği taşkın yapının değerinin toprağın değerine oranı göz önünde bulundurulur²⁸². Ayrıca taşkın kısmın korunmasını durum ve koşulların haklı gösterip göstermediğinin belirlenmesinde,

²⁷⁹ İsviçre-Türk hukukundan farklı olarak Alman Hukuku’nda söz koşul aranmamıştır. Dolayısıyla komşu malik hiç ya da zamanında itiraz etmezse ve taşkın inşaatı yapan iyi niyetli ise katlanma yükü doğar(BGB § 912).

²⁸⁰ **Haab** Art 674 N.19; **Bürgisser**,s.334–335; **Akman**, s.157.

²⁸¹ **Akman**, s.157; **Bürgisser**, s.336; **Arık**, Başkasının Arsasına Tecavüz Eden Yapılar Meselesi AD 1945, s.545; **Haab** Art 674 N.19; **Leemann** Art 674 N.51; **Meier-Hayoz** Art 674 N.70.

²⁸² **Leemann** Art 674 N.50; **Meier-Hayoz** Art 674 N.69; **Akman**, s.157–158.

taşkın yapının yıktırılması durumunda toplumun uğrayacağı zararlarla göz önünde bulundurulması gerektiği kabul edilmiştir.

Yargıç TMK'un 4. maddesindeki takdir yetkisine dayanarak itiraz etmeme ve iyi niyetli olma koşullarının somut olayda gerçekleşmiş bulunmasına rağmen durumun gereğinin haklı kılmadığı kanısına varırsa taşkın yapı hakkının tanınmasına veya taşılan toprak kısmının mülkiyetinin devrine ilişkin talebi kabul etmeyecektir²⁸³. O somut olayın bütün verilerini ve hal ve koşulları değerlendirerek serbest takdir yetkisine dayanarak olumlu veya olumsuz sonuca varacaktır²⁸⁴. Komşu taşınmazda evvelce diğer bir taşınmaz yararına kurulmuş bulunan geçit hakkını da içine alacak şekilde sınır aşılarak yapı yapılmışsa geçit hakkı verilmiş olan taşınmaz başka yerden uygun başka bir yol verilmesi mümkün olup olmayacağına bakılır. Yol için başka bir yer bulunmazsa sınırı aşan taşınmazın iktisadi değerı var diye evvelden beri var olan diğer iktisadi bir değerı hiç haline getirmek isabetli olmaz. TMK'nun 725. maddesinin 2. fıkrasındaki diğer bütün koşullar gerçekleşmiş olsa da beliren duruma göre yerin mülkiyetinin verilmesi veya irtifak hakkının tanınması hakka uygun olmayacağından hâkim bu konudaki talebi reddeder. Özellikle yapı sahibine sınırı aşan yapının sağlayacağı menfaat ile yeri elinden alınan kimsenin durumu karşılaştırıldıktan sonra yapı sahibine böyle bir hakkın tanınmasını hâkim adalete uygun bulursa kabul eder²⁸⁵.

²⁸³ Akman, s.153.

²⁸⁴ Akman,s.154.

²⁸⁵ Bertan, C.I, N.32, s.644.

Yargıç durumun gereğinin taşkın yapının kalmasına elverişli olduğu kanısına varırsa yine takdir yetkisine dayanarak yasanın öngördüğü olanakların birinin uygulanmasına yani ya taşkın yapı hakkının tanınmasına ya da üzerine taşılan toprak kısmının mülkiyetinin devrine karar verecektir²⁸⁶.

II. YASAL KISITLAMALAR

Mevzuatımızda yer alan bazı yasal düzenlemeler, bazı durumlarda, zorunlu irtifakın kurulması talebinin komşu malike karşı ileri sürülmesini engellemektedir. 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, bu yasal düzenlemelerden bir tanesidir. Bu Kanuna göre, bir taşınmaz üzerinde taşınır veya taşınmaz kültür ve tabiat varlığı bulunuyor ise kültür ve tabiat varlığının koruma alanı içerisinde inşaat ve tesisat yapılıp yapılamayacağı konusunda koruma kurullarının karar alma yetkisi bulunmaktadır(KTVKK8/1). Bir zorunlu irtifakın kurulması ise bir inşaatı ve/veya tesisatı gerektirebilir. Dolayısıyla koruma kurulunun olumsuz karar verdiği durumlarda diğer koşullar gerçekleşse bile koruma alanı içerisinde kalan taşınmazın malikine zorunlu irtifakın kurulması talebi yöneltilemez²⁸⁷.

775 sayılı Gecekondu Kanunu m. 34/1-b hükmünde; G K. hükümlerine göre belediyelerce tahsis olunan taşınmazların, tahsis tarihinden itibaren on yıl süre ile rehin ve diğer aynî haklarla takyid edilemeyeceği düzenlenmiştir. G K hükümlerine göre belediyelerce tahsis olunmuş taşınmazların maliklerine bu düzenlemeye rağmen zorunlu irtifakın kurulması talebi yöneltilebilir mi? Doktrinde, bu taşınmazlar

²⁸⁶ Akman, s.155.

²⁸⁷ Y.14.HD.1.3.2001 T.E.1061/K.1499. Surlu/Öztürk(Geçit Hakkı), 2003, s.443.

aleyhine de zorunlu irtifak kurulabileceği savunulmaktadır²⁸⁸. Zira zorunlu irtifak hakları, yükümlü taşınmaz malikinin iradesi dışında kurulduğu ve yasal bir zorunluluktan kaynaklandığı için bu görüşe göre söz konusu haklar bakımından G K m.34/1-b hükmü uygulama alanı bulamaz.

Taşkın kısmın korunmasını durum ve koşulların haklı göstermesi koşulu diğer yönden de taşkın yapı hakkındaki diğer yasal düzenlemelerle ilgilidir. Taşkın yapı irtifakının kurulmasını engelleyecek yasal düzenlemelere öncelikle İmar Mevzuatında rastlanılır²⁸⁹. Buna göre diğer koşullar gerçekleşse bile irtifak tesisi İmar Mevzuatı bakımından mümkün değilse irtifak tesis edilemez²⁹⁰. Bu nedenle irtifak tesisinin, İmar Mevzuatına uygun olup olmadığının araştırılması

²⁸⁸ **Surlu/Öztürk**(Geçit Hakkı) 2003, s.133.**Surlu/Öztürk** (Mecra Hakkı), 2003, s.302, 303. 4753 sayılı Yasaya tâbi taşınmazlar bakımından **Tırpan**, s.262.

²⁸⁹ İmar Kanunu'nun 16. maddesi “Belediye ve mücavir alan hudutları içindeki gayrimenkullerin re'sen veya müracaat üzerine tevhid veya ifrazı, bunlar üzerinde irtifak hakkı tesisi veya bu hakların terkinin, bu Kanun ve yönetmelik hükümlerine uygunluğu belediye encümenleri veya il idare kurullarınca onaylanır.Onaylama, işlemi müracaatın belediyelere veya valiliklere intikalinden itibaren en geç 30 gün içinde sonuçlandırılır ve tescil veya terkinin için 15 gün içinde tapuya bildirilir.Tapu dairesi, tescil veya terkin işlemi bir ay içinde sonuçlandırmak zorundadır.Bu Kanun hükümlerine göre şüylendirilen gayrimenkullerin sahipleri ilgili idarenin tebliği tarihinden itibaren altı ay içinde aralarında anlaşamadıkları veya şüyuun izalesi için, mahkemeye müracaat edilmediği takdirde ilgili idare hissedarmış gibi, şüyuun izalesi davası açabilir.Tarafların rızası veya mahkeme kararı ile şüyuun izalesi ve arazi taksimi de yukarıdaki hükümlere tabidir” biçimindedir.

²⁹⁰ **Karahasan**, C.1 s.856.

zorunludur²⁹¹. Yapının taşıdığı arsa kısmının ifraz edilip taşkın yapı bulunduğu arsaya dâhil edilmesi de İmar Mevzuatı bakımından mümkün olmayabilir²⁹². Bu durumda mahkeme, taşılan arazi parçasının mülkiyetini taşkın yapı sahibine veremeyeceği için bir taşkın yapı irtifakı kurma yoluna gidebilir. Bu nedenle Yargıtay kararlarında da diğer koşullar saptandığı ve ancak imar yönünden bir sakınca mevcut olmadığı takdirde taşınan kısımdaki arazi parçasının mülkiyetinin verilebileceği kabul edilmiştir²⁹³. Taşılan arazi parçasının sadece ifraz edilebilir olduğunun anlaşılması yeterli değildir. İfrazın ne gibi şartlarla mümkün olacağına da Belediyeden sorulması gerekmektedir. Ayrıca taşılan arazi parçası ifraz edildikten sonra diğer parselle tevhidinin İmar Kanunu bakımından mümkün olup olmadığının araştırılması zorunludur²⁹⁴. İşte taşınan arazi parçasının bölünmesinin ve diğer arazi parçası ile birleştirilmesinin İmar Mevzuatı hükümlerine uygun olup olmadığı hususunun mahkeme tarafından yargılamanın her aşamasında resen göz önünde bulundurulması gerekmektedir²⁹⁵. İmar Mevzuatı hükümlerinin uygulanmadığı yerlerde, doğal olarak taşkın yapı irtifakı tesisinin İmar Mevzuatı bakımından mümkün olup olmadığının araştırılmasına gerek bulunmamaktadır. Yine İmar Mevzuatı hükümlerinin uygulanmadığı yerlerde taşınan arazi parçasının ayrılarak taşkın yapı sahibinin

²⁹¹ Y.1.HD.28.10.1997 T. 1996/11678 E. 1997/13242 K Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası. Erişim tarihi 20.10.2014.

²⁹² **Karahasan**, C.1 s.856.

²⁹³ Y.1.HD.27.12.1978 T. 1978/13654 E. 1978/13705 K, **Özmen**, s.138, 139. Y.HGK.17.4.1971 T. 1971/697.1–514 E. 1971/256 K; Y.HGK. 5.7.1972 1972/968/1–618 E. 1972/607 K, **Karahasan**, C.1 s.856.

²⁹⁴ Y.1.HD.14.5.1970 T. 1970/3802 E. 1970/3204 K, **Özmen**, s.148.

²⁹⁵ **Karahasan**, C.1 s.856. Y.HGK.9.11.1968 T. 1968/1-612 E. 1968/741 K, **Özmen**, s.158.

mülkiyetine dâhil edilmesinin İmar Mevzuatı bakımından mümkün olup olmadığının araştırılmasına gerek bulunmamaktadır²⁹⁶. Bununla birlikte bir Yargıtay kararında taşkın yapının bölünmesinin imar mevzuatı bakımından sakıncalı olduğunun anlaşılması durumunda irtifak hakkı kurulmasının da mümkün olmadığı kabul edilmiştir²⁹⁷. Taşkın yapı hakkının kurulmasına veya mülkiyetin devredilmesine imar durumu elverişli olmalıdır. İmar mevzuatı taşınmazların bölünmesine ve irtifak hakkı kurulmasına elverişli değilse itiraz etmeme ve iyi niyetli olma koşulları gerçekleşmiş olsa bile taşkın inşaatın kaldırılmasına karar verilmektedir.

²⁹⁶ Y.1.HD.31.12.1969 T. 1969/9853 E. 1969/7930 K, **Özmen**, s.158.

²⁹⁷ Y.1.HD.22.10.2001 T. 2001/9711 E. 2001/10727 K, Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası. Erişim tarihi 20.10.2014.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

§ 4. ZORUNLU İRTİFAKIN KURULUŞU

I. TALEBİN İLERİ SÜRÜLMESİ

A. TALEBİN İLERİ SÜRÜLME ŞEKLİ

Bir zorunlu irtifakın kurulması için gerçekleşmesi gereken koşullardan biri, zorunlu irtifakın kurulmasına ilişkin talebin, komşu malike karşı ileri sürülmesidir²⁹⁸. Kanun koyucu, talebin ileri sürülmesine ilişkin bir şekil koşulu getirmediği gibi talebin dava yolu ile ileri sürülmesini de şart koşmamıştır²⁹⁹. Buna karşılık Avusturya Hukuku'nda, zorunlu geçidin kurulmasına ilişkin talep hakkı yalnızca dava yolu ile kullanılabilir. Talebin, İsviçre/Türk hukukunda, dava yolu ile ileri sürülmesinin zorunlu kılınmamış olması, doktrinde, son derece isabetli bulunmuştur³⁰⁰. Zira taraflar, kendi aralarında bir çözüme ulaşabilecekler ise ayrıca bir dava açılmasının zorunlu tutulmasının; gereksiz, masraflı ve usul ekonomisine aykırı olduğu kabul edilmektedir³⁰¹. Ayrıca zaruret içerisindeki malik mutlaka bir dava açmaya zorlanırsa, zorunlu irtifakların fonksiyonunda azalma ve aksama olabileceği belirtilmektedir³⁰². Fakat talep, dava dışı yolla ileri sürülmesine rağmen,

²⁹⁸ Akman, s. 207.

²⁹⁹ Akman, s.207; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir,s. 575, 581.TMK'nda; zorunlu irtifakların kurulması talebinin ileri sürülmesi bakımından, dava yolu şart koşulmamış ise de EMK'dan farklı olarak, önalım hakkının ileri sürülmesi bakımından dava yolu şart koşulmuştur(TMK m.734/1).

³⁰⁰ Baumgartner,s.49 § 6 III, 76; Akman, s. 207; Özsunay, s. 87; Yazman, s. 156

³⁰¹ Akman, s.208; Özsunay, s.87.

³⁰² Baumgartner § 6 III; Özsunay, s. 89.

komşu malik, zorunlu irtifakın kurulmasına ilişkin gerekli irade açıklamalarında bulunmaktan kaçınırsa zaruret içerisindeki malik dava yoluna başvurmak zorunda kalır³⁰³. Bununla birlikte zaruret içerisindeki malikin, talebini doğrudan doğruya dava yolu ile ileri sürmesine de hukukî bir engel bulunmamaktadır.

B. TALEBİN İLERİ SÜRÜLEBİLME SÜRESİ

Zorunlu irtifakların kurulmasına yönelik talep yetkisinin ileri sürülmesi, EMK’da olduğu gibi TMK’nda da bir süre sınırlamasına tâbi tutulmamıştır. Talep yetkisinin bir zamanaşımı süresine tâbi olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde yer alan bir görüşe göre talebin ileri sürülmesi, ne bir hak düşürücü süreye ne de zamanaşımı süresine tâbi değildir³⁰⁴. Bu görüşü savunan yazarlardan bazılarının göre; kanunda, talep yetkisi için bir zamanaşımı süresinin düzenlenmemiş olmasının sebebi, talep yetkisinin eşyaya bağlı bir hak olmasıdır³⁰⁵. Dolayısıyla bu yazarlara göre, mülkiyetin zamanaşımına uğramaması karşısında mülkiyete bağlı talep yetkisinin de zamanaşımına uğraması mümkün değildir. Talebin zamanaşımına tâbi olmadığını savunan diğer yazarlara göre talep yetkisinin zamanaşımına uğramamasının sebebi; talep yetkisinin, eşyaya bağlı niteliğinden kaynaklanmamaktadır³⁰⁶. Bu görüşe göre, sırf, talep yetkisi ileri sürülmeden bir sürenin geçmiş olması sebebi ile devam eden zaruret durumu göz ardı edilemez. Bu sebeple bu görüşe göre talep yetkisinin, zamanaşımına tâbi tutulması bir anlam

³⁰³Leemann Art 694 N.28; Baumgartner § 6 I; Waldis, s. 175 vd; Akman, s. 211; Özsunay, s. 94.

³⁰⁴Jost, s. 177; Meier-Hayoz Systematischer Teil N. 175; Caroni-Rudolf, s. 123 vd; Akman, s. 218 vd.

³⁰⁵Jost, s. 177; Meier-Hayoz Systematischer Teil, N. 175.

³⁰⁶Caroni-Rudolf, s.123 vd; Akman, s.218 vd.

taşımaz³⁰⁷. Yine bu görüşe göre, kanun koyucu, talep yetkisi için bir zamanaşımı süresi belirlemiş olsaydı bu süre biter bitmez devam eden zaruret durumu nedeniyle yeni bir talep yetkisi doğacaktı³⁰⁸. Dolayısıyla bu görüşe göre, talep yetkisi için zamanaşımı süresi düzenleyen hukuk normu, bir fonksiyona sahip değildir. Ayrıca bu görüşe göre talep yetkisinin, bir zaman aşımı süresine veya bir hak düşürücü süreye tâbi tutulması, toplumun korunması gereken menfaatleri ile de bağdaşmaz. Zira zaruret durumunun -ne kadar uzun bir süredir devam ederse etsin- giderilmesi ile toplumun göz ardı edilemeyecek menfaatleri de korunmuş olmaktadır³⁰⁹. Doktrinde yer alan diğer görüşe göre zorunlu irtifak bedeli ödenmişse veya alacaklı temerrüdüne ilişkin hükümler uyarınca söz konusu bedel tevdi edilmişse ortaya çıkan zorunlu irtifakı kurma yükümlülüğü on yıllık zamanaşımı süresine tâbidir(BK m.125)³¹⁰. Fakat yine bu görüşe göre zaruret durumu devam ettiği sürece yeni talep haklarının doğuşu zamanaşımının olumsuz etkisini dolaylı olarak bertaraf eder.

Talep yetkisi, bir hak düşürücü süreye veya zamanaşımı süresine tâbi değil ise de zaruret içerisindeki malikin, gelecekte, bu talebi, istediği her an yürürlüğe koyabileceğine ilişkin kesin bir vargıya ulaşılması mümkün değildir. Zira bazı durumlarda; zaruret sürüyor olsa bile talep yetkisinin, sebepsiz olarak uzun süre ileri sürülmemesi, zorunlu irtifakın başka bir koşulunun gerçekleşmesini engelleyebilir. Nitekim herhangi bir zorunlu irtifakın kurulmasına ilişkin uyuşmazlıkta, hâkim, takdir yetkisini kullanırken talep yetkisinin yürürlüğe konmasındaki sebepsiz

³⁰⁷Caroni-Rudolf,s.123; Akman, s.219.

³⁰⁸Akman, s.219.

³⁰⁹Caroni-Rudolf, s.123; Akman, s.219.

³¹⁰Erel, s.125; Oğuzman Eşyaya Bağlı Borçlar, s.249–250; Şahiniz, s.97.

gecikmeyi, zaruret içerisindeki malik aleyhine değerlendirir³¹¹. Biz de talep hakkının zamanaşımına tâbi olmadığına dair doktrinde yer alan görüşlere aynı gerekçelerle katlıyoruz.

C. TALEP YETKİSİNİN KORUNMASI

Talep ileri sürüldükten sonra, zorunlu irtifak kurulana kadar belli bir süre geçer. Bu süre her somut duruma göre kısa veya uzun olabilir. Bu süre içerisinde zaruret içerisindeki malikin menfaatleri risk altındadır. Zaruret içerisindeki malikin risk altında olan en önemli menfaati, zorunlu irtifakın kurulmasına ilişkin menfaattir³¹². Zira bu süre içerisinde; zorunlu irtifakın kurulmasını engelleyecek hukukî tasarruflar gerçekleştirilebilir ve özellikle komşu taşınmazın mülkiyetinin devredilmesi, zorunlu irtifakın kurulmasını engelleyebilir. Örneğin bu süre içerisinde komşu taşınmazı devralan kişi; taşınmazda, sürekli ve yoğun olarak bir tarımsal faaliyette bulunacak ise su zarureti içerisindeki komşusuna zorunlu suyu verme imkânına sahip olmaz. Zaruret içerisindeki malikin risk altında olan başka bir menfaati, zorunlu irtifakın karşılığı olarak mümkün olduğu ölçüde az bedel ödemesine ilişkin menfaattir³¹³. Zira söz konusu süre içerisinde, komşu taşınmaz üzerinde kurulan ve zorunlu irtifak ile bağdaşmayan sınırlı aynî hakların sahiplerine, zorunlu irtifakın bu sınırlı aynî haklardan önce gelebilmesi için bir bedel ödenmesi gerekir. Bunun sonucunda zorunlu irtifak bedeli artmış olur. İşte zorunlu irtifak hakkı kurulana kadar zaruret içerisindeki malikin sözü edilen ve benzeri menfaatlerinin

³¹¹ Akman, s.220.

³¹² Liver Art 731 N.81.

³¹³ Liver Art 731 N.81.

korunabilmesi için zorunlu irtifak talebinin tapu kütüğüne şerh verilebilmesi gerekir. Nitekim doktrinde, bu talebin tapu kütüğüne şerh verilebileceği kabul edilmiştir³¹⁴. Bu şerhin hukukî dayanağı, TMK m.1011/1 b-1 (ZGB 961/1) hükmü olamaz. Zira söz konusu hükümde; iddia edilen bir ayni hakkın güvence altına alınmasına yönelik olan geçici tescil şerhi düzenlenmiştir. Oysaki zorunlu irtifakın talep edildiği aşamada henüz iddia edilen bir aynî hak bulunmamaktadır³¹⁵. Zorunlu irtifakın kurulması talebinin şerhinin hukukî dayanağı, TMK m.1010/1 b-1 (ZGB 960/1) hükmüdür³¹⁶. İsviçre hukukundan farklı olarak Türk hukukunda, bu hüküm uyarınca şerh işleminin yapılabilmesi için bir mahkeme kararının varlığı zorunludur. Dolayısıyla zaruret içerisindeki malik, zorunlu irtifakın kurulmasını sağlayacak talep yetkisinin korunması için şerh işlemi yaptırmak istiyor ise mahkemeye başvurması ve buna ilişkin bir karar alması zorunludur. Örneğin arsasına taşılan, taşkın yapı sahibi tarafından açılan davanın sonucunu beklemek yerine kaldırma ve yıkım işine bizzat kendi girişebilir³¹⁷. İşte bu tür durumlarda talep hakkının güvence altına alınabilmesi için mahkemenin ihtiyati tedbir kararı vermesi zorunlu olabilir³¹⁸.

³¹⁴**Liver** Art 731 N.80 f. Art 734 N.175 f; **Rey** Art 731 N.85 f; **Caroni-Rudolf**, s.117-120; **Neuenschwander**, s.396; **Brücker**, s.100.

³¹⁵**Liver** Art 731 N.80; **Meier-Hayoz** Art 691 N.74; **Neuenschwander**, s.396; **Caroni-Rudolf**, s.118 vd; **Brücker**, s.100; **Bürgisser**, s.404; **Özsunay**, s.152-154; **Yazman**, s.162.

³¹⁶**Liver** Art 731 N.80; **Meier-Hayoz** Art 691 N.74; **Neuenschwander**, s.396; **Caroni-Rudolf**, s.118 vd; **Brücker**, s.100.

³¹⁷**Bürgisser**, s.404.

³¹⁸**Caroni-Rudolf**, s.112-113; **Bürgisser**, s.404-403; **Akman**, s.215-216.

D. TALEP YETKİSİNİN SONA ERMESİ

Zorunlu irtifakların kurulmasına ilişkin bir talep yetkisi çeşitli sebeplerle sona erebilir. İlk olarak zorunlu irtifakın kurulması ile talep yetkisi de sona ermiş olur³¹⁹. İkinci olarak zorunlu irtifak kurulmadığı halde zorunlu irtifak ile aynı kapsama sahip bir rızai irtifakın kurulmasıyla zaruret durumu ortadan kalkacağı için talep yetkisi de sona erer³²⁰. Üçüncü olarak ilgili taşınmaz malikleri, yapacakları bir sözleşme ile zaruret içerisindeki malikin talep yetkisini sona erdirilebilir³²¹. Bu durumda taşınmaz maliklerinin yalnızca külli halefleri talep yetkisini kullanamaz. Dolayısıyla cüz-i halefler, koşulları oluşmuşsa talep yetkisini kullanabilir. Böyle bir sözleşme herhangi bir şekle bağlı değildir(BK m.11/1). Buna karşılık zorunlu irtifakın kurulması imkânının tamamen ortadan kaldırılıp kaldırılamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Zorunlu irtifakların kurulması, özel mülkiyet kısıtlaması olduğu için doktrinde yer alan hâkim görüşe göre bu kısıtlamalar, TMK m.731/2’de yer alan şekle uyularak ortadan kaldırılabilir³²². Kanaatimizce TMK m.731/2 hükmünün, zorunlu irtifak haklarına doğrudan uygulanması mümkün değildir fakat kıyasen uygulanabilir. Zira TMK’nun 731. maddesi yalnızca doğrudan doğruya kanundan doğan kısıtlamaların ortadan kaldırılmasını düzenlemektedir. Buna göre talep yetkisinin ortadan kaldırılabilmesi için tarafların kurdukları sözleşmenin resmî şekilde düzenlenmesi ve

³¹⁹ **Akman**, s.220.

³²⁰ **Erel**, s.136; **Neuenschwander**,s.142.

³²¹ **Meier-Hayoz** Art 680 N.104 vd; **Caroni-Rudolf**, s.121; **Akman**, s.220.

³²² **Waldis**, s.163; **Baumgartner**,s.53; **Erel**, s.135; **Şahiniz**, s.130. **Wieland** ise bu imkânı, zorunlu mehra irtifakı bakımından kabul etmekte fakat zorunlu geçit irtifakı bakımından kabul etmemektedir.

Wieland Art 730 Bem 2c.

tapu kütüğüne şerh verilmesi gerekir(TMK 731/2). Söz konusu sözleşme yalnızca sözleşmeyi kuran malikleri ve onların küllî-cüzî haleflerini bağlar³²³. Dolayısıyla koşullar oluştuğunda diğer komşu taşınmazların malikleri lehine kısıtlamanın ortaya çıkması ihtimali devam eder.

E. TALEP YETKİSİNİN SAHİPLERİNİN BELİRLENMESİ

Zorunlu irtifakları düzenleyen maddelerde, talep yetkisinin sahipleri, tereddüt oluşturmayacak şekilde belirlenmemiştir. Örneğin zorunlu geçit, zorunlu su ve taşkın yapı irtifaklarını düzenleyen maddelerde, malikin talep yetkisine sahip olduğu belirtilmişse de başka bir ilgilinin de talep yetkisine sahip olup olmadığı açıkça belirlenmemiştir(TMK 725/2, 747/1, 761/1). Zorunlu mecra irtifakını düzenleyen maddede ise talep yetkisine kimlerin sahip olduğu hususunda hiç bir belirleme yoktur(TMK 744/1). Pozitif hukukun bu durumu karşısında talep yetkisinin sahiplerinin belirlenmesi işinin, doktrine ve yargı içtihatlarına kaldığı rahatlıkla söylenebilir. Talep yetkisinin sahiplerini, şu şekilde kategorize edilebilir:

1. Malik

Yukarıda ifade edildiği üzere zorunlu geçit, zorunlu su ve taşkın yapı irtifaklarını düzenleyen maddelerde taşınmaz malikinin talep yetkisine sahip olduğu açıkça belirtilmiştir. Her ne kadar zorunlu mecra irtifakını düzenleyen maddede, malikin talep yetkisi belirtilmemiş ise de söz konusu irtifak bakımından da malikin talep yetkisine sahip olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır³²⁴. Dolayısıyla

³²³Özakman,s.180–181; Akman, s.220–221; Erel, s.135; Şahiniz, s100.

³²⁴Tandoğan, s.619; Özakman, s. 63; Şahiniz, s.63.

taşınmaz maliki kural olarak bütün zorunlu irtifakların kurulmasında talep yetkisine sahiptir³²⁵. Belirtmek gerekir ki zorunlu irtifakların kurulması daha çok arazi malikleri tarafından talep edilse de kat mülkiyeti tesis edilmiş binaların bağımsız bölümlerinin malikleri de zaruret içerisine düşmekte ve söz konusu hakların kurulmasını talep etmektedir³²⁶. Zaruret içerisindeki kişi gerçek kişi olabileceği gibi kural olarak tüzel kişi de olabilir³²⁷.

a. Özel Hukuk Kişileri

aa. Ortaklar (Elbirliği Mülkiyetinde)

Elbirliği mülkiyetine tâbi olan bir taşınmazın ortaklarının her biri talep yetkisine sahip değildir. Talep yetkisi, bütün ortakların oybirliği ile alacakları bir karar sonucunda kullanılabilir(TMK m.702/2)³²⁸.

Ortaklar, elbirliği mülkiyetine tâbi olan taşınmazlarından, bir anlaşmayla veya fiilen paylaşmış olarak yararlanıyor olabilirler. Fakat taşınmazın bir bölümünden yararlanan ortak, zaruret içerisine düşebilir. Örneğin, taşınmazın başka bölümlerinde fazla su olduğu halde ortaklardan birinin kullandığı bölümde yeterli su

³²⁵**Baumgartner**§ 4 I; **Waldis**, s.175–176; **Zürcher**§ 4 I; **Özsunay**, s.77; **Wieland** Art 669 N.6Art 694 Bem.5; **Haab** Art 694/696 N.9; **Leemann** Art 648 N.20Art 694 N 20; **Erel**, s.8; **Akman**, s.192; **Yazman**, s.152.

³²⁶**Brücker**, s.42, 47–48, 93; **Caroni-Rudolf**, s.55 vd; **Özakman**, s.44,45; **Özsunay**, s.128.

³²⁷**Şahiniz**, s.68.

³²⁸**Meier-Hayoz** Art 653 N.2 Art 691 N.28 Art 694 N.23; **Brücker**, s.92; **Özsunay**, s.78,79;**Akman**, s.195; **Edege**, Tecavüz Eden İnşaat II, İBD. 1967, s.576;**Yazman**, s.153; **Bertan** C.I N.8 s.861 C.I N.4 s.923; **Şahiniz**, s.64.

bulunmayabilir. Diğer ortaklar yeterli suyu sağlamadığı için söz konusu ortak su zarureti içerisinde düşmüş olabilir. Yine örneğin taşınmazı genel yola bağlayan geçit, paylaşılmış bölümlerden birinin içerisinde kalmış olabilir. Kendi bölümünde geçit kalan ortak, diğerlerinin, bu geçitten yararlanarak genel yola ulaşmalarını engellediği için diğer ortaklar geçit zarureti içerisinde düşebilir. Bu tür durumlarda, taşınmazın bir bölümünü kullanan ortak diğer bölümünü kullanan ortağa karşı zorunlu irtifak hakkının kurulmasını talep edemez³²⁹. Zira zorunlu irtifak hakları, gerek eşyaya bağlı olarak gerekse kişiye bağlı olarak kurulsun, yalnızca bir taşınmazı veya taşınmaz niteliği taşıyan bağımsız ve sürekli bir aynî hakkı kayıtlar. Dolayısıyla taşınmazın kullanım amaçlı bölünmesi sonucu ortaya çıkan bölümler bir taşınmaz olmadığı için bu bölümler –birer taşınmaz haline gelmediği sürece- zorunlu irtifak ile kayıtlanamazlar. Fakat bu hukukî sonuç yani bir bölümü kullanan ortağın diğer bölümü kullanan ortağa karşı zorunlu irtifak kurulmasını talep edememesi, söz konusu ortağın hukuken çaresiz olduğu anlamına gelmez. Zira paylı mülkiyet ile ilgili bir düzenlemede bu hukukî sorunun çözümüne yer verilmiştir(TMK 693/1). Söz konusu düzenlemeye göre paydaşlardan her biri, diğerlerinin hakları ile bağdaştığı ölçüde paylı maldan yararlanabilir ve onu kullanabilir. Eğer bir paydaş veya paydaşlar, zaruret içerisindeki paydaşın ilgili bölümden yararlanmasını engellerse zaruret içerisindeki paydaş müdahalenin önlenmesi talebinde bulunabilir. Dolayısıyla elbirliği mülkiyeti, paylı mülkiyete dönüştürülür ise belli bir bölümü kullanan ve ortak iken paydaş haline gelen malik zaruret durumunu giderebilmek için diğer bölümlerden yararlanabilir. Örneğin kendisinin kullanmadığı bölümden gerekli suyu

³²⁹Ayan Mülkiyet, s.257. Y.14.HD.23.11.1989 T. 1988/6905 E 1989/9902 K Surlu/Öztürk(Mecra Hakkı), s.301.

alabilir. Örneğin diğer bölümde yer alan geçidi, genel yola veya genel yola ulaşan yola ulaşmak için kullanabilir. Dolayısıyla zaruret durumunun giderilmesi için öncelikle elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüşmesi gerekir. Mirasçılıktan doğan elbirliği mülkiyetinde ise bir ortağa, elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesini talep hakkı tanınmıştır(TMK m.644). Söz konusu düzenleme kıyasen uygulanarak diğer elbirliği mülkiyeti hallerindeki ortaklara da elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesini talep hakkı tanınmalıdır. Böylece paylı mülkiyete tâbi halen gelen taşınmazda, TMK m.693/1 hükmü uygulanabileceği için ortak iken paydaş haline gelen malik taşınmazın diğer bölümlerinden de yararlanarak zaruret durumundan kurtulabilir. Tekrar etmek gerekirse ortakken paydaş haline gelen malik, zaruret içerisindeki diğer bir paydaşın ilgili bölümden yararlanmasını engelliyorsa zaruret içerisindeki paydaş müdahalenin önlenmesi talebinde bulunabilir.

bb. Paydaşlar

Paylı mülkiyete tâbi bir taşınmazda, paydaşların her birinin talep yetkisine sahip olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde yer alan bir görüşe göre talep yetkisi, ancak bütün paydaşların oybirliği ile alacakları bir karar sonucunda kurulabilir³³⁰. Bu görüşe göre zorunlu irtifak hakkının kurulması; taşınmazın

³³⁰**Baumgartner** § 4 I s.30; **Zürcher**, § 15 I s.107; **Özsunay**, s. 80; **Özakman**, s.189; **Şahiniz**, s.63; **Bertan** C.I N.8 s.849. **Bertan** zorunlu geçit bakımından talep hakkını herr bir paydaşın tek başına kullanabileceği kanaatindedir. **Bertan** C.I N.8 s.849. Bertan'a göre müşterek taşınmaza su tedariki işi her zaman hissedarların müşterek menfaati olmayabilir. Dolayısıyla bu gibi durumlarda taşınmaza su alınırken hissedarların hepsi bir veya birkaç hissedar tarafından temsil edilemez. **Bertan** C.I N.4 s.922.

özgülediği amacın değiştirilmesi, korumanın veya olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine girişilmesi ve paylı malın tamamı üzerinde tasarruf işlemlerinin yapılması gibi değerlendirilmelidir. Söz konusu işlemlerde nasıl paydaşların oybirliği ile hareket etmeleri aranmışsa (TMK m.692/1) bu görüşe göre zorunlu irtifaklar bakımından da aynı çözüm, menfaatler durumuna daha uygun düşer. Ayrıca bu görüşe göre, zorunlu irtifaklar bedel karşılığında kurulduğu için zorunlu irtifakların kurulması, bir veya birkaç paydaşın menfaatleri ile bağdaşmayabilir. Dolayısıyla bu görüşe göre burada, bölünemeyen ortak bir menfaatten (TMK m.693/3 ZGB Art 648/I) söz edilemeyeceğinden bir paydaş, tek başına, zorunlu irtifakın kurulmasını talep yetkisine sahip değildir. Doktrinde yer alan diğer görüşe göre her bir paydaş tek başına, zorunlu irtifakın kurulmasını talep yetkisine sahiptir³³¹. Bu görüşe göre, taşınmazla ilgili zaruret durumunun giderilmesi, paydaşların, bölünemeyen ortak bir menfaati olarak kabul edilmelidir. Bölünemeyen ortak menfaatlerin korunmasında her bir paydaş diğerlerini temsil etmeye yetkili olduğu (TMK m.693/3) için bu görüşe göre her bir paydaşın tek başına zorunlu irtifakın kurulmasını talep yetkisine sahip olduğu kabul edilmelidir. Zorunlu irtifak hakları, ilgililerin zaruret içerisinde olduğu durumlarda, taşınmazın olağan kullanımını ve bu taşınmazdan ekonomik olarak yararlanılabilmesi için zorunludur. Taşınmazın olağan işlerini yapmaya her bir paydaş tek başına yetkili olduğu için (TMK m.690/I) bu görüşe göre her bir paydaşın tek başına talep yetkisine sahip olduğu da kabul edilmelidir. Dolayısıyla bu görüşe göre her bir

³³¹**Leemann** Art 694 N.20; **Haab** Art 648 N.2 Art 691/3 N.3 Art 694 N.9; **Meier-Hayoz** Art 648 N.7 Art 691 N.28 Art 694 N.23; **Neuenschwander**, s.406; **Akman**, s.194–195; **Caroni/Rudolf**, s.90–91; **Jost**, s.145; **Brücker**, s.92; **Erel**, s.66.

paydaş, tek başına, zorunlu irtifakın kurulmasını talep edebileceği gibi (TMK m.690/I) diğer paydaşların temsilcisi olarak da (TMK m.693/3) talep yetkisini kullanabilir³³². Biz de bu görüşe aynı gerekçelerle katılıyoruz. Yargıtay da bu görüştedir³³³.

Paydaşlar, paylı mülkiyete tâbi taşınmazlarından bir anlaşmayla veya fiilen paylaşmış olarak yararlanıyor olabilirler³³⁴. Fakat taşınmazın bir bölümünden yararlanan paydaş zaruret içerisine düşmüş olabilir. Örneğin, taşınmazın başka bölümlerinde fazla su olduğu halde bir bölümde yeterli su bulunmayabilir. Sözü edilen ve benzeri durumlarda taşınmazın bir bölümünün zilyedinin diğer bir bölümün zilyedinden zorunlu irtifak hakkının kurulmasını talep etmesi mümkün değildir³³⁵. Zira paylar, taşınmaz veya taşınmaz niteliği taşıyan aynı hak değildir ve yukarıda belirtildiği üzere zorunlu irtifaklar ancak taşınmaz veya taşınmaz niteliği taşıyan aynı hakları kayıtlayabilir. Fakat paylı mülkiyeti düzenleyen hükümler arasında yer alan yukarıda da belirtilen TMK 693/1 hükmü sayesinde zaruret içerisindeki paydaş zaruret durumundan kurtulabilir. Zira bir paydaşın kullandığı bölüm ile ilgili ihtiyaçlarını karşılaması kural olarak diğer paydaş veya ortaklar tarafından

³³²**Leemann** Art 694 N.20 Art 710 N.10; **Haab** Art 694–696 N.9 Art 710 N.9; **Akman**, s.194–195; **Caroni/Rudolf**, s.90–91; **Jost**, s.145; **Bürgisser**, s.368–369.

³³³ Y.14.HD. 17.3.2010 T. 2010/2079 E 2010/2908 K **Surlu/Öztürk** (Geçit Hakkı), 2013,s.37,38.

³³⁴**Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**,s.319–320; **Arpacı, A:**Türk Medeni Kanunu Açısından Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim İstanbul 1990 s.57–66.

³³⁵**Ayan** Mülkiyet, s.257. Y.14.HD.23.11.1989 T. 1988/6905 E 1989/9902 K **Surlu/Öztürk** (Mecra Hakkı), s.301.

engellenemez(TMK 693/1)³³⁶. Yeter ki bu ihtiyaçların karşılanması diğçerlerinin menfaatleriyle bağdaşsın(TMK 693/1).

cc. Komşu Malik

Talep yetkisine sahip olanlar arasında komşu malik var mıdır? Komşu malikler arasında yalnızca, yapının taşıdığı arazi malikinin, taşkın yapı irtifakının kurulmasını talep edebileceğı kabul edilmektedir³³⁷. Dolayısıyla geçide, mecraya ve suya ilişkin zaruret durumlarında yükümlü hale gelecek taşınmaz malikinin zorunlu irtifakın kurulmasını talep edemeyeceğı kabul edilmektedir³³⁸. Aslında diğçer üç zaruret durumunda, yükümlü hale gelecek malikin, zorunlu irtifakın kurulmasında kural olarak bir menfaati bulunmamaktadır. Buna karşılık taşkın yapı irtifakı ile yükümlü hale gelecek malikin, zorunlu irtifakın kurulmasında menfaati olduğu söylenebilir. Fakat taşkın yapı, taşılan arazinin çok büyük bir kısmını kaplasa bile arsasına taşılan malikin ancak taşkın yapı sahibi lehine zorunlu irtifakın kurulmasını talep edebileceğı kabul edilmektedir. Dolayısıyla arsasına taşılanın, taşkın yapı sahibinin arsasında, kendi lehine bir zorunlu irtifakın kurulmasını talep edemeyeceğı kabul edilmektedir³³⁹. Arazisine taşılanın, zorunlu irtifakın kurulmasını talep

³³⁶ Y.14.HD.4.2.2000 T. 1999/9038 E 2000/538 K **Surlu/Öztürk** (Mecra Hakkı), s.301.

³³⁷ **Özmen**, s.86;**Tekinay**, s.609;**Wieland**, s.218;**Serozan**, s.373;**Bertan**, C.I, N.40, s.646; **Meier-Hayoz** Art 674 N.74;**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.874; **Tekinay** Eşya Hukuku, s.609; **Serozan**, s.17; **Wieland** Art 674 N.12 b; **Özmen**, s.104; Y.1.HD.20.9.1977 T. 1977/6930 E. 1977/9613 K, **Özmen**, s.104 Aksi görüşü yansıtan karar için bkz. Y.4.HD.26.10.1976 T. 1976/9393 E. 1976/9113 K, **Özmen**, s.105.

³³⁸ **Caroni/Rudolf**, s.91.

