

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

DOKTORA TEZİ

**YARARI KALMAYAN YA DA AZALAN İRTİFAK
HAKLARININ SONA ERMESİ (MK m. 785)**

GÜLEN SİNEM TEK
2502110105

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. SAİBE OKTAY ÖZDEMİR

İSTANBUL 2017



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



DOKTORA
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : GÜLEN SİNEM TEK

Numarası : 2502110105

Anabilim Dalı /
Anasanat Dalı / Programı : ÖZEL HUKUK

Danışmanı : PROF.DR.SAİBE OKTAY ÖZDEMİR

Tez Savunma Tarihi : 30.03.2017

Saati : 09:00

Tez Başlığı : YARARI KALMAYAN YA DA AZALAN İRTİFAK HAKLARININ SONA ERMESİ (MK. M.785)

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış,
sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜNE OYBİRLİĞİ / ~~OYÇOKLUĞUYLA~~ karar verilmiştir.

| JÜRİ ÜYESİ | İMZA | KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME) |
|--------------------------------|------|-------------------------------------|
| 1- PROF.DR.SAİBE OKTAY ÖZDEMİR | | KABUL |
| 2- PROF.DR.HALUK NAMİ NOMER | | KABUL |
| 3- PROF.DR.KADİR EMRE GÖKYAYLA | | KABUL |
| 4- DOÇ.DR.MEHMET SERKAN ERGÜNE | | KABUL |
| 5- DOÇ.DR.ASLI MAKARACI BAŞAK | | KABUL |

| YEDEK JÜRİ ÜYESİ | İMZA | KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME) |
|----------------------------|------|-------------------------------------|
| 1- DOÇ.DR.BİLGEHAN ÇETİNER | | |
| 2- DOÇ.DR.MEHMET ERDEM | | |

ÖZ

YARARI KALMAYAN YA DA AZALAN İRTİFAK HAKLARININ SONA ERMESİ (MK m. 785)

Gülen Sinem TEK

Çalışmamız, yararı kalmayan ya da azalan irtifak haklarının sona ermesini düzenleyen MK m. 785 hükmünün incelenmesini konu almaktadır. İlk bölümde irtifak sözleşmesi ve hakkın kurulması ile ortaya çıkan irtifak ilişkisi çerçevesinde tarafların durumu ile hükmün düzenlenme amacı incelenmiş; MK m. 785'in mülkiyetin korunması amacına yöneldiği saptanmıştır. İkinci bölümde, hükmün uygulanma alanı belirlendikten sonra, uygulanma şartları ele alınmıştır. Bu çerçevede, bir irtifak hakkında ön şart olarak bulunması gereken yarar kavramı açıklanmıştır. MK m. 785'in uygulanma şartları olan yararın kalmaması ya da azalmasının kriterleri açıklanmış ve Medeni Kanun kapsamındaki özel uygulama alanları tespit edilmiştir. Yararın ortadan kalkması ve azalmasının, benzer hukuki kavramlar ile karşılaştırılarak kavramsal olarak daha net bir şekilde ortaya konulması amaçlanmıştır. Üçüncü ve son bölümde, MK m. 785 uyarınca hakim tarafından verilen karar incelenmiş; bu kararın yararın kalmaması hali bakımından bir tespit hükmü, yararın azalması hali bakımından ise yenilik doğuran bir hüküm olduğu sonucuna varılmıştır. Çalışmamızda son olarak, irtifak hakkının MK m. 785 gereği sona ermesi üzerine tasfiye ilişkisinin ne şekilde gerçekleştirileceği incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Türk Medeni Kanunu, irtifak hakları, yarar, yararı kalmayan irtifak hakkı, yararı azalan irtifak hakkı, sona erme, tespit hükmü, yenilik doğuran hüküm.

ABSTRACT

THE EXTINCTION OF THE EASEMENT OF NO VALUE OR WITH A VALUE MINOR AND DISPROPORTIONATE TO ITS ENCUMBRANCE (Art. 785 CC)

Gülen Sinem TEK

The subject of our study is the 785th article of the Turkish Civil Code relating to the extinction of easement of no value or with a value minor or disproportionate to its encumbrance. The first part is dedicated to the examination of the legal liaisons between the parties to the easement agreement and easement relation. At this first part, we also analyzed the aim of disposing the 785th article of the Turkish Civil Code and concluded that its purpose is to protect the right of the property. After delimitating the scope of application of the 785th article at the second part, we studied its conditions of application in the same part. In this context, we clarified the concept of value, which is a prerequisite to the existence of an easement. We also determined the criteria of the no value and the minor and disproportionate value to the encumbrance of the easement; and the special aspects of application within the Civil Code. We compared those concepts with similar legal concepts, in order to conceptually clarify them. At the third and the last part, we examined the court order, deducing that the judicial decision related to the extinction of the easement of no value is a declaratory judgment and the judicial decision related to the extinction of the easement with minor value is a constitutive judgment. Finally, we studied the liquidation relation due to the extinction of the easement based on the 785th article of the Turkish Civil Code.

Keywords: Turkish Civil Code, easement rights, value, easement of no value, easement with a value minor and disproportionate to its encumbrance, declaratory judgment, constitutive judgment.

ÖNSÖZ

İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı çerçevesinde hazırlanan bu tez, yararı kalmayan ya da azalan irtifak haklarının sona ermesini konu almaktadır. İrtifak haklarına sıkça rastlanılmamasına rağmen, plansız şehirleşme ve artan nüfus karşısında taşınmaz mülkiyetinin yakın bir gelecekte büyük bir değer kazanacağını açıktır. Bu sebeple mülkiyet hakkı iktisap edemeyecek kişilerin, üretim ve barınma ihtiyaçlarını giderebilmek için irtifak haklarına başvuracakları ve bu hakların geniş bir uygulamasının olacağını öngörmek mümkündür. Diğer taraftan irtifak haklarının mülkiyetin ciddi bir kısıtlaması olması sebebi ile, mülkiyetin yararsız kalmış ya da sağladığı yarar sebep olduğu külfetin karşısında orantısızca azalmış irtifak haklarının ona erdirilerek, mülkiyetin bu gereksiz yüklerden kurtarılması gerekir. Yararı kalmayan ya da azalan irtifak haklarının sona ermesini düzenleyen MK m. 785 hükmünün incelenmesi, bu tezin konusunu oluşturmaktadır.

Tezin hazırlanma sürecinde yardımlarını esirgemeyen pek çok kişiye bu vesile ile teşekkür etmek isterim. Öncelikle bu tez konusunu öneren ve kendisine getirdiğim her metni titizlik ile okuyarak yazım sürecine yön veren, bütün sorularımı sabır ile cevaplayan danışmanım Prof. Dr. Saibe Oktay Özdemir'e; yine tezimi okuyarak yapıcı eleştirileri ile farklı bakış açıları sunan kürsü hocalarım Prof. Dr. Kadir Emre Gökyayla ile Doç. Dr. Aslı Makaracı'ya; Fribourg Üniversitesi'nin verdiği burs ile İsviçre'de geçirdiğim süre boyunca bana ofisini açarak son derece rahat bir çalışma ortamı sağlayan ve her ay zaman ayırarak tezimle ilgili rastladığım problemleri benimle tartışan Prof. Dr. Paul-Henri Steinauer'e ve idari süreç ile her sıkıntı yaşadığımda desteğini esirgemeyen hocam Prof. Dr. Halûk Nami Nomer'e teşekkür ederim.

Bu tez konusu, merhum hocam Prof. Dr. Özer Seliçi'nin konuyu beğendiğini ifade etmesi üzerine alınmıştır. Özer Hoca, konuyu kabul ettikten iki hafta sonra zamansızca aramızdan ayrılmıştır. Daha önce kendisine danıştığım pek çok konuyu doktora tez çalışması için uygun görmeyen hocamın onay vermiş olması, "yararı kalmayan ya da azalan irtifak haklarının sona ermesi" konusunu benim için manevi

olarak çok daha değerli kılmış; bu konu üzerinde daha azimli bir şekilde çalışmama sebep olmuştur. Kıymetli Hocam hayatta olsa idi, asistanı olarak yüzünü kara çıkarmayacak bir çalışma yapmış olmayı umuyorum.

Gülen Sinem TEK

İstanbul, 2017



İÇİNDEKİLER

| | |
|-----------------------|-----|
| ÖZ..... | iii |
| ABSTRACT..... | iv |
| ÖNSÖZ..... | v |
| KISALTMA CETVELİ..... | xii |
| GİRİŞ..... | 1 |

BİRİNCİ BÖLÜM

MK m. 785'İN DÜZENLENME AMACI

| | |
|--|----------|
| I. Mülkiyet Hakkı, Kısıtlamaları Ve İrtifak Haklarının Konumu..... | 4 |
| A. Mülkiyet Hakkı Ve Kısıtlamaları..... | 4 |
| 1. Mülkiyet Kavramı Ve Tanıdığı Yetkilerin Kısıtlamalar Karşısındaki Konumu..... | 5 |
| a. Mülkiyet Kavramını Tanımlayan Farklı Görüşler..... | 5 |
| 1) Klasik Ferdietçi Mülkiyet Görüşü Ve Bu Görüşe Yöneltilen Eleştiriler | 6 |
| a) Klasik Ferdietçi Mülkiyet Görüşü | 6 |
| b) Klasik Ferdietçi Mülkiyet Görüşüne Yöneltilen Eleştiriler..... | 8 |
| 2) Çağdaş Sosyal Mülkiyet Görüşü Ve Bu Görüşe Yöneltilen Eleştiriler | 9 |
| a) Çağdaş Sosyal Mülkiyet Görüşü | 9 |
| b) Çağdaş Sosyal Mülkiyet Görüşüne Yöneltilen Eleştiriler | 11 |
| b. Türk Hukukunda Kabul Edilen Görüş, Türk Hukukundaki Dayanak Noktaları Ve Vardığımız Sonuç..... | 15 |
| 1) Türk Hukukunda Kabul Edilen Görüş..... | 15 |
| 2) Türk Hukukundaki Dayanak Noktaları Ve Vardığımız Sonuç | 17 |
| 2. Mülkiyet Hakkının Kısıtlamalarının Çeşitleri..... | 21 |
| a. Mülkiyet Hakkının İradi Olmayan Kısıtlamaları..... | 22 |
| b. Mülkiyet Hakkının İradi Kısıtlamaları | 24 |
| 1) Kişisel Haklar Ve Hukuki Niteliği..... | 24 |
| 2) Sınırlı Aynı Haklar Ve Hukuki Niteliği..... | 25 |
| a) Hak Sahibine Sağladığı Yetkinin Mülkiyete Oranla Sınırlı Olması | 25 |
| b) Mülkiyet Hakkından Bağımsız Olması | 28 |
| i. Ayırma Teorisi | 28 |
| ii. Yük Teorisi | 29 |
| B. Mülkiyet Hakkının Karşısında Sözleşme İle Kurulan İrtifak Haklarının Yeri | 33 |
| 1. İrtifak Sözleşmesi Çerçevesinde Beklenen İrtifak Hakkı Sahibi İle Malik Arasındaki Hukuki İlişki..... | 34 |
| a. İrtifak Sözleşmesinin Hukuki Niteliği..... | 35 |
| 1) Sözleşmenin Kanunda Düzenlenmesi Bakımından | 35 |
| 2) Asli Edim Karakteristiği Bakımından | 38 |
| a) Ani Edimli Sözleşme Görüşü | 38 |
| b) Sürekli Edimli Sözleşme Görüşü | 39 |
| i. Genel Olarak | 39 |
| ii. İrtifak Sözleşmesinin Sürekli Edim İçermesi Kabulünün Sonuçları..... | 42 |
| iii. Medeni Kanun'daki Dayanak Noktaları..... | 46 |
| b. İrtifak Sözleşmesinin Hükümleri | 47 |
| 1) Aynı Nitelikli Hükümler | 48 |
| a) MK m. 827 Çerçevesindeki Tartışma | 50 |
| b) Hakkın Devredilme Kabiliyetine İlişkin Tartışma | 54 |

| | |
|---|-----------|
| 2) Eşyaya Bağlı Borç Etkisi Doğuran Hükümler..... | 57 |
| a) Yan Edimin Özellikleri..... | 59 |
| b) Yan Edimin Tarafları Ve Ayni Haklar Revizyonu Sonrası İsvMK m. 730/f. II'nin Yarattığı Tartışmalar..... | 61 |
| 3) Kişisel Nitelikli Hükümler..... | 62 |
| 2. İrtifak İlişkisi Çerçevesinde İrtifak Hakkı Sahibi İle Malik Arasındaki Hukuki İlişki . | 65 |
| a. İrtifak Sözleşmesi İle İrtifak İlişkisinin Tarafları Aynı İse..... | 65 |
| b. İrtifak Sözleşmesi İle İrtifak İlişkisinin Tarafları Farklılaştığında..... | 68 |
| 1) Ayni Etkili Hükümler Bakımından..... | 68 |
| a) Genel Olarak Ayni Etkili Hükümlerin Sonucu..... | 68 |
| b) Ayni Etkili Hükümlerin Kapsamının Belirlenmesi..... | 70 |
| i. İrtifak İlişkisinin Taraflarına Göre Ayni Etkili Hükümlerin Kapsamının Belirlenmesi..... | 70 |
| ii. Doğal Aleniyyetin İrtifakın Ayni Etkili Hükümlerinin Kapsamının Belirlenmesindeki Etkisi..... | 75 |
| 2) Eşyaya Bağlı Borç Etkisi Doğuran Hükümler Bakımından..... | 79 |
| 3) Kanun Gereği Kişisel Borç İlişkisi Doğuran Hükümler Bakımından..... | 80 |
| C. İrtifak Hakkının Genel Özellikleri Ve Devir Rejimi..... | 81 |
| 1. İrtifak Hakkının Genel Özellikleri..... | 81 |
| 2. İrtifak Hakkının Devir Rejimi..... | 83 |
| II. Mülkiyet Hakkının İradi Kısıtlamalarına Karşı Medeni Kanun Çerçevesinde Öngörülen Tedbirler..... | 85 |
| A. Ana Çözüm: Sınırlı Sayı Ve Tipe Bağlılık İlkeleri..... | 85 |
| B. Sınırlı Ayni Hak Tipleri Bakımından Benimsenen Farklı Çözümler..... | 89 |
| 1. Değere İlişkin Sınırlı Ayni Haklarda Mülkiyetin Korunması..... | 89 |
| 2. Kullanıma İlişkin Sınırlı Ayni Haklarda Mülkiyetin Korunması..... | 91 |
| a. Mülkiyetin Özüne Dokunmama Şartı..... | 91 |
| 1) Medeni Kanun'un Mülkiyetin Özünü Korumak İçin Benimsediği Sistem..... | 91 |
| a) İrtifak Kapsamının Ya Da Süresinin Kısıtlanması..... | 93 |
| b) Kanundan Kaynaklanan Bir Yükümlülük Olarak, İntifa Konusu Malın Özünün Korunması Borcu..... | 96 |
| 2) Ayrık Durumlar: Kişisel İrtifaklara İlişkin Medeni Kanun Sisteminden Sapan Düzenlemeler..... | 99 |
| a) Kişiyile Kaim İrtifakların Devredilmemesi Ve Mirasla Geçmemesine İlişkin Tartışmalar..... | 99 |
| b) Üst Hakkının Yüz Yıllık Üst Süreye Bağlanması Yarattığı Tartışmalar..... | 102 |
| i. Taşınmaz Lehine Tesis Edilen Üst Hakları Bakımından..... | 102 |
| ii. Bir Tüzel Kişi Lehine Devri Yasaklanarak Tesis Edilmiş Üst Hakları Bakımından..... | 105 |
| b. Yararı Sona Eren Ya Da Azalan İrtifak Hakkının Terkin Edilmesi - MK m. 785.106 | |
| 1) MK m. 785'in Hukuki Niteliğine İlişkin Federal Mahkeme'nin Emsal İçtihatları.. | 107 |
| 2) MK m. 785'in Düzenlenme Amacına İlişkin Kabul Edilen Görüş..... | 111 |
| a) Kabul Edilen Mülkiyeti Koruma Görüşü..... | 111 |
| b) MK m. 785'in Dürüstlük Kuralı İle Birlikte Uygulanması..... | 113 |

İKİNCİ BÖLÜM

MK m. 785'İN UYGULANMA ŞARTLARI

| | |
|--|------------|
| I. MK m. 785'in Uygulanma Kapsamı..... | 117 |
| A. MK m. 785'in İradi İrtifaklara Uygulanması..... | 117 |
| 1. Genel Olarak..... | 117 |

| | | |
|-------------|--|------------|
| 2. | Kişiyile Kaim İrtifaklar, Özellikle İntifa Hakkı Bakımından | 118 |
| B. | MK m. 785'in İrادی Olmayan İrtifaklara Uygulanması | 120 |
| 1. | Kanundan Doğan İrtifaklara Uygulanması | 120 |
| 2. | İdari Karara Dayanan İrtifaklara Uygulanması | 123 |
| II. | Uygulamanın Ön Şartı: İrtifakın Tesisi Anında Yararın Bulunması | 124 |
| A. | Terminoloji Problemi: Yarar Kavramı Ve <i>Utilitas</i> İlkesi | 125 |
| 1. | <i>Utilitas</i> İlkesi | 125 |
| 2. | İrtifaka İlişkin Medeni Kanun Hükümlerinin <i>Utilitas</i> İlkesi Karşısında Yarattığı Karışıklık | 127 |
| a. | Medeni Kanun Hükümlerinin Lafzı | 127 |
| b. | <i>Utilitas</i> İlkesinin Benimsenmemeye Sebepleri Ve Bu Tercihin Yansımaları | 128 |
| B. | Yararın Özellikleri | 131 |
| 1. | İrtifak Hakkının Yarar Sağladığı Hak Sahibi Bakımından | 131 |
| a. | İrtifak Hakkı Sahibinin Kimliği | 131 |
| b. | İrtifak Hakkından Yarar Sağlayan Çevre | 133 |
| 1) | Topluluk Lehine İrtifaklarda | 133 |
| 2) | Oturma Hakkında | 136 |
| 2. | İrtifak Hakkının Sağladığı Yararın Konusu Bakımından | 138 |
| a. | Genel Olarak | 138 |
| b. | Rekabet Etmeme İrtifakları Çerçevesinde Menfaatin Konusu | 141 |
| 1) | Menfaat Konusu Olarak Rekabetin Önlenmesi | 141 |
| 2) | Menfaat Konusu Olarak Farklı Bir Hukuki İlişkinin Devamlılığının Sağlanması | 145 |
| 3. | İrtifak Hakkının Sağladığı Yararın Niteliği Bakımından | 148 |
| a. | Genel Olarak Menfaatin Niteliğine İlişkin Yapılan Tartışmalar | 148 |
| 1) | Menfaatin Haklılığına İlişkin Tartışma | 148 |
| 2) | Menfaatin Ölçülülüğüne İlişkin Tartışma | 152 |
| b. | Özel Olarak Mülkiyetin Kanuni Kısıtlaması İle Benzeşen İçerikteki İrtifaklar Bakımından Menfaatin Niteliği | 153 |
| 1) | Mülkiyet Hakkının Kanundan Doğan Kısıtlamaları İle Aynı İçerikteki İrtifaklar Açısından | 153 |
| a) | Mülkiyet Hakkının Kanundan Doğan Kısıtlamalarının Farklı Çeşitleri | 154 |
| b) | Özel Olarak Kanundan Doğan İrtifaklar Bakımından İnceleme | 156 |
| 2) | Kamulaştırma Yetkisi Olan Kurumların Kanundan Doğan Mecra İrtifakı Talebi Açısından | 157 |
| 3) | Kanuni İçeriği Kaldıran Ya Da Değiştiren İrtifaklar Açısından | 158 |
| 4. | İrtifak Hakkının Yarar Sağladığı Zaman Bakımından | 161 |
| a. | İrtifak Hakkının Kurulması Sürecinde | 162 |
| 1) | Yararın İleride Ortaya Çıkacak Olması Bakımından | 162 |
| 2) | İrtifak Hakkının Kendisi İle Çatışan Haklardan Sonra Kurulması Bakımından | 165 |
| a) | İrtifak Hakkının Önceki Tarihli Başka Bir İrtifak İle Çatışması Halinde | 165 |
| b) | İrtifak Hakkının Kira Konusu Taşınmazda Kurulması Halinde | 166 |
| b. | İrtifak Hakkının Kurulmasından Sonra | 168 |
| 1) | Yararın Öngörülebilir Bir Gelecekte Yeniden Doğacak Olması Bakımından | 168 |
| 2) | Yararın Sürekli Olması Bakımından | 171 |
| C. | Yararın Özdeşliği İlkesi | 173 |
| 1. | İlkenin Düzenlenme Amacı | 173 |
| 2. | Yararın Özdeşliğinin Tespiti Usulü | 175 |
| a. | İrtifak Sözleşmesi İle İrtifak İlişkinin Tarafları Aynı İse | 175 |
| b. | İrtifak İlişkinine Üçüncü Kişi Dahil Olmuş İse | 177 |
| III. | Yararın Kalmaması Ya Da Azalması | 180 |
| A. | Yararın Kalmaması | 180 |
| 1. | Yararın Kalmaması Sebebi İle İrtifak Hakkının Sona Ermesinin Düzenlenme Gerekçesi | 180 |
| a. | Roma Hukuku Ve Karşılaştırmalı Hukukta Durum | 180 |

| | | |
|------|--|-----|
| b. | İsviçre Ve Türk Medeni Kanunları'ndaki Düzenleme Ve Gerekçesi..... | 184 |
| 2. | Yararın Kalmamasının Kriterleri..... | 187 |
| 3. | Yararın Kalmamasının Özel Uygulama Halleri..... | 191 |
| a. | İmkansızlık Hali İle İlgili Görüşler | 191 |
| 1) | İmkansızlık İle MK m. 785/f. I'ın Genel Olarak İlişkisi..... | 192 |
| 2) | İmkansızlığın MK m. 792-793'teki Özel Görünümleri..... | 195 |
| 3) | Harap Olan İntifa Konusu Taşınmaza İlişkin MK m. 798'deki İstisnai Düzenleme | 199 |
| b. | Kanundan Doğan İrtifaklar Bakımından Zorunluluk Halinin Ortadan Kalkması .. | 200 |
| 4. | Yararın Kalmamasının Benzer Kavramlar İle İlişkisi | 204 |
| a. | Haktan Vazgeçilmesi İle İlişkisi..... | 204 |
| 1) | İrtifak Haklarından Vazgeçilmesi | 204 |
| a) | İrtifak Hakkından Vazgeçilme Yolları | 206 |
| i. | İrtifak Hakkından Bir Borçlandırııcı İşlemin İfası Olarak Vazgeçilmesi | 206 |
| ii. | İrtifak Hakkından Tek Taraflı Hukuki İşleme Vazgeçilmesi | 207 |
| b) | İrtifak Hakkından Vazgeçilmesi İçin Diğer Hak Sahiplerinin Vermeleri Gereken Rızalar..... | 212 |
| i. | Rızayı Verecek Kişiye Yönelik Tartışmalar | 212 |
| ii. | İrtifak Hakkından Önce Kurulmuş Aynı Hak Ya Da Şerh Edilmiş Nispi Hak Sahiplerinin Rızasının Aranmasına Yönelik Tartışmalar | 213 |
| iii. | İrtifak Hakkından Serbestçe Vazgeçilmesi Sorunu | 215 |
| 2) | İrtifak Hakkından Vazgeçmenin Yararın Kalmaması İle Bağlantısı | 217 |
| 3) | İdari İrtifaktan Vazgeçilmesi Ve Yargıtay Uygulamasının Yarattığı Karışıklık | 219 |
| b. | İrtifak Hakkının Bağlı Olduğu Bozucu Şartın Gerçekleşmesi İle İlişkisi..... | 223 |
| 1) | İrtifak Hakkının Bozucu Şarta Bağlanmasına İlişkin Türk Ve İsviçre Hukuklarındaki Farklı Yaklaşımlar..... | 223 |
| 2) | İrtifak Hakkının Bozucu Şarta Bağlanmasının MK m. 785 İle İlişkisi..... | 228 |
| B. | Yararın Azalması..... | 229 |
| 1. | Yararın Azalması Sebebi İle İrtifak Hakkının Sona Ermesinin Düzenleme Gerekçesi..... | 229 |
| 2. | Yararın Azalmasının Kriterleri | 229 |
| 3. | Yararın Azalmasının Özel Uygulama Halleri | 234 |
| a. | İrtifakın Arz Ettiği Yükün Ağırlaşması İle İlişkisi | 235 |
| 1) | Yararlanan Taşınmaza İlişkin Değişiklikler | 237 |
| a) | Yararlanan Taşınmazın İşletme İhtiyaçlarının Değişmesi Halindeki Değişiklikler | 237 |
| b) | Yararlanan Taşınmazın Başka Bir Taşınmaz İle Birleşmesi Ve Bölünmesi Halindeki Değişiklikler | 239 |
| 2) | İrtifaktan Yararlanan Kişi Çevresine İlişkin Değişiklikler..... | 242 |
| b. | İrtifak Hakkının Kullanıldığı Yerin Değiştirilmesi İle İlişkisi..... | 242 |
| 4. | Yararın Azalmasının Benzer Kavramlar İle İlişkisi..... | 246 |
| a. | Sözleşmenin Uyarlanmasından Farkları | 246 |
| b. | İrtifak Yerine Mülkiyetin Devri İmkânı İle İlişkisi | 251 |
| c. | MK m. 697 İle İlişkisi | 254 |
| d. | Cebri İcrada Terkin Edilen İrtifak Hakları İle İlişkisi..... | 256 |

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MK m. 785'İN UYGULANMASININ SONUÇLARI

| | | |
|----|---------------------------------|-----|
| I. | Talep ve Yargılama Usulü | 260 |
| A. | Talep..... | 260 |
| 1. | Görevli Ve Yetkili Mahkeme..... | 262 |
| 2. | Taraflar..... | 262 |

| | |
|---|------------|
| a. Davacı..... | 262 |
| b. Davalı..... | 268 |
| B. Yargılama Usulü..... | 269 |
| II. Hakimın Kararı..... | 270 |
| A. Yararın Kalmaması Halinde Hakimın Kararı..... | 271 |
| 1. Hakimın Verebileceği Farklı Kararlar..... | 271 |
| 2. Kararın Hukuki Niteliği Ve Benzer Kavramlarla İlişkisi..... | 271 |
| a. Kararın Hukuki Niteliği..... | 271 |
| 1) MK m. 785/f. I'deki Kararın Yenilik Doğuran Karar Olduğu Görüşü | 272 |
| 2) MK m. 785/f. I'deki Kararın Tespit Kararı Olduğu Görüşü..... | 273 |
| b. MK m. 785/f. I Uyarınca Hakimın Verdiği Kararın Benzer Kavramlarla İlişkisi . | 277 |
| 1) MK m. 1026 Uyarınca Ayni Hakların Sona Ermesi İle İlişkisi..... | 277 |
| a) MK m. 1026'nın Genel Uygulama Alanı Ve MK m. 785 İle İlişkisi | 277 |
| b) MK m. 1026'nın MK m. 792 Ve m. 793 İle İlişkisi | 279 |
| i. Türk Hukukundaki Durum..... | 279 |
| ii. İsviçre Hukukundaki Yenilikler..... | 282 |
| 2) İrtifak Hakkının Tesisi Anında Yararın Bulunmamasından Farkı..... | 284 |
| B. Yararın Azalması Halinde Hakimın Kararı | 286 |
| 1. Yararın Azalması Halinde Hakimın Verebileceği Farklı Kararlar | 286 |
| a. İrtifak Hakkının Sona Erdirilmesi..... | 287 |
| b. Bedel | 288 |
| 1) Bedele İlişkin Esaslar, Özellikle Başka Yerde İrtifak Tesis Etme İmkânı | 289 |
| 2) Nakden Belirlemede Bedel Miktarının Hesaplanması..... | 291 |
| 2. Kararın Hukuki Niteliği Ve Benzer Kavramlarla İlişkisi..... | 296 |
| a. Kararın Hukuki Niteliği..... | 296 |
| b. Kararın Üst Hakkının Süresinden Önce Devredilmesi İle İlişkisi | 298 |
| III. Hakkın Sona Ermesinin Sonuçları..... | 304 |
| A. Terkin..... | 304 |
| 1. Terkin Talebi | 304 |
| 2. Terkinin Hükmü | 304 |
| B. Tapu Siciline Taşınmaz Olarak Kaydedilen İrtifaklar Bakımından Sayfanın Tapu Sicilinden Çıkarılması..... | 305 |
| C. Ayni Unsurlara İlişkin Olmayan Diğer Sonuçlar..... | 306 |
| 1. Yan Borçların Tasfiyesi | 306 |
| 2. Kişisel İlişkinin Tasfiyesi..... | 307 |
| a. Hakların Tasfiyesi | 308 |
| 1) İntifa Ve Oturma Hakkı Bakımından..... | 308 |
| 2) Üst Hakkı Bakımından..... | 313 |
| b. Borçların Tasfiyesi | 314 |
| 3. İrtifaka Bağlı Diğer Haklara Yönelik Sonuçlar | 320 |
| a. Karşılıklı İrtifaklar Bakımından Sonuçlar..... | 320 |
| b. İrtifaka Bağlı Taşınmaz Yükü Bakımından Sonuçlar | 320 |
| SONUÇ..... | 323 |
| KAYNAKÇA..... | 329 |
| ÖZGEÇMİŞ..... | 373 |

KISALTMA CETVELİ

| | |
|---------------------|---|
| ABD | : Ankara Barosu Dergisi |
| ABGB | : Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch |
| art. | : Article/Artikel |
| ATF | : Arrêt du Tribunal fédéral suisse |
| Auf. | : Auflage |
| AÜHFD | : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| AY | : Anayasa |
| AYM | : Anayasa Mahkemesi |
| b. | : Bent |
| BATİDER | : Banka Ve Ticaret Hukuku Dergisi |
| Bd. | : Band |
| BGB | : Bürgerliches Gesetzbuch |
| BK | : Berner Kommentar |
| bkz. | : Bakınız |
| BSK | : Basler Kommentar |
| C. | : Cilt |
| Cass. | : Cassation |
| CC | : Code civil |
| CO | : Code des obligations |
| CR | : Commentaire romand |
| çev. | : Çeviren |
| D. | : Digesta |
| Dan. | : Danıştay |
| DC | : Droit de la construction |
| Disp. trans. | : Disposition transitoire |
| dn. | : Dipnotu |
| E. | : Esas |
| EBK | : 818 sayılı Borçlar Kanunu |
| éd. | : Édition |

| | |
|--------------|--|
| edit. | : Editör |
| EMK | : 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi |
| f. | : Fıkra |
| FF | : Feuille fédérale |
| FrMK | : Fransız Medeni Kanunu |
| FZR | : Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung |
| GBO | : Grundbuchordnung |
| HandK | : Hand Kommentar |
| HD. | : Hukuk Dairesi |
| HGK | : Hukuk Genel Kurulu |
| HMK | : Hukuk Muhakemeleri Kanunu |
| HUMK | : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu |
| İBD | : İstanbul Barosu Dergisi |
| İBK | : İçtihadı Birleştirme Kararı |
| İİK | : İcra ve İflâs Kanunu |
| İsvBK | : İsviçre Borçlar Kanunu |
| İsvMK | : İsviçre Medeni Kanunu |
| İtMK | : İtalyan Medeni Kanunu |
| İÜHFM | : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası |
| JdT | : Journal des Tribunaux |
| K. | : Karar |
| KamK | : Kamulaştırma Kanunu |
| KMK | : Kat Mülkiyeti Kanunu |
| KurzK | : Kurz Kommentar |
| m. | : Madde |
| MK | : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu |
| MS | : Milattan sonra |
| N. | : Paragraf numarası |
| no. | : Numara |
| OFK | : Orell Füssli Kommentar |
| OR | : Obligationenrecht |
| ORF | : Ordonnance sur le registre foncier |

| | |
|------------------|---|
| PJA | : Pratique juridique actuelle |
| PMF | : Population masculine et féminine |
| RDC | : Revue des contrats |
| RG | : Resmi Gazete |
| RJB | : Revue de la société des juristes bernois |
| RKHK | : Rekabetin Korunması Hakkında Kanun |
| RNRF | : Revue suisse du notariat et du registre foncier |
| RRJ | : Revue de la recherche juridique |
| RSJ | : Revue suisse de jurisprudence |
| RTD civ. | : Revue trimestrielle de droit civil |
| RVJ | : Revue valaisanne de jurisprudence |
| s. | : Sayfa |
| S. | : Sayı |
| SchlT. | : Schlusstitel |
| SJ | : La semaine judiciaire |
| Sys. Teil | : Systematischer Teil |
| T. | : Tome |
| TABAD | : Tarım Bilimleri Dergisi |
| TBBD | : Türkiye Barolar Birliği Dergisi |
| TBK | : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu |
| TF | : Tribunal fédéral |
| Tit. fin. | : Titre final |
| TRH | : Türkiye Hayat Tabloları |
| TSHK | : Türk Sivil Havacılık Kanunu |
| TST | : Tapu Sicili Tüzüğü |
| TTK | : Türk Ticaret Kanunu |
| vd. | : Ve devamı |
| vol. | : Volume |
| vorb. | : Vorbemerkungen |
| Y. | : Yıl |
| Yarg. | : Yargıtay |
| ZGB | : Zivilgesetzbuch |

ZK : Zürcher Kommentar

ZSR : Zeitschrift für schweizerisches Recht



GİRİŞ

İnsanların yaşam faaliyetlerini sürdürebilecekleri taşınmazlar, özellikle de bir üretim aracı olan araziler kısıtlı olduğunda, mülkiyet hakkı herkesin yararlanamadığı değerli bir hak olarak öne çıkar. Toplumdaki herkes mülkiyet hakkından yararlanamasa da, hem barınma hem de üretim ihtiyacının sağlanabilmesi için taşınmazlara ihtiyaç duyulur. Eşya hukukuna hakim olan belirlilik ilkesi gereği, aynı taşınmaz üzerinde birden fazla kişinin münhasır mülkiyet hakkı bulunamaz. Taşınmaz üzerinde bu barınma ve üretim ihtiyacını karşılayacak bir yetkinin üçüncü kişilere karşı ileri sürülememesi halinde ise, bu ihtiyaç sürekli bir biçimde giderilmiş olmayacaktır. Dolayısıyla yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkından kaynaklanan bazı yetkilerini kullanmaktan kaçınmasını öngörerek, hak sahibine hakka konu olan eşyadan, bu çerçevede taşınmazdan yararlanma yetkisi tanıyan irtifak hakları, üretim ve barınma ihtiyacına cevap verecek etkili bir hukuki araç olarak karşımıza çıkmaktadır.

Taşınmaz sayısının nüfusa oranla az olduğu ülkelerde irtifak haklarına sıklıkla rağbet edilmektedir. Yapılan bir araştırmada, toprak sıkıntısı yaşayan İsviçre’de en çok başvurulan sınırlı ayni hak türünün irtifak hakları olduğu tespit edilmiştir¹. Ülkemiz bakımından henüz taşınmaz sıkıntısı çekilmese ve böylece irtifak haklarına pek müracaat edilmese de, hızla artan nüfus ve yanlış şehir planlamaları sonucunda tarım arazilerinin yapılaştırılması, yakın bir gelecekte taşınmaz eksikliği çekilmesine sebebiyet verebilecektir. Böyle bir halde ise, mülkiyet hakkı çok değer kazanacağından, bireylerin yaşam faaliyetlerini sürdürebilmek için taşınmazlardan irtifak hakları yolu ile yararlanacaklarını öngörmek şimdiden mümkündür.

Bu duruma yüklü taşınmaz malikinin bakış açısından yaklaşıldığında ise, irtifak hakkı, diğer sınırlı ayni haklarda olduğu gibi, malikin mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerini kısıtlamakta, bu sebeple hak konusu eşyanın değerinin azalmasına sebep olmaktadır. Nasıl ki irtifak hakkı sahibinin menfaati bir maldan, çoğu halde taşınmazdan yararlanmak ise, malikin menfaati ise mülkiyet hakkını bu

¹ Charles Besson, “La suppression et l’adaptation des servitudes par le juge (art. 736 et 742 CC)”, *JdT* 1969 I 258, s. 258.

kısıtlamadan kurtararak hem yetkilerini tam olarak kullanabilmek, hem de mülkiyetinin yeniden değer kazanabilmesini sağlamaktadır. Bu çerçevede irtifak haklarının sona erme halleri düzenlenir iken, temel bir prensip konulmuştur: İrtifak hakkının varlık sebebi, kişisel irtifak hakkı sahibi ya da yararlanan taşınmaz maliki için bir yarar göstermesidir. İrtifak hakkının kurulduğu anda arz ettiği yarar zaman içinde tamamen kaybolur ise, varlık sebebini kaybetmiş bu hak sona erer. Hatta bir hukuk politikası tercihi olarak İsviçre ve Türk hukuklarında kanun koyucu daha da ileri giderek, yararı yükü karşısında önemli ölçüde azalan ve bu sebep ile ayakta tutulmasının haklı görülmeyeceği irtifak haklarının da bir bedel karşılığında sona erdirilebileceğini düzenlemiştir. Nitekim, Medeni Kanun'un 785. maddesine göre *“[l]ehine irtifak kurulan taşınmaz için bu hakkın sağladığı hiç bir yarar kalmamışsa, yüklü taşınmazın maliki bu hakkın terkinini isteyebilir. / Yüküne oranla çok az yarar sağlayan bir irtifak hakkının, bedel karşılığında kısmen veya tamamen terkinini istenebilir”*.

Yararın kalmaması ya da azalması sebebi ile irtifak haklarının sona ermesini konu alan bu çalışmamızda, sözü geçen MK m. 785 hükmünü inceleyeceğiz. Taşınmaz lehine irtifak hakları kapsamında düzenlenmiş, ama kişisel irtifak haklarına da uygulanan bu hüküm, irtifak haklarının sona erme rejiminde kilit bir rol oynamaktadır. Bu sebeple çalışmamızın ilk bölümü, MK m. 785'in düzenlenme amacının değerlendirilmesine ayrılmıştır. Mülkiyet kavramı ve bu kavram karşısında irtifak haklarının yerini saptayacağımız bu bölümde, irtifak haklarının nasıl bir ilişki yarattığını, ne şekilde taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamasını oluşturduğunu ve mülkiyetin korunması için Medeni Kanun sisteminde hangi tedbirlerin öngörüldüğünü, bu çerçevede MK m. 785'in işlevini ele alacağız.

Medeni Kanun'un 785. maddesinin uygulanma şartlarını incelediğimiz ikinci bölümde, öncelikle hükmün uygulama alanını tespit edecek, sonrasında ise bir ön şart olarak bulunması gereken yarar kavramına yoğunlaşacağız. Bundan sonra, MK m. 785/f. I çerçevesinde yararın tamamen ortadan kalkması ile, MK m. 785/f. II çerçevesinde yararın irtifak yüküne oranla önemli ölçüde azalması kavramlarını, özel uygulama alanları ve benzer kavramlarla farklarını da ortaya koyarak açıklayacağız.

Üçüncü ve son bölümde ise, MK m. 785'in uygulanmasının sonuçlarını belirleyeceğiz. Bu kapsamda, davacı ve davalıyı tespit ettikten sonra, her iki fıkra uyarınca hakimin vereceği kararın hukuki niteliğini ve etkisini ortaya koyacağız. MK m. 785/f. II çerçevesinde ödenmesi gereken bedel ile ilgili özellikleri vurgulayacak ve terkinin gerçekleştirilmesi ile irtifak ilişkisinin tasfiyesinin ne şekilde yapılması gerektiğini açıklayacağız. Bu tasfiye ilişkisinde, haklar ve borçları ayrı ayrı değerlendireceğiz.