³³⁹ **Akman**, s.82–191–192; **Wieland** Bem 12 a.

edebileceğini kabul edenler, onun dava yoluna başvuramayacağını kabul etmektedir. Dolayısıyla taşkın yapı sahibi, zorunlu irtifakın kurulmasına yanaşmazsa arsasına taşılanın, zorunlu irtifakın kurulması için dava açamayacağı kabul edilmektedir. Bu durumda arsasına taşılanın, taşkınlığın ortadan kaldırılmasını ve uğradığı zararların tazminini talep edebileceği kabul edilmektedir³⁴⁰.

b. Kamu Tüzel Kişileri

Kamu tüzel kişilerinin talep yetkisi incelenirken söz konusu tüzel kişilerin mülkiyeti-tasarrufu altındaki taşınmazların niteliğine göre bir kategorizasyon yapmak gerekir. Zira taşınmazın niteliğine göre o taşınmaza uygulanacak hükümler de farklılaşmaktadır.

aa. Özel Hukuk Kurallarına Tâbi Kamu Mallarında

Kamu tüzel kişileri, özel hukuk kurallarına tâbi kamu malları (finanzvermögen) bakımından talep yetkisine sahiptir³⁴¹.

bb. Kamu Hizmetine Tahsis Edilmiş Kamu Mallarında

Kamu tüzel kişilerinin, kamu hizmetine tahsis edilmiş kamu malları (verwaltungsvermögens) bakımından talep yetkisine sahip olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde yer alan bir görüşe göre kamu tüzel kişileri, bu taşınmazlar bakımından da talep yetkisine sahiptir³⁴². Bu görüşe göre bu tür mallar bakımından

³⁴⁰ Akman, s.194.

³⁴¹ Liver Art 730 N.18; Brücker, s.49.

³⁴² Yazman, s.153; Özakman, s.31,32; Tandoğan, s.627; Şahiniz, s.12.

kamulaştırma yolu ile irtifak kurma imkânının bulunması, TMK/ZGB hükümlerine göre zorunlu irtifak kurulabilme imkânını ortadan kaldırmaz. Zira kamulaştırma işlemi ile zorunlu irtifak hakkının kurulması ayrı ayrı koşullara bağlı bulunduğu için bu görüşe göre her iki yetkinin aynı kamu tüzel kişisinde birleşmesi mümkündür. Yine bu görüşe göre idareye bir yandan rızai irtifak sözleşmesi kurma yetkisi tanınırken diğer yandan idarenin zorunlu irtifak talebinde bulunamayacağını kabul etmek için haklı bir neden bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu görüşe göre bir kamu tüzel kişisi, somut olayın koşullarına daha uygun olan hukukî yola başvurma konusunda serbest olmalıdır. Yine bu görüşe sözü edilen iki hukukî yoldan birine başvurulmuş olması diğer yolun kullanılmasına engel olmaz. Doktrinde yer alan farklı bir görüşe göre kamu tüzel kişileri, kamu hizmetine tahsis edilmiş taşınmazlar bakımından kural olarak talep yetkisine sahiptir³⁴³. Fakat bu görüşe göre bu tür mallar bakımından kamulaştırma yolu ile irtifak kurma imkânı bulunuyorsa kamu tüzel kişinin talep yetkisi yoktur(TMK 744/2-ZGB Art 691/2). Doktrinde yer alan diğer bir görüşe göre kamu tüzel kişilerinin kamu hizmetine tahsis edilmiş taşınmazlar bakımından talep yetkisi hiç bulunmamaktadır³⁴⁴.

Pozitif hukuk, yukarıda zikredilen tartışmayı yalnızca zorunlu mecra irtifakı bakımından bir sonuca bağlamıştır(TMK 744/2 ZGB Art 691/2)³⁴⁵. Eğer bir

³⁴³**Liver** Einleitung N.25 vd Art 730 N.18;Art 731 N.121 vd. SPR V/1 s.131 **Meier-Hayoz** Art 691 N.31–33 Art 694 N.24; **Brücker**, s.49–50.

³⁴⁴**Bertan**, C.I, N.13, s.851, 852 N.11, s.862.

³⁴⁵ ZGB’de yer alan söz konusu düzenlemeye EMK’da yer verilmediği halde TMK’nda yer verilmiştir. ZGB’de yer alan söz konusu düzenlemeye göre Kantonal ya da Federal Hukuk’a göre

mecranın geçirilmesi kamulaştırma kurallarına bağlı ise bu hükme göre TMK’nda yer alan ve zorunlu mecra irtifakını düzenleyen maddeler uygulanmaz³⁴⁶. Dolayısıyla kamu hizmetine tahsis edilmiş taşınmazlar lehine mecra tesisi, kamulaştırma kurallarına tâbi olduğu için bu tür taşınmazlar bakımından kamu tüzel kişileri, zorunlu mecra irtifakının kurulmasını talep yetkisine sahip değildir. Bundan sonra cevaplandırılması gereken soru şudur: “Kamu tüzel kişileri, kamu hizmetine tahsis edilmiş kamu malları bakımından diğer üç zorunlu irtifakın kurulmasını talep yetkisine sahip midir?” Gerek ZGB’de gerekse TMK’nda diğer üç zorunlu irtifak bakımından benzer bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu hukukî durum, kanun koyucunun bilinçli susması olarak yorumlanırsa diğer üç zorunlu irtifak bakımından bir düzenleme boşluğu olduğundan söz edilemez. Eğer düzenleme boşluğunun olmadığı kabul edilirse, kamu tüzel kişileri; geçit, su veya taşkın yapı zarureti olan durumlarda, kamulaştırma yetkisine sahip olsalar bile her üç zorunlu irtifakın kurulması bakımından talep yetkisine sahip kabul edilir. Fakat kanaatimizce böyle bir görüş kabul edilemez. Zira kamu hizmetine tahsis edilmiş taşınmazlarla ilgili bir zaruret durumu ortaya çıksa bile bu zaruretin giderilmesinde yalnızca kamu yararı vardır fakat özel bir yarar hiç yoktur. Bu sebeple zaruretin giderilmesinde, TMK hükümleri uygulanamaz. Dolayısıyla bu konuda, diğer üç zorunlu irtifak bakımından

kamulaştırma yolu ile mecra geçirme yetkisine sahip olan idare, zorunlu mecra irtifakına ilişkin hükümden yararlanamaz.

³⁴⁶ Kamulaştırma yetkisine sahip kuruluşun mecra geçirmek istediği taşınmaz da kamu kuruluşuna ait olabilir. Böyle bir durumda Kamulaştırma Kanunu’nun 30. maddesi uyarınca kamu tüzel kişilerinin ve kurumlarının sahip oldukları taşınmaz malların başka bir kamu tüzel kişiliği tarafından kamulaştırılması yasaklanmıştır. Bu durumda mecra zarureti içerisindeki kamu kuruluşunun hukukî çaresi yine Kamulaştırma Kanunu’nun 30. maddesi uyarınca mecranın tesis edilmesini sağlamaktır.

bir düzenleme boşluğu bulunduğunun kabul edilmesi kanaatimizce zorunludur. Bu boşluk sebebiyle zorunlu mecra irtifakını düzenleyen TMK 744/2’de yer alan hükmün diğer zorunlu irtifaklarına da kıyasen uygulanması gerekir. Bu görüşün sonucu olarak söz konusu hükme diğer zorunlu irtifakları düzenleyen maddelerde yer verilmemesi, kanun koyucunun bir ihmâli olarak kabul edilebilir. Kamulaştırma yetkisine sahip kişilerin TMK’nun 744 vd. maddelerine göre zorunlu mecra tesisi talep etme hakkı bulunmamaktadır. EMK’un yürürlükte olduğu dönemde, idarenin kamulaştırma yetkisine rağmen EMK’nda yer alan zorunlu mecra tesisine ilişkin hükümlerden yararlanıp yararlanamayacağı tartışması doğmuştur³⁴⁷. Hemen

³⁴⁷Bu tartışmanın ortaya çıkış sebebi idarenin yararlanamayacağına dair hükmün İsviçre Medeni Kanunu’ndan Türk Medeni Kanununa alınmamasıdır. Gerçekten İsviçre Medeni Kanunu’nun ilgili hükmü EMK’un 668. maddesine alınmamıştır. Söz konusu hükme göre Kantonal ya da Federal Hukuk’a göre kamulaştırma yolu ile mecra geçirme yetkisine sahip olan idare, zorunlu mecra irtifakına ilişkin hükümden yararlanamaz. Konu, EMK döneminde tartışmalıdır. Bir görüşe göre idarenin MK’da yer alan zorunlu mecra irtifakına ilişkin hükümlerden yararlanarak başkasının taşınmazı üzerinde zorunlu mecra tesis edemez. Bu görüşü savunan yazarlardan **Bertan**, kamulaştırma yapılan durumlarda artık bir kamu hizmetinin söz konusu olacağını belirtmektedir. Bir kamu hizmeti için mecra tesis edilmesinin ise EMK’nun 668inci maddesinin kapsamı dışında kalacağını ifade ederek 6830 sayılı Kanunun 1, 3 ve 4 üncü maddeleriyle kamu hizmeti için duyulan mecra gereksinimlerini düzene koyulduğunu belirtmektedir. **Bertan**, C.I, N.13, s.851, 852.Farklı bir görüşe göre bir taraftan idareye sözleşmeye dayanarak mecranın geçirilmesi yetkisi verilirken diğer taraftan MK’un zorunlu mecra tesisine ilişkin hükümlerden yararlandırılmamasının haklı bir nedeni bulunmamaktadır. Bu nedenle idarenin içerisinde bulunduğu koşullara göre en uygun olanını seçme konusunda serbest olması gerekir. **Özakman**, s.31,32. EMK döneminde karşısına gelen bir olayda Yargıtay, köyün yararlanacağı kanal biçimindeki bir mecra için kişiler kendi yararlarına TMK’nun 744 (EMK.m.668) vd. hükümlerine göre zorunlu mecra tesisi talep edemeyeceği kabul edilmiştir. Yine aynı kararda koşulları bulunuyorsa kamulaştırma yetkisine sahip kuruluşun, kamulaştırma işlemi

belirtmek gerekir ki tartışmaya konu olan bu sorun TMK'nun 744. maddesinin 2. fıkrası hükmünde açık bir biçimde hükme bağlanmıştır. Buna göre kamulaştırma yetkisine sahip olduğu durumlarda idarenin TMK hükümlerine göre zorunlu mecra tesisi talep etmesi mümkün değildir³⁴⁸. TMK ile getirilen bu yeni düzenleme ile ilgili uyuşmazlıklar da Yargıtay kararlarına konu olmuştur. Örneğin bir Belediye Başkanlığı'nın, mahalle kanalizasyonunun ana şebekeye bağlanması için özel mülkiyet konusu bir taşınmazdan TMK'nun 744 vd. hükümlerine göre zorunlu mecra tesisi talep edemeyeceği kabul edilmiştir³⁴⁹. EMK döneminde karşısına gelen bir olayda Yargıtay, köyün yararlanacağı kanal biçimindeki bir mecra için kişiler kendi yararlarına TMK'nun 744 (EMK.m.668) vd. hükümlerine göre zorunlu mecra tesisi talep edemeyeceği kabul edilmiştir. Bununla birlikte kamulaştırma yetkisine sahip kuruluşun mecra geçirmek istediği taşınmaz da kamu kuruluşuna ait olabilir. Böyle bir durumda Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesi uyarınca kamu tüzel kişilerinin ve kurumlarının sahip oldukları taşınmaz malların başka bir kamu tüzel kişiliği tarafından kamulaştırılması yasaklanmıştır. Bu durumda mecra zarureti içerisindeki kamu kuruluşunun hukukî çaresi yine Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesi uyarınca mecranın tesis edilmesini sağlamaktır³⁵⁰. Ayrıca daha önce kamulaştırma suretiyle kurduğu irtifak hakkının kapsamını genişletmek isteyen idarenin yine kamulaştırma işlemlerine başvurması gerekmektedir. Böyle bir durumda dahi

tesis edebileceği kabul edilmiştir.Y.14.HD.16.5.1978 T. 1978/1705 E. 1978/2679 K. **Karahasan**, C.4, s.607.

³⁴⁸ Y.14.HD.6.4.2004 T. 2004/883 E. 2004/2758 K **Surlu/Öztürk**(Mecra Hakkı), s.363,364

³⁴⁹ Y.14.HD.6.12.2003 T. 2003/5893 E. 2003/8714 K **Surlu/Öztürk** (Mecra Hakkı), s.364.

³⁵⁰ Y.14.HD.27.9.2004 T. 2004/6343 E. 2004/6310 K Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası Erişim tarihi 20.10.2014.

idarenin, irtifak hakkının kapsamını genişletebilmek için TMK'nun 744. maddesine göre zorunlu mecra tesisi talep etmesi mümkün değildir³⁵¹. Gerçekten 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 4. maddesinde yer alan düzenleme “Taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulabilir.” biçimindedir. Anılan maddede kamulaştırma amacının gerçekleştirilmesi için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırma yerine kamulaştırma yolu ile irtifak hakkının kurulması ön görülmüştür. İrtifak hakkının kurulması halinde taşınmazın mülkiyeti sahibinde kalmakta irtifak hakkı ile sınırlı olarak mülkiyet hakkı, kullanma ve yararlanma devam etmektedir³⁵².

cc. Sahipsiz Yerlerde

Kamu tüzel kişilerinin, sahipsiz yerler (*herrenlose grundstücke*) bakımından talep yetkisi bulunmamaktadır³⁵³. Zira devlet başta olmak üzere kamu tüzel kişileri de sahipsiz yerler bakımından mülkiyet hakkına sahip değildir.

2. Sınırlı Ayni Hak Sahipleri

a. Taşınmaz Niteliği Taşıyan Bağımsız ve Sürekli Hakların Sahipleri

Taşınmaz niteliği taşıyan bağımsız ve sürekli hakların sahipleri de komşu malike karşı talep yetkisine sahiptir³⁵⁴. Örneğin taşınmaz niteliğindeki üst hakkının

³⁵¹ Y.14.HD.3.11.1997 T. 1997/7647 E. 1997/7609 K **Surlu/Öztürk**(Mecra Hakkı),s.364, 365.

³⁵² Y.8.HD.11.10.2004 T. 2004/5758 E. 2004/6572 K, **Surlu/Öztürk** (Mecra Hakkı), s.138.

³⁵³ **Liver** Art 730 N.16. İMK'da taşınmaz olarak kabul edilenler için bkz. ZGB Art 655.

sahibi diğ er koşullar gerç ekleş miş se taşk ın yapı irtifak ın ın kurulmasını talep edebilir. Yine ö rneğ in taş ınmaz niteliğindeki bir kaynak hakk ı sahibi zorunlu geç it irtifak ın ın kurulmasını talep edebilir.

Taş ınmaz niteliğ i taş ıyan sınırlı aynı hakların sahipleri, komş u maliklere karş u talep yetkisine sahip ise de üzerinde buldukları arazinin malikine karş u talep yetkisine sahip değildir. Taş ınmaz niteliğindeki üst hakk ı sahibi, üst hakk ın ın bulunduğu arazi malikinden zorunlu mecra hakk ı talep edip edemeyeceğ i de cevaplandırılması gereken bir sorundur. TMK 786/1 uyarınca taş ınmaz niteliğindeki üst hakk ı sahibi, hakk ın ın korunması ve kullanılması için gerekli önlemleri alabilir. Ayrıca TMK 786/3 uyarınca yüklü taş ınmaz ın maliki, irtifak hakk ın ın kullanılmasını engelleyecek ya da zorlaştıracak davranışlarda bulunamaz. Sö z konusu maddeler uyarınca kural olarak üst hakk ı sahibi, üst hakk ın ın bulunduğu arazi malikinden zorunlu mecra hakk ın ın kurulmasını talep edemez. Bununla birlikte taş ınmaz üzerinde sıra olarak üst hakk ından önce gelen aynı haklar bulunuyorsa ve mecra sö z konusu hak sahiplerinin haklarının ihlal edecekse zorunlu mecra hakk ın ın kurulması gerekmektedir³⁵⁵.

³⁵⁴Meier-Hayoz Art 674 N.14 25 691 N.7; Neuenschwander, s.405–407; Caroni-Rudolf, s.85,86 vd; Jost, s.145; Brücker, s.42, 93; Özakman, s.188; şahiniz, s.67; Köprülü/Kaneti, s.164; Ünal, s.149; Akman, s.196; Wieland, Art.691, N.6 Art 694 N.5; Baumgartner, § 3 I 1; Bertan, m.668, N.8; Gürzumar, s.74–75; Özsunay, s.29, 80.

³⁵⁵Brücker, s.43–44.

b. Taşınmaz Niteliği Taşımayan Sınırlı Ayni Hakların Sahipleri

Taşınmaz niteliği taşımayan sınırlı ayni hak sahiplerinin talep hakkına sahip olup olmadıkları doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde yer alan hâkim görüşe göre taşınmaz niteliği taşımayan sınırlı ayni hak sahipleri, komşu malike karşı, doğrudan bir talep yetkisine sahip değildir³⁵⁶. Bu görüşe göre, söz konusu hak sahipleri, zaruretin ortaya çıktığı durumlarda, yalnızca taşınmaz malikine başvurabilir. Dolayısıyla bu görüşe göre taşınmaz maliki, sınırlı ayni hak sahibinin başvurusuna rağmen talep hakkını kullanmazsa sınırlı ayni hak sahibi zorunlu irtifakın kurulmasını talep edemez. Bu görüşe göre malik, sınırlı ayni hak sahibi ile arasındaki sözleşme (sınırlı aynî hakkın kurulmasına yönelik borç doğurucu sözleşme) gereğince zorunlu irtifakın kurulmasını, komşu malikden talep etmekle yükümlüdür³⁵⁷. Malik, bu talebi komşu malike yöneltmeyerek, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğü ifa etmezse, sınırlı ayni hak sahibi, malikin irade beyanı yerine geçen bir hükmü mahkemedен elde edebilir. Buna karşılık doktrinde yer alan bir görüşe göre sınırlı ayni hak sahipleri de zorunlu irtifakın kurulmasını talep edebilir³⁵⁸. Farklı bir görüş ise bazı sınırlı aynî hakların sahiplerinin talep yetkisine haiz olduklarını bazılarının ise talep yetkisine sahip olmadıklarını kabul

³⁵⁶**Leemann** Art 694 N.20; **Haab** Art 694/696 N.9; **Baumgartner** §4 I; **Brücker**, s.93; **Özsunay**, s.80–81; **Tırpan**, s.252; **Akman**, s.198; **Caroni/Rudolf**, s.86 vd; **Bürgisser**, s.369–370; **Tandoğan**, s.619; **Yazman**, s.152.

³⁵⁷**Brücker**, s.94.

³⁵⁸**Bertan** C.I N.8 s.849; N.8 s.861. Bertan'a göre intifa hakkı sahibine talep hakkı tanınmadığı takdirde mülkiyet sahibi, talep hakkını kullanmayarak intifa hakkı sahibini, hakkından yararlanamayacak duruma getirebilir. **Bertan** C.I N.8 s.861.

etmektedir³⁵⁹. *Wieland*, yalnızca üst hakkı ve kaynak hakkı sahiplerinin talep yetkisine ahip olduğunu kabul etmektedir³⁶⁰. *Şahiniz*, kişiye bağlı irtifakların sahiplerinin talep yetkisine sahip olduğunu savunurken intifa hakkı sahiplerinin talep yetkisine sahip olmadığını kabul etmektedir³⁶¹.

Doktrinde yer alan hâkim görüşe biz de katılıyoruz. Eğer sınırlı ayni hak kurulurken taşınmazla ilgili zaruret durumu var ise bu durum, kanaatimizce hukukî anlamda bir “ayıp” kabul edilmelidir. Zira bir şahsın, zaruret durumunu bile bile sınırlı ayni hak sahibi olmak isteyeceğini kabul etmek mümkün değildir. Dolayısıyla bir sınırlı ayni hak kurulurken; malik, zaruret durumunun olmadığını, sözleşmenin diğer tarafına vaad etmese bile zaruret durumunun olmaması, diğer tarafın, dürüstlük kurallarına göre beklediği bir vasıftır. Bu sebeple sınırlı ayni hak sahibi, malikten, ayıbın giderilmesini talep edebilir. Ayıbın giderilmesi için malikin, zorunlu irtifakın kurulması için talep yetkisini kullanması zorunludur. Ayrıca zaruret durumu, sınırlı ayni hak sahibi bakımından bir temel hatası olarak değerlendirilebilir(BK m.24/I b.4). Sınırlı ayni hak sahibi bu sebeple sözleşmenin iptalini talep edebilir(BK m.28/I). Eğer malik; zaruret durumunu, sınırlı ayni hak kurulurken, sınırlı ayni hak sahibinden gizlemişse bu durum hile olarak değerlendirilir. Sınırlı ayni hak sahibi, bu sebeple sözleşmenin iptalini talep edebilir.

³⁵⁹**Wieland** Art 694 N.5; **Şahiniz**, s.67.

³⁶⁰**Wieland** Art 694 N.5.

³⁶¹**Şahiniz**, s.67.

Sınırlı aynî hak kurulduktan sonra zaruret durumu ortaya çıkarsa bu durumun, hukukî anlamda bir ayıp olarak kabul edilip edilemeyeceğine göre bir ayırım yapmak gerekir. Bazı koşullarda, zaruret durumu, sınırlı aynî hak kurulduktan sonra ortaya çıkmasına rağmen bu durum, hukukî anlamda bir ayıp olarak kabul edilir. Zira sınırlı aynî hak kurulmadan önceki koşullar, zaruret durumunun ortaya çıkmasına son derece elverişlidir. Bu durumda yukarıda belirtildiği gibi ayıba karşı tekeffül hakkındaki hükümler uygulanır. Buna karşılık sınırlı aynî hak kurulurken ilerde zaruret durumunu ortaya çıkaracak koşullar bulunmazken sonradan ortaya çıkan koşullar zaruret durumunu meydana getirmişse “ayıp” kavramından söz edilemez. Bu durumda, işlem temelinin çöküp çökmediği sorunu üzerinde durulması gerekir.

3. Şahsi Hak Sahipleri

Şahsi hakların sahipleri de zorunlu irtifakların kurulmasını talep yetkisine sahip değildir³⁶². Fakat şahsi hak sahipleri de sınırlı aynî hak sahipleri gibi aralarındaki sözleşme uyarınca malike başvurma imkânına sahiptir³⁶³. Dolayısıyla ortaya çıkan zaruret durumu bir ayıp olarak kabul edilebiliyor ise örneğin kiracı; ayıbın giderilmesini talep edebilir ya da daha genel olarak ayıba karşı kekeffül hükümlerine başvurabilir. Yine şahsi hak sahipleri örneğin kiracı, koşulları bulunuyorsa hata veya hile hükümlerine dayanarak kira sözleşmesinin iptalini talep edebilir³⁶⁴.

³⁶²**Leemann** Art 694 N.20; **Baumgartner**§ 4 I; **Haab** Art 694/696 N.9; **Meier-Hayoz** Art 691 N.27 694 N.21; **Jost**, s.145; **Neuenschwander**, s.407; **Caroni-Rudolf**,s.88; **Bertan** C.I N.8 s.861; N.8 s.849; **Akman**, s.198; **Şahiniz**, s.67.

³⁶³**Neuenschwander**, s.407; **Caroni-Rudolf**, s.88; **Şahiniz**, s.67–68.

³⁶⁴**Neuenschwander**, s.407; **Caroni-Rudolf**, s.88.

4. Zilyedler

Zilyedlerin talep yetkisine sahip olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Hemen belirtelim ki burada sözü edilen zilyedler, taşınmaz üzerinde herhangi bir aynî veya şahsi hakka sahip olmayan zilyedlerdir. Doktrinde yer alan hâkim görüşe göre zilyedler, zorunlu irtifakın kurulmasını talep yetkisine sahip değildir³⁶⁵. Farklı bir görüşe göre ise zilyedler de talep yetkisine sahiptir³⁶⁶. Biz de hâkim görüşe katılıyoruz. Ayrıca bir zilyedin, tapu tahsis belgesine sahip olması da söz konusu zilyede talep yetkisini sağlamamaktadır. Yargıtay'ın, 11.2.1959 tarihli İBGK da, doktrinde yer alan hâkim görüşü yansıtmaktadır³⁶⁷. Söz konusu kararda, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların zilyedlerinin, zorunlu geçit irtifakının kurulmasını talep yetkisine sahip olmadığı belirlenmiştir. Bu kararda; yasa maddesinde (EMK m.671/1), talep yetkisinin malike tanındığı belirtilerek zilyedin talep yetkisi olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Yine bu kararda; yasa maddesinde (EMK m.672), zorunlu geçit hakkının tescil zorunluluğunun düzenlendiği belirtilerek, söz konusu hakkın tescili mümkün olmayacağı için tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar lehine zorunlu geçit hakkı kuralamayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla bu karara göre, tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz lehine ancak bu taşınmaz tapuya kaydedildikten sonra zorunlu geçit hakkı kurulabilir. Bu sonuca göre eğer zilyed, olağanüstü zamanaşımı yolu ile mülkiyeti iktisap ederse, talep yetkisine de sahip olur. Söz konusu İBGK'nda, varılan sonuca ve belirtilen gerekçelere biz de katılıyoruz.

³⁶⁵ Özsunay, s.30; Karahasan, s.1188; Ayan Mülkiyet, s.258; Şahiniz, s.63.

³⁶⁶ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 608; Karahasan, C.1 s.1201; Tekinay, C.II/1, s.99.

³⁶⁷ Y.İBK.11.2.1959 T. 1958/14 E./1959/13 K.

Tapusuz taşınmazlar lehine ve -aşağıda inceleneceği üzere- aleyhine zorunlu geçit irtifakı kurulamaması, Türkiye'nin özelliklerine ve ihtiyaçlarına uygun düşmediği gerekçesiyle doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir³⁶⁸. Fakat bu eleştirilerin yapıldığı tarihten beri kadastro çalışmaları ülkemizde devam etmektedir. Bu faaliyetler sonucu ülkemizde taşınmazların çok büyük bir bölümü tapu siciline kayıt edilmiştir. Dolayısıyla bu eleştirinin, dayanağını büyük ölçüde kaybettiği gözlenmektedir. Fakat halen tapu siciline tescil edilmemiş taşınmazlar da bulunmaktadır. Bu tür bir taşınmazın mülkiyetinin, olağanüstü zamanaşımı ile iktisabına ilişkin olarak açılan davanın sonuçlanması uzun zaman alabilir. Bu süre içerisinde zarureti giderilmeyen zilyedler zor durumda kalabilir. Bu nedenle, zilyedin zaruretinin giderilmesine yönelik olarak mahkemenin vereceği ihtiyati tedbir kararı kanaatimizce zilyedin mağdur olmasını engelleyebilir.

5. Maden Arama ve İşletme Sahipleri

Madenciler³⁶⁹ yani maden arama ruhsatı sahipleri ile maden işletme ruhsatı sahipleri, zorunlu irtifakın kurulmasını talep yetkisine sahip değildir. Zira bir şeyin veya hakkın, zorunlu irtifak hakkının objesi olabilmesi için o şeyin veya hakkın taşınmaz niteliği taşıması gerekir³⁷⁰. Madenler ise taşınmaz mülkiyetinin konusunu oluşturmaz³⁷¹. Bununla birlikte maden arama sahipleri ile maden işletme sahipleri de

³⁶⁸ **Karahasan**, C.1 s.1200, 1201, dn.19; **Tekinay**, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, s.99.

³⁶⁹ “Madenci” kavramı MK’nda geçen bir kavramdır. Zira MK m.46’da maden arama ruhsatı sahibini ifade etmek için kullanılmaktadır.

³⁷⁰ **Liver** Einleitung 17–27; **Meier-Hayoz** Art 691 N.31–33

³⁷¹ 3213 sayılı MK’nun 4. maddesine göre madenler, devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Madenler, EMK’da, taşınmaz mülkiyetinin konusunu oluşturuyordu (EMK m.632/2-3).

geçit, mecra ve su zarureti içerisine düşebilirler. Zorunlu irtifakın kurulmasını talep yetkileri olmasa da zaruret içerisindeki maden arama sahipleri ve maden işletme sahipleri hukuken çaresiz değildir. Zira bu kişiler, idareye başvurarak, zaruretlerinin giderilmesini sağlayacak idari bir irtifakın kurulmasını talep edebilir(MK 46)³⁷². Dolayısıyla madenin bulunduğu özel mülkiyet üzerinde KK hükümlerine göre bir idari irtifak kurularak maden arama sahipleri ve maden işletme sahipleri zaruret durumundan kurtulmuş olur.

F.TALEBİN YÖNELTİLECEĞİ KİŞİLERİN BELİRLENMESİ

1. Malik

a. Özel Hukuk Kişileri

Zorunlu irtifakları düzenleyen maddelerde, talebin kimlere yöneltileceği açıkça belirlenmemiştir. Bu sebeple talebin kimlere yöneltileceğini tam olarak belirleme işi doktrine ve yargı içtihatlarına kalmıştır. Talebin yöneltileceği kişilerin başında taşınmaz maliki gelmektedir³⁷³. Malikin bir gerçek veya tüzel kişi olması talebin yöneltildiği bakımından bir fark meydana getirmez³⁷⁴. Talebin yöneltileceği taşınmazın mülkiyetinin kime ait olduğu hususunda uyuşmazlık olabilir. Bu tür durumlarda, zaruret içerisindeki malik, talebini, menfaatlerinin korunması açısından mülkiyet iddiasında bulunan herkese karşı ileri sürmelidir. Bununla birlikte talep, hukukî sonuçlarını yalnızca gerçekten malik olan bakımından doğurur. Bu tür bir

³⁷²Surlu/Öztürk (Mecra Hakkı), s.276.

³⁷³Liver Art 730 N.16; Brücker, s.61; Yazman, s.153; Bertan, C.I, N.2, s.920 m.668 N.9; Tandoğan, s.620; Özakman, s.189; Özsunay, s.77.

³⁷⁴Özsunay, s.84.

durumda talep dava yolu ile ileri sürülmüş ise mahkeme, gerçekten malik olan davalıyı yargılama sırasında tespit eder. Eğer mülkiyetin tespiti ile ilgili bir yargılama devam ediyorsa mahkeme söz konusu yargılamayı bekletici sorun yapabilir³⁷⁵. Fakat bu tür durumlarda her iki yargılamanın uzun sürmesi ihtimali karşısında zaruret içerisindeki malik lehine ihtiyati tedbir kararı verilmesi gerekebilir. Taşınmaz mülkiyetinin, haciz veya iflas prosedürü sonucu elde edilmesi söz konusu taşınmaza talebin yöneltilmesi bakımından bir fark oluşturmaz³⁷⁶. Zorunlu irtifakların kurulması talebi daha çok arazi maliklerine yöneltilmektedir. Bununla birlikte kat mülkiyetine konu bağımsız bölümler de zorunlu irtifakla yüklenebileceği için gerektiğinde bu taşınmazların maliklerine de talep yöneltilir³⁷⁷. Özellikle zorunlu mecra irtifakı bakımından kat mülkiyetine konu bağımsız bölüm malikine talep yöneltilmektedir. Bazı durumlarda zaruretin giderilmesi için birden fazla taşınmazın maliklerine talebin yöneltilmesi zorunlu olabilir³⁷⁸. Örneğin çoğu kez genel yola ulaşmak için birden fazla taşınmazdan geçilmesi zorunludur. Fakat bu tür durumlarla yalnızca geçit ve mecra zaruretinde karşılaşılır. Dolayısıyla taşkın yapı zarureti ile su zaruretinde böyle bir ihtimal ile karşılaşmak mümkün değildir. Yapının birden fazla taşınmaza taşıdığı durumlarda her ne kadar birden fazla taşınmaz malikine talep yöneltilmesi gerekse de bu tür durumlarda her talep farklı bir zorunlu irtifakın kurulmasına yöneliktir. Birden fazla taşınmazdan su alarak zaruretin giderilmesinin amaçlandığı durumlarda da yöneltilen her bir talep farklı bir zorunlu irtifakın kurulmasına yöneliktir. Doktrinde yer alan bir

³⁷⁵Y.14.HD. 6.10.1992 T. 1992/1226 E. 1996/8546 K. **Surlu/Öztürk** (Mecra Hakkı), s.210.

³⁷⁶**Erel**, s.159.

³⁷⁷**Liver** Einleitung N.19; **Meier-Hayoz** Art 691 N.36; **Caroni-Rudolf**, s.55 vd; **Brücker**, s.64.

³⁷⁸**Özakman**, s.89; **Özsunay**,s.82; **Şahiniz**,s.69.

görüŖe malik, taşınmazı üzerinde intifa hakkı kurmuşsa taşınmaz başka rızai bir irtifak hakkı ile yüklenemeyeceği gibi zorunlu bir irtifak ile de yüklenemez³⁷⁹.

aa. Ortaklar

Yükümlü hale getirilmek istenen taşınmaz, elbirliği mülkiyetine tâbi ise talebin, bütün ortaklara yöneltilmesi zorunludur(TMK m.702/2)³⁸⁰.

bb. Paydaşlar

Yükümlü hale getirilmek istenen taşınmaz paylı mülkiyete tâbi ise talebin, kural olarak, bütün paydaşlara yöneltilmesi gerekir(TMK m.692/I)³⁸¹. Fakat paydaşlar, tasarruf işlemleri konusunda, kanun hükmünden farklı bir anlaşma yapmışlarsa talebin yöneltileceği paydaş veya paydaşlar bu anlaşma maddelerine göre belirlenir(TMK m.689/1).

³⁷⁹Rey Systematischer Teil N.227 vd; Brücker, s.62.

³⁸⁰Wieland Art 694 Bem 6; Baumgartner§ 4 II; Waldis, s.176; Caroni-Rudolf, s.92; Brücker, s.64; Özsunay, s.85; Özakman, s.190; Tandoğan, s.620; Yazman, s.153; Akman,s.201; Bertan C.I N.9 s.861–862; N.9 s.849 C.I N.5 s.923 m.668 N.9; Şahiniz, s.69.

³⁸¹Meier-Hayoz Art 691 N.36 Art 694 N.26; Jost, s.120, 145; Haab Art 694–696 N 10; Leemann Art 694 N 28; Wieland Art 694 Bem 6; Baumgartner§ 4 II; Waldis, s.176; Caroni-Rudolf, s.92; Brücker, s.64; Özsunay, s.85 Özakman, s.190; Yazman, s.153; Akman, s.201; Bertan C.I N.9 s.861–862; N.9 s.849 C.I N.5 s.923; Şahiniz, s.69.

b. Kamu Tüzel Kişileri

aa. Özel Hukuk Hükümlerine Tâbi Kamu Mallarında

Özel hukuk hükümlerine tâbi taşınmazları (Finanzvermögen) bakımından kamu tüzel kişilerine talep yöneltilebileceği kabul edilmektedir³⁸². Zira bu taşınmazlar, özel hukuk hükümlerine tâbi olduğu için TMK’nda düzenlenen ilgili hakların ve yükümlülüklerin objesi olabileceği gibi zorunlu irtifakların da objesi olabilir. Ayrıca söz konusu taşınmazlar kamu hizmetine tahsis edilmiş olmadıkları için taşınmazın zorunlu irtifak ile yüklenmesi kamu hizmetlerinin aksamasına neden olmaz³⁸³.

bb. Kamu Hizmetine Tahsis Edilmiş Kamu Mallarında

Kamu hizmetine tahsis edilmiş taşınmazlar (Verwaltungsvermögen) bakımından kamu tüzel kişilerine talep yöneltilip yöneltilmeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde yer alan hâkim görüşe göre kural olarak kamu tüzel kişilerine talep hakkının yöneltilir³⁸⁴. Bu görüşe göre ancak, taşınmazın tahsis edildiği amaç ile zorunlu irtifak kurulmasının bağdaşmadığı durumlarda kamu tüzel kişisine talep yöneltilemez. Buna karşılık farklı bir görüşe göre kamu hizmetine

³⁸² **Leemann** Art 694 N.24/25; Art 664 N.63 vd; **Baumgartner** § 4 II; **Zürcher** § 15 II; **Meier-Hayoz** Art 694 N.36; **Jost**, s.117; **Brücker**, s.66; **Yazman**, s.150; **Bertan**, C.I, s.659; C.I N.13 s.851–852; **Tandoğan**, s.620; **Şahiniz**, s.62.

³⁸³ BGE 97 II 377 E.3c.

³⁸⁴ **Haab** Art 680 N.30; **Meier-Hayoz** Art 694 N.36; **Baumgartner**, s.31; **Caroni-Rudolf**, 92; **Liver** Einleitung N.25 Art 730 N.18 SPR V/1 s.131, 261; **Tobler**, s.110 vd; **Tırpan**, s.264; **Özakman**, s.190; **Tandoğan**, s.621; **Şahiniz**, s.69.

tahsis edilmiş taşınmazlar bakımından kamu tüzel kişilerine talep yöneltilmesi hiçbir koşulda mümkün değildir³⁸⁵. Yargıtay kararlarında da kamu hizmetine tahsis edilmiş taşınmazlar bakımından komşu malike talep yöneltilemeyeceği kabul edilmektedir³⁸⁶. Biz de hâkim görüşe katılıyoruz.

cc. Sahipsiz Yerlerde

Sahipsiz taşınmazlar (Herrenlose Grundstücke) bakımından kamu tüzel kişilerine talep yöneltilmesi mümkün değildir³⁸⁷. Bununla birlikte herhangi bir sahipsiz taşınmazın, idari tasarruf ile kamu hizmetine tahsis edilerek (Aneignung)mülkiyet konusu haline getirilmesi mümkündür³⁸⁸. Bu durumda kurulması tasarlanan zorunlu irtifak ile kamu hizmetine tahsis edilen taşınmazın tahsis edildiği amaç bağdaşıyorsa kamu tüzel kişisine talep yöneltilebilir³⁸⁹. Bu sebeple yol, orman, mera, kıyı, kumsal, gezi yolu vb. taşınmazlar aleyhine zorunlu

³⁸⁵ **Leemann** Art 694 N 24–25; **Bertan** C.I N.13 s.851–852. C.I N.3a s.920.

³⁸⁶ Y.14.HD 30.4.2002 T. E.2722/K.3366. Kazancı Bilişim İctihat Bilgi Bankası. Erişim tarihi 20.10.2014.Örneğin kamu hizmetine tahsis edilmiş ilkökul bahçesinden zorunlu geçit tesis edilemez.Y.14.HD.13.2.2001 T. E.515/K.1026. Surlu/Öztürk (Geçit Hakkı), 2003, s.160.Y.14.HD.5.6.2001 T. 2001/3859 E. 2001/4244 K, Surlu/Öztürk (Mecra Hakkı), s.143.

³⁸⁷ **Liver** Einleitung N.23 vd; **Brücker**, s.68; **Yazman**, s.150;**Bertan**, C.I, N.42, s.646;**Karahasan**, C.1 s.84;**Kuley/Ulukut**, s.50–51; **Aral**, s.14 dn.53. Bununla birlikte sahipsiz şeylerle ilgili EMK yürürlüğe girmeden önce kaydedilmiş aynı haklar bulunabilir. Bu haklar herhangi bir şekilde sona erdiği takdirde söz konusu taşınmazlar üzerinde yeniden bir aynı hak kurulamaz. Y.HGK.16.1.1972 T, E.968/1–28-K.12, **Surlu/Öztürk** (Mecra Hakkı), s.68.

³⁸⁸ **Liver** Einleitung N.23 vd.

³⁸⁹ **Liver** Einleitung N.23 vd; **Brücker**, s.68.

irtifak kurulamaz³⁹⁰. Bu tür taşınmazlardan herkes gibi zaruret içindeki taşınmaz malikleri de yararlanabilir. Örneğin geçit zaruret içerisindeki malik genel yola ulaşmak için sahipsiz şeylerden gelip geçebilir³⁹¹. Fakat zaruret içerisindeki kişi bu tür yerlerden yararlanırken, başkalarının yararlanmasını engelleyecek biçimde hareket edemez. Zaruret içerisindeki taşınmaz maliki, bu tür bir yerden, başkalarının yararlanmasını engellerse kamu tüzel kişileri veya özel kişiler tarafından el atmanın önlenmesi davası açılabilir³⁹². Taşkın yapı irtifakının kurulabilmesi için yapının tamamı ile özel mülkiyete tâbi bir taşınmaza taşması gerekir. Örneğin taşkın yapının bir bölümü Devletin hüküm ve tasarrufunda olan bir yere diğer bir bölümü de komşu malikin taşınmazına taşıyorsa yine TMK 725/2

³⁹⁰ Y.14.HD.24.11.1997.E.7398.K.8394. **Surlu/Öztürk** (Geçit Hakkı), 2003,s.267.; Y.1.HD.22.3.1976 T. 1976/2827 E. 1976/2902 K **Özmen**, s.156; Y.14.HD.15.12.1996 T. 1996/307 E. 1996/994 K. **Surlu/Öztürk** (Mecra Hakkı), s.325,326.Bir Yargıtay kararında da tesisi talep edilen zorunlu mecranın karayolu üzerinden de geçtiği göz önünde bulundurularak istek doğrultusunda mecra hakkı kurulmasında sakınca olup olmadığının Karayolları Genel Müdürlüğünden sorulup belirlenmesi kabul edilmiştir.Y.14.HD.2.4.1989 T. 1988/50 E. 1989/3376 K **Surlu/Öztürk** (Mecra Hakkı), s.387.Eski tarihli bir Yargıtay kararında 6831 sayılı Yasanın 115. maddesine göre bir Devlet Ormanından zorunlu geçit tesis edilebilmesi için Maliye ve Ziraat Bakanlarının izin vermesi gerektiği belirtilmiştir.Y.5.HD.16.1.1969 T. 1969/6978 E. 1969/657 K, **Karahasan**, C.1 s.1201.

³⁹¹ YİBHKG,13.3.1972 T. E.1970/7.K1972/4. **Surlu/Öztürk**(Geçit Hakkı), 2003, s.262; YİBHKG,28.11.1997 T. E.1996/5.K1997/3. **Surlu/Öztürk** (Geçit Hakkı), 2003, s.262.

³⁹²Örneğin bir deniz kumluğunu davacının yol olarak kullanmasının diğer kişilerin kullanmalarına engel olması halinde hazine, gerçek veya tüzel kişiler müdahalenin önlenmesini talep edebilir YHGK.26.9.2001 T. E.14/637.K.648. **Surlu/Öztürk**(Geçit Hakkı), 2003,s.263.

uygulanamaz³⁹³. Bu konuda “talep hakkının yöneltileceği kişiler” başlığı altındaki açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz³⁹⁴.

2. Sınırlı Aynı Hak Sahipleri

a. Taşınmaz Niteliği Taşıyan Hakların Sahipleri

Tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar, kurulacak zorunlu irtifaktan etkileniyorsa bu hakların sahiplerine de talebin yöneltmesi zorunludur³⁹⁵. Dolayısıyla bu tür durumlarda yalnızca arazi maliki ile zorunlu irtifak sözleşmesi kurularak ve bu sözleşme uyarınca tescil yapılarak zorunlu irtifak kurulmuş olmaz. Örneğin taşınmaz mülkiyetine konu bir kaynak hakkının sahibine de zorunlu su irtifakının kurulması talebi yöneltilebilir³⁹⁶. Örneğin taşınmaz niteliğindeki bir üst hakkı sahibine zorunlu mecra talebi yöneltilebilir³⁹⁷.

³⁹³ Y.1.HD.3.2.1951 T. 1951/7553 E. 1951/618 K **Özmen**, s.163.

³⁹⁴ **Akman**, s.53; **Bürgisser**, s.528.

³⁹⁵ **Liver** Einleitung N.20; **Meier-Hayoz** Art 655 N.38; **Rey** Systematischer Teil N.230; **Neuenschwander**, s.405, 407, 411; **Caroni-Rudolf**, s.55 vd. s.86 vd. s.93 vd; **Brücker**, s.62.

³⁹⁶ **Yazman**, s.154.

³⁹⁷ Tapuya taşınmaz olarak kaydedilmiş bir üst hakkının bir zorunlu mecra hakkı tesisi davasında yükümlü taşınmaz olmasında teorik olarak hukuki bir engel yoktur. Ancak taşınmaz işlemi gören bir üst hakkına dayanılarak yapılan yapının yüklü taşınmazın tümünü kapsamaması halinde bu taşınmazın zorunlu mecra hakkı kurulmasının pratikte pek yararı olmaz. Bununla birlikte yapının kapsamadığı alanlarda tapuda taşınmaz olarak kayıtlı üst hakkı aleyhine zorunlu mecra hakkı kurulması mümkün olabilir. **Gürzumar**, s.74,75.

b. Taşınmaz Niteliği Taşımayan Hakların Sahipleri

Malik, taşınmazı üzerinde aynı veya farklı tür birden fazla sınırlı aynî hakkı kurma imkânına sahiptir³⁹⁸. Nitekim mülkiyetin, malike sağladığı bu imkân, taşınmaz rehni ile ilgili bir yasa maddesinde özel olarak düzenlenmiş hatta koruma altına alınmıştır(TMK m.869/I)³⁹⁹. Bu sebeple bir taşınmaz üzerinde aynı anda birden fazla aynı türde veya farklı türde sınırlı aynî hak bulunabilir. Dolayısıyla zorunlu irtifak kurulurken taşınmaz üzerinde daha önce kurulduğu için mevcut olan sınırlı aynî haklar olabilir. Kurulan zorunlu irtifak, taşınmaz üzerinde mevcut sınırlı aynî haklar ile çatışmayabileceği gibi çatışabilir. Eğer böyle bir çatışma var ise söz konusu sınırlı aynî haklar, zorunlu irtifakın kullanılmasını engelleyebilir. Zorunlu irtifaklar ile taşınmazda mevcut sınırlı aynî haklar arasındaki sıralamanın nasıl gerçekleştirileceği konusunda pozitif bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple öncelikle rızaî sınırlı aynî haklar arasındaki sıralamanın nasıl belirlendiğini incelemek gerekir. Sınırlı aynî haklar arasındaki sıra kural olarak kuruluş tarihine göre belirlenir⁴⁰⁰. Bu ilke (*Prior tempore potior jure*), genel bir hüküm olarak TMK’nda düzenlenmemiştir. Fakat taşınmaz rehni bakımından özel bir düzenleme bulunmaktadır(TMK m.869/2). Bununla birlikte söz konusu ilke TST’nde genel bir hüküm olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre tapu sicili üzerinde kayıtlı hakların birbirine üstünlüğü, yevmiye defterine yazım tarihine ve bu defterde aldığı sıra numarasına göre belirlenir (TST 22 c.7). Sınırlı aynî hakların sırasının, hakların

³⁹⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.770; Şahiniz, s.74.

³⁹⁹ Söz konusu düzenlemeye göre, malikin rehinli taşınmaz üzerinde yeni sınırlı aynî haklar kurmayacağını taahhüt etmesi geçerli değildir(TMK m.869/I).

⁴⁰⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.770

kuruluş tarihine göre belirlenmesi kural olmakla beraber bu kuralın istisnaları da vardır.

Sınırlı aynî hakların, söz konusu yasal düzenlemelere ve hukuk ilkesine (*Prior tempore potior jure*) göre belirlenen sıraya uygun kullanılması zorunludur. Dolayısıyla iki sınırlı aynî hak birbiri ile çatışıyor ise sıra itibariyle sonra gelen sınırlı aynî hak, sıra itibariyle önce gelen sınırlı aynî hakkın kullanılmasını engellediği veya güçleştirdiği ölçüde kullanılamaz. Hatta kanun koyucu, rehin hakkı sahibine, sıra itibariyle sonra gelen sınırlı aynî hakları, bazı koşullar altında sona erdirme imkânı tanımıştır(TMK m.869/2).

Zorunlu irtifaklar, taşınmaz üzerinde mevcut diğer sınırlı aynî haklar ile mutlak biçimde bir sıra ilişkisine tâbi tutulur ise bu irtifaklar, sonra gelen sınırlı aynî haklar ile aynı hukukî akıbeti paylaşırlar. Dolayısıyla bu durumda; zorunlu irtifak, kendisinden önce gelen sınırlı aynî hakkın kullanılmasını engelleyecek veya güçleştirecek biçimde kullanılamaz. Keza bu durumda; sıra olarak önce gelen rehin hakkı sahibi, rehnin paraya çevrilmesi sırasında kendisine zarar verdiği gerekçesiyle zorunlu irtifakın terkinini sağlayabilir(TMK m.869/2). Bu hukukî akıbet, zorunlu irtifakların fonksiyonu ile bağdaşmaz⁴⁰¹. Zira zorunlu irtifaklar, taşınmazla ilgili zaruret durumunun ortadan kalkması için öngörölmüş haklardır. Bu sebeple zaruret durumu sürdüğü müddetçe, kural olarak, zorunlu irtifakların devam etmesi gerekir. Bu gereklilik, taşınmaz üzerinde yer alan bütün sınırlı aynî haklardan önce yer

⁴⁰¹**Liver** Einleitung N.103; **Baumgartner**, s.37, 44; **Caroni-Rudolf**, s.139; **Jost**, s.134; **Brücker**,s.162.

alabilme kabiliyetinin zorunlu irtifaklara verilmesini mecbur kılar⁴⁰². Bununla birlikte zorunlu irtifakların; kendilerinden önce gelen sınırlı aynı hakların, nasıl önüne geçecekleri hususunda, doktrinde, bir fikir birliği bulunmamaktadır. Doktrinde yer alan bir görüşe göre zorunlu irtifaklar sırf kurulmuş olmakla taşınmaz üzerinde yer alan bütün sınırlı aynı haklardan önce gelir. Bu sebeple bu görüşe göre önceliğin sağlanması için önde gelen sınırlı aynı hakların sahiplerinin izni gerekmez⁴⁰³. Dolayısıyla bu görüşe göre, zorunlu irtifakın en ön sırada yer alması için hiçbir sınırlı aynı hakkın sahibine herhangi bir talebin yönetilmesine gerek yoktur. Doktrinde yer alan hâkim görüşe göre ise zorunlu irtifak hakları sırf kurulmuş olmakla taşınmaz üzerindeki diğer sınırlı aynı hakların önüne geçemez⁴⁰⁴. Bu görüşe göre zorunlu irtifak haklarının taşınmaz üzerinde yer alan diğer sınırlı aynı hakların önünde yer alabilmesi için sınırlı aynı hak sahiplerinin izin vermesi zorunludur. Bu iznin elde edilebilmesi için bu görüşe göre öncelikle taşınmaz üzerinde yer alan sınırlı aynı hak sahiplerine de bir talebin yöneltilmesi gerekir. Fakat açıklamalardan da anlaşılacağı üzere bu talep, zorunlu irtifakın kurulmasına yönelik değildir. Burada, zorunlu irtifakın kurulmasına ilişkin talepten ayrı bir talep yer almaktadır. Bu talep, bu görüşe göre zorunlu irtifakın en ön sırada yer alması için talebin yöneltildiği sınırlı

⁴⁰² Köprülü/Kaneti, s.25; Özsunay, s.100; Akman,s.204; Şahiniz, s.74.

⁴⁰³ Özakman, s.177; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.574, 580, 582; Ertaş, s.285.

⁴⁰⁴ Wieland Art 694 Bem 6; Baumgartner § 4 II; Liver Einleitung N.102 vd. SPR V/1 s.262; Meier/Hayoz Syst. Teil Nr.160 Art 674 N.56 58 75 79 Art 691 N.34 45 65; Rey Systematischer Teil N.243 265; Jost, s.118; Neuenschwander, s.135;Waldis, s.176; Brücker, s.96–97; Bürgisser, s.383; Özsunay, s.86,123; Özakman, s.190; Akman, s.204; Yazman, s.158; Erel, s.80; Tekinay Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, s.106; Saymen/Elbir, s. 350; Ayan Mülkiyet, s.263;Belgesay, s.129; Şahiniz, s.75.

ayni hak sahibinin gerekli irade açıklamalarında bulunmasına yöneliktir. Dolayısıyla bu görüşe göre, talep yöneltildikten sonra, talebin yöneltildiği sınırlı ayni hak sahibi, ilerleme sözleşmesinin kurulması ve bu sözleşmeye göre zorunlu irtifakın ön sırada yer alması için gerekli irade açıklamalarında bulunmakla yükümlü hale gelir⁴⁰⁵. Yine bu görüşe göre, sınırlı aynî hak sahibinin, ilerleme sözleşmesini kurma ve izne ilişkin irade açıklamasında bulunma yükümlülükleri karşısında zaruret içerisindeki malikin de sınırlı aynî hak sahibine bedel ödeme yükümlülüğü vardır.

Yukarıda belirtildiği üzere, bir zorunlu irtifak taşınmaz üzerindeki bütün sınırlı aynî haklar ile çatışabileceği gibi yalnızca bir veya bir kaç sınırlı ayni hak ile de çatışabilir. Dolayısıyla taşınmaz üzerinde, zorunlu irtifakın çatışmadığı sınırlı aynî hakların bulunması mümkündür. Örneğin yalnızca arazinin sınırlarından geçen bir mecrayı konu edinen zorunlu mekra irtifakı, oturma hakkı ile çatışmaz⁴⁰⁶. Zorunlu irtifakın çatışmadığı sınırlı aynî hakların sahiplerine talep yöneltilmesinin ve bu sınırlı aynî hak sahiplerinden izin alınmasının; gerekli olup olmadığı meselesi doktrini meşgul etmiştir. Doktrinde yer alan hâkim görüşe göre taşınmaz üzerinde yer alan ve zorunlu irtifak ile çatışan-çatışmayan bütün sınırlı ayni hakların sahiplerinden izin alınması gerekir⁴⁰⁷. Dolayısıyla bu görüşe göre, taşınmaz üzerinde yer alan bütün sınırlı aynî hakların sahiplerine talep yöneltilmelidir. Zira bu görüşe göre, kurulan bir zorunlu irtifakın, taşınmaz üzerinde yer alan bir sınırlı ayni hak ile

⁴⁰⁵**Meier-Hayoz** Syst. Teil Nr.160; **Jost**, s.118; **Erel**, s.64; **Özsunay**, s.122; **Tekinay**, s.102.**Yazman**, s.159;**Bürgisser**, s.382; **Caroni/Rudolf**, s.93; **Akman**, s.206.

⁴⁰⁶**Brücker**, s.98.

⁴⁰⁷**Liver** Einleitung N.103; **Brücker**, s.98–99; **Şahiniz**, s.75.

çatışıp çatışmayacağını kestirmek mümkün değildir⁴⁰⁸. Bu sebeple bu görüşe göre hukukî istikrarın sağlanması bakımından kural olarak bütün sınırlı aynî hak sahiplerine talebin yöneltmesi gerekir⁴⁰⁹. Yine bu görüşe bu kuralın istisnasını, zorunlu irtifaklar oluşturur⁴¹⁰. Zira zorunlu irtifakların her biri için taşınmazda en ön sırada yer alma imkânı bulunduğundan bu görüşe göre bu haklar kendi aralarında sıralamaya tâbi olmazlar. Bu sebeple bu görüşe göre birden fazla zorunlu irtifak, taşınmaz üzerinde ilk sırada yer alabilir ve bu şekilde tescil edilebilir⁴¹¹. Zarurî mecra irtifakının yükümlü gayrimenkuldeki daha eski tarihli sınırlı aynî haklardan önce geldiğinin aleniyet kazanabilmesi için tescil edilmesi ve ayrıca söz konusu tescilin yanı sıra zarurî irtifak hakkı olduğunu belirten bir ibarenin düşülmesi gerekir⁴¹².

Talebin ileri sürülmesi gereken sınırlı aynî hak sahiplerinden biri, intifa hakkı sahibidir. Hangi zorunlu irtifak kurulursa kurulsun, taşınmaz üzerindeki intifa hakkı ile muhakkak çatışır. Zira intifa hakkı, mülkiyet dışındaki aynî haklardan sahibine en geniş yetkileri tanıyan sınırlı aynî haktır. Doktrinde yer alan bir görüşe göre, yükümlü taşınmaz üzerinde intifa hakkı var ise ZGB Art 750 Abs.3 (TMK m.798/2) hükmü uygulama alanı bulur. Dolayısıyla bu görüşe göre, intifa hakkı, yükümlü malikin zorunlu irtifak bedeli üzerinde devam eder. Kanaatimizce bu durumda, söz konusu hüküm uygulanamayacağı için bu görüş isabetli değildir. Zira bu durumda intifa hakkı sahibinin menfaatlerini koruyan hukukî olgu, ilerleme sözleşmesidir.

⁴⁰⁸Brücker, s.98.

⁴⁰⁹Brücker, s.98.

⁴¹⁰Brücker, s.99

⁴¹¹Rey Systematischer Teil N.249; Brücker, s.99.

⁴¹²Şahiniz, s.76.

İlerleme sözleşmesinin asıl hukukî dayanağı ise yukarıda belirtildiği üzere zorunlu irtifakları düzenleyen maddeler (TMK 725, 744, 747, 761) ile boşalan dereceye geçme hakkını düzenleyen maddedir(TMK m.871/3). Fakat TMK 871/3 hükmü, bu durumda, doğrudan değil kıyasen uygulanmaktadır. Dolayısıyla bu durumda ZGB Art 750 Abs. 3 hükmünün uygulanma imkânı yoktur.

Talebin ileri sürülmesi gereken sınırlı aynî hak sahiplerden bir diğeri, rehin hakkı sahibidir.⁴¹³ Rehin hakkı sahibi, ipoteği paraya çevirdiğinde, zorunlu irtifak sebebiyle taşınmazın değeri düştüğü için alacağının tamamını elde edemiyor olabilir⁴¹⁴. Bu durumda rehin hakkı sahibi, TMK m.869/2 uyarınca zorunlu irtifakı terkin ettirme yetkisine sahip olduğu için zorunlu irtifak sahibi, kanunî talep hakkını, ipotek hakkı sahibine yönelmelidir. Aksi takdirde zorunlu irtifak terkin edilebilir. Doktrinde, rehin hakkı sahibinin, TMK 867/1 maddesinden (ZGB 810) yararlanabileceği kabul edilmektedir⁴¹⁵. Bu görüşe göre zorunlu irtifakın kurulması ile taşınmazda, malikin kusuru olmaksızın bir değer düşmesi meydana geldiği için rehin hakkı sahibi, borçludan güvence verilmesini veya kısmî ödeme yapılmasını talep edebilir. Sözü edilen güvence bir kefalet veya taşınmazda meydana gelen değer düşüklüğü kadar paranın depo edilmesi olabileceği gibi farklı bir taşınmazda kurulacak rehin hakkı da olabilir. Kanaatimizce burada, TMK 867/1 maddesini (ZGB 810) rehin hakkı sahibi bakımından doğrudan uygulama imkânı bulunmamaktadır. Zira söz konusu madde, rehne konu taşınmazın ve malikinin zarara uğradığı

⁴¹³Meier-Hayoz Art 691 N.34; Brücker, s.164.

⁴¹⁴Brücker, s.164–165.

⁴¹⁵Caroni-Rudolf, s.140 vd; Brücker, s.165 vd; Erel, s.81.

durumları düzenlemektedir. Oysa burada bir irtifak kurulduğu için taşınmazın ve malikinin zarara uğraması değil kurulan irtifaktan etkilenmesi söz konusudur. Dolayısıyla burada, söz konusu madde, rehin hakkı sahibi bakımından ancak kıyasen uygulanabilir.

3. Şahsi Hak Sahipleri

a. Şerh Edilmemiş Şahsi Hakların Sahipleri

Doktrinde yer alan hâkim görüşe göre şerh edilmemiş şahsi hakkın sahiplerine karşı talebin yöneltilmesine gerek bulunmamaktadır⁴¹⁶. Bu görüş son derece isabetlidir. Zira şerh edilmemiş şahsi hakkın sahibi, borç ilişkisinin nisbiliği ilkesi gereğince sahip olduğu talepleri yalnızca borç ilişkisinin karşı tarafına ileri sürebilir. Dolayısıyla, şerh edilmemiş şahsi hakkın sahibi, kendi hakkı ile çatışsa bile zorunlu irtifakın kurulmasını ve kullanılmasını engelleyemez. Fakat komşu taşınmaz üzerindeki şahsi hak, zorunlu irtifakın kurulmasına ilişkin talebin komşu malike yöneltilmesini engelleyebilir. Zira şahsi hak sebebiyle komşu malik, zorunlu irtifakın kurulması talebinin yöneltilebileceği en uygun komşu olma özelliğini taşıyabilir.

b. Şerh Edilmiş Şahsi Hakların Sahipleri

Doktrinde yer alan hâkim görüşe göre şerhedilmiş şahsi hak sahiplerine talep yöneltilmesi gerekmektedir⁴¹⁷. Fakat bu talep de zorunlu irtifakın kurulmasına yönelik değildir. Sınırlı aynî hak sahiplerine yöneltilen talep gibi bu talep de zorunlu

⁴¹⁶Baumgartner, s.37, 44 vd; Meier-Hayoz Art 691 N.35 Art 694 N.27; Neuenschwander, s.410; Caroni Rudolf, s.93, 139; Bürgisser, s.382; Brücker, s.162.

⁴¹⁷Bürgisser, s.382; Caroni/Rudolf, s.93; Akman, s.206; Şahiniz, s.76.

irtifakın, taşınmazın yüklendiği bütün haklardan önde yer alması için yöneltilmektedir.

4. Zilyedler

a. Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Zilyedleri

Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar aleyhine zorunlu irtifak kurulması mümkün değildir⁴¹⁸. Bu sebeple tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların zilyedlerine talep yöneltilmesi hukukî sonuç doğurmaz⁴¹⁹. Bazı durumlarda, komşu taşınmaz tapu kütüğüne kayıtlı olmamakla birlikte, zilyed bakımından olağanüstü zamanaşımı ile iktisap koşulları gerçekleşmiş olabilir. Bu durumda zaruret içerisindeki malik, zilyed adına komşu taşınmazın tescili için dava yoluna başvurabilir⁴²⁰. Zira buna ilişkin davayı açmakta hukukî yararı bulunmaktadır. Zaten uygulamada üzerinde mülkiyet

⁴¹⁸ Y. İBK. 11.2.1959. 1958/14 E. 1959/13 K. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Erişim tarihi 20.10.2014.

⁴¹⁹ **Tandoğan**, s.621; **Bertan**, C.I, N.11,13 s.862; **Baumgartner** § 3 I 1; **Waldis**, s.169; **Özsunay**, s.78; **Tekinay** Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, s.98;**Saymen/Elbir**, s.349;**Karahasan**, s.1188; **Ayan** Mülkiyet, s.237,258; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s.665; **Erel**,s.71–72; **Şahiniz**, s.70 Y.İBK.11.2.1959 T. 1958/14 E./1959/13 K. Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası. Erişim tarihi 20.10.2014.

⁴²⁰ **Erel**,s.72.Y.14.HD.4.11.1991. E.4204.K.9185. **Surlu/Öztürk** (Geçit Hakkı),2003,s.206; Y.İBK.15.2.1959.E.14.K.13. **Surlu/Öztürk** (Geçit Hakkı), 2003, s.197.Y.8.HD.3.10.1983 T. 1983/9081 E. 1983/9008 K. **Surlu/Öztürk** (Mecra Hakkı), s.212. Buna göre olağanüstü zamanaşımı ile iktisabı konu edinen davanın sonucu, zorunlu geçit hakkı davasının sonucu bakımından belirleyici olacaktır. Y.14.HD.14.7.2005 2005/6436 E. 2005/7289 K. Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası. Erişim tarihi 20.10.2014.İBK’nda da sözü edildiği üzere burada artık geçit zarureti içerisindeki taşınmaz malikinin komşu taşınmazın tapuya kaydedilebilmesi için açacağı olağan üstü zamanaşımına dayalı iktisap davasında hukukî menfaati bulunmaktadır.

kurulmamış bir taşınmazın zilyedi aleyhine zorunlu irtifak kurulmasına ilişkin bir dava açıldığı takdirde mahkeme, davacıya, davalı zilyed adına olağan üstü zamanaşımı ile iktisap davası açmak için yetki ve süre vermektedir. Söz konusu dava sürdürülüp olumlu sonuçlandığı takdirde zorunlu irtifakın kurulmasına ilişkin yargılamaya da devam edilmektedir⁴²¹. Doktrinde yer alan bir görüşe göre komşu taşınmaz üzerinde mülkiyet kurulana kadar zaruret içerisindeki malik bir aynı bekleme hakkına sahiptir⁴²². Bu görüşe göre zaruret içerisindeki malikin sahip olduğu aynı bekleme hakkı herkese karşı ileri sürülebilir.

b. Tapuya Kayıtlı Taşınmazların Zilyedleri

Tapuya kayıtlı taşınmaz üzerinde ne bir aynî hakka ne de bir şahsi hakka sahip olmayan zilyedler de bulunmaktadır. Bu zilyedlerin de talep yetkisi bulunmamaktadır.

II. ZORUNLU İRTİFAKI KURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Talep yetkisinin kullanılması ile yukarıda da belirtildiği üzere zorunlu irtifakı kurma yükümlülüğü meydana gelir. Bununla birlikte henüz ortada bütün unsurları ile somutlaştırılarak belirlenmiş bir edim yükümlülüğü yoktur⁴²³. Fakat zorunlu irtifakı kurma yükümlülüğünün kapsamını, şu edim yükümleri ile sınırlayabiliriz: zorunlu irtifak sözleşmesinin görüşmelerine katılmak, bu sözleşmenin kurulması için gerekli

⁴²¹ Y.14.HD.4.11.1991. E.4204.K.9185. **Surlu/Öztürk** (Geçit Hakkı),2003,s.206; Y.İBK.15.2.1959. E.14.K.13. **Surlu/Öztürk** (Geçit Hakkı),2003,s.197.

⁴²² **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s.665.

⁴²³ **Erel**, s.57–58.

irade açıklamasında bulunmak ve kural olarak tescil talebinde bulunmak yükümlülükleri⁴²⁴.

Talebin ileri sürülmesi sonucu ortaya çıkan edim yükümlülüklerinden sorumlu malik ismen tayin edilmemiştir. Bu yükümlülük eşyanın mülkiyetine bağlanmıştır⁴²⁵. Bu hukukî yapının (konstrüksiyonun) sonucu olarak talebin ileri sürülmesi üzerine komşu taşınmazın o andaki maliki bakımından yükümlülük doğmuş olur. Dolayısıyla komşu taşınmazın maliki, herhangi bir irade açıklamasında bulunmadığı halde sırf malik olması sebebi ile borçlanmakta ve zorunlu irtifakı kurma yükümlülüğü altına girmektedir. Bu nedenle burada ortaya çıkan ilişki eşyaya bağlı bir borç ilişkisidir⁴²⁶.

Burada ortaya çıkan eşyaya bağlı borç ilişkisi, kanundan doğduğu için “kanunen eşyaya bağlı borç ilişkileri” kategorisinde ve borçluluk durumu mülkiyetle

⁴²⁴**Liver** Einleitung, N. 97; Art 680 N.55.

⁴²⁵**Liver** Einleitung N.157; **Meier-Hayoz** Systematischer Teil, N.159; **Jost**, s.79;**Brücker**, s.13; **Erel**,s.8; **Şahiniz**, s.48.

⁴²⁶**Liver** Einleitung N.148 N.157; **Meier-Hayoz**Syst. Teil. Nr.159 Art 674 N.22 N.56 Art 691 N.6; **Neuenschwander**, s.55; **Caroni-Rudolf**, s.19 78 vd; **Bürgisser**, s.342; **Akman**, s.183;**Oğuzman Tebliğ**, s.235; **Erel**, s.44; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s.645; **Serozan**, s.369–370. Eşyaya bağlı borçlar, durum borçlarının alt kategorilerinden biridir. Durum borçlarının söz konusu olduğu durumlardabir hukukî statüye geçen her şahıs o hukukî statüye bağlanan hakkın ve/veya yükümlülüğün sahibi olacaktır. **Jost**, s.64; **Erel**, s.51. Eğer durum borcunda belirleyici olan hukukî statü eşya üzerinde mülkiyet, sınırlı ayni hak sahipliği veya ziyedlik ise bir eşyaya bağlı borcun varlığından söz edilir. **Erel**,s.51.

belirlendiği için “mülkiyete bağlı borç ilişkileri” kategorisinde yer almaktadır⁴²⁷. Yine bu eşyaya bağlı borç ilişkisinden doğan münferit edimler zamana yayılmamaktadır. Dolayısıyla bu eşyaya bağlı borç ilişkisinden beklenen yararlar bir defada aniden gerçekleştiği ve yükümlülüğün ifa edilmesi ile borç sona erdiği için söz konusu eşyaya bağlı borç ilişkisi, ani edimli bir borç ilişkisidir⁴²⁸. Ayrıca bu eşyaya bağlı borç ilişkisi; “irade beyanında bulunma borcunu konu edinen eşyaya bağlı borç ilişkileri” kategorisinde yer alır⁴²⁹.

Burada söz edilen eşyaya bağlı borç ilişkisi, ani edimli olduğu için kanuni şartların gerçekleşmesi ve talebin yöneltmesi ile eşyaya bağlı borç ilişkisi ve münferit edim birlikte ortaya çıkar⁴³⁰. Dolayısıyla zaruret durumu olsa bile talebin yöneltmediği aşamada, eşyaya bağlı borç ilişkisi de zorunlu irtifakı kurma

⁴²⁷ **Erel**, s.33; **Akman**, s.170; **Şahiniz**, s.49. Kanun koyucu aynı hak sahiplerine karşılıklı edim yükümlülükleri vermekle aynı hakların sağladıkları yetkilerin çatışması ihtimalini önlemek diğer taraftan özellikle komşu gayrimenkullerden iktisaden en iyi şekilde yararlanmasını ve değerlerin korunmasını sağlamak amacıyla gütmektedir. **Neuenschwander**, s.138.

⁴²⁸ **Erel**, s.88. Alacaklının edimden beklediği yarar bir defada aniden gerçekleşiyor ve borç sona eriyorsa ani edimli eşyaya bağlı borç ilişkisi söz konusudur. Buna karşılık edimden beklenen yararın gerçekleşmesi zaman içinde bir süreyi kapsıyor ve borçlunun sürekli olarak veya periyodik olarak ifa etmesi gereken bir yükümlülük bulunuyorsa sürekli eşyaya bağlı borç ilişkisi vardır. Sürekli eşyaya bağlı borç ilişkilerine paylı mülkiyette ve kat mülkiyetinde yönetime ve ortak giderlere katılma borcu örnek gösterilmektedir. **Erel**, s.88–89.

⁴²⁹ Eşyaya bağlı borç ilişkisinin konusunu bir müspet edim yükümlülüğü oluşturur. Bu müspet edim yükümlülüğünü, bir yapma, verme veya irade beyanında bulunma borcu oluşturur. **Liver**, Einleitung N.148; **Meier-Hayoz** Syst. Teil Nr. 150; **Jost**, s.2–3; **Erel**, s.6.

⁴³⁰ **Erel**, s.93.

yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Bununla birlikte komşu malik bakımından borç doğması ihtimali (potansiyel borç) mevcuttur. Zaruret durumuna ilişkin yasal koşullar devam ettiği sürece komşu taşınmazın her maliki için borç doğması ihtimali bulunmaktadır. Bu aşamada mülkiyetin devri sonucu yeni malike intikal eden şey de borcun ilerde doğması ihtimalidir⁴³¹.

Zorunlu irtifakı kurma yükümlülüğünün doğma ihtimalinin, tapu siciline kaydedilmesine gerek olmadığı gibi kaydedilmesi mümkün değildir⁴³². Zira burada dolaylı olarak da ortaya çıksa kanundan doğan bir mülkiyet kısıtlaması söz konusudur. Mülkiyeti iktisap eden kişi kanundan dolayısıyla doğan bu kısıtlamaya katlanmak zorundadır. Ayrıca taşkın yapı bakımından, zorunlu irtifakı kurma yükümlülüğünün doğma ihtimalinin taşınmazın fiziki durumu sebebiyle tâbi aleniyet kazandığı belirtilmektedir⁴³³.

Zorunlu irtifakın kurulması yükümlülüğünün ifasına ilişkin alacak, zaruret içerisindeki taşınmazın üzerindeki mülkiyete bağımlı kılınmıştır⁴³⁴. Bu sebeble söz konusu alacak temlike elverişli değildir (BK m.162/I)⁴³⁵.

⁴³¹**Erel**, s.169.

⁴³²**Neuenschwander**, s.139, 155; **Erel**,s.173.

⁴³³**Erel**, s.178.

⁴³⁴**Liver** Einleitung Nr.157; **Meier-Hayoz** Syst. Teil. Nr.159; **Erel**, s.8. Alacaklılığın bir taşınmazın mülkiyetine borçluluğun komşu taşınmazın mülkiyetine bağımlı hale getirildiği eşyaya bağlı borç ilişkileri ile özellikle komşuluk hukukunda karşılaşılır. **Erel**, s.8.

⁴³⁵**Deschenaux** (Festgabe), s.740 vd; **Erel**, s.162.

Zorunlu irtifakı kurma yükümlülüğü ani edimli bir eşyaya bağlı borç olduğu için borç ifa edilmeden mülkiyet el değiştirirse eski malik bakımından ifa imkânsızlığı meydana gelir⁴³⁶. Bu durumda zorunlu irtifakı kurma yükümlülüğü sona erer(BK m.117/1). Eğer eski malik, imkânsızlığın meydana gelmesinde kusurunun bulunmadığını ispat eder ise sorumlu olmaktan kurtulur(BK m.96)⁴³⁷. Örneğin müflis hale gelen malik, zorunlu irtifakı kurma yükümlülüğünü ifa edememesinde bir kusuru bulunmadığı için imkânsızlıktan sorumlu tutulamaz. Buna karşılık eski malik, imkânsızlıkta kusuru bulunmadığını ispat edemez ise imkânsızlık sebebi ile meydana gelen zararı tazminle yükümlüdür(BK m.96). Örneğin eski malik, zorunlu irtifakı kurma yükümlülüğünü ifa etmeden taşınmazını, rızaî olarak üçüncü bir kişiye devrederse imkânsızlıktan sorumlu olur. Burada eski malik yalnızca gecikmeden doğan zararlar ile alacaklının yapacağı takibin masraflarından sorumludur. Zira yeni malik de zorunlu irtifakı kurma yükümlülüğü altındadır⁴³⁸. Söz konusu tazminat yükümlülüğü, eşyaya bağlı nitelik taşımadığı için mülkiyeti devralan malike intikal etmez⁴³⁹.

Mülkiyeti devreden, devralana, zorunlu irtifakı kurma yükümlülüğünden şahsen sorumlu olacağını taahhüt etmesi; devralanı, zorunlu irtifakı kurma yükümlülüğünden kurtarmaz⁴⁴⁰. Eğer mülkiyeti devreden, devralanı söz konusu yükümlülükten haberdar etmemişse bu yükümlülük, BK m.193/I hükmü anlamında

⁴³⁶**Liver** Einleitung N.163; **Meier-Hayoz** Systematischer Teil N.162 a.

⁴³⁷**Erel**, s.171.

⁴³⁸**Oğuzman** Eşyaya Bağlı Borçlar, s.242; **Erel**, s.171.

⁴³⁹**Erel**, s.182. Farklı görüş için bkz. **Deschenaux**, (Festgabe), s.744.

⁴⁴⁰**Erel**, s.172.

“aynı bir mükellefiyet” olarak kabul edilir⁴⁴¹. Dolayısıyla bu durumda BK’nun 193. maddesi uygulama alanı bulur. Bu sebeple alıcı, zorunlu irtifakı kurma yükümlülüğünü bilseydi taşınmazı satın almayacağını ispat ederek tapunun iptalini dava edebilir(BK 193/2). Bu yola başvurmayan alıcı, zorunlu irtifakı kurma yükümlülüğü sebebiyle uğradığı zararın tazminini satıcıdan talep edebilir(BK 193/T). Fakat taraflar devreden malikin, buradaki sorumluluğunu bertaraf eden bir anlaşma yapmışlar ise bunun sonucu olarak, devralan, zorunlu irtifakı kurma yükümlülüğü sebebiyle herhangi bir talep ileri süremez⁴⁴².

Talep ileri sürüldükten sonra; talep yöneltilen malik mülkiyeti devrettiğinde, devralan bakımından zorunlu irtifakı kurma yükümlülüğünün yeniden doğup doğmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde yer alan bir görüşe göre eski malik, bu yükümlülüğü ifa etmeden mülkiyeti devredince devralan malik bakımından yeni bir borç doğar⁴⁴³. Doktrinde yer alan diğer görüşe göre ise anî edimli eşyaya bağlı borç ilişkilerinden doğan borçlar ve bu arada zorunlu irtifakı kurma yükümlülüğü, zaman itibariyle bölünmez nitelik taşıdığı için devralan malik bakımından yeni bir borç doğmaz, mevcut borç devralan maliki de yükümlü kılar⁴⁴⁴. Eğer eski malik, irtifak bedelini almasına rağmen zorunlu irtifakı kurmamışsa yeni malik hakkı kurduktan sonra bu görüşe göre bedelin kendisine iadesini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebilir⁴⁴⁵.

⁴⁴¹**Erel**, s.184, 261; **Neuenschwander**, s.261.

⁴⁴²**Erel**, s.183; **Neuenschwander**, s.183.

⁴⁴³**Meier-Hayoz** Systematischer Teil, N.177; **Özsunay**,s.180.

⁴⁴⁴**Erel**, s.93; **Oğuzman** (tebliğ), s.214.

⁴⁴⁵**Erel**, s.184.

Gerek iflas gerekse haciz sebebi ile taşınmazın cebri ihale ile satılması durumlarında da zorunlu irtifakı kurma yükümlülüğünün satın alan malike intikal edeceği kabul edilmektedir⁴⁴⁶.

Zorunlu irtifakı kurma yükümlülüğü doğduktan sonra taşınmazın yok olması durumunda zorunlu irtifakı kurma yükümlülüğü de sona erer⁴⁴⁷. Taşınmazın yok olmasına, kusurlu hiçbir davranışının sebebiyet vermediğini ispat edemeyen malik, yok olan taşınmazda zorunlu irtifakın kurulamaması sebebiyle meydana gelen zararları tazminle yükümlü olur⁴⁴⁸. Yükümlü taşınmazın bölünmesi halinde ise her yeni parsel bakımından malikin zorunlu irtifakı kurma yükümlülüğü devam eder⁴⁴⁹.

Zorunlu irtifakı kurma yükümlülüğünün zamanaşımına tâbi olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde yer alan bir görüşe göre bu yükümlülükler zamanaşımına tâbi değildir⁴⁵⁰. Doktrinde yer alan diğer görüşe göre ise bu yükümlülükler zamanaşımına tâbidir⁴⁵¹. Bu görüşe göre zorunlu irtifak sözleşmesinin kuruluşuna iştirak etmek ve tescil talebinde bulunma yükümlülüğü on yıllık zamanaşımına tâbidir(BK.m.125). Bununla birlikte yine bu görüşe göre somut bir borcun zamanaşımına uğraması yeni talep yetkilerinin doğmasını ve bunların

⁴⁴⁶**Erel**, s.159; **Baumgartner**, s.52.

⁴⁴⁷**Meier-Hayoz** Systematischer Teil N.173; **Neuenschwander**, s.171; **Jost**, s.104; **Erel**, s.153.

⁴⁴⁸**Jost**, s.105; **Erel**,s.153.

⁴⁴⁹**Erel**, s.154.

⁴⁵⁰**Baumgartner**, s.53.

⁴⁵¹**Erel**, s.123.

kullanılmasını engellemez⁴⁵². Dolayısıyla bu görüşe göre zorunlu irtifak kurma yükümlülüğü zamanaşımına uğrasa bile zaruret devam ettiği için doğan yeni bir talep yetkisinin kullanılması ile yeniden bir zorunlu irtifakı kurma yükümlülüğü meydana gelir.

III. BEDEL ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Yukarıda belirtildiği üzere zaruret içerisindeki malik, zorunlu irtifakın kurulması karşılığında komşusuna irtifak bedelini ödemekle yükümlüdür (TMK 725/2-744/1-747/1-761/1).

Zorunlu irtifak bedelinin hukukî niteliği konusunda, doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrinde yer alan bir görüşe göre söz konusu bedel, hukukî niteliği itibariyle bir tazminattır ve hukuka uygun fiillerden doğan tazminatlar kategorisine dâhildir⁴⁵³. Bu görüşe göre zorunlu irtifakın kurulması sebebiyle bir zarar meydana gelmiyorsa yükümlü malikin herhangi bir bedel talep etmesi mümkün değildir⁴⁵⁴. 4721 sayılı TMK’nda da zorunlu geçit bedeli, bir denkleştirme bedeli olarak kabul edilmiştir. Zira TMK’nun 747. maddesinin gerekçesine göre: zorunlu geçit bedeli; bir tazminat değildir; bir denkleştirme bedelidir. Doktrinde yer alan farklı bir görüşe göre zorunlu irtifaklar, kamulaştırma müessesesinin özel hukuk alanındaki bir tür görünümleri olduğundan dolayı zorunlu irtifak bedeli,

⁴⁵²Erel, s. 135.

⁴⁵³Von Tuhr, Peter: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, § 50 II; Leemann Art 691 N.21 694 N.36 vd, 710 N.16 vd; Baumgartner, s. 37 vd, 74; Caroni/Rudolf, s. 131 vd; Ulsan, s.132,133,135,138,144; Özsunay, s.121,122; Özsunay Hafta s.227; Serozan,s.372; Şahiniz, s.108.

⁴⁵⁴Caroni-Rudolf, s.131 vd; Özsunay, s.129 dn.39.

kamulaştırma bedeli ile aynı özellikleri taşıır⁴⁵⁵. Zira gerek idari irtifak gerekse zorunlu irtifak kurulduğunda; yükümlü malikin bir kısım yetkileri iradesine aykırı olarak elinden alındığından bu görüşe göre idari irtifak bedeli ile zorunlu irtifak bedeli benzeşir. Ayrıca kamulaştırmanın esasını oluşturan toplumsal çıkarların korunması düşüncesi, zorunlu irtifakların (özellikle zorunlu geçit hakkının ve taşkın yapı hakkının) var oluş sebeplerinden birini oluşturduğu için bu görüşe her iki bedel temelde birbirinden farklı kabul edilemez⁴⁵⁶. Doktrinde yer alan diğer bir diğer görüşe göre bedel yalnızca bir irtifakın karşılığı olarak kabul edilmelidir⁴⁵⁷. Bu görüşe göre; zorunlu irtifakların hukukî niteliği itibariyle birer irtifak hakkı olarak kabul ediliyorsa zorunlu irtifak bedellerinin hukuki niteliği de irtifak bedeli olarak kabul edilmelidir. Bu görüşe göre irtifak bedeli, o yerde benzer bir taşınmazda kurulan benzer bir irtifak için ödenen meblağ örnek alınarak belirlenir⁴⁵⁸. Bu görüşe göre söz konusu meblağ kural olarak yalnız zarar esasına göre hesaplanan bir meblağdan daha yüksek olur. Ayrıca bu görüşe göre taşınmaz maliki doğrudan doğruya bir zarara uğramasa bile bir bedelin ödenmesi gerekir. Bu görüş zorunlu irtifak bedelini, rızai irtifak bedelinden ayırt etmediği için doktrinde eleştirilmiştir⁴⁵⁹.