BİRİNCİ BÖLÜM: MK m. 785'İN DÜZENLENME AMACI

İrtifak hakkının mahkeme kararı ile sona ermesine ilişkin MK m. 785'in uygulanma şartlarının belirlenebilmesi için, öncelikle bu hükmün düzenlenme amacının incelenmesi gerekir. İrtifak haklarının sona erme hallerinden birini oluşturan bu hükmün düzenlenme amacının tespiti için ise, irtifak haklarının mülkiyet hakkı karşısındaki durumu saptanmalıdır. Zira eşya hukuku sistemi, hak sahibine eşya üzerinde tam bir yararlanma yetkisi sağlayan mülkiyet hakkı¹ üzerine inşa edilmiştir. Bu nedenle, öncelikle mülkiyet kavramını ve kısıtlamalarını ele alıp irtifak haklarının mülkiyet hakkı karşısındaki konumunu değerlendireceğiz. Bu değerlendirme sonrasında vardığımız sonuçlar ile, irtifak haklarının mahkeme kararı ile sona ermesinin işlevini ve MK m. 785'in düzenlenme amacını ortaya çıkaracağız.

I. Mülkiyet Hakkı, Kısıtlamaları Ve İrtifak Haklarının Konumu

Bu başlık altında mülkiyet hakkı ve kısıtlamaları incelendikten sonra, irtifak haklarının mülkiyet hakkı karşısındaki yeri ortaya konulacaktır.

A. Mülkiyet Hakkı Ve Kısıtlamaları

Mülkiyet hakkının üzerinde uzlaşmış bir tanımı yoktur. Hak sahibine, eşya üzerinde kullanma, yararlanma ve tüketme yetkilerini tanıdığı sabit olsa da, bu yetkilerin ne oranda kullanılabilceği tartışmalara sebep olmaktadır. Malikin, mülkiyet hakkını sınırsız bir biçimde kullanabilmesi, Roma hukukunda Jüstinianus döneminden itibaren reddedilmekte, mülkiyet hakkının sağladığı yetkilerin bazı

¹ Mülkiyet hakkının içeriğini düzenleyen MK m. 683 uyarınca, mülkiyet hakkı malike eşya üzerinde, hukuk düzeninin sınırları içinde kullanma, yararlanma ve tüketme yetkilerini tanıır. Bu durum ise, ileride de görüleceği üzere, mülkiyet hakkının eşya üzerinde kurulan diğer aynı haklara oranla hak sahibine daha geniş bir yetki sunduğu anlamına gelir. Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk, **Eşya Hukuku**, İstanbul, Beta, 2009, s. 380; Fikret Eren, **Mülkiyet Hukuku**, 4. Bası, Ankara, Yetkin 2016, s. 4; M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 22. Bası, İstanbul, Vedat, 2016, s. 148; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, 19. Baskı, İstanbul, Filiz, 2016, N. 1120-1121; Lâle Sirmen, **Eşya Hukuku**, Ankara, 4. Baskı, Yetkin, 2016, s. 239.

kısıtlamalar çerçevesinde kullanılabileceği kabul görmektedir. Mülkiyet hakkının malike verdiği yetkiler ile bu kısıtlamalar arasındaki ilişki devirlere, sosyal ihtiyaçlara ve politik görüşlerin bu sosyal ihtiyaçlara sunduğu çözümlere göre farklı biçimlerde şekillenmiştir. Sonuç olarak mülkiyet hakkı, üzerinde hâlâ görüş birliği sağlanamamış bir kavram olarak karşımıza çıkar.

1. Mülkiyet Kavramı Ve Tanıdığı Yetkilerin Kısıtlamalar Karşısındaki Konumu

Mülkiyet kavramını tanımlayan farklı görüşler, mülkiyet hakkının tanıdığı yetkilerin, mülkiyet hakkının kısıtlamaları karşısındaki konumu ve bu çerçevede ne ölçüde kullanılabilecekleri hususunu ele alır. Bu tartışmalardaki temel çıkış noktası; özellikle taşınmaz malların önemli ve sınırlı bir üretim aracı olmasından kaynaklanır. Zira, her ne kadar taşınmazlar üzerinde bir ya da birkaç kişinin mülkiyet hakkı bulursa da, bu taşınmazda gerçekleştirilen üretimin dolaylı olarak topluma da fayda sağlaması istenir. Oysa taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerin kullanılmasının sınırsız olarak bir ya da birkaç kişiye tanınması, bu kişilerin özellikle tüketme yetkilerini sınırsızca kullanarak toplumu değerli bir üretim kaynağından mahrum bırakmaları riskini doğurur². Bu risk karşısında mülkiyet kavramını değerlendiren bu görüşlere göre, mülkiyetten kaynaklanan yetkilerin kullanımını sınırlandırılmalıdır. Görüşlerin farklılaştığı husus, mülkiyet hakkının tanıdığı yetkilerin, hakkın kısıtlamaları karşısındaki konumudur.

a. Mülkiyet Kavramını Tanımlayan Farklı Görüşler

Bireysel mülkiyeti reddeden sistemler dışlanacak olursa, mülkiyet kavramını ve mülkiyet hakkının sağladığı yetkilerin kısıtlamalar karşısındaki konumunu

² Özellikle çağdaş mülkiyet görüşü, mülkiyetin emek ve üretim unsurlarından soyutlanarak tedavül nesnesi olarak değerlendirilmesine bir tepki olarak ortaya çıkmıştır. Rona Serozan, "Mülkiyet Hakkının Özü, İşlevi ve Sınırları", **Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, C. I**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 249.

açıklayan iki temel görüş³ bulunur: klasik ferdiyetçi mülkiyet görüşü ve çağdaş sosyal mülkiyet görüşü.

1) Klasik Ferdiyetçi Mülkiyet Görüşü Ve Bu Görüşe Yöneltilen Eleştiriler

a) Klasik Ferdiyetçi Mülkiyet Görüşü

Klasik ferdiyetçi görüş, temellerini Roma hukukundan alır. Bu görüşe göre, mülkiyet hakkı hak sahibine eşya üzerinde kullanma, semerelerinden yararlanma ve tasarruf etme yetkilerini tam olarak sağlayan, en geniş kapsamlı ayni haktır. Her ne kadar bu görüşün mülkiyet hakkını sınırsız bir ayni hak olarak ele aldığına yönelik bir kanaat bulunsa da⁴; temellerini aldığı Roma hukukunda dahi mülkiyet hakkının sınırsız olduğu düşünülmemiş, kamu yararı gibi sebepler ile kısıtlanabileceği kabul edilmiştir⁵.

Klasik ferdiyetçi görüşü savunan yazarlara göre⁶, mülkiyet hakkının malike tanıdığı yetkilere getirilen kısıtlamalar, mülkiyet hakkına yabancıdır. Mülkiyet hakkı

³ Kabul edilmemesi gereken bağdaştırıcı görüşe göre, klasik ferdiyetçi görüş ile çağdaş sosyal görüş arasındaki mülkiyet tanımı hususundaki tartışma teorik düzeyde kalmaktadır. Mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilere dışarıdan sınırlama getirilmesi ya da bu yetkilerin en başta, mülkiyet kavramının içeriğine dahil olan ödevler sebebi ile kısıtlanması, bu görüşü savunan yazarlara göre uygulamada herhangi bir farklılığa sebep olmaz. Salih Şahiniz, **Türk Medeni Hukukunda Zaruri Mecra İrtifakı**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2001, s. 40; Salih Şahiniz, “Gayrimenkule Mülkiyetinin Komşuluk Hukukuna İlişkin Dolayısıyla Kanundan Doğan Sınırlamaları: Zaruri (Zorunlu) İrtifaklar (Les servitudes nécessaires)”, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan**, C. I, 2001, s. 640; Peter Tuor, **Le Code civil suisse**, (çev. Henri Deschenaux), 2^e éd., Zurich, Editions Polygraphiques, 1950, s. 472. Oysa aşağıdaki açıklamalarımızda da vurgulayacağımız üzere, iki görüş arasındaki ayrılıklar bazı hususlarda farklı hukuki sonuçlara sebep olmaktadır.

⁴ Bu kanaatin eleştirisi için bkz. August Simonius, “Was bedeuten für uns die Pandekten?”, **ZSR** 53/1934, s. 24-25.

⁵ Theodor Bühler, “Zur Geschichte des Eigentumsbegriffs”, **RSJ**, Heft 19, 1974, s. 291; Selim Kaneti, “Mülkiyet Hakkının İçeriksel Değişimi”, **İstanbul Üniversitesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, Mahmut R. Belik’e Armağan**, İstanbul, İ.Ü. Basımevi ve Film Merkezi, 1993, s. 284; Özcan Karadeniz Çelebican, “Çağdaş Mülkiyet Anlayışı Dolayısıyla Roma Mülkiyetinin Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu”, **BATİDER**, C. XIII, S. 3-4, **Prof. Dr. Hikmet Belbez’in Hâtırasına Armağan**, 1986, s. 163-164.

⁶ Jean-Jacques Bosshart, “Les restrictions légales indirectes de la propriété foncière”, **Université de Fribourg**, Thèse, Tramelan, 1954, s. 29-31; Henri Deschenaux, “Les restrictions légales de la propriété et le registre foncier”, **RNRF** 38/1957, s. 322; Bénédict Foëx, “Art. 641-645; 884-898; 907-915 CC”, **Commentaire Romand, Code civil II**, (edit. Pascal Pichonnaz/Bénédict

eşya üzerinde salt kullanma, semerelerinden yararlanma ve tüketme yetkilerinden oluşur⁷. Bu yetkilerin kullanılmasına kanun ile kısıtlama getirilebileceğini kabul etmek gerekirse de, bu kısıtlamalar istisnai, mülkiyet hakkının yapısına yabancı, dışarıdan ve sonradan getirilmiş kısıtlamalar olacaktır.

Mülkiyet hakkını sadece yetkiler veren ve hakkın özüne yabancı istisnai kısıtlamalar ile sınırlandırılan bir kavram olarak tanımlamanın iki temel sonucu bulunur: İlk sonuç, bir kişinin malik olmadığını ya da mülkiyet hakkından kaynaklanan bir yetkisinin getirilen bir kısıtlama sebebi ile kullanamayacağını iddia eden tarafın, bu iddiasını ispat külfeti altında olmasıdır⁸. Yoksa malikten, kullanma, semerelerden yararlanma ve tüketme yetkilerine sahip olduğunu ve bu yetkilerinin kısıtlanmadığını ispatlaması beklenmez. Bu durum MK m. 6'da düzenlenen, kişinin hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispat ile yükümlü olması kuralının bir istisnası niteliğindedir. İkinci sonuç ise daha çok psikolojik niteliktedir. Mülkiyet hakkı malike eşya üzerinde tam yetki sağladığından, bu yetkilerin kullanılmasına getirilen her kısıtlama, malike sahip olduğu hakimiyet alanının daraltılması olarak yansır⁹. Böyle bir halde malik, mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerini gereği gibi kullanabilmek adına, mülkiyet hakkına getirilen kısıtlamaların kaldırılması için uğraş verecektir.

Foëx/Denis Piotet), Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2016, art. 641 CC, N. 6; Arthur Meier-Hayoz, **Berner Kommentar, Das Sachenrecht, das Eigentum, Systematischer Teil und allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654 ZGB, Bd. IV/1**, 5. Auf., Bern, Stämpfli, 1981, Sys. Teil, N. 317; Paul-Henri Steinauer, **Les droits réels, T. I, Introduction à l'étude des droits réels, possession et registre foncier, dispositions générales sur la propriété, propriété par étages**, 5^e éd., Berne, Stämpfli, 2012, N. 1005; Paul-Henri Steinauer, "La propriété privée aujourd'hui", **Société suisse des juristes, Rapports et communications**, 115, 1981, s. 214; Wolfgang Wiegand, "Art. 641-645", **Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar**, (edit. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), 5. Auf., Basel, Helbing&Lichtenhahn, 2015, art. 641 ZGB, N. 9.

⁷ Mülkiyet hakkı, bu tanım sayesinde eşya üzerinde tesis edilebilecek irtifak, taşınmaz yükü ve rehin haklarından farklılaşır. Zira, mülkiyet eşya üzerinde tam bir egemenlik sağlar; sınırlı ayni haklar ise hak sahibine eşya üzerinde sınırlı bir hakimiyet sunar. Böylece klasik görüş, sınırlı ayni haklar ile mülkiyet arasındaki ilişkinin daha rahat ortaya konulmasına imkan tanır.

⁸ Steinauer, **Propriété**, s. 216.

⁹ Steinauer, **Propriété**, s. 217.

b) Klasik Ferdietçi Mülkiyet Görüşüne Yöneltilen Eleştiriler

Klasik ferdiyetçi mülkiyet görüşüne yöneltilen ilk eleştiri¹⁰, kaynakların bencilce bireysel menfaatler için kullanılamayacağı, kaynakların eşit dağılımı adına toplum menfaatinin de gözetilmesi gerektiğidir. Gerçekten de bu görüş kabul edilecek olur ise, önemli bir üretim kaynağı olan taşınmazdan malik tek başına bir fayda elde edecek; toplum malikin elde ettiği bu faydadan ancak vergiler yolu ile yarar sağlayabilecektir. Yine de kaynakların adaletli dağıtımının sağlanabilmesi için, ön şart olarak kaynakların korunması gerektiği de göz önünde tutulmalıdır. Zira, kaynak bulunmaz ise, sosyal amaçlar ile dağıtılabilecek bir üretim de yapılamaz.

İkinci eleştiriye göre¹¹ ise, mülkiyet hakkının dışarıdan sınırlamalara tâbi tutulması halinde, sınırlamaların nerede sona ereceği bilenemeyeceğinden yetkilerin belirsizleşmesi riski vardır. Kanaatimizce bu eleştiriye de temkinli yaklaşılmalıdır. Klasik ferdiyetçi görüşe sınırlamaların belirsiz olduğu eleştirisi yöneltilebilecek ise de, malikin yetkilerinin belirli olduğu hatırdan çıkmamalıdır. Yetkilerin kullanımını engelleyen bu dışsal sınırlamaların amaca aykırı bir hal alması ihtimalinde, malik hukuki koruma yollarına başvurarak bu sınırlamaların artık amaca uygun olmadığını ve kaldırılması ya da kendisine uygulanmaması gerektiğini ortaya koyabilecektir. Mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerin belirli olması, malike kendisini daha etkili olarak koruyabilme imkanı sunar.

¹⁰ Arthur Meier-Hayoz, "Vom Wesen des Eigentums", **Revolution der Technik, Evolutionen des Rechts, Festgabe für Karl Oftinger**, Zürich, Schulthess, 1969, s. 171-186, s. 186; Hans Peter, **Wandlungen der Eigentumsordnung und der Eigentumslehre seit dem 19. Jahrhundert, Ein Beitrag zur neueren Geschichte des Zivilrechts**, Aarau, Verlag A. R. Sauerländer&Co., 1949, s. 100.

¹¹ Aydın Zevkliler, "Mülkiyetin Yapısı ve Mülkiyetten Doğan Ödevler", **Prof. Dr. Bülent Nuri Esen'e Armağan**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977, s. 596.

2) Çağdaş Sosyal Mülkiyet Görüşü Ve Bu Görüşe Yöneltilen Eleştiriler

a) Çağdaş Sosyal Mülkiyet Görüşü

Kamu hukukçuları tarafından geliştirilen çağdaş sosyal mülkiyet görüşü, kendi içinde birkaç farklı yaklaşımdan oluşur¹². Ortak olarak, mülkiyet hakkını tanımlarken bireysel menfaatten yola çıkılamayacağını ileri süren bu yazarlar, mülkiyet hakkına yüklenen ödevlerin konumunu açıklar iken birbirlerinden ayrılırlar. İlk yaklaşım¹³, mülkiyeti sadece toplumun menfaatlerine hizmet eden ve ödevlerden oluşan bir kavram olarak ele alır. Mülkiyet, zenginliği elinde tutanlar bakımından toplumsal bir işleve sahiptir; malik, kendisine ait eşya ile kamusal üretime katkıda bulunma ödevi altındadır. İkinci olarak, mülkiyet hakkının özel hukuk ve kamu hukuku kurallarının karışımı bir kavram olarak ortaya koyan bir yaklaşım bulunur¹⁴. Bu yaklaşıma göre mülkiyet hakkı, hukuk düzeninin gerektirdiği kurallara uyulduğu müddetçe malike hakimiyet sağlayacaktır. Bu yaklaşım içinde değerlendirilebilecek farklı bir yorum uyarınca¹⁵, kanun koyucu mülkiyetin anayasal teminatı ile bağlıdır ve sadece üstün

¹² Çağdaş sosyal mülkiyet görüşüne karşı eleştiri olarak ileri sürülen, ne var ki kavramsal açıdan yine bu görüşün uzantısı halini almış farklı görüşler de bulunmaktadır. İlk olarak fonksiyonel mülkiyet görüşüne göre, mülkiyet hakkı eşyanın doğası ve özünün imkan verdiği ölçüde eşyayı kullanma ve eşya üzerinde tasarrufta bulunma hakkıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bühler, s. 309-310. Bu görüşe göre, bazı kısıtlamalar eşyanın doğasından ötürü vardır, hukuk düzeni tarafından getirilmemiştir. Malik, eşya üzerinde sınırsız bir hakimiyete sahip değildir ve malikin hakimiyeti, korunmaya değer olduğu ölçüde korunur. Bühler, s. 309. Bu görüş, eşyanın doğası ve mülkiyetin özü kavramlarının muğlaklığı sebebiyle eleştirilmektedir. Kaldı ki, eşyanın doğasının kanun koyucu tarafından belirlenmiyor olması durumunda, fonksiyonel mülkiyet teorisinin çağdaş sosyal mülkiyet görüşünün bir görünümü olduğu ifade edilmiştir. Steinauer, **Propriété**, s. 223-224. Başka bir görüşe göre ise de mülkiyet kavramının kamu hukuku mülkiyeti ve özel hukuk mülkiyeti olmak üzere ikiye ayrılması yerinde olur. Pierre Moor, "Aménagement du territoire et propriété privée", **Société suisse des juristes, Rapports et communications**, 110, 1976, s. 385. Özel hukuk mülkiyetinin konusunu bireyler arasındaki ilişkiler oluşturacak iken, kamu hukuku mülkiyetinin konusu birey ile devlet arasındaki ilişki olacaktır. Konuları aynı olmadığı için kavramlar da birbirinden farklıdır ve aralarında herhangi bir hiyerarşi ilişkisi bulunamaz.

¹³ Léon Duguit, **Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon**, Paris, Librairie Félix Alcan, 1912, s. 158 ve bu görüşe yakın olan yazarlar için bkz. Jean Carbonnier, **Droit civil, T. II/1, Les biens**, Paris, PUF, 1957, s. 85-86; mülkiyetin önemli bir sosyal fonksiyon görmesi bakımından Duguit'ye hak vermekle birlikte mülkiyetin sadece ödev yükleyen sosyal bir hak olmadığına, subjektif bir hak olduğuna ilişkin bkz. Peter, s. 100-101.

¹⁴ Robert Haab, "Art. 641-703 ZGB", **Das Eigentum, Zürcher Kommentar, Bd. IV/1, 2. Auf.**, Zürich, Schulthess, 1977, art. 641 ZGB, N. 4.