⁴⁵⁵**Wieland** Art 674 N.11 b; **Haab** Art 691/3 N.12, 694 vd N.22, 709 vd. N.19; **Liver** Einleitung N.88; **Ius Et Lex** s.753; **Meier-Hayoz** Art 691 N.50; **Waldis**, s.161 vd, 176; **Bürgisser**, s.468; **Brücker**, s.152; **Bertan** C.I N.8 s.924; **Akman**, s,268–269.

⁴⁵⁶**Akman**,s.269.

⁴⁵⁷**Neuenschwander**,s.425; **Özakman**, s.174.

⁴⁵⁸**Neuenschwander**, s.424 vd.

⁴⁵⁹**Bürgisser**, s.465.

Yargıtay HGK'nun - zorunlu irtifaklar ile ilgili olmasa da - taşkın kısmın mülkiyetinin zorunlu olarak devredilmesi karşılığında ödenen bedelin hukukî niteliği ile ilgili olarak birbirinden farklı iki kararı bulunmaktadır. Bu kararlardan ilkinde bu bedel, haksız fiilden doğan bir tazminat olarak kabul edilmiştir⁴⁶⁰. Diğer kararda ise önceki kararda yer alan görüşten ayrılmış ve bedelin, sebepsiz senginleşmeden kaynaklanan bir alacak olduğu sonucuna varılmıştır⁴⁶¹. Her iki kararda doktrinde, haklı olarak eleştiriye uğramıştır⁴⁶².

Biz de zorunlu irtifak bedelinin hukukî niteliği ile ilgili olarak *Neuenschwander*'in görüşlerine kısmen katılıyoruz. Zira kanaatimizce zorunlu irtifak bedeli de bir irtifaktan başka bir şey olarak nitelendirilemez. Bununla birlikte zorunlu irtifak bedelinin hesaplanmasında hâkime çok geniş bir takdir yetkisi tanınmalıdır. Dolayısıyla somut olayın koşullarına göre zorunlu irtifak bedeli, emsal bir irtifak bedelinden düşük olabileceği gibi yüksek de olabilir.

Zorunlu irtifak bedeli ödeme borcunun bir eşyaya bağlı borç olduğu kabul edilmektedir⁴⁶³. Bu görüşün gerekçelerinden biri şudur: Zorunlu irtifakı düzenleyen maddelerde, zorunlu irtifakı kurma yükümlüsü gibi bedel ödeme yükümlüsü de ismen belirlenmemiştir⁴⁶⁴. Başka bir gerekçe şudur: Zorunlu irtifak bedelini talep

⁴⁶⁰ Y.HGK 13.11.1963 T. 1963/1-214 E. 1963/90 K. **Karahasan** C.I s. 860.

⁴⁶¹ Y.HGK 15.12.1965 T. 1965/1-413 E. 1965/45 K. **Karahasan** C.I s. 860

⁴⁶² **Akman**, s. 211-212.

⁴⁶³ **Meier-Hayoz** Syst. Teil N.159 Art 674 N.57; **Jost**, s.80, 133; **Neuenschwander**, s. 420 vd; **Bürgisser**,s.343; **Akman**, s.1.

⁴⁶⁴ **Neuenschwander**, s. 421.

yetkisinin güçlü olması için bedelin, zorunlu irtifakın her sahibinden talep edilebilmesi gerekir⁴⁶⁵. Diğer bir gerekçe şudur: Sözleşme yapmaya zorlandığı için zorunlu irtifak sözleşmesinin zayıf tarafı (schwachere Partei) olan komşu malik güçlendirilmelidir. Bunun için bedel ödeme borcu, eşyaya bağlı borç olarak kabul edilmelidir. Bir diğer gerekçe de şudur: İrat olarak ödeme sisteminin iyi işleyebilmesi için zorunlu irtifak bedelinin eşyaya bağlı borç olarak kabul edilmesi gerekir⁴⁶⁶. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Kanaatimizce zorunlu irtifak bedeli, eşyaya bağlı bir borç değildir. Zira eşyaya bağlı borçlarda sınırlı sayı ilkesi (geschlossene Zahl der Realobligationen) geçerlidir⁴⁶⁷. Dolayısıyla kanunda açıkça eşyaya bağlı olduğu belirtilmeyen bir borcun bu nitelikte olduğu kabul edilemez. Mamafih zorunlu irtifak bedeli ödeme borcunun eşyaya bağlı bir borç olduğu ilgili yasal düzenlemelerin hiç birinde belirtilmemiştir. Bu sebeple zorunlu irtifak bedeli, eşyaya bağlı borçların kategorisine en azından şimdilik dâhil edilemez. Bununla birlikte olması gereken hukukta, zorunlu irtifak bedelinin, eşyaya bağlı borç olduğu kabul edilmelidir. Zira irat şeklinde ödeme sisteminin iyi işleyebilmesi için bedel, eşyaya bağlı borç olarak kabul edilmelidir. Fakat olan hukukta iki ödeme sisteminden biri tercih edilmemiştir. Dolayısıyla sözleşmenin tarafları veya hâkim irat şeklinde ödeme sistemine karar verebileceği gibi sermaye şeklinde ödeme sistemine de karar verebilir.

⁴⁶⁵Neuenschwander, s. 421.

⁴⁶⁶Neuenschwander, s. 421.

⁴⁶⁷Meier-Hayoz Systematischer Teil N.165–166; Jost, s.97; Neuenschwander, s.420.

Zorunlu irtifak bedeli ödeme yükümlülüğünü, eşyaya bağlı borç olarak gören yazarlar, bu yükümlülüğün alıcıya bildirilmediği durumlarda, bir zabıt mı yoksa bir ayıp mı olduğu konusunda görüş ayrılığı içerisindedir. Doktrinde yer alan bir görüşe göre yeterli aleniyete kavuşturulmamış eşyaya bağlı borçlar (bu arada zorunlu irtifak bedeli ödeme yükümlülüğü) bir hukukî ayıp teşkil eder⁴⁶⁸. Farklı bir görüşe göre ise söz konusu borçlar (bu arada zorunlu irtifak bedeli ödeme yükümlülüğü) kısmî zapt olarak kabul edilmelidir⁴⁶⁹. Biz her iki görüşe de katılmıyoruz. Zorunlu irtifak bedeli ödeme yükümlülüğü eşyaya bağlı borç olarak kabul edilse bile söz konusu yükümlülüğün alıcıya bildirilmemiş olması, kanaatimizce ne ayıp; ne de zapt; kavramının içerisinde kural olarak yer almaz. Ayıp: satılarda, olması gerekenden vasıfların eksik olmasıdır⁴⁷⁰. Oysa zorunlu irtifak bedeli ödeme yükümlülüğü, taşınmazdaki bir vasıf eksikliği olarak değerlendirilemez. Zapt kavramı ise üstün bir hak ileri sürülmesi sonucu, mülkiyetten doğan bir veya birkaç yetkinin kullanılamamasını veya mülkiyetin kaybedilmesini ifade eder. Oysa zorunlu irtifak bedeli ödeme yükümlülüğü ne mülkiyetin kaybedilmesine ne de ondan doğan yetkilerin kullanılamamasına sebep olmaz. Bununla birlikte söz konusu yükümlülük ile ilgili olarak taşınmaz yükü veya rehin kurulmuş ise zapt ortaya çıkabilir. Zira bedelin ödenmemesi sebebi ile taşınmaz yükünden doğan yetkiler ileri sürülerek taşınmazın satılması sağlanabilir. Fakat bu durumda bile zaptın sebebi; zorunlu irtifak bedeli ödeme yükümlülüğü değil onla ilgili olan taşınmaz yükü veya rehin hakkıdır. Zorunlu irtifak bedeli ödeme yükümlülüğünün bildirilmemiş olması

⁴⁶⁸**Tandoğan**, H Borçlar Hukuku C.I Ankara 1969, s.110.

⁴⁶⁹**Erel**, s.183.

⁴⁷⁰**Aral**, s.115.

kanaatimizce somut olayın koşullarına göre hata veya hile olarak nitelendirilebilir. Söz konusu yükümlülüğün bildirilmemiş olmasından doğan tazmin sorumluluğu, “sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk” (culpa in contrahendo) olarak kabul edilmelidir. Bu sebeple yeni malik, sözleşme kurulduktan sonra öğrendiği bu eşyaya bağlı borç sebebiyle uğradığı zararların tazminini eski malikten talep edebilir⁴⁷¹. Bununla birlikte biz yukarıda ifade edildiği üzere zorunlu irtifak bedeli ödeme yükümlülüğünü bir eşyaya bağlı borç olarak kabul etmiyoruz. Dolayısıyla kanaatimizce söz konusu yükümlülük tamamı ile şahsi nitelik taşıdığı için yeni malik kural olarak bu yükümlülüğün ifa edilmemesinden etkilenmez. Bununla birlikte komşu malik zorunlu irtifak bedeli ödenmediği sürece zorunlu irtifakı kurmaktan kaçınabilir. Bu durumda yeni malik söz konusu bedeli ödeyebilir. Zira burada borcun üçüncü kişi tarafından ifasında hukukî bir engel bulunmamaktadır. Bu durumda yeni malik, ifa dolayısıyla eski malike başvurabilir. Taraflar arasında (zaruret içerisindeki taşınmazın eski malik ile yeni maliki arasında) bir satım sözleşmesi olduğu için anılan durumda halefiyet hükümlerine başvurulmasına gerek bulunmamaktadır.

Yasada, zorunlu irtifak bedelinin konusunun ne olması gerektiği düzenlenmemiştir. Taraflar, bedelin konusunu, zorunlu irtifak sözleşmesinde belirleyebilirler⁴⁷². Bu hukukî imkân, sözleşme serbestisinin bir sonucudur. Dolayısıyla taraflar bedel konusunu belirlerken yalnızca BK’nun 19 ve 20. maddelerindeki sınırlamalara tâbidir. Fakat mahkeme kararı ile kurulan zorunlu irtifaklarda; bedelin konusunun ne olması gerektiği hususunda bir düzenleme

⁴⁷¹Neuenschwander, s.297.

⁴⁷²Özakman, s.175; Tandoğan, s.626; Şahiniz, s.116; Akman, s.283 dn.71.

boşluğu vardır. Mahkemeler; irtifak bedelini, para olarak belirleyerek bu boşluğu doldurmaktadır⁴⁷³. Nitekim doktrinde yer alan hâkim görüşe göre yükümlü hale getirilecek malik, mahkemede, para dışında bir şeyi talep etme hakkına sahip değildir⁴⁷⁴. Hâkimin de para dışında bir şeyi bedel olarak belirleme imkânının bulunmadığı kabul edilmektedir⁴⁷⁵.

Zorunlu irtifak bedelinin hesaplanmasına ilişkin temel esaslar ilgili hiçbir maddede düzenlenmemiştir. Bu bedelin nasıl hesaplanacağı hususunda doktrinde de bir görüş birliği bulunmamaktadır. Hâkim görüşe göre söz konusu bedel hesaplanırken, kamulaştırma bedelinin hesaplanmasına ilişkin hükümler kıyasen uygulanmalıdır⁴⁷⁶. Dolayısıyla bu görüşe göre bedel, zorunlu irtifakın kurulması sebebiyle yükümlü (komşu) malikin malvarlığında meydana gelen azalmayı karşılamaya yönelir⁴⁷⁷. Bu görüşe göre zorunlu irtifak bedelinin esas unsurunu, yükümlü taşınmazda meydana gelen değer düşüklüğü teşkil eder(KK m.11/3

⁴⁷³Yargıtay'a intikal eden bir olayda aleyhine zorunlu geçit talep edilen davalı, tam bedel olarak davacının arazisinden bir kısmını talep etmiştir, söz konusu talebin reddedilmesine dair kararlanmıştır. Y.14.HD.8.11.2001.E.7486/K.7642. **Surlu/Öztürk**, (Geçit Hakkı), 2003,s.294.

⁴⁷⁴**Özakman**, s.175; **Tandoğan**, s.626; **Şahiniz**, s.116; **Tırpan**, s.259.

⁴⁷⁵**Yazman**, s.160.

⁴⁷⁶**Haab** Art 691–693 N.12; **Waldis**, s. 162; **Brugmann**, s. 62, 63; **Liver** Einleitung N.88; **Liver** Ius et Lex, s. 753; **Meier-Hayoz** Art 691 N.149–150; **Brücker**, s. 152; **Bürgisser**, s. 468; **Akman**, s. 269;**Bertan**, C.I, N.11 s. 850; N.22 s. 866; N.8, s. 924; **Tekinay** Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, s. 89, 102. **Özakman**, s. 175; **Tandoğan**, s.626; **Bertan**, C.I, m.668, N.11;**Liver** SPR V/1 s.263; **Caroni/Rudolf**, s.132; **Baumgartner** § 5 II; **Özsunay**,s.123; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s.607.

⁴⁷⁷**Baumgartner**,§ 5 II 2; **Özakman**, s.174; **Akman**,s.159; **Şahiniz**, s.110.

kıyasen)⁴⁷⁸. Bununla birlikte zorunlu irtifakın kurulması, yükümlü taşınmazda bir değer düşüklüğü meydana getirmeyebilir⁴⁷⁹. Örneğin daha önce kurulmuş bir irtifak sebebiyle komşu taşınmazda bulunan geçitten zaruret içerisindeki malikin de yararlanması için bir zorunlu irtifak kurulacak ise taşınmazda bir değer düşük meydana getirmiyor olabilir. Kamulaştırmaya ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasını savunan görüşe göre zorunlu irtifak sebebiyle yükümlü taşınmazın değerindeki azalmadan başka zararlar da ortaya çıkabilir⁴⁸⁰. Örneğin zorunlu irtifakın kurulması sebebiyle yükümlü taşınmazın satılma ihtimali son derece azalmış olabilir. Zorunlu irtifakın kurulması, taşınmazdan, ilerde, beklenen bazı menfaatlerin sağlanması ihtimalini ortadan kaldırabilir. İlerde elde edilme ihtimali ortadan kalkan menfaatlerden para ile ölçülebilecek olanlar bu görüşe göre bedele dâhil edilmelidir⁴⁸¹. Örneğin tarla olarak kullanılan taşınmaz ilerde imar işlemleri sonucu inşaata elverişli bir hale gelebilir⁴⁸². Fakat zorunlu irtifak kurulmasa idi ortaya çıkması beklenen menfaatin gerçekleşme ihtimalinin ciddi olması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁸³. Dolayısıyla ortaya çıkma ihtimali zaten düşük olan menfaatler, bedelin hesaplanmasında göz önünde bulundurulmaz⁴⁸⁴. Eğer zorunlu irtifak sebebiyle yükümlü taşınmazda bir miktar değer artışı meydana gelmiş ise bu görüşe

⁴⁷⁸Liver SPR V/1 s.263; Brücker, s.152–153; Bürgisser,s.474; Akman, s.270; Baumgartner§ 5 II 2; Özsunay, s.125.

⁴⁷⁹Brücker, s.153–154.

⁴⁸⁰Brücker, s.154.

⁴⁸¹Özakman,s.174; Şahiniz, s.111.

⁴⁸²Tandoğan, s.626; Bertan m.668 N.11; Özakman, s.174–175.

⁴⁸³Şahiniz,s.112.

⁴⁸⁴Şahiniz, s.112.

göre değer artışı oranında bir miktarın mahsup edilmesi gerekir(KK m.12/1-c kıyasen)⁴⁸⁵. Fakat bunun için yükümlü taşınmazda meydana gelen değer artışının doğrudan doğruya irtifak hakkından kaynaklanması gerekir⁴⁸⁶. Komşu malikin zorunlu irtifak sebebiyle ilerde sağlayacağı yararlar bu görüşe göre bedelin hesaplanmasında göz önünde bulundurulmaz (KK m.11/3 kıyasen). Zorunlu irtifakın kurulması sebebiyle irtifak yetkilisinin elde ettiği çıkar ve yararlar da bu görüşe göre bedelin hesaplanmasında değerlendirilmez⁴⁸⁷. Zaruretin ortaya çıkmasında zaruret içerisindeki malikin kusurlu olmasının bedele etki edip etmeyeceği bu görüşü savunan yazarlar arasında tartışmalıdır. Bu görüşü savunan bazı yazarlara göre malik, zaruret içerisinde, kendi kusuru ile düşmüşse bu kusur, bedel miktarına tesir etmeli ve bedel miktarı artırılmalıdır⁴⁸⁸. Diğer yazarlara göre malikin zaruret içerisinde düşmesinde kusurlu olması, bedelin hesaplanmasında etkili olmaz⁴⁸⁹. Zorunlu irtifak bedelinin tam olarak hesaplanmadığı durumlarda bu görüşe göre hâkim takdir yetkisini kullanarak bedeli belirlemelidir⁴⁹⁰. Bu görüşü savunan yazarlardan *Bürgisser*'e göre irtifak bedeli tam olarak belirlenemiyorsa bedelin hesaplanmada yararlanan taşınmazın; irtifak kurulduktan sonraki değeri ile irtifak kurulmadan önceki değeri arasındaki fark esas alınır⁴⁹¹.

⁴⁸⁵ **Akman**, s.271; **Caroni-Rudolf**, s.134; **Brücker**, s.155; **Şahiniz**, s.112.

⁴⁸⁶ **Şahiniz**, s.112.

⁴⁸⁷ **Bürgisser**, s.484; **Akman**, s.271; **Şahiniz**, s.110.

⁴⁸⁸ **Wieland** Art 694 Bem 7; **Waldis**, s.247; **İmre**, s.114. **Leemann** Art 674 N.77; **Meier-Hayoz** Art 674 N.54; **Bürgisser**, s.481–482.

⁴⁸⁹ **Akman**, s.273.

⁴⁹⁰ **Wieland** Art 694 N.7; **Waldis**, s.177; **Meier-Hayoz** Art 674 N.77; **Akman**, s.272; **Özsunay**, s.128.

⁴⁹¹ **Bürgisser**, s.474.

Zorunlu irtifak bedelinin hesaplanması konusunda farklı bir görüşe göre ödenecek bedel komşu malikin malvarlığında eksilmeye göre belirlenmez⁴⁹². Zira yukarıda belirtildiği üzere bu görüşe göre bedel yalnızca bir irtifakın karşılığı olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla bu görüşe göre komşu malik, doğrudan doğruya bir zarara uğramasa bile zorunlu irtifak bedeli talep edebilir. Bu görüşe göre bedel, zarar esasına göre hesaplanan miktardan kural olarak yüksek olur. Bu görüşe göre bedel, niteliği itibariyle bir tazminat olmadığı için bedelin hesaplanmasında OR 44/I BK 44/I hükmü uygulanamaz⁴⁹³. Dolayısıyla komşu malik, zaruret durumunun ortaya çıkmasına kusurlu olsa bile bu kusur bedelin indirilmesine sebep olmaz.

Kamulaştırma bedelinin hesaplanmasına ilişkin hükümlerin zorunlu irtifak bedelinin hesaplanmasında kıyasen uygulanmasını savunan görüşe katılıyoruz. Bununla birlikte söz konusu hükümlerin uygulanması tek başına zorunlu irtifak bedelinin belirlenmesi için kanaatimizce yeterli olmaz. Zira bilindiği üzere; kamulaştırma, kamu yararını; zorunlu irtifakların kurulması ise asıl olarak bireylerin yararlarını; sağlamaya yöneliktir. Bu sebeple taşınmazında; idarî bir irtifak kurulan malik; zorunlu irtifak kurulan malikten daha fazla bir fedakârlık göstermelidir. Dolayısıyla zorunlu irtifak bedeli aynı niteliğe sahip idarî bir irtifakın bedelinden kural olarak daha yüksek olmalıdır. Hatta zorunlu irtifak bedeli, aynı niteliğe sahip rızaî bir irtifak bedelinden de kural olarak daha yüksek olmalıdır. Zira komşu malik, kanundan doğan yükümlülüğünü yerine getirmek için zorunlu irtifakın kuruluşuna katılmaktadır. Bununla birlikte somut bir olayda, zorunlu irtifak bedeli, aynı niteliğe

⁴⁹²Neuenschwander, s.424 vd.

⁴⁹³Neuenschwander,s.426.

sahip idarî bir irtifakın bedelinden veya rızâî bir irtifakın bedelinden düşük olabilir. Dolayısıyla uyuşmazlık ortaya çıktığında hâkim öncelikle ilgili kamulaştırma hükümlerini kıyasen uygulamalıdır. Daha sonra somut olayın koşullarına ve özelliklerine göre takdir yetkisini kullanarak zorunlu irtifak bedelini belirlemelidir. Zorunlu irtifak bedelinin hesaplanmasına ilişkin esaslar yukarıda belirtildiği üzere TMK’nda düzenlenmemiştir. Bununla birlikte hâkime takdir yetkisini nasıl kullanması gerektiği hususunda yön verici hükümler bulunmaktadır. Gerçekten Kanun koyucu; komşu malike; taşkın yapı irtifakında, **uygun bir bedel**, diğer üç zorunlu irtifak hakkında ise **tam bir bedel**; talep etme hakkı tanımıştır. Dolayısıyla hâkim takdir yetkisini kullanırken bu yönverici hükümleri göz önünde bulundurmak zorundadır.

Zorunlu irtifak bedelinin hesaplanmasına ilişkin ayrıntılardan önce akla şu soru gelmektedir: “Kanunda; taşkın yapı bedeli için ‘uygun bedel’; diğer zorunlu irtifak bedellerinin her biri için ‘tam bedel’; kavramı kullanılarak; tam bedelin uygun bedelden daha düşük bir miktar mı olduğu anlatılmak istenmektedir? Doktrinde *Bürgisser*, bu soruya olumsuz yanıt vermiştir⁴⁹⁴. Yazara göre “uygun bedel” kavramına yer verilmesinin sebebi; hâkime, bedelin miktarı yanında onun türü ve ödeme biçimi konusunda takdir yetkisi tanındığını vurgulamaktır⁴⁹⁵. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Kanaatimizce “uygun bedel” kavramı ile tam bedel miktarından düşük bir miktar ifade edilmek istenmektedir. Bu kanaatimizin asıl sebebi, taşkın yapı hakkı ile diğer zorunlu irtifaklar arasındaki fonksiyon farklılığıdır. Taşkın yapı zarureti

⁴⁹⁴**Bürgisser**, s.460; **Akman**,s.260; **Şahiniz**, s.107 dn.434.

⁴⁹⁵**Bürgisser**, s.460.

içerisinde olan kişi, ihmal sonucu veya kusursuz olarak meydana getirdiği taşkınlık sonucu yapısının yıktırılması tehlikesi ile karşı karşıyadır. Bu kişinin, taşkın yapı irtifakından beklediği asıl yarar; inşa ettiği yapının yıkılmamasıdır. Buna karşılık diğer üç zorunlu irtifaktan beklenen yarar ise çoğunlukla taşınmazdan; daha elverişli koşullarda yararlanmak veya yararlandırmaktır. Dolayısıyla üç zorunlu irtifakın herbiri, çoğunlukla taşınmazdan daha fazla istifade etmek için kurulur. Bu sebeple geçit, mecra ve su zarureti içerisindeki malikler kural olarak taşkın yapı zarureti içerisinde olandan daha fazla bedel ödemelidir. Bununla birlikte bazı durumlarda, geçit, mecra veya su zarureti, malikin, taşınmazından hiç istifade edememesine sebep olabilir. Özellikle “mutlak zaruret” durumlarında bu sonuç ortaya çıkabilir. Söz konusu durumlarda bile zaruretin ortaya çıkmasına kural olarak komşu malik sebep olmaz. Bu sebeple tam bedel miktarından daha düşük bir miktara razı olmasını ondan beklemek haklı olmaz.

Yukarıda belirtildiği üzere zorunlu irtifak bedelinin belirlenmesinde ilk olarak kamulaştırma hükümleri kıyasen uygulanacağı için öncelikle idarî irtifak bedelinin belirlenmesini düzenleyen hükme başvurulur. Söz konusu hükme göre idarî irtifak bedeli, kamulaştırmadan dolayı taşınmazda veya kaynakta meydana gelen değer düşüklüğü miktarıdır (KK. m.11/4 c.2). Dolayısıyla öncelikle zorunlu irtifak sebebiyle taşınmazda meydana gelen değer düşüklüğünün hesaplanması gerekir. Taşınmazın değerinin düşmesinde somut olaya göre çeşitli etkenler rol oynar. Bu etkenlerden biri zorunlu irtifak sebebiyle taşınmazın bir bölümünün kullanılamayacak olmasıdır⁴⁹⁶. Dolayısıyla taşınmazın bir bölümünün kullanılamaz

⁴⁹⁶Baumgartner § 5 II 2; Özsunay, s.124; Şahiniz,s.110.

hale gelmesi sebebiyle oluşan kayıp zorunlu irtifak bedelinin içerisinde yer almalıdır. Örneğin depo olarak veya tarımda, hayvancılıkta kullanılan bir bölüm, zorunlu irtifakın kurulması sebebiyle kullanılamaz hale gelmiş olabilir. Taşınmazın değerinin düşmesinde rol oynayan etkenlerden biri de, taşınmaz üzerinde bulunan muhdesatın veya bitkilerin (ağaç, ekin vb.) kaldırılacak olmasıdır. Dolayısıyla zorunlu irtifak sebebiyle taşınmazdan kaldırılan muhdesatın veya bitkilerin değeri, bedelin içerisinde yer almalıdır⁴⁹⁷. Taşınmazın değerinin düşmesinde rol oynayabilen etkenlerden biri de; zorunlu irtifak ile birlikte; taşınmazın; bir bölümünün veya bir unsurunun; taşınmaz sahibi ile zaruret içerisindeki malik tarafından “birlikte yararlanılır” (Mitbenutzung) hale gelmesidir⁴⁹⁸. Dolayısıyla birlikte yararlanma sebebiyle ortaya çıkan kayıp da bedelin içerisinde yer almalıdır. Bu etken ile özellikle zorunlu su irtifakının kurulması sırasında karşılaşılır. Zira zorunlu su irtifakının kurulmasından sonra kaynağı, irtifak sahibi de kullanmaya başlar. Ayrıca zorunlu geçit ve mecra irtifakının kurulması sırasında da bu etken ile karşılaşılması mümkündür. Örneğin komşu malikin, genel yola çıkarken, taşınmazının içerisinde kullandığı güzergâh, zaruret içerisindeki malik bakımından zorunlu geçit olarak kararlaştırılabilir. Örneğin komşu malikin genel hatta bağlanan kanalizasyon hattına, zaruret içerisindeki malikin hattı bağlanarak zorunlu mecra oluşturulabilir. “Birlikte yararlanma” (Mitbenutzung) durumu, bir kayıp oluşturmasa bile bedelin belirlenmesinde bir etken olarak ortaya çıkar. Zira zorunlu irtifak ile yükümlü hale getirilen komşu malik, rızaî irtifak ile yükümlü hale getirilen bir malikten daha elverişsiz bir durumda bırakılmamalıdır.

⁴⁹⁷Tandoğan, s.626; Özakman, s.175; Şahiniz, s.111.

⁴⁹⁸Özsunay, s.125.

Zorunlu irtifak bedeli, ilerde ortaya çıkacak değer eksilmeleri göz önünde bulundurulmadan hesaplanmış olabilir. Bu tür durumlar bakımından akla şu soru gelmektedir: Zorunlu irtifak yükümlüsü, hesaplanmayan değer eksilmeleri ortaya çıktığında, bu eksilmeyi talep edebilir mi? Zorunlu irtifak bedeli, sözleşme ile belirlenmiş ise doktrinde *Brücker*'e göre yükümlü malik, temel hatası veya hile ile ilgili maddelere dayanarak sözleşmenin; bedelle ilgili hükümlerinin değiştirilmesini veya iptalini sağlayabilir⁴⁹⁹. Bedel, mahkeme kararı ile belirlenmiş ise yükümlü malik, hesaplanmayan değer eksilmelerini talep edebilir mi? Bu konu ile ilgili yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde *Brücker*'e göre bu konuda, gerçek bir kanun boşluğu (*echte Gesetzeslücke*) vardır ve bu boşluğun hâkim tarafından doldurulması gerekir⁵⁰⁰. Yazara göre bedel, mahkeme kararı ile belirlense bile sonradan ortaya çıkan değer eksilmelerini yükümlü malikin üzerinde bırakmak haklı değildir. Zira zorunlu irtifak sözleşmesine taraf olan yükümlü malik, sonradan ortaya çıkan değer eksilmelerini talep edebilirken onun talep edememesi yazara göre haklı olmaz. Dolayısıyla zorunlu irtifak, ister sözleşme ister mahkeme kararı ile kurulsun bedel hesaplanırken göz önünde bulundurulmayan değer eksilmeleri ortaya çıktığında yazara göre yükümlü malik bunları talep edebilir. Ayrıca söz konusu yazara göre ilerde ortaya çıkması beklenen ve bedele dâhil edilen değer eksilmeleri ortaya çıkmaz ise zorunlu irtifak sahibi de bedelin uyarlanmasını (*nachträgliche Anpassung der Entschädigung*) talep edebilir. Fakat yazara göre gerek yararlanan

⁴⁹⁹**Brücker**, s.159.

⁵⁰⁰**Brücker**, s.159.

malik gerekse yükümlü malik söz konusu taleplerini, talep koşullarını oluşturduğunu öğrendikten itibaren uygun bir süre içerisinde kullanmalıdır(EntG 41 kıyasen)⁵⁰¹.

Zorunlu irtifak bedelinin hangi zamana göre hesaplanacağı, yasada düzenlenmemiştir. Doktrinde yer alan hâkim görüşe göre bedel tutarının hesaplanmasında esas alınacak an irtifak sözleşmesinin kurulduğu andır⁵⁰². Buna karşılık taraflar anlaşamıyorlarsa, bedel tutarı, mahkemenin verdiği yenilik doğuran kararın kesinleştiği ana göre hesaplanır.

Zorunlu irtifak bedeli ödeme yükümlülüğü ile ilgili olarak akla şöyle bir soru da gelmektedir: “Zorunlu irtifak bedeli ödeme borcu ne zaman muaccel hale gelir?”. Doktrinde yer alan hâkim görüşe zorunlu irtifakı kurma ve bedel ödeme yükümlülükleri, BK m.81 anlamında karşılıklı edimleri meydana getirir⁵⁰³. Bu sebeple hâkim görüşe göre karşı taraf zorunlu irtifakın kurulması için gerekli edim yükümlülüklerini yerine getirmediği sürece zaruret içerisindeki malikin borcu muaccel hale gelmez. Bedelin ödenmesi teklifi karşı tarafca kabul edilmediği takdirde alacaklının temerrüdü hükümlerine göre bedelin tevdi edilmesi de mümkündür(BK m.91). Zorunlu irtifakı kurma borcu muaccel olan malik irtifaktan yararlanacak komşusunun aczi halinde teminat verilmesini isteyebilir ve teminat verilene kadar tescil talebinde bulunmaktan kaçınabilir. Malikin irtifak tesisi ile

⁵⁰¹Brücker, s.161–162.

⁵⁰²Akman, s.279.

⁵⁰³Akman, s.281; Baumgartner § 6 II 4; Brücker, s.103; Bürgisser, s.500; Caroni-Rudolf, s.100–102, 110, 141 vd;Erel,s.125; Haab Art 694/696 N.22, 24; Leemann Art 694 N.46; Meier-Hayoz Art 674 N.73; Neuenschwander, s.430; Özsunay, s.133; BGE 110 II 320 E.5.

yükümlü olması bu durumu deęiřtirmez⁵⁰⁴. Bununla birlikte bedel ödeme borcunun ne zaman muaccel olacağı taraflarca kararlařtırılabilir⁵⁰⁵. Doktrinde yer alan farklı bir görüşe göre ise zaruret içerisindeki malikin edimini daha önce yerine getirmesi gerekir⁵⁰⁶. Zorunlu mecra bedeli bakımından doktrinde yer alan farklı bir görüşe göre talep yöneltilen komşu malik yalnızca geiktirici şarta bağlı bir zorunlu irtifak sözleşmesi kurmakla yükümlüdür⁵⁰⁷. Bu görüşe göre zorunlu mecra irtifakı sözleşmesi, irtifak bedeli (tazminat) yükümlü malike ödendikten sonra hukukî sonuçlarını doğurmaya başlar. Dolayısıyla bu görüşe zorunlu irtifakı kurma ve bedel ödeme yükümlülükleri, BK m.81 anlamında karşılıklı edimler değildir. Bu görüşe göre zorunlu mecra irtifakını düzenleyen madde (ZGB Art 691 Abs.1) karşısında hukukî konstrüksiyonun (yapının) bu şekilde olduğunun kabul edilmesi zorunludur. Doktrinde yer alan diğer bir görüşe göre bedel alacağı, irtifak sözleşmesinin kurulduğu anda doğar ve sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren bedel alacağına faiz işler⁵⁰⁸. Zorunlu irtifak dava yolu ile kuruluyor ise bedel alacağı, mahkeme

⁵⁰⁴ **Erel**, s.191.

⁵⁰⁵ **Neuenschwander**, s.232; **Özsunay**, s.132–133.

⁵⁰⁶ **Jost**, s.80.

⁵⁰⁷ **Brücker**, s.104 vd.

⁵⁰⁸ **Akman**, s.279.

kararının kesinleştiği zaman doğar⁵⁰⁹ ve o tarihten itibaren bedel alacağına faiz işleri⁵¹⁰.

Yasada, zorunlu irtifak bedelinin ödeme biçimine yalnızca zorunlu mecra irtifakını düzenleyen maddede temas edilmiştir⁵¹¹. Dolayısıyla bu sorunu kanatimizce zorunlu mecra irtifakı ve diğer zorunlu irtifaklar bakımından ayrı ayrı ele almak gerekir. Zorunlu mecra bedeli bakımından doktrinde yer alan hâkim görüşü savunan yazarlar, yasal düzenlemeyi gerekçe göstererek, söz konusu bedelin sermaye biçiminde ve peşin ödenmesi gerektiğini kabul etmektedir⁵¹². Dolayısıyla bu görüşe göre zorunlu irtifakı kurmakla yükümlü malik irat biçiminde ödeme talebini reddedebilir. Doktrinde yer alan farklı görüşe göre ise bedelin irat olarak ödenmesinin hukuken mümkün kabul edilmesi zorunludur⁵¹³. Zira zorunlu irtifakın;

⁵⁰⁹Yargıtay kararlarında zorunlu geçidin mahkeme kararı ile kurulduğu durumlarda zorunlu geçit karşılığı olan bedel için faize hükmedilemeyeceği sonucuna varılmıştır.Y.14.HD.3.3.1997 T.1997/48 E.1997/1315 K; Y.14.HD.7.12.1999 T.E.8156/K.8769; Y.14.HD.16.4.2002. E. 2315/K.2929. **Surlu/Öztürk** (Geçit Hakkı), 2003, s.320.

⁵¹⁰**Akman**, s.279.Bir Yargıtay kararında zorunlu geçit irtifakı tesisi için mahkemeye başvurulduğu takdirde geçit bedelinin dava tarihindeki koşullara göre belirleneceği kabul edilmiştir. Y.14.HD.27.4.2000.E.2554/K.2903. **Surlu/Öztürk**(Geçit Hakkı), 2003, s.310.

⁵¹¹**Şahiniz**, yasada, zorunlu mecra bakımından da bir açıklığın bulunmadığını ifade etmektedir. **Şahiniz**, s.116.

⁵¹²**Wieland** Art 694 N.7; **Leemann** Art 691 N.22; **Haab** Art 691–693 N.12; **Caroni-Rudolf**, s136–138; **Brücker**, s.157–158; **Bertan** C.I N.11 s.850; **Tandoğan** s.626; **Özakman**, s.175. Farklı bir görüşe göre ise zorunlu mecra bedelinin ödenmesi için mecranın taşınmazdan fiilen geçirilmiş olması gerekir.**Curti/Forrer** Art 691 N.3–4.

⁵¹³**Meier-Hayoz** Art 691 N.50 Art 694 N.79-81.

kaldırılması veya daraltılması durumunda, önceden peşin olarak ödenmiş bedelin bir bölümünün iadesi sorunu ortaya çıkacağı için bu görüşe göre irat şeklinde ödeme sisteminin kabul edilmesi daha isabetli olur.

Diğer zorunlu irtifak bedellerinin ödeme biçimine ilişkin olarak doktrinde bir fikir birliği bulunmamaktadır. Fakat doktrinde yer alan hâkim görüşe göre, bedelin, sermaye biçiminde ve peşin ödenmesi gerekir⁵¹⁴. Doktrinde yer alan farklı bir görüşe bedelin irat biçiminde ödenmesi gerekir⁵¹⁵. Doktrinde yer alan diğer bir görüşe göre ise bedel, sermaye biçiminde ödenebileceği gibi irat biçiminde de ödenebilir⁵¹⁶. Ödeme biçimi ile ilgili özel bir düzenleme yer almadığı için ilgili genel hükümlere başvurmak gerekir. Bu nedenle bu konuda BK'nun 68. ve 81. maddeleri uygulama alanı bulur. Dolayısıyla yükümlü hale getirilecek malik, kısmen yapılan ödemeyi kabul etmek zorunda değildir(BK m.68). Yine söz konusu malik, bedelin tamamı ödenmeden zorunlu irtifakı kurmaya zorlanamaz.

⁵¹⁴**Wieland** Art 694 Bem 7; **Waldis**,s.177; **Caroni-Rudolf**,s.137;**Bertan** C.I N.8 s.924; **Saymen/Elbir**, s.383; **Akman**, s.285; **Şahiniz**, s.119. *Haab* da bu görüşü taşkın yapı hakkı bakımından savunmaktadır. **Haab** Art 674 N.20;

⁵¹⁵**Neuenschwander**, s.421.

⁵¹⁶**Leemann** Art 674 N.54;**Haab** Art 691 vd. N.12 Art 694 vd. N.22; **Meier-Hayoz** Art 674 N.77.**Baumgartner**, § 5 II 3; **Zürcher**, § 116 II 2;**Yazman**, s.160; **Özsunay**, s.130; **Özsunay**, İHFM, s.786.

İrat ve sermaye biçiminde ödeme sistemlerinin yararları ve sakıncaları, doktrinde isabetli bir biçimde belirtilmiştir⁵¹⁷. İlk olarak zorunlu irtifakların var oluş süresi çoğu kez belirsizdir. Bu sebeple sermaye şeklinde bir bedel ancak tahmine dayalı olarak hesaplanabilir. Fakat bu konudaki tahminler, bir dayanak noktasından yoksun olabilir. İkinci olarak burada bir kamulaştırma söz konusu olmadığı için bedelin, irat biçiminde ödenmesi karşılıklı menfaatlerin dengelenmesinde daha etkili olur. Üçüncü olarak zorunlu irtifakın sınırlanması bakımından da irat biçiminde ödeme daha tercih edilir bir sistemdir. Dördüncü olarak zorunlu irtifakın sona ermesi sonucu, sermaye sisteminde ortaya çıkan bedelin iadesi sorunu ile irat sisteminde karşılaşılmaz. Bu yararlarına karşılık irat şeklinde ödeme sisteminde, ödemenin yapılmaması bir risk olarak ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple sermaye şeklinde ödeme sistemi, yükümlü malikin çıkarlarına daha uygun düşen bir sistemdir. Zira zorunlu irtifak sahibi, bedel ödeme borcunu hiç ifa etmeyebilir, gecikerek ifa edebilir, ödeme yeteneğini kaybedebilir veya ödeme yeteneği bulunmayan birine taşınmazı devredebilir. Fakat söz konusu riskin, yükümlü taşınmaz maliki lehine taşınmaz yükü kurularak aşılabilmesi kabul edilmektedir. Zira burada taşınmaz yükünün kurulabilmesi için gerekli koşullar gerçekleşmiştir. Bu görüşe göre ilk olarak buradaki irad, sürekli şekilde doğan bir borç durumundadır. İkinci olarak bedel ödeme yükümlülüğü, zaruret içerisindeki taşınmazın ekonomik işlevinden doğmaktadır. Ayrıca doktrinde savunulan bir görüşe göre yükümlü malik, zaruret içerisindeki taşınmaz üzerinde yer alan sınırlı ayni hakların sahiplerine karşı sırada onların haklarından öce gelen bir taşınmaz yükünün kurulmasına rıza göstermelerine

⁵¹⁷Leemann Art 694 N.38; Baumgartner, § 5 II 3 (s.40); Zürcher, s.110; Neuenschwander, s.430; Bürgisser, s.492; Özsunay, s.130; Yazman, s.160; Akman, s.284 vd; Şahiniz, s.117–118.

yönelik yasal bir talep hakkına sahip bulunmaktadır⁵¹⁸. İrat şeklinde ödeme sisteminin diğer bir sakıncası da yüksek oranlı enflasyonun olduğu ülkelerde, yükümlü malikin menfaatlerin zedelenmesidir. Doktrinde, irat şeklinde ödeme sisteminde irat aralıklarının yıl olarak belirlenmesinin uygun olacağı kabul edilmektedir⁵¹⁹.

Zorunlu irtifakı kurmakla yükümlü malik bedeli talep etmek zorunda değildir. Dolayısıyla bedelden vazgeçebilir⁵²⁰. Zorunlu irtifak sözleşmesi kurulduktan sonra komşu malikin bedelden vazgeçmesi, BK 238/2 (OR 242/f) anlamında bir bağış taahhüdü değildir. Komşu malik, ortaya çıkan vazgeçerse bu vazgeçme, OR 115 anlamında bir ibra olacağı için herhangi şekle tâbi olmaz⁵²¹. Bedelin temlik edilemeyeceği meselesi ise doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde yer alan bir görüşe göre bedel alacağı, yükümlü hale getirilen taşınmazın mülkiyetine sıkı sıkıya bağlıdır⁵²². Bu sebeple bedel alacağı yalnız başına devredilemez, haczedilemez ve teminat olarak gösterilemez. Doktrinde yer alan farklı bir görüşe göre bedel alacağı temlik edilebilir⁵²³. Bedel alacağının temliki meselesi kanaatimizce bedelin şekline göre incelenmelidir. Bedel, sermaye olarak belirlenmiş ise kanaatimizce alacağın temlikinde hukukî bir engel bulunmamaktadır. Buna karşılık bedel irad olarak belirlenmiş ise ilerde doğacak irad alacaklarının temliki kanaatimizce mümkün

⁵¹⁸Bürgisser, s.494.

⁵¹⁹Baumgartner,§ 9 II 1; Haab Art 694/696, N.24; Leemann Art 694 N.38; Özsunay, s.133.

⁵²⁰Caroni-Rudolf, s. 103–104; Bürgisser, s. 393; Akman, s.210.

⁵²¹Caroni/Rudolf, s. 104; Brücker, s. 112 Farklı görüş için bkz. Meier-Hayoz Art 691 N. 64.

⁵²²Akman, s. 277.

⁵²³Neuenschwander, s. 285; Erel, s. 163.

değildir. Zira ilerde irad alacağı doğduğu zaman bu alacağın sahibinin kim olacağı henüz belli değildir. Gerçekten zorunlu irtifak yükümlüsü malik taşınmazı başka bir kişiye devrederse yeni malik, devirden sonra doğan iradların alacaklısı olur.

Zorunlu irtifak bedeli ödeme yükümlülüğünün zamanaşımına tâbi olup olmadığı hususunda yasada bir düzenleme yoktur. Doktrinde bu yükümlülüğün, zamanaşımına tâbi olduğu kabul edilmektedir⁵²⁴. Biz de hâkim görüşe katılıyoruz. Söz konusu yükümlülüğün zamanaşımına tâbi olduğu kabul edildiğine göre zamanaşımı süresinin ne zaman başlayacağına da belirlenmesi gerekir. Doktrinde zorunlu irtifakın kurulması ile borcun muaccel hale geleceği ve zamanaşımı süresinin başlayacağı savunulmuştur⁵²⁵. Bu hususta özel bir düzenleme olmadığına göre BK'nun tamamlayıcı niteliği de dikkate alınarak genel hükümlerin uygulanması gerekir (BK 544). Genel hükümler uygulandığında ise zamanaşımı süresinin, borcun muaccel olduğu tarihten itibaren işlediği kabul edilir (BK 128)⁵²⁶. Muacceliyet ise kural olarak borcun doğumundan itibaren başlar (BK 74). Bununla birlikte zorunlu irtifak sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu için alacaklı, kural olarak zorunlu irtifakı kurmadan bedeli talep edemez (BK 80). Dolayısıyla zorunlu irtifak kurulmadan bedel alacağı muaccel olmayacağı için zamanaşımı süresi de başlamaz. Fakat taraflar sözleşmede zorunlu irtifak bedeli için bir ödeme tarihi kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda ödeme tarihinde zorunlu irtifak kurulmamış olsa bile zorunlu irtifak bedeli muaccel olacağı için zamanaşımı süresi de işlemeye

⁵²⁴**Meier-Hayoz** Systematischer Teil N. 175; **Neuenschwander**, s. 423; **Erel**, s. 122; **Oğuzman**, Eşyaya Bağlı Borçlar, s. 249; **Akman**, s. 219.

⁵²⁵**Leemann** Art 694 N.42; **Waldis**, s. 179 **Neuenschwander**, s. 423.

⁵²⁶**Neuenschwander**, s.423.

başlar. Zorunlu mecra bedeli bakımından ise ayrı bir değerlendirme yapmak gerekir. Yukarıda da belirtildiği üzere kanun, zorunlu irtifak bedelinin ödenmesi geciktirici şartına bağlı bir sözleşme kurulmasını öngörmüştür. Eğer sözleşmede zorunlu mecra bedeli için bir ödeme tarihi kararlaştırılmış ise bu tarihten itibaren zamanaşımı süresi işlemeye başlar. Bir ödeme tarihi kararlaştırılmamış ise zorunlu mecra sözleşmesinin kurulması ile birlikte zamanaşımı süresi de başlamış olur (BK 74). Bununla birlikte yukarıda belirtildiği üzere taraflar, bedelin ödenmesi geciktirici şartına bağlı olmaksızın zorunlu mecra sözleşmesini, kurabilirler. Bu durumda zorunlu mecra bedeli için bir ödeme tarihi kararlaştırılmış ise kararlaştırılan tarihten itibaren zamanaşımı süresi işlemeye başlar. Eğer bir ödeme tarihi kararlaştırılmamışsa sözleşmenin kurulması ile borç doğar; muacceliyet gerçekleşir ve zamanaşımı süresi işlemeye başlar (BK 74). Zorunlu irtifak bedeli irat sistemine göre belirlenmiş ise her bir irat bakımından zamanaşımı süresinin başlangıcı farklı olur. Zorunlu irtifakın kurulması ile ilgili bir ifa kararı elde edilmiş ise ancak bu karara göre tescil talebinde bulunulduktan sonra zorunlu irtifak bedeli muaccel olur ve zamanaşımı süresi işlemeye başlar (BK 81). Fakat belirtildiği üzere ifa kararları, Türk hukuku bakımından bir öneme sahip değildir. Zorunlu irtifakın kurulmasına ilişkin yenilik doğuran bir karar elde edebilmek için zorunlu irtifak bedelinin ödenmesi-depo edilmesi gerektiği için yenilik doğuran kararların söz konusu olduğu durumlarda zamanaşımı sorunu gündeme gelmez.

Zorunlu irtifak bedelleri ile ilgili olarak “bedelin iadesi” sorununun da incelenmesi gerekir. Bedelin iadesi sorunu, zorunlu irtifak; daraltıldığında veya sona erdiğinde gündeme gelir. İrat şeklinde ödeme sisteminin kabul edildiği zorunlu

irtifaklar bakımından bedelin iadesi sorunun ortaya çıkmayacağı ifade edilmiştir⁵²⁷. Buna karşılık bedel sermaye biçiminde ödenmiş ise zorunlu irtifak sona erdiğinde bedelin bir kısmının iadesinin gerekip gerekmediği doktrinde tartışmalıdır. Eski İsviçre doktrininde yer alan ve Türk hukukunda da savunulan bir görüşe göre zorunlu irtifakın geçerli olduğu süre göz önünde bulundurularak; bedelin bir kısmı mahsup edilmeli; kalan kısım ise iade edilmelidir⁵²⁸. Doktrinde *Baumgartner* ikili bir ayrım yaparak sorunu çözmeye çalışmaktadır. Yazara göre zorunlu irtifak hiçbir yarar kalmaması sebebiyle (ZGB Art 736 Abs.1) sona ermiş ise bedel hiç iade edilmez⁵²⁹. Buna karşılık zorunlu irtifak, yüküne oranla çok az yarar sağladığı için (ZGB Art 736 Abs.2) sona ermiş ise zorunlu irtifak bedelinin bir kısmı iade edilmelidir⁵³⁰. Yazarın bu ayrımı doktrinde *Neuenschwander* tarafından isabetli bulunmamış ve eleştirilmiştir⁵³¹. Yazara göre zorunlu irtifak; varlık koşulları sona erdiği için terkin edileceğinden hiç yarar sağlamadığı için terkin edilmesi ile yüküne oranla çok az yarar sağladığı için terkin edilmesi arasında bir fark bulunmamaktadır. Zira zaruret durumu başta olmak üzere belirli koşulların varlığı sebebiyle kurulan zorunlu irtifak o koşullardan birinin, bir kaçının veya hepsinin ortadan kalkması ile son erdirilmektedir. Dolayısıyla yazara göre zorunlu irtifak sona erdiğinde ZGB Art 736 Abs.1 hükmü uygulanmalı ve yararlanan malik bir bedel iadesini talep edememelidir. Yazara göre eski İsviçre doktrininde savunulan bedelin bir kısmının iade edilmesine ilişkin görüş, zorunlu irtifakların kamulaştırmanın bir görünüm olarak kabul

⁵²⁷Özsunay, s.133.

⁵²⁸Leemann Art 694 N.38, 45 vd; Haab Art 694/696 N.24; Özsunay, s.133.

⁵²⁹Baumgartner § 9 II 1.

⁵³⁰Baumgartner s. 58 vd.

⁵³¹Neuenschwander, s.419.

edilmesinden kaynaklanmaktadır. Oysaki bedel yazara göre kurulması zorunlu olan bir irtifakın karşılığını oluşturur. Bedelin ödenmesi ve zorunlu irtifakın kurulması ile zorunlu irtifakın kurulmasını konu edinen borç ilişkisi (nachbarrechtliche Schuldverhältnis) sona erer. Bu borç ilişkisi; daha önce sona ermiş olduğu için zorunlu irtifak sona ererken artık yoktur. Zorunlu irtifak bedeli yalnızca bir irtifakın kurulmasının karşı edimini (gegenleistung) oluşturur. Dolayısıyla yazara göre zorunlu irtifakın kurulması dışında zorunlu irtifak bedelinin ayrıca bir karşı edimi bulunmamaktadır. Bu sebeple zorunlu irtifakı kuran komşu malik, kararlaştırılan veya tespit edilen bedelin tamamını hak etmiş olur. Yazar asıl olarak kabul ettiği bu hukukî konstrüksiyonu (yapı) gerekçe göstererek bedel iadesini kabul etmemektedir. Diğer yandan yazar, zorunlu irtifakın tahmin edilen zamandan önce sona ermesi sebebiyle bedelin bir bölümünün iade edilmesi görüşüne hiçbir gerekçe bulunmadığını ifade etmektedir. Ayrıca yazar bedelin bir kısmının iade edilmesi gerektiği kabul edildiğinde iade edilecek kısmın hesaplanmasının da pratik olarak imkânsız olduğunu belirtmektedir. Doktrinde **Brücker** de bu görüşü savunmaktadır. Doktrinde *Liver* de zorunlu irtifak sona erdiğinde bedelin bir kısmının iade edilmesini talep yetkisini tanımamaktadır⁵³².

Yukarıda belirtildiği üzere bedelin iadesi sorunu, doktrinde, sermaye olarak ödenen bedeller bakımından incelenmiştir. Oysaki irat şeklinde ödenen bedeller bakımından da bedelin iadesi sorunu ortaya çıkma ihtimali vardır. Özellikle irat ödeme aralıklarının uzun olarak tespit edildiği durumlarda bu sorun ile karşılaşılabilir. Söz konusu sorun; bedelin, sözleşmeyle veya mahkeme kararıyla

⁵³²**Liver** Art 736 N.181.

belirlendiği durumlar bakımından ayrı ayrı ele alınmalıdır. Bedelin iadesi ile ilgili olarak sözleşmede yer alan özel hükümler, hukuka ve ahlaka aykırı değil ise tarafları bağlar. Eğer söz konusu hükümlerde açık olmayan hususlar var ise bunlar, yorumlanarak bedelin iadesi sorununa çözüm aranır. Yorum işlemine rağmen sorun çözülemiyorsa sözleşmenin tamamlanması yoluna gidilir. Sözleşmede bedelin iadesi ile ilgili hiçbir hüküm yoksa yine sözleşme tamamlanarak sorun çözümlenir. Bu konuda yasal düzenlemelerde tamamlayıcı bir hukuk kuralı yoktur. Sözleşme taraflarından beklenen yaklaşım genelde, bedeli, zorunlu irtifakın beklenen var oluş süresine göre belirlemeleridir. Dolayısıyla sözleşmenin yorumlanmasından farklı bir sonuç çıkmıyor ise zorunlu irtifakın beklenen süreden önce sona ermesi halinde bedelin bir bölümünün iadesi, tarafların farazi iradelerine kanaatimizce uygun düşer. Sözleşmenin bu şekilde tamamlanması için eldeki verilerin, bu sonuca ulaşmaya elverişli olması gerekir. Ödenen bedelin miktarı, zorunlu irtifakın; kapsamı; var oluş süresi; sona erme sebebi, sözleşmede yer alan anlatımlar ve ifadeler; sözleşme yorumlanırken ve/veya tamamlanırken değerlendirilmesi gereken verilerdir. Mahkeme kararı ile belirlenmiş ve ödenmiş olan zorunlu irtifak bedellerinin geri iadesine ilişkin bir yasal düzenleme yoktur. Bu sebeple burada gerçek bir kanun boşluğu bulunmaktadır. Mahkemelerden beklenen genel yaklaşım da bedeli, zorunlu irtifakın beklenen var oluş süresine göre belirlemeleridir. Hâkim, bedelin iadesi ile ilgili uyuşmazlığı çözerken bedeli belirleyen mahkeme kararından farklı bir sonuç ortaya çıkmıyor ise söz konusu genel yaklaşımı gözönünde bulundurarak kural koymalıdır (TMK 1/2). Dolayısıyla zorunlu irtifak, beklenen var oluş süresinden önce sona ermiş ise hâkim, bedelin bir bölümünün iadesine karar vermelidir. İade edilecek miktar belirlenirken ödenen bedelin miktarı, zorunlu irtifakın; kapsamı; var

oluş süresi; sona erme sebebi ve bedeli belirleyen mahkeme kararında yer alan anlatımlar göz önünde bulundurulur. Yargıtay kararına konu olan bir olayda, zorunlu geçit irtifakının sona ermesi sebebiyle bedelin iadesi talep edilmiştir. Yargıtay, bu talebin reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bu karara gerekçe olarak; zorunlu geçit hakkının on sekiz yıl sürmüş olması ve taraflar arasındaki menfaat dengesi gösterilmiştir⁵³³.

Zorunlu irtifakın kapsamının daraltılması durumunda ortaya çıkan bedelin iadesi sorununun çözümlenmesi bakımından da ne sözleşmeyi tamamlayıcı bir hukuk kuralı ne de mahkeme kararı ile belirlenmiş bedellerin iadesi bakımından özel bir hüküm yoktur. Bu sebeple zorunlu irtifakın sona ermesi durumunda bedelin iadesi sorununun çözümlenmesi bakımından yukarıda yer alan açıklamalar burada da tekrar edilebilir. Dolayısıyla zorunlu irtifak bedeli ister sözleşmeyle isterse mahkeme kararıyla belirlenmiş olsun zorunlu irtifakın kapsamının daraltılması durumunda kanaatimizce bedelin bir bölümünün iadesi gerekir. İade edilecek miktar belirlenirken göz önünde bulundurulacak en önemli husus, zorunlu irtifakın kapsamının ne ölçüde daraltıldığıdır.

IV. ZORUNLU İRTİFAKIN RIZAİ OLARAK KURULMASI

İrtifakın kurulması ile komşu malik, zorunlu irtifakı kurma yükümlülüğünü, ifa etmiş olur⁵³⁴. Yukarıda belirtildiği üzere “açıktan geçen mecrayı konu edinen zorunlu irtifak”, sözleşmenin yapılması ile kurulmuş olur. Buna karşılık diğer zorunlu irtifakların kurulabilmesi için ayrıca tescil talebinde bulunulması şarttır.

⁵³³ Y.14.HD. 10.5.1999 T, 1999/2902 E. 1999/3465 K.,**Surlu/Öztürk (Geçit Hakkı)**, 2003, +s.619.

⁵³⁴ **Caroni-Rudolf** s. 21 dn. 29.

A.İRTİFAK SÖZLEŞMESİ

Zaruret içerisindeki malik ile komşu malikin kurdukları zorunlu irtifak sözleşmesi, bir özel hukuk sözleşmesidir⁵³⁵. Dolayısıyla bu sözleşmeye, başta TMK olmak üzere özel hukuk hükümleri uygulanır. Zorunlu irtifakların kurulması ile ilgili yasal düzenlemeler, “sözleşme özgürlüğü” ilkesinin birer istisnasını (Kontrahierungszwang) oluştururlar⁵³⁶. Zira zorunlu irtifak sözleşmesine taraf olmak komşu malikin “kanundan dolayısıyla doğan” yükümlülüğüdür. Dolayısıyla sözleşme özgürlüğünün bir unsuru olan “sözleşme yapıp-yapmama özgürlüğü”, burada, komşu malikin elinden alınmıştır. Burada ilk olarak şu soru akla gelmektedir: Zorunlu irtifak sözleşmeleri hukukî nitelik itibariyle nasıl sözleşmelerdir? Eski İsviçre doktrininde, taşkın yapıyı konu edinen zorunlu irtifak sözleşmesinin satım sözleşmesinin unsurlarını taşıdığı savunulmuştur⁵³⁷. Doktrinde yer alan hâkim görüşe göre ise zorunlu irtifak sözleşmesi hukukî niteliği itibariyle “*sui generis*” bir sözleşmedir⁵³⁸. Bu görüşe göre söz konusu sözleşmenin konusu bir hakkın tesisi olduğu halde satım sözleşmesinin konusu bir hakkın devridir. Bu sebeple hâkim görüşe göre irtifak sözleşmesi, bir satım sözleşmesi olarak kabul edilemez⁵³⁹. Biz de hâkim görüşe katılıyoruz. Zorunlu irtifak sözleşmesi de diğer sözleşmeler gibi tarafların, karşılıklı ve birbirine uygun, irade açıklamaları ile kurulur (BK m.1/1).

⁵³⁵Neuenschwander, s.411–412.

⁵³⁶Neuenschwander, s. 411.

⁵³⁷Wieland, Art 674 N.13.

⁵³⁸Liver Art 732 N. 54; Brücker, s.108.

⁵³⁹Liver Art 732 N. 54.

Zorunlu irtifak sözleşmesinin kurulabilmesi için sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde tarafların uyuşmaları zorunludur (BK 2/1)⁵⁴⁰. Sözleşmenin esaslı noktalarından biri, zorunlu irtifak kurma hususunda tarafların mutabık kalmasıdır⁵⁴¹. Dolayısıyla komşu malik, bu sözleşmeyi, “kanundan dolayısıyla doğan” yükümlülüğünü yerine getirmek için kurmalıdır⁵⁴². Zaruret içindeki malik de kendisine kanun tarafından tanınan zorunluluk hakkını elde etmek için söz konusu sözleşmeye taraf olmalıdır. Tarafların bu mutabakatı sözleşmede açıkça belirtilmelidir. Aksi halde yapılan hukukî işlem, bir rızaî irtifak sözleşmesi olarak algılanabilir. Bu tür bir algılama uyuşmazlığa ve/veya hak kaybına sebep olabilir. Örneğin yararlanan taşınmazın mülkiyetini elde edenin rızaî bir irtifak elde ettiğine dair iyiniyeti korunur (TMK m.1023). Bu durumda zorunluluk hakkı (notrecht) rızaî bir irtifakın hukukî sonuçlarını doğurmaya başlar. Dolayısıyla söz konusu hakkın devamı, değiştirilmesi ve sona ermesi rızaî irtifaka ilişkin kurallara tâbi olur. Sözleşmenin diğer bir esaslı noktası, irtifaktan yararlanacak ve irtifakla yükümlendirilecek taşınmazların belirlenmesidir⁵⁴³. Bu sebeple söz konusu taşınmazların adres, ada ve parsel bilgileri, sözleşmede belirtilmelidir. Zorunlu irtifakın özellikleri ve yararlanma biçimi de sözleşmenin esaslı noktaları arasındadır⁵⁴⁴. Zorunlu irtifak bedelinin, sözleşmenin esaslı noktası olup olmadığı ise doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde yer alan hâkim görüşe göre bedel, esaslı nokta

⁵⁴⁰Özsunay, s. 146.

⁵⁴¹Liver Art 732 N.39–41; Brücker, s.107; Neuenschwander,s.411, 413; Özsunay, s.146.

⁵⁴²Liver Art 732 N.39–41; Brücker, s.107; Neuenschwander,s.413.

⁵⁴³Brücker, s.106.

⁵⁴⁴Neuenschwander,s.413;Brücker, s.112; Özsunay,s.146; Şahiniz, s.88.

değildir⁵⁴⁵. Bu sebeple hâkim görüşe göre irtifak bedeli miktarının resmî senette yer alması zorunlu değildir⁵⁴⁶. Farklı bir görüşe göre ise bedel, sözleşmenin esaslı noktasıdır⁵⁴⁷. Biz farklı görüşü savunan *Neuenschwander*'in görüşüne katılıyoruz.

Zorunlu irtifak sözleşmesinin tali noktaları üzerinde bir uyuşmazlık çıktığında hâkim kural olarak tamamlayıcı hukuk kurallarına başvurarak uyuşmazlığı çözer. Örneğin irtifaka ilişkin tesislerin; bakımının kime ait olduğu ve bakım giderlerini kimin karşılayacağı; hususlarında uyuşmazlık çıktığı takdirde bu konuyu düzenleyen tamamlayıcı hukuk kuralından yararlanılabilir (TMK m.790). Eğer konu ile ilgili tamamlayıcı bir hukuk kuralı bulunmuyorsa hâkim sözleşmeyi tarafların farazî iradelerine (hypothetischen Parteiwillens) göre tamamlamalıdır⁵⁴⁸. Bazı durumlarda taraflar; tamamlayıcı hukuk kuralından farklı bir düzenleme yapmak istemelerine rağmen anlayamamış olabilirler. Hâkim bu tür durumlarda tamamlayıcı hukuk kuralına başvurma imkânına sahip olmadığı için tarafların farazî iradelerine göre sözleşmeyi tamamlar.

Türk Hukukunda, rızaî irtifak sözleşmeleri, resmî şekle tâbidir (TMK 727; 781/1). Bu kuraldan hareket eden hâkim görüşe göre; zorunlu irtifak sözleşmeleri de

⁵⁴⁵**Liver** Art 732 N.44, 54; **Caroni/Rudolf**, s.103–104; **Bürgisser**, s.393; **Akman**, s.210; **Brücker**, s.108;**Meier-Hayoz** Art 674 N.78 Art 694 N.72. Bununla birlikte *Meier-Hayoz* zorunlu mecra sözleşmesinde bedelin esaslı nokta olduğunu kabul etmektedir. **Meier-Hayoz** Art 691 N.62.

⁵⁴⁶**Brücker**, s.113.

⁵⁴⁷**Neuenschwander**, s.413, 492.

⁵⁴⁸**Brücker**, s.106.

resmî şekle tâbidir⁵⁴⁹. Biz de hâkim görüşe katılıyoruz. Aslında ilgili yasal düzenlemelerde, zorunlu irtifak sözleşmeleri, açıkça bir geçerlilik şekline tâbi tutulmamıştır. Bununla birlikte söz konusu düzenlemelerden hareketle bu sözleşmelerin resmî şekle tâbi olduğu sonucuna kanaatimizce ulaşılabilir. Zira yukarıda belirtildiği üzere, TMK’nda, taşkın yapı ve zorunlu su haklarının birer irtifak hakkı olduğu açıkça belirtilmiştir (TMK m.725/2; 761). Bu açık belirtme sayesinde, rızaî irtifak sözleşmelerinin şekline ilişkin hüküm (TMK m.781/1) taşkın yapı irtifakına ve zorunlu su irtifakına doğrudan uygulanabilir. Yine yukarıda belirtildiği üzere, TMK’nda, zorunlu geçit ve zorunlu mecra haklarının tescili düzenlenmiştir. Bu hakların tescili düzenlendiğine göre kanun, bu hakları da birer irtifak hakkı olarak kabul etmiştir (TMK m.1008/2). Dolayısıyla rızaî irtifak sözleşmelerinin şekline ilişkin hüküm (TMK m.781/1) zorunlu geçit ve zorunlu mecra haklarına da doğrudan uygulanabilir. Fakat olması gereken hukukta, bütün zorunlu irtifak sözleşmelerinin resmî şekle tâbi olduğu açık bir biçimde düzenlenmelidir. Böyle bir düzenleme sayesinde; hâkim görüş, bütün zorunlu irtifaklar bakımından açık bir pozitif dayanak bulur; sözleşmelerde, şekil serbestisini ve bu ilkenin istisnasını düzenleyen kural ile paralellik sağlanır (BK m.11/1).

Zorunlu irtifak sözleşmelerinde, resmî şeklin nasıl olması gerektiği de belirlenmelidir. Konusu, “açıktan geçen mecra” olan zorunlu mecra irtifakı sözleşmesinin geçerli olması için sözleşmenin noter tarafından düzenlenmesi yeterlidir (TMK m.727/3). Diğer zorunlu irtifak sözleşmeleri bakımından (açıktan geçmeyen mecralara ilişkin zorunlu irtifak sözleşmesi dâhil) ise sözleşmenin, tapu sicili memuru tarafından düzenlenmesi ile resmî şekil gerçekleşir (TK m.26). İsviçre

⁵⁴⁹Özsunay,s.89, 144.

hukukunda ise rızaî irtifak sözleşmeleri; resmî şekle tâbi değildir; adi yazılı şekle tâbi bulunmaktadır (ZGB Art 732)⁵⁵⁰. İsviçre doktrininde yer alan bir görüş bu kurala dayanarak zorunlu mecra sözleşmesi dışında kalan zorunlu irtifak sözleşmelerinin yazılı şekle tâbi olduğunu kabul etmiştir⁵⁵¹. Zorunlu mecrayı düzenleyen maddede, komşu malikin katlanma yükümlülüğü belirtilirken, müsaade-izin (gestatten) kavramı kullanıldığı için bu görüşe göre yalnızca sözlü anlaşma bile zorunlu mecra sözleşmesinin geçerli olarak kurulması için yeterli olur⁵⁵². Bu görüşün savunulmasında şekil serbestisi ilkesinin pratik faydaları da etkili olmuştur. Zira *Liver*, zarureti gideren mecraların birçoğunun yalnızca komşu malikin iznine dayanılarak geçirildiğini bu görüşüne bir gerekçe olarak belirtmiştir⁵⁵³. Ayrıca bu mecraların hâlihazırdaki yerlerinden alınmaları bu görüşe göre yararlanan malik bakımından ölçüsüz zararların meydana gelmesine sebep olur. Dolayısıyla söz konusu görüşe göre bu sebepler gözönünde bulundurularak zorunlu mecra sözleşmeleri bakımından şekil serbestisi ilkesinin geçerli olduğu kabul edilmelidir. Buna karşılık İsviçre doktrininde yer alan hâkim görüşe göre diğer zorunlu irtifak sözleşmelerinde olduğu gibi zorunlu mecra sözleşmesi de yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz⁵⁵⁴. Bu görüşe göre sırf zorunlu mecrayı düzenleyen maddenin lafzından hareket edilirse zorunlu mecranın hukukî niteliği bakımından eski İsviçre

⁵⁵⁰ İsviçre hukukunda irtifak sözleşmelerinin adi yazılı şekle tâbi tutulmasının sebepleri hakkında bkz.

Liver Art 731 N.5; **Tobler**, s.37.

⁵⁵¹ **Liver** SPR V/1 s. 263; Art 732 N.7, 67; **Baumgartner** § 6 III.

⁵⁵² **Liver** Art 732 N.7, 67.

⁵⁵³ **Liver** SPR V/1 s. 263.

⁵⁵⁴ **Neuenschwander**, s. 413 vd; **Jost**, s. 134–136; **Meier-Hayoz** Art 691 N.64, Art 676 N.20; **Rey** Art 731 N.122; **Brücker**, s. 110.

doktrininin görüşüne varılacağı için bu durumda bir irtifak sözleşmesinden bile söz edilemez⁵⁵⁵. Dolayısıyla bu görüşe göre zorunlu mecranın hukukî niteliğini belirlerken olduğu gibi onun sözleşmesinin şeklini belirlerken de diğer zorunlu irtifaklar ile uyum oluşturan bir yorum yapılması zorunludur. Söz konusu görüşe göre bu yorum tarzı Kanunkoyucunun gerçek iradesi ile uygunluk taşır⁵⁵⁶. Zira bu görüşe göre Kanunkoyucu gerek rızâî gerekse zorunlu irtifakların tümü bakımından kesinliğin ve açıklığın sağlanması için yazılı şekli, geçerlilik unsuru olarak öngörmüştür⁵⁵⁷. Nitekim ZGB'ye ilişkin ön tasarıda dışarıdan varlığı anlaşılabilen bütün irtifakların (servitutes apparentes) şekil serbestisi ilkesine göre kurulabileceği öngörüldüğü halde söz konusu hüküm parlamento tarafından kabul edilmemiştir⁵⁵⁸. Zorunlu irtifak herhangi bir bedel alınmadan kurulacaksa gerek Türk hukukuna gerekse İsviçre hukukuna göre bağış taahhütüne ilişkin sözleşmenin resmî şekilde yapılması zorunludur (BK 238/2; OR Art 243 Abs. 2)⁵⁵⁹.

Geçerlilik şekline uyulmadan kurulan sözleşmenin nasıl bir yaptırıma tâbi olacağı konusunda doktrinde bir fikir birliği bulunmamaktadır. Klasik görüşe göre geçerlilik şekline uyulmadan kurulan zorunlu irtifak sözleşmesi, kural olarak mutlak butlan (absoluten Nichtigkeit) yaptırımı ile geçersiz olur⁵⁶⁰. Bu durumda olan bir sözleşme kural olarak zorunlu irtifakın kurulmasını sağlayamaz. Doktrinde yer alan

⁵⁵⁵Neuenschwander, s. 414

⁵⁵⁶Brücker, s. 110.

⁵⁵⁷Brücker, s. 110.

⁵⁵⁸Meier-Hayoz Art 691 N.64; Art 676 N.20.

⁵⁵⁹Neuenschwander, s. 413 dn.122.

⁵⁶⁰Özsunay, s. 144. BGE 112 II 332 E.1b, 334 E.2b Abs.2, BGE 106 II 151 E.3.

farklı bir görüşe göre ise geçerlilik şekline aykırılık sonucu ortaya çıkan geçersizlik kendine özgü bir geçersizliktir⁵⁶¹. Bu görüşe göre söz konusu geçersizlik; resen dikkate alınmaz; hakkın kötüye kullanılması oluşturmamak koşulu ile yalnızca taraflarca (Ungültigkeit inter partes) ileri sürülebilir. İsviçre Federal Mahkemesi de sonraki bir kararında; *Liver*'in söz konusu görüşle ilgili açıklamalarına yer vererek eski uygulamalarını sorgulamıştır⁵⁶². Doktrinde *Merz* bu eğilimin, aslında, mutlak butlan görüşünden ayrılan bir görüş olmadığını savunmuştur⁵⁶³. Yazara göre oluşan bu farklı eğilim aslında geçerlilik şekline ilişkin kuralların yorumlanmasından ibarettir.

Türk doktrininde *Özsunay*, geçerlilik şekline uyulmadan kurulan irtifak sözleşmesinde şekle aykırılığın telafi edilemeyeceğini savunmuştur⁵⁶⁴. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira şekle aykırılığın ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyor ise sözleşme, zorunlu irtifakın kurulmasına elverişli olur. Burada önemli olan, şekle aykırılığın ileri sürülmesinin; hangi durumlarda, hakkın kötüye kullanılması, meydana getirdiğidir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin şekle aykırılık konusundaki içtihatlarına göre hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlal edilip edilmediği her somut olayın içerdiği unsurlara ve özelliklere göre belirlenmelidir⁵⁶⁵. Bu içtihatlara göre şekle aykırılığın ileri sürülmesi şekil kurallarının var oluş amacı ile uygun değilse (Zweckwidrigkeit) hakkın kötüye

⁵⁶¹ *Liver* Art 732 N.101, SPR V/1 s. 137 vd; *Meier-Hayoz* Art 657 N. 130 vd.

⁵⁶² BGE 112 II 334 E.2b Abs.2.

⁵⁶³ *Merz* N. 436, 451.

⁵⁶⁴ *Özsunay*, s. 144.

⁵⁶⁵ BGE 112 II 333 E.2a; BGE 104 II 101 E.3; BGE 92 II 325 E.3.

kullanılması söz konusu olur⁵⁶⁶. Örneğin taraflar, şekle aykırılığı bilmelerine rağmen serbest iradeleri ile borçlarını ifa etmişler ise daha sonra sözleşmenin geçersizliğinin iddia edilmesi, hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmiştir⁵⁶⁷.

Şekle aykırılık sebebiyle irtifakın kurulamadığı durumlarda, koşulları gerçekleşmiş ise geçersiz işlem (zorunlu irtifak sözleşmesi) tahvil yolu (konversion) ile farklı bir hukukî işleme dönüştürülebilir. Şekil kurallarına aykırılıktan dolayı geçersiz olan bir zorunlu irtifak sözleşmesi, şahsi borç doğuran bir sözleşmeye dönüşebileceği gibi bir prekaristik izne de dönüşebilir. Zira gerek şahsi borç doğuran bir sözleşme gerekse prekaristik izin herhangi bir geçerlilik şekline tâbi değildir. Dolayısıyla burada tahvilin objektif unsuru vardır. Bununla birlikte tahvil için subjektif unsur da gerçekleşmelidir. Bu sebeple tarafların farazi iradelerinin, şahsi borç doğuran bir sözleşmenin veya prekaristik iznin ortaya çıkması yönünde olduğunun kabul edilebilmesi gerekir⁵⁶⁸.

İrade sakatlığı halleri kural olarak zorunlu irtifak sözleşmelerinde de ortaya çıkabilir. Bunlardan biri, sözleşmenin, bir tarafının veya her iki tarafının birden hataya düşmesidir. Hata, zaruret durumuna ilişkin olabilir⁵⁶⁹. Örneğin komşular yanlış hesaplama sonucunda binanın komşu taşınmaza taşıdığı konusunda hataya düşebilir. Talep yöneltilen komşu malik, en uygun komşu olmadığı için hata ortaya

⁵⁶⁶ BGE 112 II 336 E.3b.

⁵⁶⁷ BGE 112 II 333 E.2a, 334 E.2b; BGE 104 II 104 E.3c.

⁵⁶⁸ Brücker, s.117.

⁵⁶⁹ Neuenschwander, s. 415.

çıkması olabilir⁵⁷⁰. Örneğin zorunlu geçit talebi “önceki mülkiyet ve yol durumuna göre en uygun düşen” komşuya yöneltildiği halde talep yöneltilen komşu hatalı olarak sözleşmeyi kurmuş olabilir. Talep yetkisinin diğer unsurlarına ilişkin olarak da hata ortaya çıkabilir. Örneğin kamu tüzel kişisi, idarî irtifak kurma imkânına sahip olduğu halde hataya düşerek komşusu ile zorunlu irtifak sözleşmesi kurabilir. Verilen örneklerde olduğu gibi yasal koşullar gerçekleşmediği halde hata sonucu zorunlu irtifak sözleşmesi kurulursa iptal yetkisi kullanılabilir. Zira bu tür durumlarda esaslı hata hallerinden biri olan temel hatası bulunmaktadır (BK 24/b.4)⁵⁷¹. Taraflar, irtifakın karakteri bakımından da hataya düşebilirler (BK 24/b.1). Ayrıca yetkili ve yükümlü taşınmazların hangileri olduğu hususunda hata ortaya çıkması düşünülebilir. Özellikle yurt dışında veya farklı bir şehirde yaşayan komşu malik hangi taşınmazının yükümlü hale geldiği hususunda yanılabilir. Zorunlu irtifak bedelinin miktarında hata ortaya çıkması ise pratik olarak pek mümkün gözükmemektedir. Hile de zorunlu irtifak sözleşmeleri bakımından ortaya çıkabilir. Örneğin malik; gerçek dışı teknik raporlarla veya sahte belgelerle komşusunu yanıltarak; kendisinin zaruret içerisinde bulunduğu; onun en uygun komşu olduğuna; onu ikna edebilir. Tehdit halinin ise zorunlu irtifak sözleşmeleri bakımından ortaya çıkması pek mümkün gözükmemektedir. Zira sonuçta elde edilmek istenen bir irtifak (yararlanma) olduğu için bu irtifakın, zorunlu irtifak olup olmaması; tehdit eden bakımından bir fark oluşturmaz. Zorunlu irtifak sözleşmelerinde gabin halinin ortaya çıkması da ihtimal dâhilindedir. Malik; zaruretten dolayı, komşu malikin baskısı ile fahiş bir irtifak bedeli taahhüt etmek

⁵⁷⁰Neuenschwander, s. 415.

⁵⁷¹Jost, s.136; Brücker, s.106; Neuenschwander, s.414.

zorunda kalmış ise BK 21/1 anlamında müzayaka içerisinde kabul edilebilir. Ayrıca komşu malikin tedbirsiz (hiffet) veya tecrübesiz olması da zaruret içerisindeki malikin bundan yararlanması koşulu ile gabin durumunu ortaya çıkarabilir. Örneğin uzun süredir yurt dışında ikamet eden bir kişi, kendisine miras kalan taşınmazlarla ilgili yeterli bilgi sahibi olmaması (tecrübesizliği) sebebiyle çok düşük bir irtifak bedeline razı olmuşsa gabin durumu meydana gelebilir. Komşu malik, irade sakatlığı sebebiyle sözleşmeyi iptal ettikten sonra terkin talebinde bulunabilir⁵⁷².

İrade ile beyan arasındaki uyumsuzluk hallerinin tipik örneği olan “muvazaa” da zorunlu irtifak sözleşmelerinde ortaya çıkabilir. Örneğin vergi, harç vb. yasal yükümlülükleri asgari düzeye indirmek isteyen sözleşme tarafları, bedelde muvazaa yapabilirler. Bu durumda görünürdeki işlem, nisbi muvazaa; gizli işlem, şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olur. Zaruret içerisindeki malikin talep hakkını bertaraf etmek amacıyla bir zorunlu irtifak sözleşmesi kurulursa mutlak muvazaa ortaya çıkar. Örneğin komşusunun kendisine yönelteceği zorunlu mecra talebini önlemek isteyen malik başka bir komşusu ile zorunlu veya rızaî bir mecra irtifakı sözleşmesi kurabilir. Talebin; yöneltmesi gereken komşu yerine farklı bir komşuya yöneltmesi amacıyla da muvazaalı bir sözleşme kurulabilir. Bu durumda muvazaanın asıl amacı, talebin yöneltmesi gereken komşunun zorunlu irtifak ile yükümlü hale getirilmemek istenmesidir. Örneğin mecra zarureti içerisinde olan A'nın, talebini yöneltmesi gereken B; diğer bir komşu C ile muvazaalı bir zorunlu veya rızaî bir mecra irtifakı sözleşmesi yaparlar. Böylece B, A'nın talebi yöneltmesi gereken en uygun komşu olmak durumundan çıkar. Bunun sonucu olarak da A, en uygun komşu

⁵⁷²Neuenschwander, s. 415; Jost, s. 136

malik haline gelen bir diğer komşusu D'ye zorunlu mecra talebini yöneltebilir. Bu tür sözleşmelerde muvazaalı olduğu için taraflar açısından bir hak ve borç doğurmaz.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre kanun koyucu, zorunlu mecra sözleşmesini, hukukî konstrüksiyon (yapı) bakımından geciktirici şarta bağlı bir hukukî işlem olarak öngörmüştür⁵⁷³. Söz konusu görüşe göre buradaki geciktirici şart, “bedelin ödenmesi” olgusudur. Dolayısıyla bu görüşe göre zorunlu mecra sözleşmesi, irtifak bedeli (tazminat) yükümlü malike ödendikten sonra hukukî sonuçlarını doğurmaya başlar. Söz konusu görüşü savunan *Brücker* zorunlu mecra irtifakını düzenleyen maddenin (ZGB Art 691 Abs.1) lafzından (sözünden) ve düzenleniş biçiminden bu sonuca ulaşmıştır. Yine *Brücker*'e göre sözleşmenin, geciktirici şarta bağlı olarak kurulması; emredici olmadığı için taraflar, bunun aksini kararlaştırabilirler. Ayrıca taraflar önceden bedel miktarında anlaşmışlar ve ödeme yapılmışsa mecra zarureti içerisindeki malikin şarta bağlı olmayan bir sözleşme kurulmasını talep hakkı bulunmaktadır. Komşu malik, bu görüşe göre yalnızca geciktirici şarta bağlı sözleşme kurmakla yükümlü olduğu halde hataya düşerek şarta bağlı olmayan sözleşme kurmuş olabilir (BK m.24/I). *Brücker*; bu durumda, esaslı bir hatanın ortaya çıktığını ve sözleşmenin iptal edilebileceğini kabul etmektedir.