¹⁵ Bernhard Waldmann, "Eigentum und Eigentumsordnung – Einige Gedanken zum Recht auf Eigentum", **Une empreinte sur le Code civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer**, Berne, Stämpfli, 2013, s. 658-659.

kamu yararı varsa malikin kullanma ve tasarruf etme yetkileri sınırlandırılabilir. Fakat Anayasa'nın öngördüğü bazı doğrudan düzenlemeler¹⁶, mülkiyetin teminatı ile aynı değerde olduğundan bu teminatın kapsamına girmez. Bu doğrudan düzenlemeleri mülkiyet hakkından kaynaklanan bir ödev olarak görmek gerekir. Son olarak ise, mülkiyet hakkının eşya, kişi ve toplum arasındaki üçlü bir ilişki çerçevesinde tanımlanması gerektiğini ortaya koyan yaklaşım bulunur¹⁷.

Bütün bu yaklaşımların ortak yönü, mülkiyet kavramının içinde yetkilerle beraber ödevlerin de varlığının kabulüdür¹⁸. Mülkiyet hakkının sadece toplum menfaatine yarar sağlayabileceği görüşü bir yana bırakılacak olursa; kişisel menfaat ile toplumsal menfaat arasında bir denge sağlanabilmesi adına mülkiyet hakkının yetki ve ödevleri beraberce kapsadığı sonucuna varılır¹⁹. Mülkiyet hakkının kullanımını sınırlayacak ödevlerin de mülkiyetin kapsamında yer alması, üretim kaynaklarına toplumun da erişebilmesi açısından önemlidir. Zira, üretilen ürünün mübadele değeri ile iş gücünün kullanım değeri arasındaki farkın sermaye sahibine bırakıldığı dikkate alındığında, toplumun üretim kaynaklarına erişebilmesi, ancak mülkiyetin içeriğinde bazı ödevleri bulundurduğunun kabulü ile mümkün olur²⁰. Aynı zamanda, hukuk düzeni hakkın kapsamında yer alan bu ödevler sayesinde toplumun mülkiyetin kullanılma biçimine müdahalesini sağlayarak, malikin mülkiyet hakkını üçüncü kişilere zarar verici biçimde kullanmasını engellemektedir. Klasik

¹⁶ İsviçre hukuku bakımından verilen bazı örnekler, minare yasağına ilişkin İsviçre Anayasası'nın 72. maddesinin 3. fıkrası ile doğal miras niteliğindeki bataklık alanlarının korunmasını ve bu bataklık alanlarında alan düzenlemesi ya da teçzihat kurulması yasağını düzenleyen 78. maddesinin 5. fıkrasıdır.

¹⁷ Akipek, Akıntürk, s. 376-377; Fikret Eren, "Mülkiyet Kavramı", **Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1974, s. 778; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, **Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz, 1991, s. 655; Zevkliler, s. 574-57.

¹⁸ **BK-Meier-Hayoz**, Sys. Teil, N. 334; Heinz Rey, **Grundriss des schweizerischen Sachenrechts I: Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum**, T. I, 3. Auf., Bern, Stämpfli, 2007, N. 587; Pascal Simonius, Thomas Sutter, **Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Bd. I, Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum**, Basel, Helbing&Lichtenhahn, 1995, s. 52-53 ve s. 397. Bir taşınmazın sonradan yapılan imar düzenlemeleri ile tarım alanına dahil edilmesinin, taşınmazın malikini taşınmazını belirli bir şekilde kullanmaya zorlaması bakımından ciddi bir sınırlama olduğu vurgulansa da, mülkiyet hakkının anayasal teminatını aşmadığına ilişkin bkz. ATF 74 I 45 = JdT 1948 I 432

¹⁹ Veysel Başpınar, **Mülkiyet Hakkını İhlâl Eden Müdahaleler**, Ankara, Yetkin, 2009, s. 99-100; Çörtoğlu, s. 69; Eren, **Mülkiyet**, s. 4; Turhan Esener, "L'influence du droit public sur la propriété privée immobilière en droit privé turc", **AÜHFD**, C. XIX, S. 1-4, 1962, s. 234; Meier-Hayoz, **Vom Wesen**, s. 180-181.

²⁰ Serozan, **Mülkiyet**, s. 254.

ferdiyetçi mülkiyet görüşünden farklı olarak, burada esas olan mülkiyet hakkının malike yüklediği ödevlerdir. Mülkiyet hakkının kapsamından bu ödevler ayrıldıktan sonra malike kalan hakimiyet alanı, malikin yetkilerini oluşturur.

Kaldı ki, günümüzde mülkiyet hakkını sınırlandıran kuralların yoğunluğu, mülkiyet hakkının sağladığı yetkilere denk geldiği için de bu sınırlamaların artık mülkiyet hakkının kapsamına dahil olduğu da kabul edilmelidir²¹.

Çağdaş sosyal mülkiyet görüşünün getirdiği yenilik, sadece mevcut hukuki düzendeki kamu hukuku kaynaklı sınırlamaları mülkiyet hakkının kapsamına almaktadır. Yoksa mülkiyeti sübjektif bir hak olmaktan çıkarmamakta, hakkın kullanılma şeklini değiştirmemektedir²².

Bu görüşün pratik önemi, yine ispat hukuku bakımından kendisini gösterir. Malikin belirli bir yetkisini kullanamayacağı iddiası karşısında, malik kanundan kaynaklanan bir kısıtlama bulunmadığı için mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkisini kullanabileceğini ispat külfeti altındadır²³. Kaldı ki hakim, önüne gelen bir uyuşmazlıkta, mülkiyet hakkından kaynaklanan bir ödevin varlığından ötürü yine mülkiyet hakkından kaynaklanan bir yetkinin kullanılamayacağına re'sen hükmedebilir.

b) Çağdaş Sosyal Mülkiyet Görüşüne Yöneltilen Eleştiriler

Çağdaş sosyal mülkiyet görüşüne yöneltilen ilk eleştiri, kavramsal niteliktedir ve bir kavramın istisnaları aracılığı ile açıklanamayacağını ortaya koyar. Bu eleştiri uyarınca mülkiyet hakkı sadece yetki ve özgürlüklerden oluşur. Sınırlar, mülkiyetin niteliği olamaz; aksi takdirde, mülkiyet soyut olarak ele alınamaz ve hak kavramının tanımı bulanıklaşır²⁴. Kavrama, kavramın getirdiği özgürlüklerin istinası dahil

²¹ Kaneti, s. 288.

²² BK-Meier-Hayoz, Sys. Teil, N. 321; Peter, s. 101.

²³ Steinauer, **Propriété**, s. 220, dn. 36.

²⁴ Peter Liver, "Eigentumsbegriff und Eigentumsordnung", **Privatrechtliche Abhandlungen, Festgabe zum 70. Geburtstag des Verfassers am 21. August 1972**, Bern, Stämpfli, 1972, s. 170; Peter Liver, **Die Grunddienstbarkeiten, Art. 730-744 ZGB, Zürcher Kommentar, T. IV/2a/1**, 3. Auf., Zurich, Schulthess, 1980, Einleitung zum Dienstbarkeitskommentar, N. 80-83; BK-Meier-Hayoz, Sys. Teil, N. 322. Son yazarın, sonraki tarihli "Vom Wesen des

olamaz²⁵. Bu çerçevede mülkiyet kavramı ile mülkiyet hakkının kullanılması birbirinden ayırt edilmeli ve hakkın kullanılmasının bazı toplumsal düşünceler ile, kavrama yabancı biçimde dışarıdan kısıtlanabileceği sonucuna varılmalıdır.

Yine bu kavramsal eleştirinin devamı olarak görülebilecek ikinci husus, mülkiyet hakkının artan sınırlamalarının, mülkiyet kavramının hukuki niteliğini etkilemeyecek olmasıdır²⁶. Mülkiyet hakkının sınırlamalarının çok olması, bu sınırlamaların artık mülkiyet hakkının kapsamına girdiği sonucunu doğurmaz. Böyle bir halde, malikin korunmasına ilişkin daha yoğun bir ihtiyaç hissedilecek ve hakim sınırlamalara müdahalesi mümkün olacaktır. Devletin kısıtlamalara bu şekilde müdahalede bulunması, mülkiyet kavramını geliştirmeyi amaçlar²⁷.

Bununla birlikte mülkiyetin kapsamında yer alan ödevlerden tam olarak neyin anlaşılması gerektiği hususunda da bir birlik bulunmamaktadır. Önerilen ilk kıstas, malikin iradesine dayanmayan, kamu hukuku kaynaklı kısıtlamaların ödev olarak nitelendirilmesi, ancak sınırlı aynı hak tesisi gibi malikin iradesine dayanan özel hukuk işlemlerinin mülkiyet hakkına yabancı bir kısıtlama olarak ele alınmasıdır²⁸. Bu durumda mülkiyetten kaynaklanan yetkilerin kanun tarafından daraltılması ödev; taraflar iradesi ile daraltılması da kısıtlama olarak karşımıza çıkmaktadır. İkinci kıstasa göre ise, ödev ile mülkiyet hakkına yabancı kısıtlama arasındaki fark ortaya konulurken, devletin malike bir bedel ödeyip ödemediğine bakılmalıdır²⁹. Kamulaştırma örneğinde olduğu gibi, mülkiyet hakkının ihlal edilmesine karşı idare malike bir bedel ödüyor ise³⁰, mülkiyet hakkına yabancı bir kısıtlama bulunur.

Eigentums” isimli makalesi ile bu görüşünden döndüğünü ve çağdaş sosyal mülkiyet görüşünü kabul ettiğini belirtmek isteriz.

²⁵ Peter Liver, “Das Eigentum”, **Schweizerisches Privatrecht**, Bd. V/1, Basel und Stuttgart, Helbing&Lichtenhahn, 1977, s. 6-7; Thomas Sutter-Somm, **Schweizerisches Privatrecht, Das Eigentum und Besitz, Bd. V/1**, 2. Auf., Basel und Stuttgart, Helbing Lichtenhahn, 2014, N. 10.

²⁶ BK-Meier-Hayoz, Sys. Teil, N. 318.

²⁷ BK-Meier-Hayoz, Sys. Teil, N. 320.

²⁸ Akipek, Akıntürk, s. 383.

²⁹ Zevkliler, s. 601

³⁰ Kamulaştırma dolayısıyla bir bedel ödenmesinin temelinde eski bir görüşe göre eşitlik düşüncesi yatar. Zira bazı malikler mülkiyet haklarını olduğu gibi muhafaza eder, bazılarının mülkiyet hakkının sadece kullanımı kısıtlanır iken, taşınmazı kamulaştırılan malikin mülkiyet hakkı sona ermektedir. Ödenen bedel ile bu eşit olmayan durumun giderilmesi amaçlanır. Edouard Petitpierre, **Restrictions légales du droit public à la propriété et expropriation**, Lausanne, Imprimerie la Concorde, 1939, s. 45-46.

Ancak, inşaat sınırlamaları mülkiyet hakkından kaynaklanan bir ödevdir; zira, taşınmaz malikinin idareden herhangi bir bedel beklemezsizin bu sınırlamalara uyması gerekir. Ödev, mülkiyet hakkına yabancı sayılmadığı, mülkiyetin kapsamında yer aldığı için malike bedel ödenmesi gerekmez. Kamulaştırma gibi, malik ile mülkiyet arasındaki bağlantıyı kaldıran müdahalelerden farklı olarak, imar mevzuatından kaynaklanan kısıtlamalar bir ödev olarak gösterilmektedir. Böylece kamu hukuku kaynaklı iki sınırlama farklı iki rejim çerçevesinde karşımıza çıkmaktadır.

Kamu hukuku kısıtlamalarının malikin ödevi olarak mülkiyet hakkının içine dahil edilmesi, mülkiyet hakkının özel hukuk kaynaklı sınırlamalarının mülkiyet hakkı karşısındaki konumunun sorgulanmasına da neden olmaktadır. Çağdaş sosyal mülkiyet görüşüne göre, malikin kendi iradesi ile mülkiyet hakkını kısıtlaması, bu çerçevede sınırlı aynı hak tesis etmesi, mülkiyet hakkının kanundan doğan ödevi niteliğinde değildir³¹. Kamu hukuku kökenli kısıtlamalar mülkiyet hakkından kaynaklanan ödev addedilip mülkiyetin içeriğine dahil edilir iken, malikin iradesinden kaynaklanan özel hukuk kökenli kısıtlamaların mülkiyet hakkına yabancı, dışsal sınırlamalar olarak değerlendirilmesi, hukuk sisteminde açıklanamayacak bir ikiliğe sebep olmaktadır. Özellikle malikin mülkiyet hakkının, kanundan kaynaklanan kısıtlama ile aynı içerikteki bir irtifak hakkınca kayıtlanması, aynı içerikteki bir kısıtlamanın ödev, diğer kısıtlamanın da mülkiyet hakkına yabancı dışsal bir sınırlama olarak görülmesi sonucunu doğuracaktır. Aynı mülkiyet kısıtlamasının iki farklı hukuki rejime tâbi tutmanın bir anlamı yoktur. Kaldı ki, mülkiyetin içeriği ödevler ile kısıtlanmış iken, geri kalan alanda yer alan yetkilerin bir de bu ödevler ile aynı nitelikteki dışsal kısıtlamalar ile sınırlandırılması anlamsızdır. Burada yapılması gereken, iki sınırlandırma tipi arasında bir derecelendirme ilişkisi kurup, mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerin kullanılmasında sadece en geniş sınırlamanın dikkate alınacağı sonucuna varmaktır. Bu derecelendirme ilişkisinin kurulması ise, sınırlama türlerinin aynı olmasını gerektirir; sınırlamanın mülkiyete yabancı olduğu görüşü, bu yapı için daha elverişli olacaktır.

³¹ Çörtoğlu, s. 80.

Yukarıda da değinildiği üzere³², klasik ferdiyetçi mülkiyet görüşüne yöneltilen eleştirilerden biri, sınırlamaların belirsiz olmasıdır. Çağdaş sosyal mülkiyet görüşü çerçevesinde de, kamu hukukundan kaynaklanan kısıtlamaların mülkiyet hakkının içeriğine ödev olarak dahil edilmesi ve içerikten ödevler çıkarılınca kalan alanda malikin yetkilerinin yer aldığı ifade edilmesi ödev kavramının yanında yetki kavramının da belirsizleşmesine yol açmaktadır. Mülkiyet hakkının kapsamındaki ödevlerin nerede sona ereceği belli olmadığından, aslında yetki alanı da belli değildir. Çağdaş sosyal mülkiyet görüşünü savunan yazarlar, klasik ferdiyetçi mülkiyet görüşünde eleştirdikleri yetki-kısıtlama belirsizliğini, ödev kavramını eklemek sureti ile daha da derinleştirmektedirler.

Bu görüş aynı zamanda, mülkiyet hakkı ile diğer sınırlı aynı haklar arasındaki farkın belirsizleştirilmesi açısından da eleştirilmektedir³³. Mülkiyet hakkının, içeriğindeki ödevlerden arda kalan kısım kadar malike yetki verdiği kabul edilir ise, eşya üzerinde hak sahibine sınırlı bir hakimiyet yetkisi tanıyan sınırlı aynı haklardan nasıl farklılaşacağı sorgulanmıştır³⁴.

Çağdaş sosyal mülkiyet görüşüne yöneltilen son eleştiri ise, görüşün tamamen taşınmaz mülkiyeti üzerine kurulması, taşınır mülkiyetini dışlamasıdır. Oysa, taşınmaz ve taşınır mülkiyetleri birbirlerinden farklı kavramlar olmadığından taşınır mülkiyetinin soyutlanması doğru görülmemektedir³⁵.

³² Bkz. Birinci Bölüm I. A. 1. a. 1) b) Klasik Ferdiyetçi Mülkiyet Görüşüne Yöneltilen Eleştiriler.
³³ Steinauer, **Propriété**, s. 219.

³⁴ Her şeye rağmen mülkiyetin hak sahibine en geniş yetkileri tanıyan sınırlı aynı hak olduğuna ilişkin bkz. Akipek, Akıntürk, s. 378; Eren, **Kavram**, s. 783; Fikret Eren, “Anayasa ve Yeni Gelişmeler Karşısında Medeni Kanunun Mülkiyet Kavramına Verilecek Anlam”, **Medeni Kanunun 50. Yılı Armağanı**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977, s. 174; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 1121.

³⁵ Liver, **Eigentumsbegriff**, s. 170.

b. Türk Hukukunda Kabul Edilen Görüş, Türk Hukukundaki Dayanak Noktaları Ve Vardığımız Sonuç

1) Türk Hukukunda Kabul Edilen Görüş

Türk Hukukunda mülkiyet kavramını açıklayan yazarlar, MK m. 683 ile AY m. 35'i beraber okuyup baskın olarak çağdaş sosyal mülkiyet görüşünü kabul etmektedirler. MK m. 683/f. I'deki “[b]ir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir” düzenlemesi her ne kadar klasik ferdiyetçi mülkiyet görüşünü anımsatsa da³⁶, normlar hiyerarşisine uygun biçimde, AY m. 35'in³⁷ “[h]erkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. / Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. / Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz” ifadesine uygun olarak yorumlanması gerektiği belirtilmiştir³⁸. Medeni Kanun hükmünün Anayasa'ya uygun bir şekilde okunduğu zaman, kanunlar ile getirilen kısıtlamaların artık mülkiyet hakkının yapısına yabancı olduğunu ileri sürmenin mümkün olmadığı ifade edilmektedir³⁹. Kanunlar, mülkiyet hakkının zaten yapısında yer alan ödevleri ayrıntılı olarak belirlemektedir. Bu şekilde mülkiyetin sosyal içeriği, yetkiler ile birlikte ödevleri de kapsayacaktır⁴⁰. Yine de, kamu yararı

³⁶ MK m. 683/f. I hükmünün sınırlanmış bir mülkiyeti ifade ettiği ve bu çerçevede AY m. 35 ile bağdaştığını ileri süren yazarlar da bulunur: Nuşin Ayiter, **Eşya Hukuku (Kısa Ders Kitabı)**, 3. Baskı, Ankara, Savaş, 1987, s. 78; Çörtoğlu, s. 73; Turhan Esener, Kudret Güven, **Eşya Hukuku**, 6. Bası, Ankara, Yetkin, 2015, s. 173-174. Nitekim, İsviçre Medeni Kanunu'nun ön tasarisının gerekçesinde de, mülkiyet hakkının malike sınırsız bir hakimiyet tanımadığı, klasik mülkiyet görüşü ile sosyal gelişmeler arasında orta bir yolun benimsendiği belirtilmiştir.

³⁷ 1961 Anayasası'nın gerekçesinde, kişinin mülkiyet hakkını, toplumun yararını gözetmeksizin sınırsızca kullanamayacağı, bu surette Roma hukukundan süregelen mülkiyet görüşünün terk edildiği bildirilmiştir. 1961 Anayasası'nın mülkiyet hakkına ilişkin 36. maddesi, aynı düzenleme ile 1982 Anayasası'nda 35. madde olarak yer almaktadır.

³⁸ Akipek, Akıntürk, s. 377; Eren, **Kavram**, s. 783-784; Kemal T. Gürsoy, Fikret Eren, Erol Cansel, **Türk Eşya Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984, s. 338; Esin Örücü, **Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1976, s. 25-26; Sirmen, **Eşya**, s. 240-241; Zevkliler, s. 594.

³⁹ Akipek, Akıntürk, s. 379; Çörtoğlu, s. 71; Eren, **Mülkiyet**, s. 12; Zevkliler, s. 593.

⁴⁰ Örnek olarak bkz. AYM, 28.04.1966, E. 1966/3, K. 1966/23, RG no. 12345, 11.07.1966. Kararda Çiftçiye Topraklandırma Kanunu'ndaki çiftçiye verilen toprağın uzun süre kiralanmasını ve ortakçıyla işletilmesini önleyen hükümlerin Anayasa'ya aykırı olmadığı ortaya konulmuştur. Sınırsız bir hak olmayan mülkiyet hakkı kamu yararı nedeni ile kısıtlanabilir. Bireysel yarar ile toplumsal yarar çatıştığında, toplumsal yarara ağırlık vermek gerekir. Toprak reformunda da toplumsal yarar üstün tutulduğundan, devlet toprak dağıtımını kamu yararı ile belirli şartlara bağlayarak mülkiyet hakkını sınırlayabilir.

gerekeceği ile de olsa, mülkiyetin özüne dokunulmaması⁴¹ gerekeceğinden, Türk hukukundan malikin yetkileri kural, ödevleri ise istisna olarak değerlendirilmektedir⁴².