Zorunlu irtifak sözleşmesine, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin (Gewährleistung) uygulanıp uygulanamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde yer alan bir görüşe göre zorunlu irtifak sözleşmesi; tamamen serbest iradeyle kurulmadığı; kanundan doğan bir yükümlülüğün ifası amacıyla kurulduğu; için ayıba

⁵⁷³**Brücker**, s.104 vd.

karşı tekeffül hükümleri uygulanamaz⁵⁷⁴. Diğer görüşe göre ise söz konusu sözleşmeye ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması için kural olarak hukukî bir engel bulunmamaktadır⁵⁷⁵. Biz de bu görüşe katılıyoruz. Bununla birlikte ayıp sebebiyle ortaya çıkan yetkileri, zaruret içerisindeki malik bakımından yeniden değerlendirmek gerekir. Bu değerlendirme için öncelikle mevcut ayıbın, zarureti gidermeye engel olup olmayacağını belirlemek gerekir. Mevcut ayıp, zaruretin giderilmesini engelleyecek ise bedelin indirilmesini talep yetkisinin kullanılmasında bir anlam taşımaz. Eğer komşu malikin başka bir taşınmazı, zorunlu irtifak ile yükümlü hale getirilerek zaruret durumu giderilebilecek ise sözleşme konusunun değiştirilmesi talep edilebilir. Böyle bir olasılık yoksa “sözleşmeden dönme” zaruret içerisindeki malikin tek hukukî çaresi olur. Bu durumda başka bir komşuya talebin yöneltilmesi için gerekli koşullar da yoksa zaruret içerisindeki malik hukuken çaresiz kalır. Dolayısıyla zorunlu irtifak kurulması mümkün olmaz. Eğer mevcut ayıp zaruretin giderilmesini engellemiyorsa iki ihtimali gözönünde bulundurmak gerekir. Birinci ihtimalde, mevcut ayıp, sözleşme tarafı olan komşu malikin, “en uygun komşu” olma özelliğini ortadan kaldırır. Bu durumda zaruret içerisindeki malik; sözleşmeden dönerek talebi, en uygun komşu malike yöneltir veya sözleşmeden dönmeyerek bedelin indirilmesini talep edebilir. Komşu malik de sözleşme kurulurken ayıbı bilmiyor ise o, hata hükümlerine dayanarak sözleşmenin iptalini talep edebilir. İkinci ihtimalde mevcut ayıp, sözleşme tarafı olan komşu malikin, “en uygun komşu olma” özelliğini ortadan kaldırmaz. Bu durumda zaruret içerisindeki malikin sözleşmeden dönme yetkisini kullanmasının pratik bir yararı olmaz. Zira malik, zaruret durumunu

⁵⁷⁴Wieland Art 674 N.13.

⁵⁷⁵Neuenschwander, s.415.

giderebilmek için “en uygun olan” komşu malik ile sözleşme kurmak zorundadır. Fakat o, bedelin indirilmesini talep yetkisine sahiptir.

Zorunlu irtifak sözleşmesi, zapta karşı tekeffül hükümleri bakımından da değerlendirmelidir. İlk olarak bu sözleşmelerde de “tam zapt” ortaya çıkabilir. Örneğin zorunlu irtifak sözleşmesi kurulmadan önce komşu malik, taşınmazı, başka bir kişiye devredebilir. Bu durum ile kural olarak yalnızca açıktan geçen mecrayı konu edinen zorunlu irtifak sözleşmesinde karşılaşılabılır. Zira diğer zorunlu irtifaklara ilişkin sözleşmeler yalnızca tapu sicil memuru tarafından düzenlenebilir. Tapu sicil memuru da mülkiyeti devretmiş eski malik ile zaruret içerisindeki malik arasında kural olarak zorunlu irtifak sözleşmesini düzenlemeyeceği için tam zapt ortaya çıkmaz. Bununla birlikte tapu sicil memuru ihmal sonucu veya kasten zorunlu irtifak sözleşmesini düzenlerse tam zapt ortaya çıkabilir. Zorunlu irtifak sözleşmesinde tam zapt ortaya çıkarsa sözleşme kendiliğinden ortadan kalkar. Bu tür durumlarda zaruret içerisindeki malik, ödediği irtifak bedelinin faiziyle birlikte geri verilmesini talep edebilir. Zorunlu irtifak ile ilgili giderlerden zapteden üçüncü kişiden talep edilemeyecek olanları da eski malik ödemekle yükümlüdür. Örneğin irtifak sözleşmesi ile ilgili noter masrafları eski malikten talep edilebilir. Aleyhine açılan dava sebebiyle ortaya çıkan yargılama giderlerini de kural olarak eski malik ödemekle yükümlüdür. Örneğin yeni malikin açtığı el atmanın önlenmesi davasına ilişkin yargılama giderleri de eski malikten talep edilebilir. İrtifakla yüklü taşınmazın zaptından doğan diğer zararları da eski malik kusursuz olsa bile tazmin etmek zorundadır. Zira burada objektif sorumluluk vardır (BK 192). Kısmi zapt durumunda, zaruret içerisindeki malik kural olarak sözleşmenin sona erdirilmesini talep edemez.

Nitekim zaruret içerisindeki malik, sınırlı aynî hak ve şerh edilmiş şahsi hak sahiplerine karşı bir talep hakkına sahip olduğu için onlar zorunlu irtifakın kurulmasını engelleyemez. Bununla birlikte zaruret içerisindeki malik, kısmî zapt sebebiyle doğan zararların giderilmesini talep edebilir (BK 193/1). Örneğin sınırlı aynî hak sahibine veya şerh edilmiş şahsi hak sahibine ödediği bedellerin tamamını veya bir kısmını komşu (yükümlü malikden) talep edebilir. Fakat bazı durumlarda kısmî zapt, zaruretın giderilmesini engelleyebilir. Örneğin daha önce kurulmuş bir zorunlu irtifak sebebiyle ikinci zorunlu irtifakın kurulması mümkün olmaz. Bu tür durumlarda zaruret içerisindeki malik sözleşmenin sona erdirilmesini talep edebilir (BK 193/II). Kısmi zapt ortaya çıkana kadar zaruret içerisindeki malik zorunlu irtifaktan yararlanmış olabilir. Bu gibi durumlarda malik, yararlanmalarının karşılığını komşu malike ödemekle yükümlüdür (BK 193/III).

Zorunlu irtifak sözleşmelerinde incelenmesi gereken hususlardan biri de temerrüt ve onun sonuçlarıdır. İlk akla gelen durum, bedel borcunun ödenmesinde, zaruret içerisindeki malikin temerrüde düşmesidir. Bu durumda alacaklı malikin, irtifak sözleşmesinden dönüp dönemeyeceği meselesi doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde yer alan bir görüşe göre söz konusu durumda bedel alacaklısının, sözleşmeden dönme yetkisi bulunmamaktadır⁵⁷⁶. Bu görüş; dönme yetkisinin yokluğunu, sözleşmenin kurulmasının zorunlu olmasına; bağlamaktadır. Bu görüşe göre burada malikin hukukî imkânı, ödemezlik defini ileri sürerek tescil talebinde bulunmaktan kaçınmaktır. Diğer görüşe göre ise zaruret içerisindeki malik bedeli

⁵⁷⁶Erel, s.196.

ödemede temerrüde düşerse bedel alacaklısı, sözleşmeden dönebilir⁵⁷⁷. Biz de bu görüşün isabetli olduğu kanaatindeyiz. Aksi yöndeki görüşün gerekçeleri kanaatimizce kabul edilebilir değildir. Herşeyden önce; kanundan dolayı sözleşme kurma yükümlülüğünün varlığı, kanaatimizce sözleşmeden dönme yetkisini ortadan kaldırmaz. Zira aksini düzenleyen pozitif bir hukuk kuralı bulunmadığı gibi bu konuda yasa boşluğu da kanaatimizce yoktur. Dolayısıyla zaruret içerisindeki malik temerrüde düşmüş ise bunun sonuçlarına katlanmak zorundadır. Sözleşmeden dönme yetkisini kaldırarak komşu maliki yalnızca ödemezlik defii ile yetinmeye zorlamak kanaatimizce adalet duyguları ile bağdaşmaz. Zira o, kanundan doğan bir yükümlülüğünü ifa ettiği için bir veya birkaç yetkisinin elinden alınması bir yana daha fazla korunmalıdır. Aksi takdirde zaruret içerisindeki malik; kötü niyetli hareket ederek bu durumdan haksız çıkarlar sağlayabileceği gibi kötü niyetli olmasa bile bedel borcunu ödemede gevşeklik göstererek komşusunu zor durumda bırakabilir. Kaldı ki talep yöneltilen komşu, sözleşmeden dönse bile zorunlu irtifakın kurulmasına ilişkin koşullar devam ettiği sürece zaruret içerisindeki malik yeniden talep yetkisini kullanabilir. Bu sebeple zaruret içerisindeki malik kural olarak sözleşmeden dönülmesi sebebiyle zor durumda kalmaz. Komşu malik temerrüde düştüğünde ise zaruret içerisindeki malikin sözleşmeden dönmesinin uygulamada bir yararı gözükmemektedir. Zira sözleşmeyi kurduğu komşu, yasadaki kriterlere göre belirlendiği için başka bir komşuya talebini yöneltmesi kural olarak mümkün değildir. Dolayısıyla başka bir komşusu ile sözleşme kurarak zaruret durumundan kurtulmasına imkân yoktur. Bununla birlikte zaruret içerisindeki malikin sözleşmeden dönme yetkisinin bulunmadığı kanaatimizce iddia edilemez. Zira o,

⁵⁷⁷Neuenschwander, s.237.

temerrüt durumu karşısında zaruret durumunu kabullenebilir. Özellikle taşınmazdan yararlanılmasını; aşırı ölçüde güçleştirmeyen veya imkânsız hale getirmeyen zaruret durumlarının kabullenilmesi ihtimal dâhilindedir. Zaruret durumunu kabullenebilen malikin sözleşmeden dönme imkânını ortadan kaldırmak için kanaatimizce hiçbir hukukî sebep bulunmamaktadır.

Zorunlu irtifak sözleşmesi kurulduktan sonra zaruret içerisindeki malik zorunlu irtifak kurulması isteğinden vazgeçebilir. Bu durumda taraflar arasındaki mevcut sözleşmenin akıbetinin ne olacağı hususunda doktrinde bir fikir birliği bulunmamaktadır. Doktrinde yer alan bir görüşe göre sözleşme kurulmuş olsa bile zaruret içerisindeki malik zorunlu irtifakın kurulmasını engelleyebilir⁵⁷⁸. Farklı bir görüşe göre ise sözleşme kurulduktan sonra zaruret içerisindeki malik tek yanlı olarak sözleşmenin sonuçlarını doğurmasını engelleyemez⁵⁷⁹. Fakat bu görüşe göre zaruret içerisindeki malik, komşu taşınmazdan yararlanmayacağı için komşu malik, zorunlu irtifak bedelini talep edemez. Belirtmek gerekir ki Türk hukukunda, sözleşmenin kurulması ile zorunlu irtifakın kurulması arasında bir zaman geçmez. Zira ilk olarak, tescil ile kurulan sözleşmelerde, resmî senet ve tescil talebi aynı belge içerisinde yer alır. Dolayısıyla resmî senedi imzalayan komşu malik aynı zamanda tescil talebini de imzalamaktadır. Açıktan geçen mecrayı konu edinen irtifak ise sözleşme ile birlikte kurulmaktadır. Oysa İsviçre hukukunda söz konusu işlemin geçerlilik unsuru adî yazılı şekil olduğu için sözleşmenin kurulması ile zorunlu irtifakın kurulması arasında belirli bir zaman geçebilir. Kanaatimizce zaruret

⁵⁷⁸ **Leemann** Art 694 N.2; **Baumgartner** § 6 IV.

⁵⁷⁹ **Haab** Art 694/696 N.22; **Özsunay**, s.151.

içerisindeki malik, kurulmuş olan sözleşmeyi, tek taraflı olarak sona erdiremez. Komşu malik; her ne kadar kanundan doğan yükümlülüğünü yerine getirmek için hareket ediyor olsa da sözleşmenin kurulması ile bedel alacağı kazanır. Bu sebeple komşu malikin, zaruret içerisindeki malike sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirme yetkisini zımnen tanıdığı kural olarak kabul edilemez. Dolayısıyla bir ikale anlaşması yapmadığı sürece zaruret içerisindeki malik, zorunlu irtifak bedelini, komşusuna ödemekle yükümlüdür. Bununla birlikte sözleşmede, zaruret içerisindeki malike açıkça tek taraflı olarak sona erdirme yetkisi tanınmış olabilir ya da sözleşmenin yorumlanmasından bu yetkinin verildiği sonucu ortaya çıkabilir. Bu durumda sözleşme sona erdirildiğinde bedel borcunun hukukî akıbetinin ne olacağı sözleşmede düzenlenmemiş ise yedek hukuk kurallarının uygulanması gerekir. Sözleşmenin kurulmasından sonra zorunlu irtifak da kurulmuş ise zaruret içerisindeki malik, hakkından feragat edebilir. Fakat bu feragat, zaruret içerisindeki maliki, zorunlu irtifak bedelini ödeme borcundan kurtarmaz.

B. TESCİL

Tescile talebi, komşu malik bakımından bir tasarruf işlemi niteliğindedir. Tescile bağlı kurulan zorunlu irtifak söz konusu ise komşu malikin, sözleşmeden doğan en önemli yükümlülüğü, tescil talebinde bulunmaktır. Kurulması tescile bağlı olmayan zorunlu irtifakta (açıktan geçen mecrayı konu edinen zorunlu irtifak) ise komşu malikin kural olarak tescil talebinde bulunma yükümlülüğü yoktur. Zira tescili talep etme hakkı, zaruret içerisindeki malike tanınmıştır (TMK 744/3). Bu özel hüküm olmasaydı bile zorunlu irtifak, tescilden önce kazanıldığı için zaruret içerisindeki malik, hak sahibi sıfatıyla tescili talep edebilirdi (TMK 1013/3). Bununla

birlikte sözleşme ile komşu malike “tescil talebinde bulunma yükümlülüğü” getirilebilir.

Tescil talebinin yazılı olması gerekir (TMK 1013/1; TST 11/1). Zorunlu irtifakın tescili talebi talep edenin kimliği belirtilerek derhal yevmiye defterine yazılır (TMK 1002/1). Kurulması tescile bağlı olan zorunlu irtifaklar bakımından yevmiye defterine kayıt yapılmadan önce resmi senet düzenlenir ve taraflarca imzalanır (TST 22/a). Açıktan geçen mecrayı konu edinen zorunlu irtifaklar bakımından istem ise istem belgesi düzenlenir ve taraflar, belgeyi imzalar (TST 22/b). Tescil talebine hukukî sebebin de eklenmesi gerekir (TMK 1015/1). Bu hukukî sebep çoğukez zorunlu irtifak sözleşmesi olur⁵⁸⁰. Bununla birlikte bir vasiyet de hukukî sebep olabilir.

Tapu sicil memurunun tescil talep doğrultusunda işlem yapabilmesi için tescilin koşullarının gerçekleşmiş olması gerekir. Bu sebeple tapu sicil memuru bazı araştırmalar yapar. Tapu sicil memuru öncelikle başvuruda bulunanın başvurma hakkının bulunup bulunmadığını (Prüfungsbefugnis) inceler (TST 13/1). Örneğin açıktan geçen zorunlu mecraya ilişkin olduğu iddia edilen bir sözleşme sunulmuş ise sunulan belgenin okunarak başvuruyu doğrulayıp doğrulamadığının belirlenmesi gerekir (TST 13/4). Bu bağlamda sözleşmenin; gerçekten açıktan geçen mecraya ilişkin olup olmadığı; noter tarafından düzenlenip düzenlenmediği; zorunlu bir irtifakı konu alıp almadığı; incelenir. Başvuru vekâleten gerçekleşiyorsa vekilin, NK'na göre düzenlenmiş vekâletnameyi sunması gerekir. Bu inceleme sırasında

⁵⁸⁰Özsunay, s.148.

belgelerde bir geçersizlik (offensichtlich Nichtigkeit) ortaya çıkabilir. Tapu sicil memuru, tescil talebinde bulunanın hukukî işlem ehliyeti (eintragungsfähigkeit) bulunup bulunmadığını da araştırır (TST 14). Talepte bulunanın hukukî işlem ehliyetinin varlığı hususunda kuşkuya düşülürse, resmî kurumdan doktor raporu talep edilebilir (TST 14). Tapu sicil memuru, tescil için gerekli koşulların oluşmadığı kanaatine varır ise talep kural olarak reddedilir (TMK 1016/1; TST 23/1). Ret kararına karşı, Tapu Sicil Müdürlüğü'nün bağlı olduğu üst birime otuz gün içerisinde itiraz edilebilir (TST 23/3). Bununla birlikte tasarruf yetkisini belirleyen belgelerde noksanlık bulunduğu durumlarda geçici şerh işlemi verilebilecek ise tescil talebi reddedilmez (TMK 1016/2). Fakat geçici şerh verilebilmesi için bütün ilgililerin bu işleme rıza göstermesi veya mahkemenin bu konuda bir karar vermesi gerekir (TMK 1011/2).

İrtifak hakları ile taşınmaz yükünün tesciline ilişkin özel hükümler TST'nin 30. maddesinde düzenlenmiştir. Buna karşılık zorunlu irtifakların tesciline ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla zorunlu ve rızaî irtifaklar arasında tescil işleminin usulü bakımından esas olarak bir farklılık bulunmadığı söylenebilir⁵⁸¹. İrtifak, sayfada ayrılan özel sütuna tescil edilir. Araziyi kayıtlayacak zorunlu irtifaklar tapu kütüğündeki özel sütuna tescil edilir. Zorunlu irtifak, kat mülkiyetine konu bağımsız bölümü kayıtlayacak ise kat mülkiyeti kütüğündeki özel sütuna tescil edilir. Zorunlu irtifak, bağımsız ve sürekli bir irtifakı kayıtlı olacak ise

⁵⁸¹Özsunay, s.147.

tapu kütüğünün en son sayfasında yer alan özel sütuna tescil edilir⁵⁸². Taşınmaz lehine irtifak haklarında çifte tescil sistemi vardır (TMK 1018). Dolayısıyla taşınmaz lehine olan zorunlu irtifaklar, bu sisteme göre tescil edilir. Bu sistemde; zorunlu irtifak, lehine hak tesis edilen arazinin veya bağımsız bölümün kütük sayfasında "H" harfi ile aleyhine hak tesis edilen arazinin veya bağımsız bölümün kütük sayfasında ise, "M" harfi ile gösterilir (TST 30/2). Yararlanan taşınmazın irtifak hakları sütununda hakkın, hangi taşınmaz aleyhine olduğu tescil edilir. Bununla birlikte yükümlü taşınmazın irtifak hakları sütununda hakkın hangi taşınmaz lehine olduğu da tescil edilir (TST 30/3). Kişiye bağlı zorunlu irtifak, ilgili taşınmaz malın kütük sayfası irtifak hakları sütununda "M" harfi ile gösterilir (TST 30/3). Gerek kişiye bağlı gerekse eşyaya bağlı zorunlu irtifaklar tescil edilirken irtifakın türü ve nasıl bir irtifak olduğu belirtilir (TST 30/2). İlgili sayfada veya sayfalarda irtifakın, zorunlu irtifak olduğuna ilişkin açıklığın sağlanması, yukarıda belirtildiği üzere yararlanan ve yükümlü malikin menfaatlerinin korunması bakımından zorunludur⁵⁸³. Zira zaruret durumunun bu şekilde belli edilmesi ilk olarak yükümlünün borç doğurucu temel işlemin geçersizliğine ilişkin iddiasını kanıtlamakta kolaylık sağlayacaktır. Örneğin yükümlü malik bir zorunlu irtifakın kurulmasına ilişkin yükümün varlığında yanılarak veya bu konuda aldatılarak zorunlu irtifak sözleşmesini kurmuşsa irtifakın bir zaruret durumu koşuluna bağlı olarak kurulduğu söz konusu kayıttan anlaşılabilir⁵⁸⁴. İkinci olarak böyle bir kayıt ile yararlanan taşınmazı iktisap eden kimse bedel borcunun varlığından, miktarından ve ödeme şeklinden haberdar

⁵⁸² Bağımsız ve sürekli irtifak haklarının tescili, tapu kütüğündeki en son sayfaya yapılır ve hakkın ilgili olduğu taşınmazların sayfaları arasında irtibat kurulur (TST 30/5).

⁵⁸³ **Bürgisser**, s.392; **Caroni-Rudolf**, s.102; **Akman**, s.209–210; **Şahiniz**, s.106.

⁵⁸⁴ **Akman**, s.209–210.

olabilir⁵⁸⁵. Üçüncü olarak irtifakın, zorunlu olması sebebiyle rızai irtifaklardan farklı olarak uygulanacak esaslardan yeni malik bu şekilde haberdar olabilir⁵⁸⁶. Örneğin irtifak hakkının zorunlu irtifak olduğu tapuda belirtilmişse yükümlü, bir zaruret durumunun bulunmadığını ispat hakkına sahiptir. O bunu ispat ederse EMK m.709 (ZGB Art 736) daki koşullar aranmaksızın irtifakın terkinini talep edebilir⁵⁸⁷. Doktrinde, zorunlu irtifakın tescili sırasında, beyanlar hanesine, “zorunlu irtifak hakkı” şeklinde kayıt düşülerek açıklığın sağlanması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁸⁸. Fakat bu, beyanlar hanesine kaydedilecek hususlar arasında, yer almamaktadır (TMK m.1012 TST m.60–61–62–63–64). Dolayısıyla kanaatimizce söz konusu husus, beyanlar hanesine kaydedilemez. Bununla birlikte tescil sırasında, irtifakın zorunlu olduğu belirtilir (TST m.30/2). Zorunlu irtifaklar süreli olarak kurulamayacağı için tescil de süre söz konusu olmaz. Bilgilerin gerçek bir nitelik taşıması için zorunlu irtifakı gösteren plan tescile eklenmelidir (TST m.30/2)⁵⁸⁹.

V. ZORUNLU İRTİFAKIN MAHKEME KARARI ile KURULMASI

Zorunlu irtifak haklarının kurulma yollarından diğeri de irtifakın mahkeme kararı ile kurulmasıdır. Zorunlu irtifakın kurulması için doğrudan doğruya dava yoluna başvurulmasında yukarıda da belirtildiği üzere hukukî bir engel

⁵⁸⁵ **Erel**, s.176–177.

⁵⁸⁶ **Liver** Art 731 Nr.71; **Liver** Einleitung 104; **Özsunay**, s.149–150; **Erel**, s.177 dn.75; **Şahiniz**, s.106.

⁵⁸⁷ **Liver** Einleitung N.104; **Jost**, s.136; **Bürgisser**, s.392–393; **Caroni-Rudolf**, 102; **Akman**, s.102.

⁵⁸⁸ **Liver** Art 731 N.71; **Rey** Art 731 N.45; **Akman**, s.209; **Özsunay**, s.149,150; **Caroni-Rudolf**, s.102; **Brücker**, s.128; **Erel**, s.176.

⁵⁸⁹ **Liver** Art 731 N.70; **Özsunay**, s.149–150.

bulunmamaktadır. Bununla birlikte yine yukarıda belirtildiği üzere zaruret içerisindeki malikin dava açmadan önce komşu malike sözleşme kurma teklifinde bulunmasında her iki tarafın birçok yararı vardır. Bu sebeple olması gereken hukukta, komşu malikin sözleşme görüşmelerine davet edilmiş olması, zorunlu irtifakın kurulmasına ilişkin davanın bir şartı olarak öngörülmalıdır.

Zorunlu irtifakın, sözleşme yolu ile kurulması komşu malike teklif edilmiş olmasına rağmen zorunlu irtifak kurulamamış olabilir. Akla gelen ilk olasılık, komşu malikin, zorunlu irtifakın kurulması talebini başlangıçta reddetmesidir. Bu durumda komşu malik, irtifak sözleşmesinin görüşmelerine bile katılmaz⁵⁹⁰. Komşu malik söz konusu talebi, bir sebebe dayanmaksızın reddedebileceği gibi bir sebebe dayanarak da reddedebilir⁵⁹¹. İkinci olasılık, tarafların, irtifak sözleşmesi görüşmelerini yapmış olmalarına rağmen esaslı noktalarda uyuşamamış olmalarıdır⁵⁹². Üçüncü olasılık, zorunlu irtifakın kurulmasına ilişkin geçerli bir vaatte bulunmuş olmasına rağmen bu vadin yerine getirilmemiş olmasıdır. Akla gelen dördüncü olasılık zorunlu irtifak sözleşmesini kuran komşu malikin tescil talebinde bulunmaktan kaçınmasıdır⁵⁹³.

Zorunlu irtifakın kurulması sağlayan mahkeme kararı doğal olarak yenilik doğuran bir karardır. İfaya yönelik davada verilen karar ise aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere Türk Hukukunda kural olarak tek başına zorunlu irtifakın

⁵⁹⁰Özsunay, s.1; Şahiniz, s.89.

⁵⁹¹Şahiniz, s.89.

⁵⁹²Erel, s.58; Şahiniz, s.89; Özsunay, s.87; Akman, s.211; Yazman, s.156.

⁵⁹³Akman, s.213.

kurulmasını sağlamaz. Bu sebeple esas olarak zorunlu irtifakın kurulmasına ilişkin yenilik doğuran kararın hangi koşullarda elde edilebileceğinin belirlenmesi gerekir.

İrtifak hakkının kazanılmasında aksine bir düzenleme bulunmadıkça mülkiyet hakkının kazanılmasına ilişkin hükümler uygulanır (TMK 780/2). Bu sebeple mülkiyetin kazanılmasını düzenleyen hükümlerden ilgili olanlarının burada anılması kanaatimizce zorunludur. Bir kişi, bir hukukî sebebe dayanarak, mülkiyet hakkının kendi adına tescilini isteme yetkisine sahip ise söz konusu kişi, hâkimden mülkiyetin hükmen geçirilmesini talep edebilir (TMK m.716/1). Hâkimin, mülkiyetin geçirilmesine ilişkin bu kararı, yenilik doğuran bir karardır. Fakat bu yenilik doğuran kararın elde edilebilmesi için bir hukukî sebebin bulunması zorunludur. Bu kural da (TMK m.716/1) irtifakların kazanılmasına uygulanacak hükümler arasındadır. Dolayısıyla irtifakın kurulmasına dair yenilik doğuran bir karar elde edebilmek için bir hukukî sebebin varlığı zorunludur⁵⁹⁴. Burada söz edilen hukukî sebep, bir aynı hakın; devredilmesine veya kurulmasına ilişkin borç doğurucu bir hukukî işlemdir⁵⁹⁵. Hukukî sebep çoğu kez bir sözleşmedir. Bununla birlikte vasiyet gibi sözleşmeden farklı bir hukukî işlem de olabilir.

Zorunlu irtifaklarda, yukarıda belirtildiği üzere yasal koşullar gerçekleştiğinde, zaruret içerisindeki malik, zorunlu irtifak sözleşmesinin kurulması ve tescil işleminin yapılması hususunda kanunî bir talep hakkına sahip olur. Dolayısıyla zorunlu irtifak sözleşmesi kurulmadan önce henüz ortada, hukukî işlem

⁵⁹⁴ **Liver** Einleitung N.98 Art 731 N.29 vd SPR V/1 s.141.

⁵⁹⁵ **Liver** SPR V/1 s.141 dn.16.

biçiminde-tipik bir hukukî sebep yoktur. Bununla birlikte hukukî işlem biçimindeki bir hukukî sebebin bulunmadığı bu tür durumlarda yenilik doğuran davaların açılmayacağı söylenemez⁵⁹⁶. Zira bir ifa davasının ardından yenilik doğuran davanın açılması mümkündür. Zira açılan ifa davası sonucunda verilen karar ile zorunlu irtifak sözleşmesi kurulmuş olur. Böylece ifa davasından çıkan karar ile hukukî sebep gerçekleşir. Bu hukukî sebepten hareketle TMK m.716/1 hükmüne dayanılarak yenilik doğuran davanın açılması ve bu dava neticesinde yenilik doğuran kararın elde edilmesi mümkündür.

Tipik bir hukukî sebebin bulunmadığı durumlarda; bir ifa kararı da alınmadan, doğrudan doğruya zorunlu irtifakın kurulmasına ilişkin yenilik doğuran bir karar elde edilebilir mi? Doktrinde yer alan hâkim görüşe göre TMK m.716/1 anlamında bir hukukî sebebin bulunmadığı durumlarda bile zorunlu irtifakın kurulmasına ilişkin yenilik doğuran bir karar elde edilebilir⁵⁹⁷. Bu görüşe göre bu tür durumlarda elde edilen yenilik doğuran karar hem tescil talebine ilişkin irade beyanının hem de borç doğurucu hukukî sebebin yerine geçer. Dolayısıyla söz konusu görüşe göre bu tür davalarda araştırılması gereken husus zorunlu irtifakın kurulabilmesi için yasanın aradığı koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğidir⁵⁹⁸. Bu görüşü savunan yazarlardan *Liver*'e göre taşkın yapı hakkını düzenleyen madde (TMK 725/2 ZGB Art 674 Abs.3), zaruret içerisindeki malike, doğrudan bir yenilik

⁵⁹⁶**Liver** Einleitung N.97 Art 731 N 33 36; **Meier-Hayoz** Art 674 N.80, 676 N.21, 691 N.61; **Rey** Art 731 N.17.

⁵⁹⁷**Liver** SPR V/1 s.181 vd; **Brücker**, s.138–139; **Akman**, s.213–214; **Tekinay**, s.104; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s.661; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s.610; **Erel**, s.200.

⁵⁹⁸**Akman**, s.213–214.

doğuran dava açma imkânını açıkça tanımaktadır⁵⁹⁹. Bu görüşü savunan yazarlardan *Brücker* de taşkın yapıya ilişkin bu düzenlemenin kıyas yolu ile diğer zorunlu irtifak haklarının kuruluşunda da uygulanması gerektiğini kabul etmektedir⁶⁰⁰. Bu görüşü savunan yazarlardan *Akman*'a göre TMK m.716/f.1 hükmü; sözleşmeye dayanan talep sahibine yenilik doğuran karar alma imkânını sağlıyorsa doğrudan kanun hükmüne dayanan talep sahibine bu imkânı öncelikle sağlar⁶⁰¹.

Komşu malik, zorunlu irtifak sözleşmesini kurmuş olmasına rağmen tescil talebinde bulunmaktan kaçınabilir. Bu durumda TMK m.716/1 anlamında tipik bir hukukî sebep bulunduğu için yenilik doğuran kararın elde edilmesinde bir tereddüt bulunmamaktadır⁶⁰². Fakat bu ihtimal ile esas olarak İsviçre hukukunda karşılaşılabılır. Zira yukarıda belirtildiği üzere İsviçre hukukunda irtifak sözleşmesi yazılı şekle tâbi olduğu için komşu malik, bu şekilde kurulan bir sözleşmeden doğan borcunu ifa etmekten kolaylıkla kaçınabilir. Fakat Türk hukukunda bu olasılıkla pek karşılaşılmaz. Zira irtifak sözleşmesi ile tescil talebi aynı belgede yer almaktadır. Dolayısıyla bu tür durumlarda bir dava açılması ve yenilik doğuran bir karar elde edilmesi Türk Hukuku bakımından pratik bir öneme sahip değildir.

Yukarıda belirtildiği üzere taraflar farklı bir anlaşma yapmamışlar ise komşu malikin tescil talebinde bulunma yükümlülüğü kendisine zorunlu irtifak bedeli ödendikten sonra muaccel olur. Bu hukukî durum yukarıda belirtildiği üzere Borçlar

⁵⁹⁹*Liver* SPR V/1 s.181 vd.

⁶⁰⁰*Brücker*, s.138–139.

⁶⁰¹*Akman*, s.213–214; *Şahiniz*,s.91–92.

⁶⁰²*Akman*, s.213; *Şahiniz*, s.91.

Hukukuna hâkim olan temel ilkenin bir görünümüdür (BK m.81). Bu ilke yenilik doğuran kararın talep edildiği davada da uygulama alanı bulur⁶⁰³. Bu sebeple dava ister zorunlu irtifak sözleşmesi kurulmadan önce isterse bu hukukî işlem kurulduktan sonra açılsın yenilik doğuran bir kararın verilebilmesi için öncelikle bedelin ödenmiş olması gerekir⁶⁰⁴. Bu kural sınırlı aynı hak sahiplerine ödenecek bedel bakımından da geçerlidir⁶⁰⁵. Dava sırasında diğer koşulların gerçekleştiğini tespit eden mahkeme, bilirkişiden de yararlanarak zorunlu irtifak bedelinin miktarını belirler. Belirlenen bedel miktarının, mahkemeye veya banka veznesine depo edilmesine karar verilir. Bu miktar depo edildikten sonra, zorunlu irtifakın kurulmasına karar verilir. Aleyhine zorunlu irtifak kurulan taşınmaz malikinın karar kesinleştikten sonra irtifak bedelini alabileceği kararda belirtilir⁶⁰⁶.

Yargıtay'ın bir kararında bir geçit zaruretinin varlığını ispat bakımından her türlü delile başvurulabileceği kabul edilmiştir⁶⁰⁷. Buna karşılık yemin delili ile geçit zaruretinin ispat edilemeyeceği kanaatindeyiz. Yargılama sırasında zorunlu irtifakın yönünü özelliklerini belirten bir plan yapılmalı ve söz konusu plan mahkeme kararına eklenmelidir⁶⁰⁸.

⁶⁰³ **Liver** Art 731 N.35 SPR V/1 s.263.

⁶⁰⁴ **Meier-Hayoz** Art 665 N.38; **Rey** Art 731 N.109; **Erel**, s.200; **Tekinay**, s.104; **Şahiniz**, s.93–94.

⁶⁰⁵ **Meier-Hayoz** Art 665 N.38; **Rey** Art 731 N.109.

⁶⁰⁶ Y.14.HD.3.3.1997 T.1997/48 E.1997/1315 K; Y.14.HD.7.12.1999 T.E.8156/K.8769; Y.14.HD.16.4.2002. E. 2315/K.2929. **Surlu/Öztürk**(Geçit Hakkı),s.320.

⁶⁰⁷ Y.7.HD. 15.4.1955 T. 1955/9562 E. 1955/4292 K **Özsunay** Zaruri Geçit Hakkı, s.102.

⁶⁰⁸ **Wieland** Art 694 N.8.

İsviçre hukukunda zaruret içerisindeki malik, zorunlu irtifakın kurulması talebini ifa davasıyla da yöneltebilir⁶⁰⁹. Zira İsviçre Federal Usul Kanunu'nun 78. maddesine göre herhangi bir kişiyi irade açıklamasında bulunmaya mahkûm eden mahkeme kararı, irade beyanının yerine geçer⁶¹⁰. Dolayısıyla bu usul kuralı sayesinde dava sonucunda verilen karar; komşu malikin, irade açıklamasının/açıklamalarının yerini tutar. Yukarıda belirtildiği üzere zorunlu geçit, zorunlu su ve taşkın yapı irtifaklarının kurulabilmesi için iki irade açıklaması (sözleşmenin kuruluşuna ilişkin irade açıklaması ve tescil talebi) gerekir. Buna karşılık yine yukarıda belirtildiği üzere zorunlu mecra irtifakının kurulabilmesi için bir irade açıklaması (sözleşmenin kuruluşuna ilişkin irade açıklaması) yeterlidir. Bu sebeple ifa kararı; zorunlu mecra irtifakına ilişkin ise bir; diğer zorunlu irtifaklara ilişkin ise iki; irade açıklamasının yerine geçer.

İfa kararında komşu malike ödenmesi gereken zorunlu irtifak bedelinin miktarı da belirtilir. Zira ifa kararı kesinleşse bile zorunlu irtifak sözleşmesini kurma ve tescil talebinde bulunma yükümlülüğü, bedelin ödenmesi ile muaccel olur. Dolayısıyla zorunlu irtifak bedeli, komşu malike ödenmeden ifa kararı bakımından İsviçre Federal Usul Yasası'nın 78. maddesinin uygulanması talep edilemez.

Türk hukukunda, İsviçre Federal Usul Yasası'nın 78. maddesine benzer bir düzenleme yoktur. Bu sebeple Türk hukukunda ifa davasının ayrı bir dava olarak

⁶⁰⁹ **Liver** Einleitung N.97 Art 731 N.36; **Meier-Hayoz** Art 691 N.61; **Neuenschwander**, s.391.

⁶¹⁰ Söz konusu kural, kantonların usul yasalarında yer almasa da kantonlar bakımından da geçerli bulunmaktadır. **Liver** Einleitung N.98 Art 731 N.37 SPR V/1 s.141 vd. BGE 102 II 6; BGE 97 II 48.

açılmasının pratik bir önemi bulunmamaktadır⁶¹¹. Söz konusu düzenleme (BZP 78) gibi bir düzenleme hukukumuzda yer almadığı için ifa davası açıldığı takdirde dava, hukukî yarar yokluğu nedeniyle mahkeme tarafından reddedilmelidir.

Zaruret içerisindeki malikin bir tespit davası açma imkânı var mıdır? Böyle bir dava sonucunda ne gibi hukukî sonuçlar ortaya çıkar? Doktrinde, zaruret içerisindeki malikin tespit davası açabileceği fakat bu davanın istisnai durumlarda faydalı olabileceği haklı olarak kabul edilmektedir⁶¹². Zira zaruret içerisindeki malik, zorunlu irtifakın kurulması için ifa davası ve/veya yenilik doğuran dava açma imkânına sahiptir. Bu sebeple zaruret içerisindeki malikin tespit davası açmasında kural olarak bir hukukî yararı bulunmamaktadır. Buna karşılık bazı durumlarda talep hakkı kendisine yöneltilen malik, komşusuna yardım etmeyi istemekle birlikte zorunlu irtifakın kurulmasına ilişkin koşulların bulunup bulunmadığı hakkında şüpheye düşebilir. Bu tür durumlarda mahkemenin, zorunlu irtifakın koşullarının bulunduğunu tespit eden bir kararı, talep hakkı yöneltilen malik bakımından ikna edici olabilir. Bu sebeple istisnai durumlarda zaruret içerisindeki malikin, tesbit davası açmakta hukukî yararının bulunduğu söylenebilir.

Zorunlu irtifakın kurulmasına ilişkin davada davacı sıfatını yalnızca talep hakkına sahip olanlar taşıyabilir. Bu sebeple davacıların belirlemek için talep

⁶¹¹Akman, s.212.

⁶¹²Meier-Hayoz Art 694 N.67; Caroni-Rudolf, s.110; Bürgisser, s.102; Akman, s. 215; Brücker, s.146.

hakkına sahip olanları açıklayan bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz⁶¹³. Zorunlu irtifakın kurulmasına ilişkin davalı sıfatını yalnızca talep hakkının yöneltileceği kişiler taşıyabilir. Bu sebeple davalıları belirlemek için talep hakkının yöneltileceği kişileri açıklayan bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz⁶¹⁴.

Yukarıda belirtildiği üzere bazı durumlarda, zaruret içerisindeki malikin menfaatlerinin korunabilmesi için ihtiyati tedbir kararı verilmesi zorunludur. Bu kararlarla ilgili olarak talep hakkının korunmasını açıklayan bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz⁶¹⁵.

Komşu taşınmaz maliki dava sırasında taşınmazı başka bir kişiye devredebilir. Bu durum, usul hukuku açısından “müddeabihin temlik” olarak değerlendirilir⁶¹⁶. Doktrinde yer alan bir görüşe göre bu durumda talebin, tazminat davasına dönüştürülmesi mümkün değildir⁶¹⁷. Kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. Zira zaruret içerisindeki malikin, komşusu aleyhine dava açması; talebi, komşusuna yönelttiği anlamına gelir. Bu durumda iki ihtimal vardır. Birincisi zaruret içerisindeki malikin davadan önce talep hakkını kullanmasına rağmen taraflar bir şekilde sözleşmeyi kuramamışlardır veya kuramamışlardır. İkinci ihtimal ise zaruret içerisindeki malikin davadan önce bir talep yöneltmeden doğrudan dava açmasıdır. Her iki ihtimalde de artık kendisine talep hakkı yöneltilen taşınmaz maliki, yasada

⁶¹³ Bkz. yuk. s.93 vd.

⁶¹⁴ Bkz. yuk. s.112 vd.

⁶¹⁵ Bkz. yuk. s.90 vd.

⁶¹⁶ Y.14.HD.27.9.2001, E.6201/K.6020.**Surlu/Öztürk**(Geçit Hakkı), s.525.

⁶¹⁷**Surlu/Öztürk**(Geçit Hakkı), s.524, 525.

aranan koşullar kendisinde gerçekleşmişse bir bedel karşılığı zorunlu irtifakı kurmakla yükümlüdür. İşte bu yükümlülük, yukarıda da belirtildiği üzere eşyaya bağlı bir borç olduğu için kendisine talep yöneltilenin taşınmazını devretmesi ifa imkânsızlığı ortaya çıkarır⁶¹⁸. Davalı malik, ifanın imkânsızlaşmasında kusurlu olduğu için sorumlu olacaktır. Dolayısıyla devreden-davalı, zaruret içerisindeki malikin zararını tazminle yükümlüdür⁶¹⁹. Bu nedenle devreden davalıya karşı mevcut davanın, tazminat davasına dönüştürülmesi kanaatimizce mümkündür⁶²⁰. Bu durumda, zaruret içerisindeki malik, zorunlu irtifakın kurulması için devralan-yeni malike karşı yeni bir dava açar. Fakat zaruret içerisindeki malikin mevcut davayı (zorunlu irtifakın kurulmasını konu edinen) devralan-yeni malike yöneltilmesi de mümkündür⁶²¹. Bu durumda ise zaruret içerisindeki malik, uğradığı zararın giderilmesi için devreden-eski malike yeni bir dava açar.