Mülkiyet hakkı malike kaçınma, katlanma ve edimde bulunma ödevlerini yükler⁴³. Kanun koyucu malikin ödevlerini belirlerken, mülkiyet hakkının özü, demokratik toplum düzeninin gerekleri, bireyin hak ve özgürlükleri ve kamu yararı

⁴¹ Bir park alanının yapılması üzerine kamulaştırmaz el atma iddiasını konu alan uyuşmazlıkta “[...] temel hak ve özgürlüklerin sınırını gösteren 13. maddesinde ise, temel hak ve hürriyetlerin, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğin, Cumhuriyetin, millî güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabileceği, temel hak ve hürriyetlerle ilgili özel sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamayacağı, bu maddede yer alan genel sınırlama sebeplerinin temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerli olduğu kabul edildiği belirtilmiştir”. Yarg. HGK., 04.09.2003, E. 2003/5-281, K. 2003/284 (karar için bkz. www.kazanci.com). Mülkiyet hakkının özüne dokunduğu için iptal edilen bir kanun hükmü için bkz. AYM 10.04.2003, E. 2002/112, K. 2003/33, RG no. 25279, 04.11.2003. Kamulaştırma Kanunu’nda öngörülen usule uyulmaksızın gerçekleştirilen kamulaştırma işleminin, yirmi yıllık hak düşürücü sürenin dolması ile yasal bir kamulaştırma işleminin bütün sonuçlarını doğurması ve bu şekilde bedel ödenmeksizin taşınmazın idarenin mülkiyetine geçmesi hakkın özünü zedeler.

⁴² Eren, **Kavram**, s. 793-794; Eren, **Yeni Gelişmeler**, s. 194; Esener, s. 234-235; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 350.

⁴³ Kaçınma ödevi için gösterilen örnekler, komşulara zarar vermektan, inşaat yasaklamalarından, trafik kurallarına aykırı davranmaktan, hayvanlara eziyet etmektan kaçınmadır. Katlanma ödevi için gösterilen örnekler resmi görevin yerine getirilmesi amacı ile taşınmaz giren kolluk kuvvetlerinin müdahalesine, kamulaştırmaya, meşru savunma ya da ıztırar halinde üçüncü kişinin müdahalesine; atış alanı olarak kullanılan bir taşınmazdan kaynaklanan silah seslerine, radyo vericisinden kaynaklanan dalgalara, icra marifeti ile malın haczettirilip sattırılmasına; taşınmaz sürüklenen şeye, taşınmazdan çıkan çevre etkilerinin taşkın olmaması halinde malikin bu müdahalelere katlanmadır. Edimde bulunma ödevi için verilen örnekler ise komşular için yararlı olan işleri yapma, vergi ödeme, ihtiyaç halindeki yakınlara nafaka verme, taşınmazlar arasında ortak sınır belirlenmesine katılma ve ortak suların birlikte tutulmasına katılma şeklindedir. Örnekler için bkz. Akipek, Akıntürk, s. 382-383; Çörtoğlu, s. 80-81; Eren, **Mülkiyet**, s. 18-20; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 344-345; Gediz Kocabaş, “Sözleşmeden Doğan Geçit Hakkı”, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2011, s. 13-14; **ZK**-Haab, art. 641 ZGB, N. 9-11. Yargıtay, komşuluk hukukundan kaynaklanan el atmanın önlenmesi davalarında, MK m. 737’nin birarada yaşamak zorunda olan komşu taşınmaz maliklerinin ekonomik ve sosyal çıkarlarını dengede tutabilmeleri için katlanma ve kaçınma ödevleri yüklediğine hükmetmektedir. Bu sonuca varılan örnek kararlar: iki taşınmaz arasındaki duvarın hafriyat ve teraslama çalışmaları sonucu yıkılması neticesinde tazminat talebine ilişkin bkz. Yarg. HGK, 28.01.2009, E. 2008/1-797, K. 2009/30; kanalizasyon ve pis su boruları döşemek, havalandırma boşluğu ile pencere ve aspiratör bacası açmaya ilişkin el atmanın önlenmesi talebi için bkz. Yarg. 1. HD., 25.10.2007, E. 2007/7763, K. 2007/10142; komşu taşınmazdaki ağaç, kök ve dalların ekili bitkilere zarar verdiğine ilişkin uyuşmazlık için bkz. Yarg. 1. HD., 05.05.2006, E. 2006/3505, K. 2006/5212; ağaçların gölge yapmak sureti ile ekili ürünlere zarar verdiğine ilişkin uyuşmazlık için bkz. Yarg. 1. HD., 03.06.2004, E. 2004/6223, K. 2004/6737 (www.kazanci.com).

temellerine dayanacak; ödevlerin belirlenme şekli ise kanun olacaktır⁴⁴. Kaynağını kanundan bulmayan bir ödev söz konusu olamaz. Bu zorunluluk, mülkiyet hakkının anayasal teminatından kaynaklanmaktadır⁴⁵.

Mülkiyetin kapsamında, MK m. 2 ya da MK m. 23'ten kaynaklanan ödevlerin de bulunduğu ifade edilmiş olsa da⁴⁶, bu görüş özellikle Türk hukukunda pek taraftar bulamamıştır. Bu görüşe karşı çıkan yazarlara göre⁴⁷, söz konusu kısıtlamalar mülkiyet hakkına özgü değildir; hukukun temel ilkelerini öngördüklerinden bütün haklarda olduğu gibi, mülkiyet hakkının kullanılmasına da etki ederler, ama mülkiyet hakkının içeriğini oluşturan ödevlerden sayılmazlar.

Ayrıca paylı mülkiyete ilişkin MK m. 688, çağdaş sosyal mülkiyet görüşünün başka bir dayanak noktası olarak gösterilmektedir⁴⁸. İlgili maddenin üçüncü fıkrasının ilk cümlesine göre, “[p]aydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olur”. Düzenlemede geçen, “malik hak ve yükümlülükleri” ifadesi, mülkiyet hakkı kapsamında yetkiler kadar yükümlülüklerin de yer aldığını anımsatır.

2) Türk Hukukundaki Dayanak Noktaları Ve Vardığımız Sonuç

Türk hukukunda baskın olarak çağdaş sosyal mülkiyet görüşü kabul edilmektedir. Medeni Kanun'un mülkiyet hakkının içeriğine ilişkin 683. maddesinin ilk fıkrasından, hakkın kapsamından ödevlerin yer aldığının anlaşılacağı, bu maddenin AY m. 35'e uygun şekilde okunması gerektiği ifade edilmiştir⁴⁹. Böylece çağdaş sosyal mülkiyet görüşüne dayanak gösterilen esas hüküm, Anayasa'nın mülkiyet hakkını düzenleyen hükmüdür. İlgili hüküm, 1961 tarihli Anayasa'da

⁴⁴ Eren, **Mülkiyet**, s. 21.

⁴⁵ Başpınar, **Müdahale**, s. 250-251; Eren, **Mülkiyet**, s. 371.

⁴⁶ Rey, **Grundlagen**, N. 569; Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid, **Das schweizerische Zivilgesetzbuch**, 14. Auf., Zurich-Basel-Genf, Schulthess, 2015, § 96, N. 5. Türk hukuku bakımından bu görüşü ileri süren yazarlar için bkz. Şeref Ertaş, Emre Cumalioğlu, İlknur Serdar, **Eşya Hukuku**, 13. Basım, İzmir, Barış Yayınları, Fakülteler Kitabevi, 2016, s. 213; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 1125

⁴⁷ Akipek, Akıntürk, s. 381; BK-Meier-Hayoz, art. 641 ZGB, N. 37; Liver, **Eigentumsbegriff**, s. 172.

⁴⁸ Zevkliler, s. 598.

⁴⁹ Bkz. Birinci Bölüm I. A. 1. b. 1) Türk Hukukunda Kabul Edilen Görüş.

“sosyal ve iktisadî haklar ve ödevler”i düzenleyen üçüncü bölüm altında⁵⁰; 1982 tarihli Anayasa’da ise “kişinin hakları ve ödevleri”ne ilişkin ikinci bölüm altında⁵¹ yer almaktadır. Her ne kadar bölüm başlıklarında “hak ve ödevler” anılmış olsa da, salt bu ifade sebebi ile bölümdeki her düzenlemenin, bu kapsamında mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemenin hem hak, hem de bir ödev öngördüğü sonucu çıkarılamaz⁵².

Anayasa’nın 35. maddesinin üçüncü fıkrası, mülkiyet hakkının toplum yararına aykırı kullanılamayacağını düzenlemektedir. Bu kapsamda mülkiyetin açıkça ödev yüklediğinin belirtilmediği kabul edilmiş olsa da, mülkiyet hakkının toplum yararına aykırı biçimde kullanılamayacağını ortaya konulması ile bu sonucun amaçlandığı ifade edilmiştir⁵³. Yine de, toplum yararına aykırı kullanımdan ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Hüküm, mülkiyet hakkının maliki israf ve tembelliği alıştıracak ve üçüncü kişilere zarar verecek biçimde kullanılamayacağı anlamına da gelebilmektedir. Gerçekten de kanun koyucu, mülkiyetin başkalarının sağlık, güvenlik, huzur ve esenliğini tehdit edecek, halkın doğal zenginlerden yararlanmasını engelleyecek, yerleşim yerlerinin estetiğini bozacak ve doğaya zarar verecek şekilde kullanılmasının önüne geçmelidir⁵⁴. Bunun yolu, hükmün ikinci fıkrasında

⁵⁰ İlgili bölümdeki diğer düzenlemeler şu şekildedir: ailenin korunmasına ilişkin m. 35; çalışma ve sözleşme hürriyetine ilişkin m. 40; iktisadi ve sosyal hayatın düzenine ilişkin m. 41; çalışma ile ilgili hükümlere ilişkin m. 42-47; sosyal güvenliğe ilişkin m. 48; sağlık hakkına ilişkin m. 49; öğrenimin sağlanmasına ilişkin m. 50; kooperatifçiliği geliştirmeye ilişkin m. 51; tarımın ve çiftçinin korunmasına ilişkin m. 52 ve devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırına ilişkin m. 53.

⁵¹ Bu bölüm altında aynı zamanda, kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı (m. 17), zorla çalıştırma yasağı (m. 18), kişi hürriyeti ve güvenliği (m. 19), özel hayatın gizliliği ve korunması (m. 20-22), yerleşme ve seyahat hürriyeti (m. 23), din ve vicdan hürriyeti (m. 24), düşünce ve kanaat hürriyeti (m. 25), düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti (m. 26), bilim ve sanat hürriyeti (m. 27), basın ve yayımla ilgili hükümler (m. 28-32), toplantı hak ve hürriyetleri (m. 33-34), hakların korunması ile ilgili hükümler (m. 36-38), ispat hakkı (m. 39) ile temel hak ve hürriyetlerin korunması (m. 40) düzenlenmiştir.

⁵² AY m. 35’in de mülkiyet hakkının içeriğinin ortaya koyulmasında yeterli veri sağlamadığına ilişkin eleştiri için bkz. Kaneti, s. 288.

⁵³ Gürsoy, Eren, Cansel, s. 338. 1978 yılında okul alanı olarak kamu hizmetine tahsis edilen taşınmaz üzerinde yirmi yıl boyunca tahsis amacına uygun herhangi bir işlem yapılmaması üzerine çıkan bir uyuşmazlık üzerine bkz. Yarg. HGK., 15.12.2010, E. 2010/5-662, K. 2010/651: “[...] Medeni Yasada liberal-bireyci görüşten esinlenilmiş ise de, Anayasanın 35. maddesi ile sosyal mülkiyet görüşü benimsenmiştir. [...] Mülkiyet, toplum yararı ile sınırlı, sahibine gerek yetki ve gerekse ödevler yükleyen kamu ve özel hukuk karakterli kendine özgü bir haktır” (www.kazanci.com).

⁵⁴ S. Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu, Atilla Altop, **Tekinay Eşya Hukuku**, İstanbul, 5. Bası, Filiz Kitabevi, 1993, s. 471.

belirlendiği gibi, mülkiyet hakkının kullanılmasının kanunla ve kamu yararı amacı ile sınırlandırılmasıdır. Bu hali ile de, hükmün lafzı klasik ferdiyetçi görüşe daha yakındır⁵⁵.

Mülkiyetin Anayasa ile güvence altına alınmasının, ödevle yüklü olduğu anlamına geldiği de savunulmuştur⁵⁶. Ancak, çağdaş sosyal mülkiyet görüşüne yöneltelen kavramsal problem bu noktada yine kendini gösterir. Anayasal güvencenin etkili olabilmesi için, öncelikle güvence konusunun, kendilerine karşı koruma sağladığı unsurlara başvurulmaksızın belirlenebilmesi gerekir. Bu noktada, çağdaş sosyal mülkiyet görüşü, güvencenin konusunu belirlemekten uzaktır⁵⁷. Kaldı ki devletin aldığı tedbirlerin mülkiyet hakkının sınırlaması olarak değil de, mülkiyet hakkından kaynaklanan ödevler olarak addedilmesi, malikin yeteri kadar korunamaması riskini de beraberinde getirebilir. Zira, mülkiyet hukuk düzeninin izin verdiği ölçüde eşya üzerindeki hakimiyet olarak tanımlanır ve kamu hukuku kısıtlamalarının mülkiyetin içeriğinde yer alan ödevler olduğu kabul edilir ise, mülkiyetten kaynaklanan yetkilerin sınırlanması ya da kaldırılması sadece hukuk düzeninin değişimi olarak görülecek ve kavram değiştirilmiş yeni içeriği ile ayakta tutulacaktır. Böyle bir durum ise, mülkiyet hakkının anayasal güvencesinin dolanılması anlamına gelebilecektir⁵⁸.

Görüldüğü üzere, Türk hukukunda çağdaş sosyal mülkiyet görüşünü kabul eden yazarların görüşlerini AY m. 35'e dayandırmaları, bu görüşün savunulması bakımından etkili bir araç olamamaktadır. Zira bu yaklaşım, mülkiyet hakkının kanundan doğan bazı sınırlamalarını kavramın içeriğinde görüp ödev olarak anmak; hak sahibinin iradesinden kaynaklanan sınırlamalarını ise kavrama yabancı kısıtlamalar şeklinde değerlendirmek sureti ile, klasik ferdiyetçi görüşe yöneltelen kavram belirsizliği yaratıldığı eleştirisini daha da ileri bir seviyeye taşımaktadır. Bu ayrımın anlamsızlığı, özellikle kanundan doğan kısıtlamalar ile aynı içeriğe sahip irtifak hakları göz önüne alındığında iyice ortaya çıkar.

⁵⁵ Başpınar, **Müdahale**, s. 174.

⁵⁶ Zevkliler, s. 602.

⁵⁷ Steinauer, **Propriété**, s. 227.

⁵⁸ Steinauer, **Propriété**, s. 220.

Kaldı ki, günümüzde fert kavramının toplum karşısında önem kazandığına ve ferdin hak ve yetkilerinin kural; bu hak ve yetkilere getirilen kısıtlamaların ise istisna olduğuna dikkat çekilmektedir⁵⁹. Bu yönden de, mülkiyet hakkının ne şekilde kullanılacağını düzenleyen AY m. 35/f. III ihtiyaçlara cevap verememektedir. İlgili hükmün farklı yorumlanarak, mülkiyet hakkının ne şekilde kullanılmaması gerektiği sonucuna varmanın daha doğru bir yaklaşım olduğu ifade edilmiştir⁶⁰. Zira aksine bir yorum, malikin işlem özgürlüğü ve irade özerkliğinin kanun koyucunun tasarrufu ile ortadan kaldırılması riskini doğurabilir.

Bütün bu gerekçeler ile, çağdaş sosyal mülkiyet görüşünü kabul etmek ile birlikte, dayanak noktasının AY m. 35 değil, MK m. 683/f. I olması gerektiğini savunuyoruz. Bize göre, MK m. 683/f. I'de vurgulanması gereken ifade, malikin kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkilerine “hukuk düzeni içinde” sahip olmasıdır. Bu çerçevede hukuk düzeninin öngördüğü bütün sınırlamalar ayırım yapılmaksızın mülkiyet hakkının içeriğine dahil olur⁶¹. Böylece mülkiyet hakkının kendisi, sınırlamalar ile mündemiç olarak belirir; zira, bu durumu hukuk düzeni yaratmıştır. MK m. 683/f. I karşısında, mülkiyet hakkı hukuk düzeninden bağımsız, hak sahibine sadece yetki tanıyan bir hak olarak görülemeyecektir⁶².

Mülkiyet hakkının kapsamındaki bu sınırlamalar, hakkın kötüye kullanılması yasağı örneğindeki gibi genel bir nitelik arz edebilir, kanundan kaynaklanabilir ya da malikin iradesine dayanabilir. Ancak, bütün bu sınırlamalar ayırım yapılmaksızın, yetkilerin yanında mülkiyet hakkının içeriğini oluşturur. Mülkiyet hakkı sahibi, iradi

⁵⁹ Veysel Başpınar, “Mülkiyet Hakkı Yeni Anayasa’da Nasıl Düzenlenmelidir?”, **Prof. Dr. M. İlhan Ulusan’a Armağan, C. III**, Ankara, Seçkin, 2016, s. 163.

⁶⁰ Başpınar, **Anayasa**, s. 166.

⁶¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 1125; Denis Piotet, **Traité de droit privé suisse, V/2, Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières**, 2^e éd., Bâle, Helbing&Lichtenhahn, 2012, s. 7-8; Rey, **Grundlagen**, N. 569; Tuor, Schnyder, Schmid, § 96, N. 5. Bu görüşe çok benzer bir düşünce için bkz. Martin Lendi, “Planungsrecht und Eigentum” **Société suisse des juristes, Rapports et communications**, 110, 1976, s. 138. Buna göre, mülkiyetin özel hukuk kaynaklı kişisel bir hakimiyet olduğu ileri sürülmüştür. Mülkiyet kavramını özel hukuk kapsamlı tek bir hak olarak görmemek, hukuk düzeni içinde ele almak gerekir. Mülkiyet, hukuk düzeni içindeki normların bütününden oluşur; özel hukuk çerçevesinde yetki ya da kamu hukuku çerçevesinde sınırlamadan ibaret değildir. Lendi, s. 139.

⁶² Bununla beraber Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin mülkiyet hakkına ilişkin kararlarında, mülkiyet hakkının kullanma, yararlanma ve tüketme yetkilerini tanıdığına ilişkin klasik tanımından yola çıktığını da belirtmek isteriz. Ayrıntılı bilgi için bkz. H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, İstanbul, Beta, 2009, s. 412-413.

bir biçimde mülkiyet hakkından kaynaklanan bir yetkisini bir sınırlı ayni hak ile sınırladığında, mülkiyet kapsamındaki sınırlamalar bu sınırlı ayni hakka da etki edecektir. Özellikle taşınmaz malikinin sorumluluğuna ilişkin MK m. 730 ve komşuluk hakkı çerçevesinde taşınmazın kullanma biçimini düzenleyen MK m. 737, taşınmaz üzerindeki sınırlı ayni hak sahipleri bakımından da geçerlidir⁶³.

Çağdaş sosyal mülkiyet görüşünü Medeni Kanun'a dayandırmak ile birlikte, bu görüşü doğrulamak için gerekçe olarak MK m. 688'in de ileri sürülmesine katılmamaktayız. Paylı mülkiyete ilişkin MK m. 688'deki "malik hak ve yükümlülükleri" ifadesinden de tek başına, mülkiyetin malike ödev yüklediği sonucu çıkarılamaz. MK m. 688/f. III, c. 1'deki "malik hak ve yükümlülükleri" ifadesini paylı mülkiyet ilişkisi çerçevesinde değerlendirmek gerekir. Pay, üçüncü kişilere karşı bir hak olarak gözükmese de, paydaşlar arasındaki iç ilişkide bir yükümlülük kaynağıdır⁶⁴. Bu sebeple, hükümdeki ifade soyutlaştırılıp bütün bir mülkiyet kavramına hasredilmemelidir.