Davacı malikin zaruret içerisine düşmesinde, davalının eylemleri veya işlemleri kural olarak etkili olmaz. Ayrıca davalının, gerçekten talep yükümlüsü komşu olup olmadığı, mahkemenin keşif ve bilirkişi delillerine başvurarak tespit edebileceği bir husustur. Bu sebeple davalı, mahkemeye davacının davasını ispat etmesi gerektiği yönünde beyanda bulunursa veya oturumlara hiç katılmazsa

⁶¹⁸ **Oğuzman Eşyaya Bağlı Borçlar**, s.234.

⁶¹⁹ **Erel**, s.171.

⁶²⁰ Konu ile ilgili bir Yargıtay kararında davacının ilk malike karşı olan hakkının para alacağına dönüşeceği ifade edilmiştir. Y.14.HD. 18.1.1990. E.1988/9185-K.1990/417. **Surlu/Öztürk**(Geçit Hakkı), s.528.

⁶²¹ Y.14.HD. 31.10.1991 T. E.1991/8489 K.1991/9089. **Surlu/Öztürk**(Geçit Hakkı), s.526; Y.14.HD.22.1.1990. E.1989/159 K.1990/585, **Surlu/Öztürk**(Geçit Hakkı), s.527

yargılama giderlerinin ve vekâlet ücretinin davalının üzerine bırakılmasına karar verilemez⁶²². Buna karşılık yapılan yargılama sırasında, davalının zorunlu irtifakı kurmakla yükümlü olan kişi olduğu anlaşılması rağmen davalı davaya direnirse yargılama giderlerinin ve avukatlık ücretinin onun üzerinde bırakılmasına karar verilmelidir⁶²³.

§ 7. ZORUNLU İRTİFAKIN SONA ERMESİ

I. TERKİN ile SONA ERME

Mevcut tescilin terkinini, zorunlu irtifak haklarını sona erdirir⁶²⁴. Terkin işleminin yapılabilmesi için irtifak hakkı sahibinin yazılı terkin talebinde bulunması gerekir (TMK 1014; TST 78)⁶²⁵. Terkin talebinde irade sakatlığı bulunmamalıdır.

⁶²² Y.14.HD.25.11.1957. E.1957/6418-K.1957/6030.**Surlu/Öztürk**(Geçit Hakkı), s.520.

⁶²³ Y.14.HD.8.2.1990. E.1989/1010-K.1990/1315.**Surlu/Öztürk**(Geçit Hakkı), s.522.

⁶²⁴ **Liver**, Art. 743, N.173; **Brücker**, s.221; **Akman**, s.231. Yükümlü taşınmazın terk edilmesi, zorunlu irtifakı sona erdirmez. Zira tapu kaydına göre zorunlu irtifakın var olduğuna güvenerek yararlanan taşınmaz üzerinde iyiniyetle aynı hak kazanmış kişilerin menfaatlerinin korunması gerekir. **Brücker**, s.223.

⁶²⁵ Doktrinde yer alan bir görüşe göre yararlanan taşınmazın maliki, irtifaktan feragat iradesini, herhangi bir şekilde bağlı olmasızın –zımnen bile- açıkladığı takdirde irtifak maddi olarak sona erer. **Liver**, Art 734 N.97-112. Dolayısıyla bu görüşe göre feragat iradesi geçerlilik şekline uyulmaksızın açıklandığı takdirde tapu kütüğü yolsuz hale gelir. Bu durumda yükümlü malik tapu kütüğündeki yolsuzluğun giderilebilmesi için tapu kütüğünün düzeltilmesi davası açmak zorundadır. **Liver**, Art 734 N.101. Doktrinde bu görüşün karşısında yer alan görüşe göre yararlanan taşınmaz malikinin geçerlilik şekline uygun olmayan feragat iradesi ile irtifak sona ermez. **Wieland**, Art 734 N.1; **Leemann**, Art 734 N.1; **Brücker**, s.222. Zira bu görüşe göre yararlanan taşınmaz malikinin eşyaya bağlı irtifaktan feragat edebilmesi için tapu sicil memurluğuna yazılı terkin talebinde bulunması

Terkin talebi kayıtsız ve şartsız olmalıdır (TST 11/II). Terkin işleminin yapılabilmesi için istemde bulunan kişinin tasarruf yetkisini belgelemiş olması gerekir (TMK 1015/I). İstemde bulunan kimse kendisinin sicilde hak sahibi olarak görünen kişi veya bu kişinin temsilcisi olduğunu ispat etmek suretiyle tasarruf yetkisini belgelemiş olur (TMK 1015/II). Terkin işleminin geçerli olması için yazılı terkin talebinden başka ayrıca bir hukukî sebep aranmaz⁶²⁶. Bununla birlikte hukukî sebep de bulunabilir. Bu hukukî sebep bir hukukî işlem olabilir. Söz konusu hukukî işlemin konusu terkine muvafakat beyanında bulunma borcunun yüklenilmesidir. Söz konusu hukukî işlem bir vasiyet olabileceği gibi satım, trampa, miras taksim sözleşmesi ile düzenlenmiş olabilir⁶²⁷. Hukukî işlem geçersiz ise terkin işlemi de yolsuzdur⁶²⁸.

Yolsuz terkenden sonra yükümlü taşınmazın mülkiyeti üçüncü bir kişi tarafından elde edilirse zorunlu irtifak hakkı bu kişiye karşı ileri sürülemez. Bununla birlikte koşullar varsa bu yeni malike de koşulları varsa bu yeni malike de zorunlu irtifakın kurulmasına yönelik talep hakkı yöneltilebilir. Fakat zaruret içerisindeki zorunludur. Dolayısıyla bu görüşe göre herhangi bir şekilde uymaksızın feragat iradesinin açıklanması ile eşyaya bağlı irtifakın sona ereceğini kabul etmek Türk/İsviçre eşya hukuku sistemi ile bağdaşmaz. Yine bu görüşe göre eşya hukuku sistemine aykırı olan söz konusu yaklaşım, taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak sahibi olanların korunması gerekli menfaatleri ile de bağdaşmaz. Zira söz konusu görüş kabul edildiği takdirde tapu kütüğüne göre irtifakın varlığına güvenerek taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak elde eden hak sahiplerinin menfaatleri zedelenir. Nitekim sınırlı aynî hak sahiplerinin bu şekilde zarara uğratılması TMK'nun 1014. (ZGB. Art 964) maddesine aykırıdır. Doktrinde bu görüş zorunlu irtifaklar bakımından da kabul edilmektedir. **Brücker**, s.223; **Özsunay**, .214.

⁶²⁶**Brücker**, s.226.

⁶²⁷**Brücker**, s.224.

⁶²⁸**Akman**, s.231 dn.22.

malik yeniden zorunlu irtifak bedeli ödemek zorunda kalır⁶²⁹. Hukukî işleme rağmen zorunlu irtifak sahibi terkin talebinde bulunmazsa dava yoluna başvurulabilir. Dava sırasında yapılan işlemlerle terkin imkânının ortadan kalkması ihtimaline karşı zorunlu irtifak yükümlüsü tapu kütüğüne şerh verilmesini talep edebilir⁶³⁰.

Terkin işleminin hem yükümlü hem de yararlanan taşınmazların sayfalarında yapılması gerekir (TMK 1018 TST 78). Eğer zorunlu irtifak hakkı yararlanan ve yükümlü taşınmazlardan yalnız birinin sayfasından terkin edilmiş ise sayfalar arasındaki çelişki nedeniyle sicil aleniyet hükmünü kaybeder. Bu durumda tapu siciline hâkim olan ilkelere olan ve TMK'nun 1023. maddesinde düzenlenen güven ilkesi zorunlu irtifak hakkı bakımından uygulanmaz. Dolayısıyla terkinine dayanarak aynı hak kazanan üçüncü kişiler TMK'nun 1023. Maddesinden yararlanamaz⁶³¹.

Terkin talebinde bulunmakla yükümlü kılan borçlandırıcı işlem kural olarak bir geçerlilik şekline tâbi değildir⁶³². Bu sebeple terkin talebinin hukukî sebebine ilişkin bir belge ibraz edilmesi kural olarak zorunlu değildir. Yeter ki sebebin geçerliliği için gerekli şekle uyulduğu ispat edilsin (TMK 1015/3). Bir tescilin terkin edilmesi veya değiştirilmesi ancak bu kaydın kendilerine hak sağladığı kimselerin yazılı beyanı üzerine yapılır (TMK 1014). Zorunlu irtifakın varlığına güvenerek kurulan sınırlı aynî hakların ve şerh edilmiş şahsi hakların sahiplerinin terkinine

⁶²⁹**Akman**, s.231 dn.22.

⁶³⁰**Brücker**, s.225.

⁶³¹**Sirmen**, s.218; **Ayan**, Tapu Sicili, s.180 vd.

⁶³²**Liver**, N.15-17; **Brücker**, s.226.

muvafakatlerinin alınması zorunludur⁶³³. Buna karşılık zorunlu irtifaktan sonra kurulan sınırlı aynî hak sahiplerinin ve şerh edilmiş şahsi hak sahiplerinin terkine muvafakat beyanlarının alınmasına gerek bulunmamaktadır. Dolayısıyla söz konusu hak sahiplerinin terkine karşı çıkmaları hukuken olanaksızdır⁶³⁴. Keza yükümlü taşınmaz malikinin de terkine muvafakat beyanının alınmasına gerek bulunmamaktadır⁶³⁵.

II. ZARURET DURUMUNUN ORTADAN KALKMASI

Zaruret zorunlu irtifakın varlık nedenidir⁶³⁶. Dolayısıyla zaruret ortadan kalktığında zorunlu irtifak da varlık nedenini yitirir. Bu sebeple zaruret durumunun ortadan kalkması zorunlu irtifaklara özgü bir sona erme nedenidir⁶³⁷. Örneğin idare tarafından taşınmazı genel yola bağlayan bir başka geçit tesis edilmesi geçit zarureti ortadan kaldırır. Zaruri geçit kullanılmadan taşınmazdan ulaşılacak bir genel yol açılmış olabilir veya idare diğer taşınmazlar tarafından da yararlanılabilmesi için zaruri geçidi kamulaştırabilir. Ancak bunun için idarenin bir hukukî işlem tesis etmesi gerekir. İdarenin fiili durum yaratması halinde zaruret ortadan kalkmış olmaz. Tesis edilen bir kamulaştırma işlemi veya imar hukuku işlemi ile ilgili olarak idari yargı yoluna başvurulmuş ise zorunlu geçit hakkı sahibin

⁶³³Brücker, s.227.

⁶³⁴Liver, Art 730 N.38 Art 734 N.36-42; Brücker, s.222.

⁶³⁵Liver, Art. 734, N.19-24; Meier-Hayoz, Art.691 N.77.

⁶³⁶Liver, Die Aufhebung und Ablösung von Servituten im Schweizerischen Recht, s.20.

⁶³⁷Haab, Art 694 N.24 Art 709 N.21; Leemann, Art 674 N.26; Wieland, Art 694 Bem. 1,4; Liver Einleitung N.104; Meier-Hayoz Art 674 N.82; Neuenschwander, s.418; Waldis, s.94 vd. 178; Tobler, s.119; Baumgartner, s.58 vd. 79 vd; Akman, s.232.

henüz terkine muvafakat beyanında bulunmak zorunda değildir. Zorunlu geçit hakkı idarî işlemin kesinleşmesinden önce terkin edilirse yeniden kurulamayabilir. Bu durumda geçit zarureti devam eden taşınmaz maliki zor durumda kalır. İdari işlemin hukuka uygunluğu kesinleştikten sonra zorunlu geçit hakkı sahibi terkine muvafakat beyanında bulunmakla yükümlü hale gelir.

Zorunlu mecra irtifakında zaruretin ortadan kalktığı durumlara bir örnek, kanalizasyon hattının genişletilmesidir. İdare binanın önünden geçen kanalizasyon hattını genişletirse binanın kanalizasyon borusunun başka bir kanalizasyon hattına bağlayan mecraya gerek kalmaz. Böylece mecra zarureti ortadan kalkar. Zorunlu irtifakın zaruretin ortadan kalkması sebebiyle sona erdiği durumlarda önceden sermaye şeklinde ödenen bedelin bir kısmının iadesinin gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu tür durumlarda zorunlu irtifaktan yararlanma süresi dikkate alınarak bedelin bir kısmı hak sahibine iade edilmelidir⁶³⁸. Farklı bir görüşe göre zaruretin ortadan kalkması sebebiyle zorunlu irtifakın hiçbir yararı kalmamışsa bedelin bir kısmı bile iade edilmez. Buna karşılık zorunlu irtifak halen bir yarar sağlıyorsa bedelin bir kısmı iade edilmelidir⁶³⁹. Diğer bir görüşe göre zaruretin ortadan kalkması sebebiyle zorunlu irtifak sona erdiğinde hak sahibine bir bedel

⁶³⁸**Leemann** Art.694 N.38, N.45 vd; **Haab** Art. 694 N.24; **Wieland** Art 694, Bem. I; **Özsunay**, s.133. *Akman* bir yandan bu görüşe katılmaktadır. **Akman**, s.239. Diğer yandan yazar tazminat talep edilemeyeceğini savunan yazarların görüşlerine katıldığını diğer bir sayfada belirtmektedir. **Akman**, s.232.

⁶³⁹**Baumgartner**, s.58 vd.

iadesi gerekmez⁶⁴⁰. Bu görüşü savunan yazarlardan *Neuenschwander*'e göre zaruret durumu ortadan kalkmış ise “irtifakın az da olsa yarar sağlaması-irtifakın hiçbir yarar sağlamaması” şeklinde bir ayırım yapılamaz. Dolayısıyla zaruret durumu ortadan kalktığında hak sahibine bir bedel ödenmesi ZGB Art 736 Abs.I hükmü gereğince gerekmez. Bedelin ödenmesi ve zorunlu irtifakın kurulması ile zorunlu irtifakın kurulmasını konu edinen borç ilişkisi sona erer. Bu borç ilişkisi daha önce sona ermiş olduğu için zorunlu irtifak sona ererken artık yoktur. Zorunlu irtifak bedeli yalnızca bir irtifakın kurulmasının karşı edimini oluşturur. Bu sebeple zorunlu irtifakı kuran komşu malik kararlaştırılan veya tespit edilen bedelin tamamını hak etmiş olur. Bedelin bir kısmının iade edilmesi gerektiği kabul edildiğinde yazara göre iade edilecek kısmın hesaplanması da pratik olarak imkânsızdır⁶⁴¹. Yukarıda belirtildiği üzere bedelin iadesi sorunu doktrinde sermaye olarak ödenen bedeller bakımından incelenmiştir. Oysaki irat şeklinde ödenen bedeller bakımından da bedelin iadesi sorunu ortaya çıkma ihtimali vardır. Özellikle irat ödeme aralıklarının uzun olarak tespit edildiği durumlarda bu sorun ile karşılaşılabilir. Söz konusu sorun bedelin sözleşmeye veya mahkeme kararıyla belirlendiği durumlar bakımından ayrı ayrı ele alınmalıdır. Bedelin iadesi ile ilgili olarak sözleşmede yer alan hükümler hukuka ve ahlaka aykırı değil ise tarafları bağlar. Eğer söz konusu hükümlerde açık olmayan hususlar var ise bunlar yorumlanarak bedelin iadesi sorununa çözüm aranır. Yorum işlemine rağmen sorun çözülemiyorsa sözleşmenin tamamlanması yoluna gidilir. Sözleşmede bedelin iadesi ile ilgili hiçbir hüküm yoksa yine sözleşme tamamlanarak sorun çözümlenir. Bu konuda yasal düzenlemelerde tamamlayıcı bir hukuk kuralı

⁶⁴⁰**Liver**, Art 736 N.179 vd; **Meier-Hayoz** Art.694 N.97; **Caroni-Rudolf**, s.19; **Bürgisser**, s.429-430; **Neuenschwander**, s.419; **Akman**, s.232.

⁶⁴¹**Neuenschwander**, s.419.

yoktur. Sözleşme taraflarından beklenen yaklaşım genelde bedeli zorunlu irtifakın beklenen varoluş süresine göre belirlemeleridir. Dolayısıyla sözleşmenin yorumlanmasından farklı bir sonuç çıkmıyor ise zorunlu irtifakın beklenen süreden önce sona ermesi halinde bedelin bir bölümünün iadesi tarafların farazi iradelerine uygun düşer. Sözleşmenin bu şekilde tamamlanması için eldeki verilen bu sonuca ulaşmaya elverişli olması gerekir. Ödenen bedelin miktarı, zorunlu irtifakın kapsamı, var oluş süresi, sona erme sebebi, sözleşmede yer alan anlatımlar ve ifadeler sözleşme yorumlanırken ve/veya tamamlanırken değerlendirilmesi gereken verilerdir. Mahkeme kararı ile belirlenmiş ve ödenmiş olan zorunlu irtifak bedellerinin geri iadesine ilişkin bir yasal düzenleme yoktur. Bu sebeple burada gerçek bir kanun boşluğu vardır. Mahkemelerden beklenen genel yaklaşım da bedeli, zorunlu irtifakın beklenen varoluş süresine göre belirlemeleridir. Hâkim bedelin iadesi ile ilgili uyuşmazlığı çözerken bedeli belirleyen mahkeme kararından farklı bir sonuç ortaya çıkmıyor ise söz konusu genel yaklaşımı göz önünde bulundurarak kural koymalıdır (TMK 1/2). Dolayısıyla zorunlu irtifak beklenen var oluş süresinden önce sona ermiş ise hâkim bedelin bir bölümünün iadesine karar vermelidir. İade edilecek miktar belirlenirken ödenen bedelin miktarı, zorunlu irtifakın kapsamı, varoluş süresi, sona erme sebebi ve bedeli belirleyen mahkeme kararında yer alan anlatımlar göz önünde bulundurulur⁶⁴².

⁶⁴² Yargıtay kararına konu olan bir olayda zorunlu geçit irtifakının sona ermesi sebebiyle bedelin iadesi talep edilmiştir. Yargıtay, bu talebin reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bu karara gerekçe olarak zorunlu geçit hakkının on sekiz yıl sürmüş olması ve taraflar arasındaki menfaat dengesi gösterilmiştir. Y.14. HD. 10.5.1999 T. 1999/2902 E. 1999/3465 K.**Surlu/Öztürk**, Geçit Hakkı, s.619.

III. YARAR KALMAMASI

Zorunlu irtifak, lehine kurulduğu taşınmaz bakımından hiçbir yarar sağlamıyorsa kendiliğinden maddi olarak sona erer⁶⁴³. Bu durumda yükümlü malik, hak sahibinden terkine muvafakat etmesini talep eder (TST 78/I)⁶⁴⁴. Hak sahibi terkine muvafakat ederse terkin ile birlikte zorunlu irtifak sona erer. Hak sahibi terkine muvafakat etmezse yükümlü malik dava yoluna başvurur. Bu durumda mahkemenin vereceği karar, kurucu nitelik taşır, zorunlu irtifakı sona erdirir⁶⁴⁵. Zorunlu su irtifakını düzenleyen TMK'nun 761. maddesinde bu sona erme sebebinin de kapsayan bir hüküm bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre durum değişirse zorunlu su irtifakının kaldırılması talep edilebilir (TMK 761/III).

Zaruret durumu sona ermemiş olsa bile zorunlu irtifakın sağladığı hiçbir yarar kalmamış olabilir. Zorunlu su irtifakına konu olan kaynak tamamen kesilmişse söz konusu hak hiçbir yarar sağlamaz. Zorunlu irtifak hakkının geçici olarak belli bir süre kullanılmaması irtifakın varlığına ilişkin menfaatlerin ortadan kalktığı anlamına gelmez. Dolayısıyla irtifak hakkı uzun bir süre kullanılmasa bile zorunlu irtifakın

⁶⁴³ **Haab** Art 691 N.23; **Brücker**, s.228.

⁶⁴⁴ Eğer tapu kayıtlarında irtifakın zorunlu irtifak olduğu belirtilmemiş ise zaruret durumu ortadan kalkmış olsa bile iyiniyetli üçüncü bir kişi yararlanan taşınmazı iktisap ettiğinde terkin talep edilemez. **Neuenschwander**, s.418.

⁶⁴⁵ Mahkemenin TMK 785/I'e göre verdiği kararın hukukî niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre mahkeme kararı tespit edici niteliktedir. Bu karar ile irtifakın sona erdiği tespit edilmiş olur. **Liver** Art 736 N.176. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre mahkemenin kararı kurucu nitelik taşır. **Leemann**, Art.736 N.16; **Wieland**, Art.736 N.6; **Bürgisser**, s.428; **Akman**, s.238; **Köprülü/Kaneti**, s.73; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.804.

ortadan kaldırılabilmesi için irtifakın varlığını gerekli kılan hukuken korunan menfaatlerin artık kalmamış olması gerekir⁶⁴⁶. Zorunlu geçit, zorunlu mecra, zorunlu su irtifakı bakımından on yıl süreklilik olarak hakkın kullanılmamış olması sonucunda zorunlu irtifaktan beklenen menfaatlerin ortadan kalktığı kabul edilebilir⁶⁴⁷. Bu tür durumlarda metruk taşınmazlarda karşılaşılabılır. Zorunlu irtifakın kurulmasını talep eden malikin ölümü sonucu, mirasçı bulunmaması veya mirasçıların hiç ilgilenmemesi sebebiyle taşınmaz metruk hale gelmiş olabilir. Bu tür bir durumda uyuşmazlık çıktığı takdirde söz konusu karinenin aksini yararlanan taşınmaz maliki aksini ispatla yükümlüdür⁶⁴⁸. Fakat taşkın yapının çok uzun süre kullanılmamış olduğu durumlarda bile zaruretin ortadan kalktığını söylemek zordur. Kişiye bağlı olan menfaatlerin ortadan kalkması, zorunlu irtifakın sona ermesine sebep olmaz. Zorunlu irtifakın sona ermesine taşınmaza bağlı menfaatlerin ortadan kalkması sebep olur⁶⁴⁹.

IV. İRTİFAK KONUSUNUN YOK OLMASI

Taşkın yapı tamamen yok olduğunda zaruret de ortadan kalkar⁶⁵⁰. Komşu araziye taşılan bina deprem sebebiyle yıkılmasa bile kullanılamaz hale geldiğinde taşkın yapı zarureti ortadan kalkmış olur. Bu durumda hak sahibini terkine muvafakat bakımından ikna edilebilmek için yükümlü malik mahkemeden delil tespiti talep edebilir. Ruhsatsız inşa edilen bir yapı 3194 sayılı İmar Kanunu'na ve

⁶⁴⁶Brücker, s.229; Akman, s.223.

⁶⁴⁷Brücker, s.230.

⁶⁴⁸Brücker, s.230.

⁶⁴⁹Brücker, s.228.

⁶⁵⁰Akman, s.232.

diğer mevzuat hükümlerine aykırılık sebebiyle ruhsatlı hale getirilemeyebilir. Bu sebeple taşınmaz idare tarafından yıktırıldığında zaruret durumu ortadan kalkar. Hava boşluğundan komşu taşınmaza taşkınlık yapan bir balkon inşaat hesaplamaları doğru yapılmadığı için asıl yapıdan kopabilir veya kullanılamaz hale gelebilir. Bu durum da taşkın yapı zarureti ortadan kaldırır⁶⁵¹. Temelleri taşan bir yapıda zorunlu irtifak kurulmuş olmasına rağmen inşaat yalnızca yararlanan malikin sınırları içerisinde devam ettirilmiş olabilir. Bu durumda da taşkın yapı zarureti ortadan kalkmış olur⁶⁵².

Zorunlu irtifakın konusunu oluşturan açıktan geçen mecra bakım veya tamirat için geçici olarak kaldırılmış tahrip edilmiş zaman içerisinde toprağın altında kalmış olabilir. Bu tür durumlarda tapu sicilinin sağladığı aleniyetin yokluğunu bertaraf eden tâbi aleniyet de bulunmamaktadır⁶⁵³. İkinci koşul da söz konusu zorunlu irtifakın tapu siciline tescil edilmemiş olmasıdır. Yararlanan ve yükümlü taşınmazın yok olması, zorunlu irtifakı sona erdirir⁶⁵⁴. Bu durumda hem madden hem şeklen sona erme söz konusu olduğu için tescilin terkinine gerek yoktur.

V. TAŞINMAZLARIN BÖLÜNMEŞİ HALİNDE DURUM

Yararlanan taşınmaz bölünür ise zorunlu irtifak kural olarak her bir bölüm lehine devam eder (TMK 792/I)⁶⁵⁵. Bununla birlikte yararlanan taşınmazdan bölünen

⁶⁵¹ Akman, s.233.

⁶⁵² Akman, s.233.

⁶⁵³ Liver, Art 731 N.9; Meier-Hayoz Art. 691, N.75 vd; Rey, Art.731 N.113.

⁶⁵⁴ Akman, s.231.

⁶⁵⁵ Brücker, s.234.

bir bölüm zorunlu irtifaktan yararlanmıyor ise o bölüm bakımından zorunlu irtifakın terkin edilmesi talep edilebilir (TMK 792/II)⁶⁵⁶. Yükümlü taşınmaz bölünür ise zorunlu irtifak kural olarak her bölüm aleyhine devam eder (TMK 793/I)⁶⁵⁷. Bununla birlikte yükümlü taşınmazdan bölünen bir bölümden yararlanılmıyor ise o bölüm bakımından zorunlu irtifakın terkin edilmesi talep edilebilir (TMK 793/II)⁶⁵⁸. Yararlanan taşınmazın veya yükümlü taşınmazın bölünmesi sebebiyle terkin talep edilirse tapu sicil memuru bu talebi irtifak hakkı sahibine bildirir. Bu bildirim üzerine irtifak hakkı sahibi bir ay içerisinde terkin talebine itiraz etmez ise tapu sicil memuru terkin işlemini yapar (TMK 792/III; TMK 793/III). Buna karşılık bir aylık süre içerisinde itiraz edilirse tapu sicil memuru terkin işlemini yapamaz. Bu durumda yükümlü taşınmaz malikinin hukukî çaresi tapu kütüğünün düzeltilmesi için dava açmaktır (TMK 1025/I)⁶⁵⁹. Yararlanan taşınmaz maliki bir aylık süre içerisinde itiraz etmez ise terkinin hukukî sonuçlarını bertaraf etmeye yönelik olarak tapu sicilinin düzeltilmesi için dava açabilir (TMK 1025/I)⁶⁶⁰.

VI. YÜKÜNE ORANLA ÇOK AZ YARAR SAĞLIYOR OLMASI

Bir zorunlu irtifakın yüküne oranla çok az yarar sağlıyor olması, maddi olarak sona ermesine sebep olmaz. Fakat bu durumda yükümlü taşınmaz maliki, bedel

⁶⁵⁶Brücker, s.235.

⁶⁵⁷Brücker, s.234.

⁶⁵⁸Brücker, s.235.

⁶⁵⁹Brücker, s.240-241.

⁶⁶⁰Brücker, s.240.

karşılığında zorunlu irtifakın terkinini talep edebilir (TMK 785/II)⁶⁶¹. Bu sona erme sebebi komşuluk hukukuna hâkim olan orantılılık ilkesinin zorunlu irtifaklar alanındaki görünümünden biridir. Zorunlu irtifakın, hak sahibi malike sağladığı yarar ile komşu malike yüklediği yük arasındaki uygunluğun ortadan kalkması orantılılık ilkesine aykırı olur. Bu durumda zorunlu irtifak var olma koşullarından birini kaybeder. Terkinin talep edilebilmesi için irtifakın sağladığı yararın çok azalması şart değildir. İrtifakın sağladığı yarar aynı kalmasına rağmen yükün zaman içerisinde artması sebebiyle dengenin kaybolduğu durumlarda da terkin talep edilebilir⁶⁶². Nitekim TMK’nda zorunlu su hakkı ile ilgili düzenlemede, durum değişirse irtifakın kaldırılabilceği hükme bağlanmıştır (TMK 761/III). Dolayısıyla söz konusu hükümde irtifakın kaldırılması için başlangıçtaki yararın azalması şart koşulmamıştır. Zaruret içerisindeki taşınmaza, zorunlu su hakkının sağladığı yararlar irtifakın ilk kurulduğu zamandaki gibi devam etmesine rağmen yükümlü taşınmazdaki kaynakta yer alan su miktarı azalmış ise dengenin kaybolduğu söylenebilir.

⁶⁶¹**Baumgartner** § 9 II 1; **Brücker**, s.228; **Özsunay**, s.212; **Akman**, s.236.

⁶⁶²**Caroni-Rudolf**, s.161 vd; **Bürgisser**, s.425; **Akman**, s.236. Genel olarak eşyaya bağlı irtifak haklarında TMK 785/II’nin uygulanması için başlangıçtaki yararın azalmasının zorunlu olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre yarar azalmamakla beraber yükün artması sonucu dengenin bozulduğu hallerde terkin talep edilemez. **Köprülü/Kaneti**, s.72. Buna karşılık diğer görüşe göre hem başlangıçtaki yararın azaldığı hallerde hem de yarar azalmamakla birlikte değişen durumlarla yükün artması sonucu dengenin bozulduğu hallerde terkin talep edilebilir. **Liver**, Art 736 N.43 vd. *Aufhebung und Ablösung von Servituten*, s.308.

Eşyaya bağlı olan bu talep hakkı kullanılınca, hak sahipleri, zorunlu irtifakın sona ermesi için gerekli işlemleri yapmakla yükümlü hale gelir⁶⁶³. Bu bağlamda hak sahipleri zorunlu irtifakın sona erdirilmesine ilişkin sözleşmeyi yapmakla yükümlü olur. Bu sözleşmede hak sahibine ödenecek bedelin miktarı belirlenir. Bu sözleşmeden doğan, bedel ödeme ve terkin taleple borçları BK'nun 81. maddesi anlamında karşılıklı edimleri oluşturur⁶⁶⁴. Zorunlu irtifaktan yararlanan taşınmaz üzerindeki sınırlı ayni hak ve şerh edilmiş şahsi hak sahipleri de kendilerine talep yöneltildiğinde terkinde muvafakat beyanında bulunmakla yükümlü hale gelir⁶⁶⁵. Bu muvafakat beyanı karşılığında yükümlü taşınmaz maliki de sınırlı ayni ve şerh edilmiş şahsi hak sahiplerine bedel ödemekle yükümlüdür⁶⁶⁶. Terkin ile zorunlu irtifak son bulur⁶⁶⁷.

Ödenecek bedel yüküne oranla çok az yarar sağlayan zorunlu irtifakın son bulması sebebiyle hak sahibinin uğradığı zararları karşılamaya yönelir⁶⁶⁸. Bedel hesaplanırken kamulaştırma bedelinin hesaplanmasına ilişkin kurallar kıyasen uygulanır⁶⁶⁹.

⁶⁶³Brücker, s.242.

⁶⁶⁴Brücker, s.242-243.

⁶⁶⁵Brücker, s.243.

⁶⁶⁶Brücker, s.243.

⁶⁶⁷Brücker, s.243.

⁶⁶⁸Brücker, s.245.

⁶⁶⁹Liver, Art 736 N.181; Brücker, s.245.

Yükümlü taşınmaz maliki, talep hakkını kullanmasına rağmen yararlanan malik zorunlu irtifakın sona erdirilmesine ilişkin sözleşmeyi yapmaktan kaçınabilir. Hak sahipleri, TMK 785/2’de yer alan koşulların oluşmadığı kanaatinde olabilir. Taraflar zorunlu irtifakın sona ermesi sebebiyle ödenecek bedel miktarı konusunda anlaşamayabilir. Bu durumda dava yoluna başvurmak zorunlu hale gelir⁶⁷⁰.

Mahkeme kararı vermeden önce hak sahiplerine ödenmesi gereken bedeli mahkeme veznesine depo ettirir. Mahkemenin vereceği karar, kurucu nitelik taşır⁶⁷¹. Bu nedenle karar ile zorunlu irtifak sona erer. Bu karar zorunlu irtifakı sona erdirdiği için yenilik doğuran bir niteliktedir⁶⁷².

VII. KAMULAŞTIRMA

Yararlanan taşınmazın kamulaştırılması zorunu irtifak hakkı bakımından bir sona erme sebebidir. Zorunlu irtifaklar özel yararları korumaya yönelik olan kısıtlamalardır. Bu husus zorunlu mecrâ irtifakı bakımından açıkça ifade edilmiştir (TMK 744/II). Yararlanan taşınmaz kamulaştırıldığında özel yararlar ortadan kalkar. Bu sebeple zorunlu irtifakın terkinini talep edilebilir (TMK 785/I). Kamulaştırma

⁶⁷⁰ **Meier-Hayoz**, Art. 691 N.86.

⁶⁷¹ Mahkemenin TMK 785/2’ye göre verdiği kararın hukukî niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre mahkeme kararı tespit edici nitelik taşır. Bu karar ile irtifakın sona erdiği tespit edilmiş olur. **Liver** Art. 736 N.176; **Caroni-Rudolf**, s.165. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre mahkemenin kararı kurucu nitelik taşır. **Leemann** Art.736 N.16; **Wieland** Art. 736 N.6; **Bürgisser**, s.428; **Brücker**, s.243; **Köprülü/Kaneti**, s.49; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.804; **Akman**, s.238.

⁶⁷² **Brücker**, s.243-244.

işlemi kesinleştikten sonra mülkiyet idareye geçmeden önce yükümlü malik, zorunlu irtifak hakkı sahibi malikten terkine muvafakat etmesini isteyebilir. Zorunlu irtifak sahibi terkine muvafakat etmezse yükümlü malik dava yoluna başvurabilir. Kamulaştırma işlemi kesinleştikten ve mülkiyet idareye geçtikten sonra yükümlü malik terkine muvafakat etmesini idareden talep edebilir. İdare terkine muvafakat etmezse yükümlü malik dava yoluna başvurabilir.

İdare zorunlu irtifakı kamulaştırabilir (KK 3/I). Kamulaştırma işlemi zorunlu irtifakın sona ermesine sebep olur⁶⁷³. Fakat zorunlu irtifakın kamulaştırılması rızâ irtifaklara göre daha zordur. Zira zorunlu irtifaklar bir yandan zaruret içerisindeki taşınmazdan gereği gibi yararlanılabilmesine hizmet ettiği gibi diğer yandan bazı toplumsal çıkarların korunmasına hizmet eder. Bu sebeple zorunlu irtifakların kamulaştırılmasında baskın bir kamu yararının (qualifizierteres öffentliches Interesse) bulunması gerekir⁶⁷⁴. Hak sahibi malik zorunlu irtifakın kamulaştırılmasında bu nitelikte bir kamu yararının bulunmadığı kanaatinde ise kamulaştırma işleminin iptalini talep edebilir⁶⁷⁵. İdare kamulaştırmaya karar verdikten sonra kamulaştırmanın tapu siciline şerh verilmesini ilgili tapu idaresine bildirir (KK 7/3). Kamulaştırma işleminden sonra zorunlu irtifak sahibi muvafakat ederse terkin ile birlikte zorunlu irtifak sona erer. Fakat zorunlu irtifak sahibi terkine muvafakat etmeyebilir. Özellikle kamulaştırma bedelinde anlayamadığı için zorunlu

⁶⁷³ **Liver** Art. 734 N.66; **Brücker**, s.246.

⁶⁷⁴ **Brücker**, s.247.

⁶⁷⁵ Fakat zaruret içerisindeki malik, kamu yararı kararının iptalini dava edemez. Zira kamu yararı kararı hukukî niteliği itibariyle bir hazırlık işlemidir. Danıştay 6.D. 2004/718 E. 2007/454 K. 30.01.2007 Kazancı Bilişim İhtihat Bilgi Bankası Erişim tarihi 20.10.2014.

irtifak sahibi terkine muvafakat etmekten kaçınabilir. Bu tür durumlarda idare, kamulaştırma bedelinin tespitine ve terkine karar verilmesi için Asliye Hukuk Mahkemesine başvurur. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin kararı ile birlikte zorunlu irtifak da sona erer. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin terkin yönünden verdiği karar kesin nitelik taşır.

Yükümlü taşınmazın kamulaştırılması zorunlu irtifakın sona ermesine sebep olabilir. Kamulaştırılan taşınmazın tahsis edildiği amaç ile bağdaşmıyorsa zorunlu irtifak sona erdirilebilir. Yol haline getirilmek için kamulaştırılan taşınmazda tesis edilecek yolun ortasına düşen bir kaynak varsa ve söz konusu taşınmazın başka bir yerinden kaynak bulma imkânı yoksa zorunlu su irtifakı sona erdirilebilir. Buna karşılık kamulaştırılan taşınmazın tahsis edildiği amaç ile bağdaşıyorsa zorunlu irtifak sona erdirilemez. Taşınmazın tahsis edileceği kamu hizmeti ile bağdaşmasına rağmen zorunlu irtifak kamulaştırılırsa hak sahibi bu işlemi iptali için dava açabilir. Zorunlu irtifakın sona erdirilmesi için Kamulaştırma Kanunu'nun 8. maddesinde düzenlenen prosedürün uygulanması gerekir. İdare, terkine muvafakat etmesi karşılığında zorunlu irtifak bedelini ödeyeceğini hak sahibine resmî taahhütlü bir yazı ile bildirir (KK 8/4). Zorunlu irtifak sahibi kamulaştırma bedeli ile ilgili olarak idare ile görüşmezse veya anlaşamazsa kamulaştırma bedelinin tespiti ve terkin için Asliye Hukuk Mahkemesine dava açar (KK 10).

VIII. DİĞER KOŞULLARIN ORTADAN KALKMASI SONUCU SONA ERME

Zorunlu irtifakın kurulması için gerekli olan diğer koşulların ortadan kalkması da zorunlu irtifakın sona ermesine sebep olur. Bu sona erme sebebi zorunlu su irtifakını düzenleyen maddede genel olarak ifade edilmiştir. Söz konusu hüküm “Durum değişirse kurulmuş irtifak hakkının değiştirilmesi veya kaldırılması istenebilir” biçiminde kaleme alınmıştır (TMK 761/III).

§ 5. ZORUNLU İRTİFAKIN EN ÖN SIRAYA GEÇMESİ

I. ÖNE GEÇME TALEBİNİN YÖNELTİLMESİ

Yukarıda ifade edildiği üzere; bir zorunlu irtifakın, yükümlü taşınmaz üzerinde en ön sırada yer alabilmesi için talebin, zorunlu irtifak ile çatışan bütün sınırlı aynî hakların ve şerh edilmiş şahsi hakların sahiplerine yöneltilmesi gerekir. Bu talebin ileri sürülmesi ile birlikte; zorunlu irtifak ile çatışan söz konusu hakların sahipleri, zorunlu irtifakın ön sırada yer almasına izin vermekle yükümlü hale gelir.

II. İLERLEME SÖZLEŞMESİ

Zorunlu irtifakın diğer aynî hakların ve şerh edilmiş şahsi hakların önüne nasıl geçeceği konusunda kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte doktrinde de kabul edildiği üzere “zorunlu irtifakın ön sırada yer almasına izin verme yükümlülüğünün” kapsamında: “ilerleme sözleşmesinin” görüşmelerine katılmak ve irade açıklamalarında bulunmak yer alır. Söz konusu irade

açıklamalarından biri, ilerleme sözleşmesinin kurulmasına diğeri ise tasarruf işleminin gerçekleşmesine yöneliktir⁶⁷⁶

Talebin ileri sürülmesi sonucu ortaya çıkan edim yükümlülüklerinden sorumlu olanlar ismen belirlenmemiştir. Bu yükümlülükler, hak sahipliğine bağlanmıştır. Dolayısıyla talebin ileri sürülmesi sonucu, hakkın o andaki sahibi bakımından yükümlülük doğmuş olur. Bu nedenle burada bir eşyaya bağlı bir borç ilişkisi ortaya çıkmaktadır⁶⁷⁷. Zorunlu irtifakın ön sırada yer almasına izin vermekle yükümlü kişinin sahip olduğu sınırlı ayni hak, tapuya kayıtlı bir sınırlı ayni hak olabileceği gibi tapuya kayıtlı olmayan bir sınırlı ayni hak da olabilir⁶⁷⁸. Sınırlı ayni hak sahiplerinin ve şerh edilmiş şahsi hak sahiplerinin izin verme yükümlülüğü karşısında zaruret içerisindeki malikin bedel ödeme yükümlülüğü vardır⁶⁷⁹.

Sırada öncelik sözleşmesi; kanunda, her hangi bir geçerlilik şekline tâbi kılınmadığı için; bir şekle bağlı olmadan kurulabilir⁶⁸⁰. Bununla birlikte sırada öncelik sözleşmesinin; bir hukukî işlem olması sebebiyle; ispat edilebilmesi

⁶⁷⁶**Brücker**, s.118.

⁶⁷⁷**Erel**, s.68.

⁶⁷⁸**Brücker**, s.94.

⁶⁷⁹**Leemann** Art 694 N.18; **Haab** Art 694/696 N.22; **Waldis**, s.176; **Caroni-Rudolf**,s.139 vd; **Baumgartner**,48 f; **Bürgisser**, s.486; **Özsunay**, s.123; **Erel**, s.68; **Şahiniz**, s.115.

⁶⁸⁰**Brücker**, s.120.

bakımından; yazılı olması gerekir⁶⁸¹. Zorunlu irtifak sözleşmesi ile sırada öncelik sözleşmesinin aynı belgede düzenlenmesi mümkündür⁶⁸².