2. Mülkiyet Hakkının Kısıtlamalarının Çeşitleri

Mülkiyet hakkına müdahale denildiği zaman, üçüncü kişilerce gerçekleştirilen ihlaller bir tarafa bırakılacak olursa, akla kanundan kaynaklanan sınırlamalar ile malikin kendi iradesi ile mülkiyet hakkını sınırlaması gelmektedir.

Kanundan kaynaklanan sınırlamalar, kamu hukuku kökenli olabileceği gibi, özel hukuk kökenli de olabilir. Bu kısıtlamaların ortak özelliği, malikin mülkiyet hakkının kısıtlanmasına yönelik bir iradesinin bulunmamasıdır. Kamu hukuku kaynaklı kısıtlamalar, bireyler ile devlet arasındaki ilişkileri düzenler. Mülkiyet hakkının özel hukuk kaynaklı kısıtlamaları, özel hukuk kişilerinin aralarındaki

⁶³ Akipek, Akıntürk, s. 572; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 1979, dn. 1244; Hasan Petek, **Taşınmaz Malikin Hukuka Uygun Taşkınlıklardan Sorumluluğu (TMK.m. 730/II)**, Ankara, Yetkin, 2005, s. 405-406; Sirmen, **Eşya**, s. 439; Carl Wieland, **Les droits réels dans le Code civil suisse**, vol. I, (çev. Henri Bovay), Libraires-éditeurs M. Giard & E. Brière, Paris 1913, art. 641 ZGB, s. 21-22.

⁶⁴ Etem Sabâ Özmen, GülşahVardar Hamamcıoğlu, **Kat İrtifakı**, 2. Bası, İstanbul, XII Levha, 2015, s. 44.

ilişkileri düzenleyen kurallar öngörür⁶⁵. Amaç, özel kişinin menfaatinin korunması ise özel hukuk kaynaklı bir kısıtlama; kamu menfaatinin korunması ise de, kamu hukuku kaynaklı bir kısıtlama vardır⁶⁶. Bu türdeki kısıtlamaları, genel olarak mülkiyet hakkının iradi olmayan sebeplerle kısıtlanması olarak adlandırmayı uygun buluyoruz.

Mülkiyet hakkının bazı kısıtlamaları ise, malikin kendi iradesinden kaynaklanmaktadır. Malik özel hukuk kaynaklı hukuki işlemler ile, mülkiyet hakkından kaynaklanan bazı yetkileri kullanmama ya da başkasına kullandırma borcu altına girmektedir. Malikin bu taahhüdü bir kişisel hak niteliğinde olabileceği, dolayısıyla sadece sözleşmenin karşı tarafına karşı ileri sürülebileceği gibi, herkese karşı ileri sürülebilecek bir aynı hak niteliğini de alabilir. Bu sebeplere ise, genel olarak mülkiyet hakkının iradi sebeplerle kısıtlanması adı verilebilir.

a. Mülkiyet Hakkının İradi Olmayan Kısıtlamaları

Mülkiyet hakkının iradi olmayan kısıtlamaları kamu hukuku ya da özel hukuk kaynaklı olabilir. Kısıtlamayı öngören kuralın hangi kanunda düzenlendiği, kaleme alınış biçimi, uygulama şekli ve öngördüğü yaptırım kamu hukuku kökenli mi, yoksa özel hukuk kökenli mi olduğunun saptanmasında belirleyici olacaktır⁶⁷.

Mülkiyetin kamu hukuku kaynaklı kısıtlamaları, kamu yararı düşüncesine dayanır. Kamu hukuku düzenlemeleri kamu menfaatine hizmet eder. Bu düzenlemeler kişisel menfaatleri etkilese dahi, kamu hukuku düzenlemesidir⁶⁸.

⁶⁵ Kural olarak, bir düzenleme ya kamu hukuku, ya da özel hukuk kaynaklı olur. Ama bazı hallerde, karışık nitelikteki düzenlemelere rastlanılabilir. Deschenaux, **Restrictions**, s. 325-326. Böylece aynı kural, hem özel hukuka, hem de kamu hukukuna ilişkin farklı iki kanun metninde yer alabilir. Bu duruma örnek olarak, MK m. 737 ile imar hukuku kuralları gösterilmektedir. Taşınmazını, komşularını olumsuz biçimde etkileyecek şekilde kullanacak malikin, idarenin iznine tâbi tasarrufları için önceden idareden izin alması yetmez; komşularının da rızasını almasının gerekir. Rızaları alınmayan komşular, bu tasarruflara karşı özel hukuk kanun yollarına başvurabilirler. Henri Zwahlen, *Du droit des voisins à l'observation des règles de police des constructions*, **Mélanges François Guisan**, Lausanne, Librairie de l'Université F. Rouge & C^{ie}, 1950, s. 336-337.

⁶⁶ Edouard Petitpierre, s. 5-6.

⁶⁷ Deschenaux, **Restrictions**, s. 325.

⁶⁸ Bu ihtimalin tersi olarak, kamu yararından kaynaklandığı düşünülebilecek bir kısıtlamanın doğrudan bireyleri etkilediği, idareyi etkilemediği örneklere de rastlanabilir. Örnek olarak, iki ev arasındaki duvarın belirli bir kalınlıkta olması ya da yanmayan malzemedan yapılmasına

Genellikle imar hukuku ya da kamulaştırma ile ilişkili olan bu kısıtlamalar, bireylere özel hukuk kanun yollarına başvuru hakkı tanımaz. Taşınmaz maliki bu kurallar dolayısıyla idareye karşı sorumludur. İdare de kurallara uyulması için re'sen hareket eder ve kamu hukukunun kendisine sunduğu doğrudan ve dolaylı yaptırımlardan faydalanır⁶⁹.

Mülkiyet hakkının özel hukuk kaynaklı iradi olmayan kısıtlamaları, genel bir kuraldan kaynaklanabilir. Aile konutu üzerinde eşin tasarruf yetkisinin (MK m. 194) veya ailenin ekonomik geleceğini tehlike altına sokan eşin tasarruf yetkisinin kısıtlanması (MK m. 199) gibi aile hukukundan kaynaklanan sınırlamalar ya da daha genel olarak hakkın kötüye kullanılması yasağı bu kapsamda sayılabilir. Aynı zamanda bu kısıtlamalar, komşuluk hukuku örneğinde olduğu gibi, malikin diğer kişiler ile olan ilişkilerini düzenleme amacı ile de getirilmiş olabilir. Malikin üçüncü kişiler ile ilişkilerini düzenleyen bu kısıtlamalardaki amaç, malikin eşyasından olabildiğince yarar sağlaması, bunu yaparken de komşuları gibi sosyal temas içinde olduğu üçüncü kişiler ile arasındaki barışın bozulmaması ve bu şekilde kamu yararının zedelenmemesidir⁷⁰.

Mülkiyet hakkının iradi olmayan kısıtlamalarının belirlenmesi için kanuna bakılması yeterli olacaktır⁷¹. Kamu hukuku ya da özel hukuk kaynaklı bu kısıtlamalar, tapu siciline tescil edilmeksizin varlık gösterir. Bununla birlikte, kamu hukuku kaynaklı kısıtlamanın aksi kabul edilemez iken (MK m. 731/f. III), malikin özel hukuk kaynaklı kısıtlamadan yararlanan üçüncü kişi ile yapacağı anlaşmayı şerh ettirmesi, bu kısıtlamanın üçüncü kişilere de etki edecek biçimde kaldırılması ya da değiştirilmesine imkan tanıyacaktır (MK m. 731/f. II). Diğer bir farklılık ise, malikin özel hukuk kaynaklı kısıtlamaya uymaması halinde, bu kısıtlamadan yararlanan üçüncü kişilerin doğrudan malike karşı hukuki koruma talep edebilmelerinde görülür. Oysa kamu hukukundan kaynaklanan kısıtlamalara aykırı tasarrufla

ilişkin bir kuralın güvenlik düşüncesine dayandığı akla gelebilirse de, bu kural idareyi doğrudan etkilemez. Zwahlen, s. 326-327.

⁶⁹ Zwahlen, s. 326.

⁷⁰ Peter Liver, "Die Aufhebung und Ablösung von Servituten im schweizerischen Recht (Art. 736 ZGB)", **RNR** 42/1961, s. 1-2.

⁷¹ Deschenaux, **Restrictions**, s. 329; Paul-Henri Steinauer, **Les droits réels, T. II, Propriété foncière, propriété mobilière, généralités sur les droits réels limités, servitudes foncières**, 4^e éd., Berne, Stämpfli, 2012, N. 1772.

bulunulması durumunda, kısıtlamadan yararlanan üçüncü kişiler doğrudan malike başvuramayacaklar; ancak idareden malikin kurala uymasını sağlamasını isteyebileceklerdir⁷².

b. Mülkiyet Hakkının İradi Kısıtlamaları

Mülkiyet hakkının kamu hukuku kaynaklı kısıtlamaları iradi olamayacağından, bu başlık altında sadece özel hukuk kaynaklı kısıtlamaları yer alacaktır. Mülkiyet hakkının iradi kısıtlamaları, malikin hakkını kendi iradesine dayanarak hukuki işlemler ile kısıtlaması anlamına gelir⁷³. Söz konusu sınırlamalar, mülkiyet hakkının bir kişisel hak ya da sınırlı aynı haklarla kayıtlanması şeklinde olabilir. Konumuz itibari ile, mülkiyetin kişisel haklar ile kısıtlanmasına kısaca değindikten sonra, sınırlı aynı hak ile kısıtlanmasını daha detaylı olarak inceleyeceğiz.

1) Kişisel Haklar Ve Hukuki Niteliği

Mülkiyet hakkı ilk olarak bir kişisel hak ile sınırlanabilir. Nispiyelik ilkesine dayanan bu ilişki, üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecektir⁷⁴. İlişkiye taraf olmayan kişinin bu borçtan etkilenmesi, ya borcun nakli ya da sözleşmenin devri ile mümkün olabilecektir. Hatta öğretilerde, kişisel hakların borçlu malike yöneltilmesi ve mülkiyet hakkını dolaylı olarak yükümlenmesi sebebi ile, mülkiyetin kısıtlaması olarak değerlendirilemeyeceği de ileri sürülmektedir⁷⁵.

Böylece kişisel haklar, asıl olarak hakkın ileri sürülebildiği çevre itibari ile mülkiyet hakkının diğer kısıtlamalarından ayrılırlar. Mülkiyet hakkının kamu hukukuna dayanan kısıtlamalarında veya emredici kurala ya da mutlak hakka dayalı kısıtlamalarında herkes bu kurala uyulmasını talep edebilecek iken; mülkiyetin

⁷² Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 1938.

⁷³ Maria Consuelo Argul Grossrieder, **Les causes d'extinction des servitudes foncières**, Zürich, Schulthess, 2005, s. 1, dn. 4; Besson, **Suppression et adaptation**, s. 288.

⁷⁴ Her ne kadar kanunda sınırlı şekilde sayılmış şerh imkanı ile bazı kişisel hakların ileri sürülebildiği çevre genişletilebilse de, söz konusu haklar yine de aynı niteliğe kavuşmaz. Akipek, Akıntürk, s. 317; Oğuzman, Barlas, s. 162; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 1037.

⁷⁵ Katılmadığımız bu görüş için bkz. **BK**-Meier-Hayoz, art. 641 ZGB, N. 53; **BSK**-Wiegand, art. 641 ZGB, N. 38; **CR**-Foëx, art. 641 CC, N. 21.

kişisel bir hak ile sınırlanması durumunda, sadece hak sahibi malikten hakkına uygun davranmasını isteyebilir.

2) *Sınırlı Ayni Haklar Ve Hukuki Niteliği*

Sınırlı ayni haklar, aynen mülkiyet hakkında olduğu gibi, hak sahibine eşya üzerinde doğrudan hakimiyet sağlar. Hak sahibine sağlanan yetki, mülkiyet hakkına oranla sınırlıdır. Bununla birlikte, sınırlı ayni haklar her zaman mülkiyet hakkının önünde sıra alır; bu sebeple de, mülkiyet hakkının kullanımını sınırlar⁷⁶.

a) *Hak Sahibine Sağladığı Yetkinin Mülkiyete Oranla Sınırlı Olması*

Sınırlı ayni haklar, nitelik itibari ile ayni haktır. Dolayısıyla hak sahibine eşya üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet sağlar ve bu hakkı ihlal edebilecek herkese karşı hakkını ileri sürülebilir. Sınırlı ayni hakların mülkiyet hakkından farkı, hak sahibine tanınmış yetkinin içeriğinin mülkiyet hakkına oranla daha dar kapsamlı ve sınırlı olmasında kendisini gösterir⁷⁷. Mülkiyet hakkından farklı olarak sınırlı ayni hak sahibi, hakkı üzerinde istediği gibi değil, sadece hakkın niteliğinin izin verdiği ölçüde, yani sınırlı ve belirli bir biçimde tasarruf edebilir⁷⁸. Yoksa sınırlı ayni

⁷⁶ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2684; Hans Michael Riemer, **Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band II: Die beschränkten dinglichen Rechte**, 2. Auf., Bern, Stämpfli, 2000, s. 32; Sirmen, **Eşya**, s. 498; Steinauer, **T. II**, N. 2140.

⁷⁷ Akipek, Akıntürk, s. 612-613; Christian Atias, **Droit civil, Les biens**, Paris, 12^e éd, LexisNexis Litec, 2014, N. 217; Aydın Aybay, Hüseyin Hatemi, **Eşya Hukuku**, 4. Baskı, İstanbul, Vedat, 2014, s. 250; William Dross, **Droit des biens**, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 2014, N. 381; Cyril Galland, **Le contenu des servitudes foncières, Aspects de droits réels et obligations de faire rattachées à la servitude**, Genève-Zürich-Bâle, Schulthess, 2013, s. 8; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2683; Paul Piotet, **Traité de droit privé suisse, V/3, Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières**, Fribourg, Editions universitaires, 1978, s. 7-8; Riemer, **Beschränkten**, s. 32-33; Virgile Rossel, Fritz Henri Mentha, **Manuel de droit civil suisse**, vol. III, 2^e éd., Lausanne-Genève, Payot, 1922, N. 1360; Steinauer, **T. II**, N. 2134; Alfred Temperli, **Die Problematik bei der Aufhebung und Ablösung von Grunddienstbarkeiten (ZGB 736)**, Zürich, Schulthess, 1975, s. 51-52.

⁷⁸ Bağımsız bölüm üzerindeki intifa hakkı sahibi, bu hakkı sebebi ile anataşınmazdaki ortak yerlerden yararlanma yetkisine sahip olsa da, bu yetki intifa hakkının konusu ile sınırlıdır. Yargıtay'ın önüne gelmiş bir uyuşmazlıkta, davacı intifa hakkı sahibi, davalının anataşınmazın mimari projesine aykırı olarak balkonunu kapattığını iddia ederek, projeye uygun olarak eski hale getirilmesini talep etmiştir. Yargıtay, intifa hakkı sahibinin davaya konu balkonun

hakların da, mutlak hak olması dolayısıyla, üçüncü kişilere, bu çerçevede de sınırlı ayni hakka konu olan eşyanın malikine, hakkı ihlal etmeyi yasaklayıcı bir etkisi vardır⁷⁹. Sınırlı ayni haklarda sınır, hak sahibine tanınan yetkinin kapsamındadır; herkese karşı ileri sürülebilme niteliğinde bir sınır yoktur.

Genel olarak sınırlı ayni haklar, malike bir yapmama külfeti yükler⁸⁰. Malik, ya sınırlı ayni hak sahibinin hakkından yararlanmasına katlanacak, ya da onun hakkından yararlanmasını engelleyecek davranışlar göstermekten kaçınacaktır. Böylece sınırlı ayni hakkın varlığı, eşya üzerinde bir yük oluşturur. Mülkiyet hakkı da, sınırlı ayni hak ayakta kaldığı sürece, kısıtlı bir şekilde kullanılabilir⁸¹.

Sınırlı ayni haklar da kendi içlerinde ikiye ayrılırlar: değere ilişkin sınırlı ayni haklar ve kullanıma ilişkin sınırlı ayni haklar. İki grup arasındaki temel farklılık; kullanıma ilişkin sınırlı ayni hakların hak sahibine eşya üzerinde doğrudan bir yararlanma yetkisi tanınması, değere ilişkin sınırlı ayni hakların ise bir edimin yerine getirilmemesi halinde şeyin paraya çevrilmesi sonucunda tatmin edilme imkanı sağlamasıdır⁸².

kapatılmasının, kendisinin bağımsız bölümünden ve anataşınmazın ortak yerlerinden yararlanma hakkını kısıtladığını ya da engellediğini ispatlamadıkça dava takip yetkisine sahip olmadığına hükmetmiştir. Yarg. 18. HD., 09.02.1996, E. 1995/12740, K. 1996/1417 (www.kazanci.com).

⁷⁹ Akipek, Akıntürk, s. 613; Alban Ballif, **Le droit de superficie, Éléments réels, obligations propter rem et droits personnels annotés**, Zurich, Schulthess, 2004, s. 36; Riemer, **Beschränkten**, s. 32; **ZK-Liver**, Einleitung zum Dienstbarkeitskommentar, N. 3.

⁸⁰ Sınırlı ayni haklar ile, yapma ve verme edimleri bağdaşmaz. Zira olumlu edimler söz konusu olduğunda, hak sahibinin hakkından yararlanabilmesi için malikin aracılığına ihtiyaç duyulur. Hak sahibi eşya üzerinden doğrudan bir hakimiyete sahip değilse de, herhangi bir ayni haktan söz edilemez. Malikin kendi iradesi ile bir olumlu edim altına girmesi halinde, bu olumlu edimin mutlaka kişisel hak niteliğinde olduğunu göz önüne almak gerekir. Etienne Petitpierre, “Art. 730-744 und 781-781a”, **Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar**, (edit. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), 5. Auf., Basel, Helbing&Lichtenhahn, 2015, art. 736 ZGB, N. 12; Riemer, **Beschränkten**, s. 32; **ZK-Liver**, Einleitung zum Dienstbarkeitskommentar, N. 2.

⁸¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2684.

⁸² Gürsoy, Eren, Cansel, s. 698-699; P. Piotet, **Traité**, s. 8.

Bazı durumlarda, kullanıma ilişkin sınırlı ayni haklar da paraya çevirme bedelinin bir kısmına hak tanyabilir. Örnek olarak, intifa konusu taşınmazın kamulaştırılması halinde, intifa hakkı kamulaştırma bedeli üzerinde devam edecektir (MK m. 798/f. II). Değer üzerindeki sınırlı ayni haklar ise, doğrudan eşyaya müdahale imkanı verebilir. Malikin rehinli taşınmazın değerini düşüren davranışlarda bulunması halinde, gecikilmesinde tehlike varsa rehin hakkı sahibi kendiliğinden gerekli tedbirleri alabilir (MK m. 865/f. II). Ne var ki, bu istisnai durumlar genel kuralı bozmaz.