III. MUVAFAKAT

Zorunlu mecra irtifakının en ön sırada yer aldığına dair zorunlu mecra yetkilisi tarafından tescil talep edilirse işlem ilgili sınırlı ayni hak sahiplerinin ve şerh edilmiş şahsi hak sahiplerinin yokluğunda yapılmış olduğu için işlemin onlara tebliğ edilmesi gerekir(TMK 1019/1 ZGB Art 969)⁶⁸³. Sınırlı ayni hak sahiplerinin ve şerh edilmiş şahsi hak sahiplerinin kurulan zorunlu irtifakın en ön sırada yer alabilmesi için muvafakat vermekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğün nasıl ortaya çıkacağı konusunda açık bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde, zaruret içerisindeki malikin sınırlı ayni hak sahibine veya şerh edilmiş şahsi hak sahibine talep hakkını yöneltince söz konusu ayni hak sahipleri, sırada öncelik sözleşmesini kurmakla yükümlü hale geleceği kabul edilmektedir⁶⁸⁴. Zorunlu mecra irtifakı dışındaki zorunlu irtifaklar kurulurken, sınırlı ayni hak sahiplerine ve şerh edilmiş şahsi hak sahiplerine talep hakkı yöneltince söz konusu hak sahipleri koşulsuz bir sırada öncelik sözleşmesi kurmakla yükümlü hale gelir. Bu sözleşme uyarınca zaruret içerisindeki malik bedel ödemekle yükümlü hale gelirken sınırlı ayni hak sahibi veya şerh edilmiş şahsi hak sahibi muvafakat vermekle yükümlü hale gelir. Söz konusu iki yükümlülük BK m.81 OR Art 82 anlamında karşılıklı defileri

⁶⁸¹Brücker, s.120.

⁶⁸²Brücker, s.120.

⁶⁸³Brücker, s.128.

⁶⁸⁴Brücker, s.118.

oluşturur⁶⁸⁵. Zorunlu mecra dışında kalan zorunlu irtifakların en ön sırada yer alabilmesi ve dolayısıyla aynı etkinin ortaya çıkabilmesi için yazılı muvafakat beyanı üzerine tapu kütüğüne kayıt yapılması gerekir(TMK m.1014 ZGB Art 964). Zorunlu mecra irtifakı kurulurken sınırlı aynı hak sahiplerine ve şerh edilmiş şahsi hak sahiplerine talep hakkı yöneltince söz konusu hak sahipleri geciktirci şarta bağlı bir sırada öncelik sözleşmesi kurmakla yükümlü hale gelir⁶⁸⁶. Bedel ödendiği takdirde söz konusu sözleşme hukukî sonuçlarını doğurur ve zorunlu irtifak zorunlu mecra irtifakından önce yer alır. Eğer mecra zarureti içerisindeki malik ile sınırlı aynı hak sahibi ve şerh edilmiş şahsi, hak sahibi bedelin miktarı konusunda anlaşmışlar ve söz konusu bedel hak sahiplerinde ödenmişse zaruret içerisindeki malikin koşulsuz bir sırada öncelik sözleşmesi kurulmasını talep hakkı bulunmaktadır⁶⁸⁷. Gerçekte sırada öncelik sözleşmesi kurma yükümlülüğü yok iken hataya düşülerek böyle bir yükümlülüğün var olduğu zannedilirse temel hatasının varlığı sebebiyle sözleşme iptal edilebilir⁶⁸⁸.

Sınırlı aynı hak sahiplerinin ve şerh edilmiş hak sahiplerinin sırada önceliğe muvafakat etme yükümlülüğü karşısında zorunlu irtifak hakkı sahibinden bedel talep etme hakları bulunmaktadır⁶⁸⁹.

Sırada önce gelen sınırlı aynı hak sahipleri ve şerh edilmiş şahsi hak sahipleri, ilerleme sözleşmesi gereğince yazılı muvafakat vermekle yükümlüdürler (TMK 1014)⁶⁹⁰.

⁶⁸⁵Brücker, s.118.

⁶⁸⁶Brücker, s.119.

⁶⁸⁷Brücker, s.119.

⁶⁸⁸Brücker, s.120.

⁶⁸⁹Caroni-Rudolf,s.139 vd; Baumgartner,48 f; Bürgisser, s.486.

⁶⁹⁰Brücker, s.125.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ZORUNLU İRTİFAKIN HÜKÜMLERİ ve SONA ERMESİ

§ 6. ZORUNLU İRTİFAKTAN DOĞAN HAKLAR ve YÜKÜMLÜLÜKLER

Zorunlu irtifaklardan doğan haklar ve yükümlülükler ilgili yasa maddelerinde tam olarak düzenlenmemiştir. İlgili maddelerde yalnızca birkaç düzenleme yer almaktadır. Bu sebeple özel bir düzenlemenin bulunmadığı durumlarda yukarıda belirtildiği üzere rızai irtifaklara ilişkin hükümlerin zorunlu irtifaklara menfaatler durumuna uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanması gerekmektedir.

I. ZORUNLU İRTİFAK HAKKI SAHİBİNİN HAKLARI ve YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. HAKLARI

1. Yükümlü Taşınmazdan Yararlanma Yetkisi

Zorunlu irtifak sahibinin en önemli yetkisi, irtifaktan, belirlenen sınırlar içerisinde yararlanabilmesidir. Bu sınırlar; zorunlu irtifak, tescil ile kurulmuşsa tescilin kapsamına göre mahkeme kararı ile kurulmuşsa mahkeme kararına göre belirlenir.

2. Hakkın Korunması ve Kullanılabilmesi için Gerekli Eylemlerde

Bulunma ve İşlemleri Yapma Yetkisi

Yararlanan taşınmaz maliki, zorunlu irtifak hakkını korumak ve bu hakkı kullanabilmek için gerekli işlemleri yapabilir ve eylemlerde bulunabilir(TMK 786/I,

ZGB Art 737/I)⁶⁹¹. Bu yetki çerçevesinde zorunlu irtifak sahibi, hakkın kullanılmasına engel olan veya hakkı kullanmayı güçleştiren kişilere karşı müdahalenin önlenmesi (actio confessoria) davası açabilir⁶⁹². Eğer zorunlu irtifakın kullanılmasını güçleştiriyorlar veya engelliyorlar ise yükümlü taşınmaz üzerinde yer alan diğer sınırlı aynî hak sahiplerine karşı da müdahalenin önlenmesi davası açılabilir⁶⁹³. Zorunlu irtifak sahibi, ayrıca, zilyetliğin gasbından ve zilyedliğe tecavülden doğan davalardan yararlanabilir(TMK m.973/2 982 983)⁶⁹⁴. Ayrıca zorunlu irtifak sahibi, her türlü gasp ve saldırıyı kuvvet kullanarak bertaraf edebilir(TMK m.981).

3. Hakka Tecavüz Sebebiyle Uğranılan Zararların Tazminini Talep

Yetkisi

Zorunlu irtifak sahibi, tecavüz sebebiyle bir zarara uğradıysa bunun tazminini de talep edebilir⁶⁹⁵.

4. Yararlanmanın Kapsamını Genişletme Yetkisi

Zorunlu irtifak sahibi, zorunlu irtifakın sınırları içerisinde yararlanmanın kapsamını genişletebilir. Bu durumda yararlanmanın kapsamının genişletilmesi için yapılan masraflara katlanma yükümlülüğü yararlanan malike ait olur⁶⁹⁶. İrtifak

⁶⁹¹Liver Art 737 N.10 vd; Brücker, s.175; Baumgartner§ 8, 1; Özsunay,s.203; Şahiniz, s.143.

⁶⁹²Baumgartner § 8,1; Özsunay, s.205–206.

⁶⁹³Baumgartner § 8, 1.

⁶⁹⁴Leemann Art 694 N.8; Haab Art 694/696 N.21.

⁶⁹⁵Özsunay, s.204.

⁶⁹⁶Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.580.

yükünün ağırlaştırılması yasağının (TMK'nun 788) zorunlu irtifaklara uygulanıp uygulanamayacağı da incelenmesi gereken hukukî sorunlardan biridir. Doktrinde, irtifak yükünün artırılması yasağının, zorunlu irtifaklara uygulanamayacağı savunulmuştur⁶⁹⁷. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Zira mevcut zaruret durumuna göre bir zorunlu irtifakın kapsamı belirlenmiş veya belirlenebilir durumdadır. Yeni bir zaruret durumu, mevcut zorunlu irtifakın kapsamının genişletilmesini ya da yeni bir zorunlu irtifakın kurulmasını gerektirir. Bu durumda ise irtifak yükünün artırılmasına ilişkin yasağın aşıldığından söz edilemez. Zira artık yeni bir sözleşme (tescil) veya mahkeme kararı ile zorunlu irtifakın kapsamı genişletilmekte veya yeni bir zorunlu irtifak kurulmaktadır. Dolayısıyla sonradan ortaya çıkan ve öngörülmemiş olan yeni zaruret durumlarına göre irtifaktan yararlanılması sonucu, yük arttığı takdirde yükümlü taşınmaz maliki açacağı dava ile irtifaktan, yükü ağırlaştırıcı biçimde yararlanılmasının önlenmesini talep edebilir(TMK m.788).

B. YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1. En Az Zarar Verecek Şekilde Yararlanma Yükümlülüğü

Zorunlu irtifak hakkı sahibi, yetkilerini, yükümlü malike en az zarar verecek biçimde kullanmakla yükümlüdür (TMK 786/I; ZGB Art 737/I)⁶⁹⁸. Bununla birlikte söz konusu yükümlülük hiçbir zaman zorunlu irtifak hakkının kapsamını daraltacak veya değiştirecek ölçüde değildir⁶⁹⁹. Zorunlu irtifak sahibi, bu yükümlülüğünü ihlâl ederse yükümlü malik, müdahalenin önlenmesini talep edebilir(TMK 683/2 ZGB Art

⁶⁹⁷Wieland Art 694 Bem 4; Özsunay, s.208; Erel, s.93; Bertan C.I N.7 s.861; Şahiniz, s.81.

⁶⁹⁸Liver Art 737 N.43 vd; Özsunay, s.202; Şahiniz, s.144.

⁶⁹⁹Baumgartner § 8, 1; Özsunay, s.202; Özakman, s.104; Şahiniz, s.144.

641/2)⁷⁰⁰. Ayrıca bir zarar ortaya çıkmış ise yükümlü malik bu zararın giderilmesini talep edilebilir⁷⁰¹. Fakat irtifak hakkının bütün kapsamı ile kullanılmasına yükümlü taşınmaz maliki katlanmak zorundadır⁷⁰². Dolayısıyla söz konusu yükümlülük, yararlanma hakkını daraltacak veya değiştirecek kadar kapsamlı değildir⁷⁰³. Zorunlu irtifak sahibi taşınmaz üzerinde başka hak sahipleri varsa onlara da en az zarar verecek biçimde hareket etmekte yükümlüdür⁷⁰⁴.

2. Tecavüz Sebebiyle Yükümlü Malikin Uğradığı Zararları Giderme Yükümlülüğü

Yararlanma yetkisinin aşılması sebebiyle yükümlü malik bir zarara uğramış ise zorunlu irtifak sahibi, kusurlu olması koşulu ile söz konusu zararı gidermek ile yükümlüdür⁷⁰⁵. Doktrinde yer alan farklı bir görüşe göre irtifak sahibi kusurlu olmasa bile EMK m.656 (TMK m.730) uyarınca zararı tazmin ile yükümlüdür⁷⁰⁶.

3. Bakım Masraflarına Katlanma Yükümlülüğü

Zorunlu irtifaklarda, ilgili tesislerin bakım masraflarına kimin katlanması gerektiği hususunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple rızaî irtifakları

⁷⁰⁰Baumgartner § 8, 1; Özsunay, s.202.

⁷⁰¹Baumgartner § 8, 1; Özsunay, s.202.

⁷⁰²Özakman, s.104; Şahiniz, s.144.

⁷⁰³Özsunay, s.202; Özakman, s.104; Şahiniz, s.144.

⁷⁰⁴Özakman, s.104–105; Şahiniz, s.145.

⁷⁰⁵Baumgartner § 8, 1; Özsunay, s.202; Özakman, s.104.

⁷⁰⁶Şahiniz, s.145.

düzenleyen ilgili hükmün kıyasen uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁷⁰⁷. Buna göre zorunlu irtifakla ilgili tesislerin bakım masraflarının tamamına kural olarak yararlanan irtifak hakkı sahibi katlanmakla yükümlüdür⁷⁰⁸. Fakat ilgili tesisler yükümlü malik için de yararlı ise o da bakım masraflarına katılmakla yükümlüdür(ZGB Art 741)⁷⁰⁹.

II. ZORUNLU İRTİFAK YÜKÜMLÜSÜNÜN HAKLARI ve YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. HAKLARI

1. İrtifakın En Az Zararlı Olacak Şekilde Kullanılmasını Talep Yetkisi

Yükümlü taşınmaz maliki; zorunlu irtifakın, kendisine, mümkün olduğu kadar az zarar verecek şekilde kullanılmasını talep edebilir(TMK 786/1)⁷¹⁰.

2. İrtifakın Değiştirilmesini Talep Yetkisi

Zorunlu irtifak kurulurken mevcut olan koşullar belli bir zaman sonra değişebilir. Koşulların değişmesi (*durum değişikliği*), taşınmaz maliklerinin menfaatleri bakımından olumsuz bir etki meydana getirebilir⁷¹¹. Böyle bir etki karşısında gerek yararlanan gerekse yükümlü malik menfaatlerinin korunmasını ister. Fakat kanun koyucu yalnızca yükümlü malike, menfaatlerinin korunmasını talep

⁷⁰⁷Baumgartner§ 8 2.

⁷⁰⁸Baumgartner § 5 I 1 d.

⁷⁰⁹Baumgartner § 8 2; Özsunay, s.201 dn.10.

⁷¹⁰Özsunay, s.207.

⁷¹¹Özakman, s.205.

yetkisi tanımış ve bunun için irtifakın değiştirilebileceğini hükme bağlamıştır(TMK 746/1–761/3). Dolayısıyla koşulların değişmesi, yükümlü malikin menfaatlerinin korunması (*Verlegungsinteresse des Belasteten*) bakımından irtifakın değiştirilmesini gerektiriyorsa irtifak yükümlüsü irtifakın değiştirilmesini talep edebilir⁷¹². Zorunlu irtifak yükümlüsünün bu yetkisi yalnızca zorunlu mecrayı ve zorunlu suyu hükme bağlayan maddelerde düzenlenmiştir (TMK 746/1. TMK 761/3). Bununla birlikte söz konusu hükümlerin zorunlu geçit hakkına⁷¹³ ve taşkın yapı hakkına kıyasen uygulanması gerekir. Kanun koyucu yalnızca yükümlü malikin talep yetkisini belirttiği için yükümlü taşınmaz üzerindeki hakların (sınırlı aynı haklar ve şahsi haklar) sahipleri ile malik de dâhil yararlanan taşınmaz üzerindeki hakların (sınırlı aynı haklar ve şahsi haklar) sahiplerinin zorunlu irtifakın değiştirilmesini talep edemeyeceği kabul edilmektedir⁷¹⁴.

3. Koşulların Değişmesi (Durum Değişikliği)

Yükümlü taşınmaz malikinin irtifakın değiştirilmesini talep edebilmesi için zorunlu irtifakın kurulduğu sırada mevcut olan koşulların değişmiş olması gerekir. Kanun koyucu bu unsuru “durum değişikliği” olarak zikretmiştir(TMK 746/1–761/3). Taşınmazla ilgili; hukukî değişimler, fiili değişimler, yükümlü malikin taşınmazla ilgili beklentilerindeki değişimler vb. değişiklikler; “durum değişikliği” olarak kabul edilir. Eğer koşullardaki değişiklik (durum değişikliği) sonucu oluşan

⁷¹²**Haab** Art 691/3 N.15, N.17; **Liver** Art 742 N.30 vd SPR V/1 s.264; **Meier-Hayoz** Art 693 N.1–3; **Brücker**, s.182.

⁷¹³**Özsunay**, s.207,208; **Neuenschwander**, s.434.

⁷¹⁴**Haab** Art 691–693 N.15; **Meier-Hayoz** Art 693 N.15; **Romer**, s.87; **Tandoğan**, s.641; **Bertan** m.670 N.2; **Özakman**, s.210.

yeni durum, zorunlu irtifakın kurulduğu sırada mevcut olsaydı zorunlu irtifak başka şekilde kurulacak idi ise kanunun belirttiği bir durum değişikliği olduğu kabul edilmelidir⁷¹⁵. Bununla birlikte gerçek anlamda bir durum değişikliği olup olmadığı bu değişikliğin yükümlü malikin menfaatlerini etkileyip etkilemediğine bağlıdır. Eğer durum değişikliği sebebiyle yükümlü malikin korunması gerekli olan menfaatleri ortaya çıkıyor ise kanunun belirttiği bir durum değişikliği olduğu kabul edilmelidir.

a. Korunması Gerekli Menfaatlerin Ortaya Çıkması

Zorunlu irtifakın kurulduğu sırada mevcut olan koşullardaki değişim sonucu yükümlü malikin korunması gereken menfaatler ortaya çıkıyor ise zorunlu irtifakın değiştirilmesi talep edilebilir. Korunması gerekli bir menfaatin ortaya çıkıp çıkmadığı subjektif beklentilere (*personliche Interessen*) göre değil objektif esaslara (*objektivierten Interessen*) göre belirlenir⁷¹⁶. Örneğin bir binanın üzerinden geçen mecra, binanın üstüne yeni bir kat yapılmasını engelliyor ise irtifakın değiştirilmesi talebi haklı kabul edilmelidir⁷¹⁷. İrtifakın değiştirilmesi, ekonomik menfaatlerin korunması amacıyla talep edilebileceği gibi estetik gibi kişisel (*immaterielle*) menfaatlerin korunması amacıyla da talep edilebilir⁷¹⁸. Komşu malikin irtifakın

⁷¹⁵Haab Art 691–693 N.17; Meier-Hayoz Art 693 N.2; Brugmann, s.66; Waldis, s.167; Tandoğan, s.635; Bertan m.670 N.4; Özakman, s.207.

⁷¹⁶Haab Art 691/3 N.17; Meier-Hayoz Art 693 N.2; Waldis, s.167; Tandoğan, s.636.

⁷¹⁷Haab Art 691/3 N.17; Meier-Hayoz Art 693 N.2; Liver Art 742 N.31.

⁷¹⁸Haab Art 691/3 N.17; Meier-Hayoz Art 693 N.3; Liver Art 742 N.31; Waldis, s.168; Tandoğan, s.636; BGE 57 II 155.

değiştirilmesi ile korumak istediği menfaatlerin çok önemli menfaatler (*erhebliches Interesse*) olmasına gerek yoktur⁷¹⁹.

b. İrtifakın Değiştirilmesi

Zorunlu irtifak, yükümlü malikin ortaya çıkan ve korunması gereken menfaatlerini koruyacak şekilde değiştirilmelidir. Yükümlü malik, zorunlu irtifakın değiştirilmesini talep etmesine rağmen yararlanan malik irtifakın değiştirilmesine yanaşmayabilir. Zorunlu irtifak da rızâ irtifaklar gibi tek taraflı olarak değiştirilemeyeceği için bu durumda yükümlü malikin hukukî çaresi dava yoluna başvurmalıdır⁷²⁰. Zorunlu irtifakın değiştirilmesi irtifakın başka bir yere nakledilmesi yolu ile olabileceği gibi başka bir yolla da olabilir. İrtifakın değiştirilmesi yükümlülüğü ortaya çıkmasına rağmen zaruret içerisindeki malik bu yükümlülüğü yerine getirmekten kaçınabilir. Bu durumda yükümlü malik, irtifakı değiştirmesine izin verilmesini mahkmeden talep edebilir(BK 97)⁷²¹. Eğer koşulları oluşmuş ise irtifak, birçok kez değiştirilebilir⁷²².

aa. İrtifakın Başka Bir Yere Nakledilmesi

İrtifakın değiştirilmesi, irtifakın başka bir yere nakledilmesi yolu ile olabilir. Zorunlu mecra irtifakı ile ilgili maddede yalnızca irtifakın başka bir yere nakledilmesi imkânı düzenlenmiştir(TMK 746/1). Fakat zorunlu mecra yükümlüsü

⁷¹⁹Brücker, s.183.

⁷²⁰Meier-Hayoz Art 693 N.4,5.

⁷²¹Meier-Hayoz Art 693 N.7; Tandoğan, s.637.

⁷²²Meier-Hayoz Art 693 N.9; Tandoğan, s.637; Özakman, s.212.

menfaatlerini korunması için gerekir ise diğer değişiklikler de talep edebilir⁷²³. İrtifak, yükümlü taşınmaz üzerinde başka bir yere nakledilebileceği gibi ortaya çıkan menfaatlerin korunmasını gerektiriyor ise başka bir taşınmaza da nakledilebilir⁷²⁴. Dolayısıyla ortaya çıkan menfaatlerin korunması için yeterli ise irtifak yalnızca yükümlü taşınmaz içerisinde başka bir yere nakledilir. Bununla birlikte irtifakın nakledilmesi sonucu hak sahibi yönünden eskiye göre elverişsiz bir durum ortaya çıkmış olabilir. Fakat irtifakın nakledildiği bölümde veya yerde yine zaruret giderilebiliyorsa hak sahibi bakımından ortaya çıkan elverişsizlik önem taşımaz⁷²⁵. Eğer irtifakın nakledileceği taşınmaz başka bir kişinin mülkiyetinde ise artık irtifakın değiştirilmesi söz konusu değildir. Bu durumda mevcut zorunlu irtifak sona erdirilir. İrtifakın nakledileceği taşınmazın maliki zorunlu irtifakı kurmaktan kaçınır ise zaruret içerisindeki malikin hukukî çaresi dava yoluna başvurmaktır.

bb. Diğer Değişiklikler

Yükümlü malikin ortaya çıkan menfaatlerinin korunmasını sağlayacak diğer yollarla da zorunlu irtifak değiştirilebilir. Örneğin zorunlu irtifakla ilgili tesisatlarda yapılacak değişiklikler ile yükümlü malikin menfaatleri korunabilecekse irtifak da başka esaslı bir değişiklik yapılmasına gerek yoktur. Her ne kadar zorunlu mecrâ irtifakını düzenleyen maddede (TMK 746/1 EMK 670/1) yalnızca irtifakın başka bir yere nakledilmesi yolu öngörülmüş ise de yükümlü malikin gerektiğinde diğer

⁷²³**Haab** Art 691–693 N.18; **Meier-Hayoz** Art 693 N.14; **Waldis**, s.167; **Tobler**, s.111; **Bertan** m.670 N.5; **Özakman**, s.208.

⁷²⁴**Haab** Art 691–693 N.18; **Meier-Hayoz** Art 693 N.6; **Romer**, s.87; **Tandoğan**, s.636; **Bertan** m.670 N.6.

⁷²⁵**Haab** Art 691–693 N.18; **Meier-Hayoz** Art 693 N.6; **Tandoğan**, s.636; **Özakman**, s.209.

değişiklikleri de talep edebileceği kabul edilmektedir⁷²⁶. Hak sahibi, zorunlu irtifakın yükümlü malike en az zarar verecek şekilde kullanılması için gerekli değişiklikleri yapmak zorundadır(TMK 786/1). Bu tür değişikliklerin yapılması için yükümlü malikin zorunlu irtifakın değiştirilmesini talep etmesine gerek yoktur⁷²⁷. Zira zorunlu irtifak sahibinin yükümlülüklerinden biri de irtifakı, yükümlü malike en az zarar verecek şekilde kullanma yükümlülüğüdür(TMK 786/1).

cc. İrtifakın Değiştirilmesine İlişkin Masraflar

İrtifakın değiştirilmesine ilişkin masraflar kural olarak yararlanan malike aittir(TMK 746/2). Bununla birlikte yasa koyucu, özel durumlar haklı gösterdiği takdirde yükümlü malikin de masrafların bir kısmı ile yükümlü tutulabileceğini kabul etmiştir(TMK 746/3). Bu yasal düzenlemeye göre yükümlü malikin, masraflara katılmasının gerekli olup olmadığının belirlenmesi hususunda hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Eğer yükümlü malikin masraflara katılması gerekiyor ise katılma miktarı konusunda da hâkime takdir yetkisi verilmiştir. İrtifakın değiştirilmesi sonucu yükümlü malik de irtifaktan yararlanmaya başlamış ise değiştirme masraflarına katılma yükümlülüğünün ortaya çıkar⁷²⁸. İrtifakın değiştirilmesi, yükümlü taşınmazın değerini büyük ölçüde artırıyorsa yine yükümlü malik değiştirme masraflarının bir kısmına katılmakla yükümlüdür⁷²⁹. Doktrinde yer alan hâkim görüşe göre irtifakın

⁷²⁶**Haab** Art 691–693 N.18; **Meier-Hayoz** Art 693 N.14; **Waldis**, s.167; **Tobler**, s.111; **Tandoğan**, s.637; **Bertan** m.670 N.5.

⁷²⁷**Özakman**, s.208.

⁷²⁸**Haab** Art 691–693 N.19; **Meier-Hayoz** Art 693 N.11–12; **Brugmann**, s.66; **Romer**, s.88; **Waldis**, s.168; **Tandoğan**, s.638; **Özakman**, s.212.

⁷²⁹**Özakman**, s.212–213.

kurulduğu sırada irtifak yükümlüsü taşınmazı tahsis edeceği amacı bildirmemişse ve bu sebeple irtifakın değiştirilmesi zorunluluğu ortaya çıkmışsa irtifakın değiştirilmesi masraflarının tamamına yükümlü malik katlanmalıdır⁷³⁰. Doktrinde yer alan farklı bir görüşe göre ilgili yasal düzenleme (EMK 670) karşısında değiştirme masraflarının tamamı yükümlü malike tahmil edilemez⁷³¹. Zira yasal düzenleme masrafların yalnızca bir bölümünün yükümlü malike tahmil edilebileceğini hüküm altına almıştır. Bu görüşe göre ancak yükümlü malik bakımından haksız fiil sorumluluğunun koşulları oluşmuş ise değiştirme masraflarının bütünü yükümlü malike tahmil edilebilir(BK 41)⁷³². Biz de bu son görüşe katılıyoruz. Zira kanun koyucu açıkça masrafların yalnızca bir bölümünün yükümlü malike tahmil edilebileceğini hükme bağlamıştır(TMK 746/3). Fakat zorunlu irtifak sözleşmesinin kurulduğu sırada, yükümlü malik, taşınmazı ilerde tahsis etmeyi planladığı amaçlar ve taşınmazı ile ilgili beklentileri hakkında gerekli bilgileri karşı tarafa vermemiş ise yükümlü malikin sözleşme öncesi sorumluluğu (*culpa in contrahendo*) ortaya çıkabilir. Eğer zorunlu irtifak dava yolu ile kurulmuş ve yükümlü malik söz konusu bilgileri dava sürecinde vermemiş ise yine tazminat sorumluluğu meydana gelebilir(BK 41). Yükümlü malikin irtifakın değiştirilmesine ilişkin masraflara katılmakla yükümlü olduğunu ispat yararlanan malike düşmektedir⁷³³.

⁷³⁰Meier-Hayoz Art 693 N.12; Brugmann, s.66; Romer, s.88; Tandoğan, s.638.

⁷³¹Özakman, s.213.

⁷³²Özakman, s.213.

⁷³³Tandoğan, s.638; Özakman, s.214.

B. YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1. Zorunlu İrtifakın Kullanılmasını Engellememe ve Zorlaştırmama

Yükümlülüğü

Yükümlü malik zorunlu irtifakın kullanılmasını engellemek ve zorlaştırmamak zorundadır(TMK 786/2; ZGB Art 737/3)⁷³⁴.

2. Masraflara Katılma Yükümlülüğü

Zorunlu irtifaktan yararlanıyor ise yükümlü malik de yararlanmadaki menfaatleri ölçüsünde bu masrafların bir kısmını üstlenmek zorundadır(TMK 790/2; ZGB Art 741)⁷³⁵.

C. ZORUNLU İRTİFAKTAN DOĞAN HAKLARIN ve

YÜKÜMLÜLÜKLERİN KAPSAMININ BELİRLENMESİ

Zorunlu irtifaklardan doğan hakların ve yükümlülüklerin kapsamının nasıl belirleneceği hususunda zorunlu irtifakları düzenleyen maddelerde özel bir hüküm yer almamaktadır. Genel olarak eşyaya bağlı irtifaklar bakımından ise hakların ve yükümlülüklerin kapsamının nasıl belirleneceği düzenlenmiştir (TMK m.787). Buna göre eğer açık olarak hakkın veya yükümlülüğün kapsamını belirliyorsa tescil esas alınır (TMK.787/1). Buna karşılık tescilden açıkça anlaşılmadığı hallerde hakkın veya yükümlülüğün kapsamı, irtifakın kazanılma sebebine ve uzun süreden beri davasız ve iyi niyetle kullanılış biçimine göre belirlenir(TMK.m.787/2). Söz konusu

⁷³⁴Baumgartner § 8 1; Özsunay, s.206.

⁷³⁵Özsunay, s.207.

düzenleme zorunlu irtifaklara da kıyasen uygulanır⁷³⁶. Zorunlu irtifakın kapsamı bakımından dayanak belgelerle tapu sicilinde yapılan tescil arasında çelişki olabilir. Bu durumda yanlışlıkların düzeltilebilmesi için ilgililerin rızaları bulunmuyorsa tapu memurunun ve ilgililerin dava açmaları gerekir (TMK m.1027)⁷³⁷.

Zorunlu su miktarı, zaruret içerisindeki malikin talebi ile aleyhine irtifak tesis edilecek taşınmazın ihtiyacına göre belirlenir. Su zarureti içerisindeki malikin suyu kullanma amacına göre bu hakkın içeriği ya belirli zamanlarda belirli miktarlarda veya sürekli olarak belirli bir miktarda suyun alınması şeklinde olabilir. Ancak zorunlu suyun miktar itibariyle belirlenmesinde olduğu gibi zaman itibariyle tahsisinde de gene TMK'nun 761. maddesinin 2. fıkrası gereğince su yükümlüsünün çıkarlarının öncelikle gözetilmesi ve tahsisin gerek miktar gerek diğer şartlar

⁷³⁶ **Liver** Art 732 N.25 Art 738 N.114–137; **Brücker**, s.106–107.

⁷³⁷ İlgililerin düzeltme için yazılı muvafakat vermemeleri ve hiç birinin düzeltme talebi ile mahkemeye başvurmaması durumunda tapu sicil müdürü, defterdarlık veya mal müdürlüğünden düzeltme için bir dava açılmasını talep eder (TST.m.85/II). Hazine avukatı tarafından veya hazine avukatı bulunmayan yerlerde tapu müdürü tarafından açılan bu dava tapu kütüğünün beyanlar hanesine işlenecektir (TST.m.85/IV). İlgililer de haklarını etkileyen yazım yanlışlıklarına karşı bu davayı açabilirler. İlgililer, davayı tapu müdürlüğüne ve düzeltmeye yazılı muvafakat vermeyen ve düzeltmeden hakları etkilenecek olan şahıslara yöneltecektir. **Kurt**, E: Tapu Sicilinin Düzeltilmesi, İstanbul 2004,s.83. Düzeltme yapılırken, yanlış yazım okunacak biçimde kırmızı renkli mürekkep kalem ile çizilir ve sonraki ilk boş sütuna doğrusu yazılır (TST m.88/I). Düzeltme, yevmiye defterine kaydedilerek yapılıyorsa tarih ve yevmiye numarası, düzeltme, düzeltmeler siciline kaydedilerek yapılıyorsa sicilin numarası düzeltilen işlemin üzerine yazılır. Düzeltme ile ilgili belgeler taşınmaz mala ait dosyada saklanır (TST m.88/III).

bakımından yükümlüye en az yük teşkil edecek şekilde yapılması gerekmektedir⁷³⁸. Belli mevsimlerde suyun kesilip veya azalmasının ihtiyaç miktarı belirlenirken göz önünde bulundurulması gerekmektedir⁷³⁹. Kaynak sahibinin ihtiyacı belirlenirken kaynak sahibi, taşınmazını nasıl kullanıyorsa böyle bir kullanmadan doğan ihtiyacı temel olarak alınır. Ölçüye bu miktar esas olur. Örneğin kaynak sahibinin arazisinde bir otel var ise kaynak sahibine her türlü ihtiyacı için kullana geldiği su miktarı ihtiyaç suyu olarak ayrılır. Söz konusu miktarı aşan derecede su varsa ancak artan miktar TMK'nun 761. maddesine dayanan bir isteğe konu olabilir. Kaynak sahibinin ihtiyaç durumu dava açıldığı tarihte kaynağı kullanım şekline göre tayin edilir. Bununla birlikte ileride ekonomik bir faaliyetin olma ihtimaline binaen ihtiyacın belirlenmesinin isabetli olmayacağı kabul edilmektedir⁷⁴⁰. Yine **Bertan**, 167 sayılı Kanunun 20. maddesinde sözü edilen tüzükle belirtilecek ihtiyaç miktarının da burada bir ölçü olmayacağını ifade etmektedir. Zira TMK'nun 761. maddesinde özel mülkiyete konu olan bir kaynaktan çıkan su üzerinde bir hak kurulması söz konusudur. Buna karşılık 167 sayılı Kanun ile kamu yararına ayrılmış bulunan bir sudan vatandaşların yararlanması düzenlenmektedir⁷⁴¹.

⁷³⁸ **Yazman**, s. 154,155; **Saymen/Elbir**, s.363; **Ayan Mülkiyet**, s.266.

⁷³⁹ **Bertan**, C.I, N.3 ç, s.921.

⁷⁴⁰ **Bertan**, C.I, N.3, s.921.

⁷⁴¹ **Bertan**, C.I, N.3, s.921, 922.

SONUÇ

Zorunlu (compulsive) irtifaklar(easement), komşuluk (neighbourhood.) hukukundan doğan taşınmaz(taşınmaz) mülkiyeti (ownership) kısıtlamalarının (constraint) bir bölümünü oluşturur. Zorunlu irtifakların amacı maliki(possessor) veya taşınmazın ilgisini, zaruret(necessity) durumundan kurtarmaktır. İnceleme konumuzu oluşturan zorunlu irtifaklar dört adettir. Bunlar, TMK’ndaki düzenleniş sırası itibariyle TMK’nun 725. Maddesinin(item) 2. Fıkrasında(anecdote) düzenlenen taşkın(overflowing) yapı(building) irtifakı, TMK’nun 744 vd. maddelerinde düzenlenen zorunlu mecra (channel) irtifakı, TMK’nun 747. maddesinde düzenlenen zorunlu geçit irtifakı ve TMK’nun 761. maddesinde düzenlenen zorunlu su irtifakıdır. Yasanın aradığı bütün koşullar oluşmuşsa, komşu malik, zorunlu irtifakın kurulmasına ve böylece kısıtlamanın ortaya çıkmasına karşı koyamaz. İnceleme konumuzu oluşturan taşınmaz mülkiyeti kısıtlamaları, hukukî sonuçlarını doğurduğunda, zaruret durumu ortadan kalkar. Zorunlu irtifak hakları ile ilgili birbirinden farklı hususlar, çok çeşitli uyuşmazlıklara dolayısıyla yargı kararlarının ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Zorunlu irtifaklar arasında yargı kararına en az sayıda konu olanı, zorunlu su irtifakıdır. Zorunlu irtifaklar dolaylı mülkiyet kısıtlamalarıdır. Zorunlu irtifaklar hukukî niteliği itibariyle birer irtifak hakkı olarak kabul edilmelidir. Zorunlu irtifaklar, rızaî irtifaklardan ayrı bir irtifak kategorisidir. Bu sebeple irtifak haklarına ilişkin genel hükümler zorunlu irtifaklara yalnızca kıyasen uygulanabilir. Zorunlu irtifaklar, birer eşyaya bağlı irtifak hakkıdır. Zorunlu irtifak haklarının kurulmasına yönelik talep yetkisi, hukukî niteliği itibariyle kanunî bir talep hakkıdır. Zaruret hakları birer irtifak hakkı olduğu için kural olarak tescil ile kurulur. Zorunlu mecra hakkı “tescil ile kurulma ilkesine” tâbi değildir Bu dava

sonucunda mahkemenin verdiği yenilik doğuran karar ile zorunlu irtifak kurulur. Zorunlu irtifaklar, yükümlü taşınmaz üzerinde bulunan, sınırlı aynî ve şerh edilmiş şahsi haklar ile sıra ilişkisine tâbi olur. Zorunlu irtifak sahibi, hakkının öne geçmesi karşılığında, geride kalan hak sahiplerine bedel ödemekle yükümlüdür. Geçit zarureti, bir taşınmazdan genel yola çıkmak için yeterli bir geçidin bulunmamasıdır Mecra zarureti: İlgili mecraların, yokluğu veya yetersizliğidir. Kamu hukukunun verdiği bir yetki zaruret durumunun ortaya çıkmasını engelleyebilir. Su zarureti: Gerekli sudan yoksunluk sebebiyle taşınmazdan usule uygun olarak yararlanılamamasıdır. Taşkın yapı zarureti: Bir yapının , komşu araziye taşırılması sonucu yıkılma ihtimalinin ortaya çıkması ve tamamının veya bir bölümünün kullanılamamasıdır. Bir malik prekaristik (precaristic) izne sahip olsa bile zaruret içerisinde olduğu kabul edilebilir. Eski hukuka göre kurulmuş ve halen mevcut olan haklar, zarureti engelleyebilir. Olması gereken hukukta (de lege feranda) kanaatimizce zorunlu irtifakın kurulmasına ilişkin talebin yöneltmesinden önce zaruretin mutlaka bir makam tarafından belirlenmesi gerekir. Olması gereken hukukta zaruretin belirlenmesi işinde idari makamların görevlendirilmesinin kanaatimizce sakıncasından çok yararı bulunmaktadır. Bu sebeple bir zorunlu irtifakın kurulmasına bağlı olarak komşuların menfaat dengeleri bozulacaksa o zorunlu irtifakın kurulması mümkün değildir. Zorunlu irtifakın kurulabilmesinin koşullarından biri de zarureti giderecek çözüm yolunun hukukî işlem veya iradî bir fiil (willkürliche Handlung) ile ortadan kaldırılmamış olmasıdır. Orantılılık ilkesi talebin yöneltileceği komşunun belirlenmesinde de kural olarak belirleyici olur.

Bazı durumlarda, yükümlü hale getirilecek olan komşu taşınmaz kanun tarafından belirlenmiştir. Olması gereken hukukta talebin yöneltileceği en uygun komşunun

belirlenmesinde de idarî makamlar görevlendirilmelidir. Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar aleyhine zorunlu irtifak kurulması mümkün değildir. Zaruret içerisindeki malik, zorunlu irtifakın kurulması karşılığında komşusuna irtifak bedelini ödemekle yükümlüdür. Bedel yalnızca bir irtifakın karşılığı olarak kabul edilmelidir. Zaruret içerisindeki malik ile komşu malikin kurdukları zorunlu irtifak sözleşmesi, bir özel hukuk sözleşmesidir. Zorunlu irtifak haklarının kurulma yollarından diğeri de irtifakın mahkeme kararı ile kurulmasıdır. Mevzuatımızda yer alan bazı yasal düzenlemeler, bazı durumlarda, zorunlu irtifakın kurulması talebinin komşu malike karşı ileri sürülmesini engellemektedir.

SUMMARY

Compulsive Easement constitutes some part of immovable ownership constraints based on neighbourhood law. Aim of compulsive easement is saving relation of possessor or immovable. Our research issue composed of four easements. These are overflowing building easement arranged by 725 th item second anecdote of TCL, compulsory channel easement arranged by 744 th item of TCL , compulsory access easement arranged by 747 th item of TCL and compulsory water easement arranged by 761 th item of TCL. If all conditions that law inquires are formed , neighbourhood owner, cannot contest establishment of compulsory easement thereby the restrictions, composing our research issue, generated its judicial results, the necessity state no longer exists. Various matters related to compulsory easements cause various incompatibilities and judicial decisions to exist consequently. What is less the matter of judicial decision among the compulsory easement is compulsory water easement. Compulsory easements are indirect property restrictions. Compulsory easements should be accepted as an easement right by means of their judicial compositions. Compulsory easements are easement category apart from consentive easements. Therefore, general sentences corresponding easement rights can only be applied analogously in compulsory easements. Compulsory easements are rights connected to goods. Authority of demand intended to establishment of compulsory easement of rights is a legal demand right in respect of its judicial composition. Necessity rights due to being easement rights are set by registration as a rule. Water Necessity: Not regular utilization of immovable due to the water deficiency. Overflowing building Necessity: Appearance of collapse probability due to overflow of the building through the adjacent lands and not of whole or a part of

land. A possessor can be accepted as in necessity despite he has precarsic authorization. Rights founded on old law and continued can hinder necessity. In my estimation; in De Le Feranda necessity must be defined by a chair before application for constitution of compulsive easement. In De Le Feranda charging administrative units for estimating necessity in law is beneficial. For that reason if constitution of compulsive easement disorders benefit balance of neighbours it is not possible to constitute that compulsive easement. One of the conditions for constitution of compulsive easement is that solution for eliminating necessity had not been removed by a legal or an on purpose process. Proportionality principle is determinative for deciding the neighbour whom will be requested. In some cases neighbour which will be obliged is determined by immovable law. Administrative units must be charged for determining most suitable neighbour whom will be demanded In De Le Feranda. It is not possible to constitute compulsive easement for immovable not land registered. Possessor in necessity must pay for easement value for constitution of compulsive easement. Price must be assumed as a value for easement. Compulsive easement agreement between possessor in necessity and neighbour is a private law agreement. Another way of constitution of compulsive easement is court judgement. In some cases; some arrangements in law blocks application for constitution of compulsive easement.