Değere ilişkin sınırlı aynı haklarda, hak sahibine eşyanın değeri üzerinde bir teminat sağlayarak malikin bu konuya ilişkin tasarruf yetkisini kısıtlayan taşınmaz yükü ve rehin yer alır. Taşınmaz yükü, taşınmaz malikinin mülkü dolayısıyla, o taşınmaz karşılık teşkil etmek üzere bir şeyi verme ya da yapma borcu altına girmesine sebep olur. Taşınmaz yükündeki aynı hak özelliği, bir verme yetkisini içeren edim yükümlülüğünde değil, bu yükümlülük gereği gibi yerine getirilmezse taşınmazın sağladığı teminatta kendisini gösterir⁸³. Taşınmaz yüküne aynı hak karakterini veren unsur, malikin yapma borcunu yerine getirememesi halinde taşınmazın paraya çevrilmesine katlanacak olmasıdır. Böylece taşınmaz yükünün, eşyanın ürünleri ve değerinden yararlanma yetkisi vermesi dolayısıyla irtifaklar ile taşınmaz rehni arasında yer aldığı sonucuna varılabilir⁸⁴. Rehin hakkı ise, hak sahibinin bir alacağını teminat altına alarak, borçlunun borcunu yerine getirmemesi ve bunun sonucunda alacaklının alacağını elde edememesi halinde alacaklıya, malı sattırma ve alacağını rehin konusu malın satışından elde edilecek paradan karşılama yetkisini sağlar.

Kullanıma ilişkin sınırlı aynı haklar ise, malike eşyayı kullanma ve/veya semerelerinden yararlanma yetkisini sınırlayan irtifak haklarıdır. Bu irtifak hakları da kendi içlerinde taşınmaz lehine ya da kişi lehine kurulmalarına göre ayrılır. Eşyaya bağlı olarak kurulan taşınmaz lehine irtifak hakları, hak sahibine kural olarak nispeten dar bir yetki sağlar. Örneğin bir taşınmazdan anayola geçmek için kurulan geçit irtifakında sadece hak sahibine bu geçitten geçme yetkisi tanınır; yoksa hak sahibinin aracını bu geçide park etme yetkisi yoktur⁸⁵. Kişisel irtifakların ise, genel olarak hak sahibine daha geniş bir yetki tanıdığı görülür. Bir kişisel irtifak olan intifa

⁸³ Suad Bertan, **Aynı Haklar, C. II**, Ankara, Balkan Basım ve Ciltevi, 1976, s. 1088; Ertaş, Cumalıoğlu, Serdar, s. 535; David Jenny, “Art. 782-792”, **Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar**, (edit. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), 5. Auf., Basel, Helbing&Lichtenhahn, 2015, Vorb. zu den art. 782-792 ZGB, N. 1; Bülent Köprülü, Selim Kaneti, **Sınırlı Aynı Haklar**, 2. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982-1983, s. 226; Jacques-Daniel Noverraz, **Constitution et contenu de la charge foncière**, Lausanne, Bis et Ter, 2005, s. 6; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 3147.

⁸⁴ Akipek, Akıntürk, s. 622.

⁸⁵ Federal Mahkeme'nin yayınlanmamış bir kararına konu olan uyuşmazlıkta, yararlanan taşınmaz maliki geçit üzerinde arabasını park etmektedir. Mahkemeye göre, yüklü taşınmaz maliki bu sebeple bir zarara uğramasa dahi, geçitin anlamı bellidir, sadece hak sahibine belirlenen yerden geçme yetkisi tanır. Hak sahibinin geçide park etmesi, geçit irtifakının haksız biçimde genişletilmesi anlamına gelmektedir. Karar için bkz. 5C.137/2004, www.swisslex.ch.

hakkı, hak sahibine en geniş yetkileri tanıyan irtifak hakkıdır; hak sahibinin hakka konu olan eşya üzerinde hem kullanma, hem de semerelerden yararlanma yetkileri bulunur.

Kullanma yetkisi olumlu irtifaklarda daha rahat gözlemlenmektedir. Geçit irtifakı ya da kaynak irtifakı örneğinde olduğu gibi, yüklü taşınmaz maliki bir irtifak hakkı sahibinin hakkını kullanmasına katlanma külfeti altındadır. Bu kullanma unsuru, olumsuz irtifaklarda bu derece rahat saptanamamaktadır. Olumsuz irtifaklarda, hak sahibinin hakkını kullanması, malikin mülkiyet hakkının verdiği bazı yetkileri kullanmaktan kaçınması şeklinde kendisini gösterecektir. Olumsuz irtifaktaki kullanma yetkisi, hak zilyetliği kavramı ile mümkün olabilmektedir. MK m. 973/f. II'ye göre, taşınmaz üzerindeki irtifak hakkının fiilen kullanılması, zilyetlik sayılarak bu durum mümkün kılınmıştır.

b) Mülkiyet Hakkından Bağımsız Olması

Sınırlı ayni hakların mülkiyet karşısındaki bağımsızlığını açıklayabilmek için iki farklı görüş ileri sürülmüştür: ayırma teorisi ve yük teorisi.

i. Ayırma Teorisi

Ayırma teorisini kabul eden yazarlara göre⁸⁶, mülkiyet hakkı farklı yetkilerden oluşur ve sınırlı ayni hak tesis edilir iken, mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerden bazıları haktan ayrılarak sınırlı ayni hak sahibine devredilir⁸⁷. Eşya üzerindeki mülkiyet hakkının bir sınırlı ayni hak ile kayıtlanması halinde; eşya üzerinde hem mülkiyet hem de sınırlı ayni hakkın varlığından söz edilmeyecek, eşya

⁸⁶ Rossel, Mentha, N. 1360; Pascal Simonius, Thomas Sutter, **Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Bd. II, Die beschränkten dinglichen Rechte**, Basel, Helbing&Lichtenhahn, 1990, s. 30-31; Tuor, s. 531; Wieland, art. 641 ZGB, s. 17.

⁸⁷ Bu çerçevede, yabancı öğretilerdeki bir terminoloji sorununa dikkat etmek gerekir. Fransız hukukçular, ayırma teorisini, mülkiyetin parçalarının kopması anlamına da gelen *démembrement* terimi ile açıklar iken; Alman hukukçulara göre, sınırlı ayni haklar mülkiyet hakkının kapsamının özellikli bir parçasını (*die Teilinhalt*) ifade eder. Böylece Fransız hukukunda sınırlı ayni haklar, mülkiyet hakkı kaynaklı bir yetki olarak görülür. Alman hukukunda ise, mülkiyet hakkından ayrılmış ve kapsamı mülkiyet hakkından daha az olan, ama nitelik olarak mülkiyet hakkından ayrı bir hakkı çağrıştırmaktadır.

üzerindeki hakimiyetin malik ile sınırlı ayni hak sahibi arasında paylaştırıldığını sonucuna varılacaktır⁸⁸. Böylece sınırlı ayni hakkın kurulmasından sonra, hakka konu olan eşya üzerindeki mülkiyet hakkı, sınırlı ayni hakkın kendisine özgürlük tanıdığı alan çerçevesinde varlık gösterebilecektir. Ancak eşya üzerindeki sınırlı ayni haklar sona erdiğinde, mülkiyet eski bütünlüğüne geri dönebilir.

Bu görüş, malikin kullanma yetkilerinin kısıtlanmasının, bu yetkilerin irtifak hakkı sahibine devredilmesinden kaynaklanmadığı belirtilerek eleştirilmiştir. İrtifak hakkı, mülkiyetin yanında ve mülkiyetten bağımsız bir ayni haktır. Mülkiyetin bir parçası değildir. Malikin sınırlı ayni hak sahibine tanıdığı hakkın kapsamındaki yetkileri kullanamamasının sebebi, bu sınırlı ayni hakkın kendisine bu yolu yasaklamış olmasıdır⁸⁹.

Bununla beraber, söz konusu teoride mülkiyetten kaynaklanan yetkinin sınırlı ayni hak sahibine devrinin esnek bir biçimde yorumlandığı da görülür. Buna göre, malik de sınırlı ayni hak sahibi ile beraber bu yetkiden faydalanabilecektir⁹⁰. Ayrıca, manzara kapatma irtifakı örneğinde olduğu gibi, mülkiyetten ayrılan yetkinin mutlaka bir başkasına da devredilmesi gerekmez.

ii. Yük Teorisi

Yük teorisi, temellerini Roma hukukundan alır. Roma hukukunda, sınırlı ayni haklar bir bütün olarak mülkiyet hakkına getirilmiş kısıtlamalar olarak ele alınıyor; sınırlı ayni hakkın tesisi ile, malikin belirli bir zaman için üçüncü kişi lehine mülkiyet hakkından kaynaklanan bazı yetkilerini kullanmaktan vazgeçtiği kabul ediliyordu. Sınırlı ayni hak sona erdiğinde ise, mülkiyet hakkı kısıtlamalardan kurtulmuş bir biçimde kullanılabilirdi⁹¹. Bu temelden hareket eden ikinci

⁸⁸ ZK-Liver, Einleitung zum Dienstbarkeitskommentar, N. 8.

⁸⁹ ZK-Liver, Einleitung zum Dienstbarkeitskommentar, N. 8.

⁹⁰ Aynı sonuca varan bir Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 12. HD., 09.03.2010, E. 2009/23569, K. 2010/5410. Karar uyarınca, geçit hakkı tanınan yerin anamülkiyetten ayrıştırılması ve taşınmaz maliki borçluların geçitten yararlanmalarının engellenmesi mümkün değildir (www.kazanci.com).

⁹¹ Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Eşya Hukuku**, 5. Basım, Ankara, Turhan, 2015, s. 239; Raymond Monier, **Manuel élémentaire de droit romain**, T. 1, 6^e éd., Paris, Domat

görüştteki yazarlar⁹², sınırlı ayni hakkın mülkiyet hakkını baskıladığını ileri sürmektedirler. Mülkiyet hakkı birbirinden bağımsız bir yetkiler demeti değil; bu yetkileri içeren tam ve bölünemez bir hakimiyet bütünüdür. Sınırlı ayni haklar da, bu bölünemez bütüne getirilmiş bir yükür. Mülkiyet hakkından doğan yetkilerin ayrılması söz konusu olmaz.

Nitekim İsviçre hukukunda da, sınırlı ayni hakların mülkiyetin hiçbir ayırımına dahil edilmemesinden yola çıkılarak, bu hakların mülkiyet hakkından ayrılmadığı, fakat onu sınırladığı ve sıkıştırdığı ortaya koyulmaktadır⁹³. Mülkiyet hakkının, üzerindeki kısıtlamalar kalktığı zaman yine eskisi gibi malike tam yetki sağlaması mülkiyetin “esnek” yapısı ile açıklanmaktadır⁹⁴. Esneklik, mülkiyetin kendisini sınırlayan ayni hak yüklerinden kurtulunca arz ettiği tam yetki görünümüdür. Bu şekilde, sınırlı ayni hakların sona ermesi durumunda hak sahiplerinin yetkisinin mülkiyet hakkına geri dönmesi için ayrıca bir işlem yapmaya da gerek kalmayacaktır⁹⁵.

Yük teorisini savunan yazarlar, görüşlerini desteklemek bakımından farklı gerekçeler ileri sürmüşlerdir. İlk olarak, malikin irtifak hakkı sahibi ile aynı anda onun hakkını ihlal etmeden taşınmazı kullanabilmesini örnek olarak göstermişler, bu durumun mülkiyet hakkından kaynaklanan bazı yetkilerin ayrılıp irtifak hakkı sahibine devredilmediği anlamına geldiğini belirtmişlerdir⁹⁶. Yine de bu görüşü

Montchrestien, 1947, s. 433; Ziya Umur, **Roma Hukuku: Eşya Hukuku (Ayni Haklar)**, İstanbul, Filiz, 1983, s. 133-134.

⁹² **BSK**-Wiegand, art. 641 ZGB, N. 14; Halûk Nami Nomer, Mehmet Serkan Ergüne, **Eşya Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, XII Levha, 2017, N. 507; Burak Özen, **Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı**, İstanbul, Vedat, 2008, s. 7; D. Piotet, **Traité**, s. 7; P. Piotet, **Traité**, s. 9; Heinz Rey, **Die Grunddienstbarkeiten, Systematischer Teil und Art. 730-731 ZGB, Berner Kommentar, T. IV/2/1/1**, 2. Auf., Bern, Stämpfli, 1981, Sys. Teil, N. 61; Riemer, **Beschränkten**, s. 33; Jörg Schmid, Bettina Hürlimann-Kaup, **Sachenrecht**, 4. Auf., Zürich-Basel-Genf, Schulthess, 2012, N. 1155; Serozan, **Eşya**, s. 203; Steinauer, **T. II**, N. 2142; **ZK**-Liver, Einleitung zum Dienstbarkeitskommentar, N. 8.

⁹³ **ZK**-Liver, Einleitung zum Dienstbarkeitskommentar, N. 11.

⁹⁴ Riemer, **Beschränkten**, s. 33; Steinauer, **T. II**, N. 2143; **ZK**-Haab, art. 641 ZGB, N. 18; **ZK**-Liver, Einleitung zum Dienstbarkeitskommentar, N. 8.

⁹⁵ **BK**-Meier-Hayoz, Sys. Teil, N. 347; Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 680; Riemer, **Beschränkten**, s. 33-34; Serozan, **Mülkiyet**, s. 252; Simonius, Sutter, **Bd. I**, s. 108-109; Steinauer, **T. II**, N. 2143.

⁹⁶ Steinauer, **T. II**, N. 2144; **ZK**-Liver, Einleitung zum Dienstbarkeitskommentar, N. 8. Taşınır bakımından, yük teorisinin kabulü halinde dahi malikin sınırlı ayni hak sahibi ile birlikte eşyadan yararlanması mümkün değildir. Özen, s. 134-135.

savunan yazarlardan P. Piotet'nin işaret ettiği gibi⁹⁷, ayırma teorisinde de yetkinin kısmi olarak kullanılabilmesi mümkündür. Bu surette, sınırlı aynı hak sahibi ile malik yetkiyi paylaşarak kullanabilirler.

Yük teorisini güçlendiren ikinci bir husus, ayırma teorisinde olumsuz irtifakların durumunun kolay açıklanamamasıdır. Örnek olarak manzara kapatmama irtifakında, irtifak hakkı sahibine yetki devredilmemekte, yine de bu kişi malikten manzarasının kapatılmamasını talep edebilmektedir.

Alacak üzerinde tesis edilebilecek intifa ve rehin hakları bakımından iki teori arasında ciddi bir fark olduğu ve yük teorisinin konuyu daha doğru bir biçimde ele aldığı belirtilmiştir. Cebri icra halinde alacak üzerindeki intifa ya da rehin hakkı sahibi, adi alacaklıların önüne geçecektir. Alacak üzerindeki intifa ya da rehin hakkı sahibinin hakkının, borçlunun diğer alacaklılarının hakkının önüne geçmesinin sebebi, alacaklıların cebri icra halinde, cebri icraya tâbi kişiden daha fazla hakka sahip olamayacak olmasıdır⁹⁸. İntifa ve rehin, üzerinde kurulduğu alacak hakkının önüne geçtiği için, cebri icra halinde de durum değişmez, bu haklar diğer adi alacaklıların önünde yer alır. Bu durum ise ancak yük teorisi ile açıklanabilir; alacak üzerindeki intifa ve rehin hakkı sahibi, nispi hakkın bir kısmı üzerindeki yetkilerini borçlunun alacaklılarına karşı ileri sürmektedirler. Oysa ayırma teorisinin kabulü halinde, alacak üzerindeki intifa ya da rehin hakkı sahibi, bir şekilde kendisinden önce alacaklılarına kavuşmuş adi alacaklılara başvuramayacak, sadece borçluya müracaat edebilecektir⁹⁹. Zira kendi hakkı da alacağın bir bölümünden kaynaklanır. Böylece ayırma teorisi, alacaktan kaynaklandığı düşünülecek bu hakların cebri icrada adi alacaklılara karşı ileri sürülebilmesini açıklamada yetersiz kalmaktadır. Yük teorisinin kabulü halinde ise, intifa ve rehin hakkının, bu haklara konu olan alacaktan kaynaklanmamaları sebebi ile cebri icraya da tâbi olmayacakları sonucuna varılacaktır.

Belirtelim ki, bu son görüşün yük teorisine dayanak gösterilmesine ihtiyatlı yaklaşılmalıdır. Zira, alacak üzerinde kurulan intifa ve rehin haklarının hukuki

⁹⁷ P. Piotet, **Traité**, s. 10.

⁹⁸ D. Piotet, **Traité**, s. 27; P. Piotet, **Traité**, s. 24-25.

⁹⁹ D. Piotet, **Traité**, s. 27.

niteliği tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre¹⁰⁰, bu haklar da alacaklıya bir ayni hak, dolayısıyla da mutlak hak sağlarlar. Bu sebeple, hakkı ihlal edebilecek herkese karşı kendi haklarını ileri sürebileceklerdir. Bazı yazarlar ise¹⁰¹, alacak üzerindeki intifa ve rehin hakkının ayni hak olmadığını ancak mutlak hak olduğunu ileri sürmektedirler. Bununla birlikte, bizim de katıldığımız görüş uyarınca¹⁰², alacak üzerindeki intifa ya da rehin hakkı sınırlı bir ayni hak değildir; zira hakkın konusu olan alacak nispi hak niteliğindedir. Ancak, intifa hakkı ya da rehin hakkı sahibine, borçlunun diğer alacaklıları karşısında öncelik yetkisi tanınır. Dolayısıyla bizim katıldığımız görüş kabul edilecek olur ise, alacak üzerindeki intifa ya da rehin hakkı bir ayni hak sayılmayacağından yük teorisini güçlendiren bir gerekçe olarak da kullanılamayacaktır.

Son olarak, ayırma teorisinin kabulü halinde, malikin kendi eşyası üzerinde bir sınırlı ayni hakka sahip olabilmesi rahatlıkla açıklanamamaktadır. Örnek vermemiz gerekir ise, ayırma teorisinin kabul edildiği Fransız hukukunda, malikin kendi taşınmazı üzerinde sınırlı bir ayni hakkı olamaz¹⁰³. Sınırlı ayni haklar, mülkiyet hakkını oluşturan yetkilerden bazılarının mülkiyet hakkından ayrılarak başkasına devredilmesini ifade ettiği için, aynı eşya üzerinde birden çok kişinin hakkını kullanmasını zorunlu kılar¹⁰⁴. Oysa MK m. 782 ile malike, kendi taşınmazı üzerinde irtifak hakkı sahibi olabilmesi imkanı açıkça tanınmıştır. Aynı imkan, MK m. 884'te başkasının borcu için alacaklıya kendi taşınmazı üzerinde ipotek hakkı kurmuş malik

¹⁰⁰ Aybay, Hatemi, s. 297-298; Sirmen, **Eşya**, s. 529 ve 671.

¹⁰¹ Ayiter, s. 196; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 836-837; Ferit Hakkı Saymen, Halid Kemal Elbir, **Türk Eşya Hukuku Dersleri**, İstanbul, Filiz, 1963, s. 690; Nomer, Ergüne, N. 879; Paul-Henri Steinauer, **Les droits réels, T. III, servitudes personnelles, charges foncières, gages immobiliers, gages mobiliers**, 4^e éd., Berne, Stämpfli, 2012, N. 2488; Carl Wieland, **Les droits réels dans le Code civil suisse**, vol. II, (çev. Henri Bovay), Libraires-éditeurs M. Giard & E. Brière, Paris 1914, art. 899 ZGB, s. 310.

¹⁰² Mehmet Ayan, **Eşya Hukuku III, Sınırlı Aynî Haklar**, 8. Baskı, Ankara, Seçkin, 2017, s. 319; Mehmet Serkan Ergüne, **Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu**, İstanbul, Filiz, 2002, s. 35; Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 345; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2688; Serozan, **Eşya**, s. 362; Selâhattin Sulhi Tekinay, **Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar, Eşya Hukuku II/3**, İstanbul, Filiz, 1994, s. 146.

¹⁰³ FrMK m. 637.

¹⁰⁴ Jean-Louis Bergel, Marc Bruschi, Sylvie Cimamonti, **Traité de droit civil, Les biens**, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 2010, N. 242; Christian Larroumet, **Droit civil: Les biens, Droits réels principaux**, vol. II, 3^e éd., Paris, Economica, 1997, s. 26 vd.; Bahar Öcal Apaydın, **Roma Hukukundan Günümüze Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları**, Ankara, Yetkin, 2014, s. 222-223.

için de öngörülmüştür. Bu borcu ödeyen malik alacaklıya halef olacağından, kendi taşınmazı üzerindeki rehin hakkına da sahip olacaktır. Dolayısıyla Medeni Kanun'daki bu açık düzenlemeler¹⁰⁵, Türk hukuk sisteminde yük teorisinin kabul edilebilmesine dayanak sağlar.

B. Mülkiyet Hakkının Karşısında Sözleşme İle Kurulan İrtifak Haklarının Yeri

Yukarıda belirttiğimiz üzere¹⁰⁶, irtifak hakkı bir sınırlı ayni haktır. Sınırlı ayni haklar da, mülkiyet hakkının özel hukuk kaynaklı, taraf iradesine dayanan kısıtlamalarıdır. Sözleşmesel irtifak haklarının mülkiyet karşısındaki yerini değerlendirmek, bu hakların mülkiyeti nasıl sınırlandırdığını ortaya koyacağından, MK m. 785'in düzenlenme amacını anlayabilmek açısından yol gösterici olacaktır.

Her ne kadar bu başlık altında, sözleşme ile kurulan irtifak hakları ele alınacak olsa da, MK m. 780/f. II uyarınca, “[i]rtifak hakkının kazanılmasında ve tescilinde, aksi öngörülmüş olmadıkça taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümler uygulanır”. Aynı taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkının kazanılmasında olduğu gibi, irtifak hakkının kazanılması da tescil ile olabileceği gibi, tescilsiz de olabilir¹⁰⁷. Nitekim, irtifak hakkının zamanaşımı ile kazanılması imkanı, aynı hükmün son fıkrasında açıkça anılmıştır¹⁰⁸. Uygulamada irtifak hakları daha çok sözleşme ile kurulduğundan, bu

¹⁰⁵ Malikin kendi eşyası üzerinde sınırlı ayni hak sahibi olması, bu hallerle sınırlı değildir. Üst hakkının süresinden önce devrinin istenmesi halinde (MK m. 831), malik lehine bir üst hakkı ya da başkası adına düzenlenen ipotekli borç senedinin yine malike gelmesi hallerinde de malik lehine sınırlı ayni hak söz konusu olur.

¹⁰⁶ Bkz. Birinci Bölüm I. A. 2. b. 2) Sınırlı Ayni Haklar Ve Hukuki Niteliği.

¹⁰⁷ İrtifakın tescille kazanılması bir sözleşme, vasiyetname veya kanun hükmüne dayanabilir. Kanun hükmüne dayandığı hallere örnek olarak, sağ kalan eşe aile konutu üzerinde intifa ya da oturma hakkı tanınması (MK m. 240) ile tereke malları arasındaki ev eşyası veya eşlerin birlikte oturdukları konut üzerinde intifa ya da oturma hakkı tanınmasını (MK m. 652) gösterebiliriz. Bununla beraber, hukukumuzda MK m. 798/f. II'deki tartışmalı hal istisna olmak üzere kanundan doğan intifa haklarına yer verilmese de, 743 sayılı Medeni Kanun dönemindeki bazı mirasçılarının kanundan doğan intifa hakları kazanılmış hak olduğundan, dayandıkları kanun hükmü ortadan kalkmış olsa da var olmaya devam edecektir. Bosshart, s. 64-65. Tescilsiz irtifak kazanılması sebepleri arasında ise, miras yolu ile kazanma, işgal, kamulaştırma, cebri icra ve mahkeme kararı sayılabilir.

¹⁰⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Ünal, “Taşınmaza Bağlı İrtifakın Kurulması”, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C. III, Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, S. 3, Özel Sayı, 2016, s. 2852 vd. Kişi lehine tesis edilen irtifak hakları, kazandırıcı zamanaşımı ile iktisap

başlık altında diğer kazanma sebeplerine yer vermeyeceğiz. Böylece bir aynı hak olan irtifakın kurulması, eşya hukuku sistemine uygun olarak iki aşamayı gerektirir: hukuki sebep ve tasarruf işlemi. Sözleşmeye dayanan irtifak haklarını incelediğimizden, hukuki sebep sözleşme olacak; tasarruf işlemi ise, tescil talebi olacak ve tescilin gerçekleşmesi ile hüküm doğuracaktır. İrtifak hakkı tescil ile birlikte kurulmuş olur. Dolayısıyla, malik ile irtifak hakkı sahibi arasındaki ilişkiden ancak tescilden sonraki aşama için söz edilebilir. Ne var ki, irtifak sözleşmesinin akdedilmesi ile de, beklenen irtifak hakkı sahibinin malik ile olan ilişkisi de incelenmelidir.

1. İrtifak Sözleşmesi Çerçevesinde Beklenen İrtifak Hakkı Sahibi İle Malik Arasındaki Hukuki İlişki

İrtifak sözleşmesinin ifası amacı ile irtifak hakkının henüz tescil edilmediği safhada, taraflar açısından bağlayıcı ama sadece sözleşme tarafları arasında ileri

edilemez. ATF 95 II 605 = JdT 1971 I 255. Taşınmaz lehine irtifaklar bakımından kazandırıcı zamanaşımı ile irtifak haklarının iktisabı, özellikle tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar için gündeme gelecektir. Davacıya ait tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz üzerinde kurulmuş teleferik bakımından, şartları oluşmuş ise olağanüstü zamanaşımı ile irtifak hakkının kazanılabileceğine ilişkin bkz. Yarg. 8. HD., 20.04.2006, E. 2006/2191, K. 2006/2690. Hakkı kazanmak için geçmesi gereken olağan ya da olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı süresi ile, irtifak hakkını kuran sözleşmeden kaynaklanan bir borcun ifa edilmemesi halinde karşı tarafa def'i hakkı tanıyan zamanaşımı birbirinden farklıdır. Taraflar 02.02.1994 tarihli taşınmaz satımı sözleşmesinde, taşınmazın üzerine yeniden kat ilave etmemek ve yükseltmemek kaydı ile mevcut durumu ile satıldığını kararlaştırmışlardır. Ne var ki resmi senette yer alan "taşınmazın üzerine yeniden kat ilave etmemek ve yükseltmemek" irtifakını tescil ettirmemişlerdir. Davacı, 2010 yılında irtifak hakkının tescilini talep etmiştir. Yerel mahkeme, davanın sınırlı aynı hakka dayalı bir dava olduğunu, sınırlı aynı hakların doğumundan itibaren on yıllık zamanaşımına tâbi bulunduğu gerekçesi ile reddetmiştir. Yargıtay ise, resmi senet ile irtifak hakkı tesis edilebileceği gibi, hükmen de irtifak hakkı kurulabileceğini ifade ederek, kazanılmış bir irtifak hakkının tesisi için on yıllık dava zamanaşımı süresinin öngörülmediğini ifade etmiş ve yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Yarg. 14. HD., 06.10.2011, E. 2011/9281, K. 2011/11606 (www.kazanci.com). Yerel mahkemenin de, Yargıtay'ın da gerekçelerinin hatalı olduğunu belirtmek isteriz. Öncelikle, hukuki sebepte irtifak hakkını tesis etme borcunun yer alması, irtifak hakkının doğduğu anlamına gelmez; hak tescil edilmedikçe kurulmayacaktır. Taşınmaz malikine yüklenen irtifak hakkının tescilini talep etme borcu, kişisel bir borçtur ve on yıllık zamanaşımına tâbidir. Bununla birlikte, olağan ya da olağanüstü zamanaşımı sürelerinin dolması ile de irtifak hakkı kurulabilecek ise de, somut uyumsuzluk bakımından her iki kazandırıcı zamanaşımının şartları da oluşmamıştır. Hakim kararı ile kurulmuş, ancak henüz tescil edilmemiş bir irtifakın açıklayıcı tescilinin yapılması zamanaşımına bağlı olmamak ile birlikte, bu uyumsuzluk açısından da önceden MK m. 716 çerçevesinde hakim kararı alındığına yönelik bir bilgi yoktur.

sürülebilecek bir hukuki ilişki vardır. Bu hukuki ilişki, irtifak sözleşmesi ile şekillenir.

Bu bölümde, irtifak sözleşmesinin hukuki niteliği ile sözleşmede öngörülen hükümler açıklanacaktır.

a. İrtifak Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

İrtifak sözleşmesinin hukuki niteliği, kanunda düzenlenip düzenlenmemesi ve asli edim karakteristiği bakımından incelenecektir.

1) Sözleşmenin Kanunda Düzenlenmesi Bakımından

İrtifak hakkını meydana getiren hukuki sebeplerden biri olan irtifak sözleşmesi ile, irtifak hakkının tesisi hedef tutulur¹⁰⁹. Genel olarak, yüklü taşınmaz maliki, bir irade beyanında bulunma; daha açık olarak, irtifak hakkının tescilini talep etme borcu altına girer¹¹⁰. Bu sebeple, irtifak sözleşmesi bir borç sözleşmesidir. Taşınmazlar bakımından, malikin irtifak sözleşmesinden kaynaklanan hakkı tesis etme borcunu yerine getirmemesi durumunda, irtifak sözleşmesinin karşı tarafı MK m. 716'ya

¹⁰⁹ Bir miras paylaşım sözleşmesi çerçevesinde de irtifak hakkı tesis etme borcu altına girilebilir (TST m. 20/f. I, b. c). Örnek vermemiz gerekir ise, sağ kalan eş ile çocuk arasında noterde akdedilmiş miras paylaşım sözleşmesinde miras kalan taşınmazın mülkiyetinin çocuğa bırakılacağı, eşe ise intifa hakkı tanınacağı kararlaştırılmış ise, ayrıca irtifak sözleşmesi akdedilmesine gerek olmaksızın tapu sicil memurundan hakların tescili talep edilebilecektir.

¹¹⁰ BSK-Petitpierre, art. 732 ZGB, N. 14-15; Barış Demirsatan, **Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedelinin İfa Edilmemesinin Sonuçları**, İstanbul, XII Levha, 2016, s. 37; Hans-Ulrich Freimüller, **Die Stellung der Baurechtsdienstbarkeit im System der dinglichen Rechte**, Bern, Stämpfli, 1967, s. 43; Martin Germann, **Der Vertrag zur Errichtung einer Grunddienstbarkeit**, Bern, Stämpfli, 2008, s. 35; Osman Berat Gürzumar, **Türk Medenî Hukukunda Üst Hakkı**, 2. Baskı, İstanbul, Beta, 2001, s. 158 vd. ; Peter Isler, **Der Baurechtsvertrag und seine Ausgestaltung**, Zurich, Stämpfli, 1973, s. 21; Nicolas Jeandin, "Le contrat constitutive de servitude", **Les servitudes et les cédulas hypothécaires à la lumière des nouvelles dispositions du Code civil**, (edit. Jürg Schmid), Genève-Zurich-Bâle, Schulthess, 2012, s. 112; Michel Mooser, "Le droit d'habitation", **Université de Fribourg**, Thèse, Bulle, 1997, s. 16; Cumhur Özakman, **Türk Hukukunda Mecra İrtifakları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978, s. 41; Özen, s. 136; Riemer, **Beschränkten**, s. 54-55; Schmid, Hürlimann-Kaup, N. 1243; Steinauer, **T. II**, N. 2224 ve 2229b. Sözleşmede irtifak hakkını kurma niyeti açıkça, şüpheye mahal bırakmayacak şekilde ifade edilmelidir. Federal Mahkeme, sözleşmeden tarafların taşınmaz lehine ya da kişisel bir irtifakı kurmayı mı, yoksa sadece sürekli bir borçlandırıcı işlem yapmayı mı hedeflediklerinin anlaşamadığı durumlarda, işlemin irtifak sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceğine hükmetmiştir. ATF 95 II 605 = JdT 1971 I 255.

dayanarak hakimden irtifakın tesisini talep edebilecektir¹¹¹. İrtifak sözleşmesinin konusu bir taşınır ise¹¹², sözleşme ile kendisine irtifak hakkı tanınacağı vaad edilen taraf, cebri icra yolu ile zilyetliği kazandığı zaman bu hakkını elde edecektir.

İrtifak sözleşmesi¹¹³, Medeni Kanun'un iki farklı hükmünde anılmıştır. İlk olarak, MK m. 781, "irtifak hakkının kurulmasına ilişkin sözleşmenin" resmi şekilde akdedilmesi halinde geçerli olacağını düzenlemiştir; ikinci olarak ise MK m. 827, "üst hakkının içerik ve kapsamı ile ilgili olarak resmi senette" yer alması gereken unsurları saymıştır. Kanunda açıkça anılan bu sözleşmenin hukuki niteliği ise, öğretide tartışmalıdır.

İleri sürülen ilk görüşe göre¹¹⁴, irtifak hakkını kuran sözleşme tipik bir sözleşmedir. Borçlar Kanunu'ndaki klasik tipik sözleşmeler için belirlenen kriterler, Medeni Kanun'da düzenlenmiş sözleşmelerin bünyesine uymaz. Nişanlılık veya evlilik sözleşmelerinde ya da taşınmaz irtifakını kurucu sözleşmede Borçlar Kanunu anlamından tipik esaslı unsurlar ortaya konulmamış olsa da, nişanlanma MK m. 118-119 (İsvMK m. 90) ve evlenmenin şekline ilişkin MK m. 142 (İsvMK m. 102) ile taşınmaz lehine irtifakların kapsamını düzenleyen MK m. 779 (İsvMK m. 730)'da esaslı unsurlar düzenlenmediği ileri sürülemez. Bu sebeple de, Medeni Kanun'da düzenlenmiş sözleşmelerin, dolayısıyla da irtifak hakkını kurucu sözleşmenin, tipik bir sözleşme olarak nitelendirilmesi gerekir. Bu görüş, irtifak hakkını kuran sözleşme açısından eleştirilmektedir. Örnek gösterilen MK m. 779 ve devamındaki hükümlerin, irtifak hakkı kurulduktan sonra meydana gelen aynı ilişkiyi ilgilendirdiği; irtifak sözleşmesine özgü sorunları düzenlemediği belirtilmektedir. Bu sebeple, irtifak hakkını kuran sözleşme tipik bir sözleşme olarak nitelendirilemez¹¹⁵.

¹¹¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Eşya**, N. 2804; Özen, s. 129; Simonius, Sutter, **Bd. II**, s. 48.

¹¹² Taşınırları konu alan tek irtifak, intifa hakkıdır.

¹¹³ İsviçre aynı haklar revizyonu sonrasında üst hakkının kurulmasına ilişkin İsvMK m. 779a maddesindeki sözleşme ifadesi yerine, açık olarak hukuki işlem ifadesi tercih edilmiştir. Arif Barış Özbilen, "Üst Hakkı İradı Ve Bu İradın Ödenmesine İlişkin Alacağın Güvencesi Olarak Kanunî İpotek Hakkı", **TBB**, S. 126, 2016, s. 271.

¹¹⁴ Germann, s. 37-38; Hans Michael Riemer, "Die Verträge des ZGB, insbesondere jene des Sachenrechts, aus des Sicht des OR", **Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey**, Zürich, Schulthess, 2003, s. 84-85. Türk hukukunda, üst hakkını kuran sözleşme açısından aynı sonuç için bkz. Gürzumar, s. 164-165. Yazara göre, kanundaki düzenlemeler o kadar detaylıdır ki üst hakkını kuran sözleşme isimli sözleşme sayılamaz.

¹¹⁵ Kocabaş, s. 43-44.

Başka bir görüşe göre, irtifak sözleşmesinin ivazlı olup olmamasına göre bir ayırım yapılmalıdır. Bu çerçevede, irtifak sözleşmesinin ivazsız olması durumunda bağışlama taahhüdü¹¹⁶; ivazlı olması durumunda isimsiz sözleşme¹¹⁷ ya da satım sözleşmesi¹¹⁸ olduğunu ileri süren yazarlar bulunmaktadır.

Bizim de katıldığımız son görüşe göre ise¹¹⁹, ivazlı da olsa, ivazsız da olsa irtifak hakkının temelinde isimsiz bir sözleşme vardır. İrtifak sözleşmesi, kanunda düzenlenmeyen unsurlar içerdiğinden *sui generis* bir sözleşmedir. Satım sözleşmesi hükümlerinin kıyasen irtifak hakkını kuran sözleşme için de uygulanabileceği düşünülmektedir¹²⁰.

¹¹⁶ Köprülü, Kaneti, s. 58; Ünal, **Kurulma**, s. 2843. Bu görüşe katılmamak ile birlikte, dikkati çekmek istediğimiz bir husus bulunmaktadır: Sözleşmenin salt ivazsız olması, kendiliğinden bağışlama sözleşmesi olduğu sonucunu doğurmaz. Aynı zamanda tarafların irtifak hakkını kuran bu sözleşmeyi, bağışlama sebebi ile akdetmeleri aranmalıdır. Gürzumar, s. 167; **ZK-Liver**, art. 732 ZGB, N. 45. Sınırlı ayni hakkın kurulması, mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerin ayrılarak hak sahibine devredilmesi şeklinde gerçekleşmediği için yüklü taşınmaz malikinin malvarlığında bir fakirleşme meydana gelmediği ve bağışlama sözleşmesinin söz konusu olamayacağına ilişkin bkz. Kocabaş s. 45-46. Bununla birlikte yazarın, kanundan doğan borç ilişkisi sebebi ile irtifak sözleşmesinin bağışlama sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceği görüşüne katılmıyoruz, zira kanaatimizce, sadece intifa ve oturma hakları için kanundan doğan bir borç ilişkisinden söz edilebilir. Diğer irtifak hakları için bu borç ilişkisi öngörülmemiş, sadece ayni ilişki düzenlenmiştir. Aynı zamanda, ivazsız irtifak sözleşmesinin bağışlama sözleşmesi niteliğinde olduğunu ileri süren yazarların TBK m. 288/f. II'deki "taşınmaz üzerindeki ayni bir hakkın bağışlanması sözü verme" ifadesine dayandıklarını vurgulamak isteriz. Ne var ki, bağışlama sözleşmesinin mülkiyeti devir amacı güden sözleşmelerden olduğunu dikkate alarak, ancak irtifak hakkının ivazsız devrini öngören sözleşmelerin bağışlama taahhüdü olarak nitelendirilebileceğini düşünüyoruz. Mülkiyeti devir amacı güden sözleşmeler hakkında bilgi için bkz. Halûk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. I/1, 6. Basım, İstanbul, Vedat, 2008, s. 3; Aydın Zevkliler, K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 16. Bası, Ankara, Turhan, 2016, s. 27.

¹¹⁷ Gürsoy, Eren, Cansel, s. 771; P. Piotet, **Traité**, s. 41-42.

¹¹⁸ İntifa hakkını kuran sözleşme bakımından bkz. Abdülkadir Arpacı, "Gayrimenkuller Üzerinde İntifa Hakkı Kurulması", **İBD**, C. 60, S. 1-2-3, 1986, s. 13.

¹¹⁹ Christina Schmid-Tschirren, "Art. 730-792, 884-915 und 21, 34-36 SchlT.", **Kurzkomentar Zivilgesetzbuch**, (edit. Andrea Büchler/Dominique Jakob), Basel, Helbing&Lichtenhahn, 2012, art. 732 ZGB, N. 3; Isler, s. 51; Schmid, Hürlimann-Kaup, N. 1244; **ZK-Liver**, art. 732 ZGB, N. 54; Felix Zurbriggen, **Die irregulären Personaldienstbarkeiten (Art. 781 ZGB)**, Bern-Frankfurt am Main- Las Vegas, Verlag Peter Lang, 1981, s. 65. İntifa hakkı bakımından bkz. Özen, s. 124-125.

¹²⁰ Tarkan Göksu, "Art. 667-712, 730-744, 780-792", **Handkomentar**, (edit. Marc Amstutz, Peter Breitschmid, Andreas Furrer, Daniel Girsberger, Claire Huguenin, Markus Müller-Chen, Vito Roberto, Alexandra Rumo-Jungo, Anton K. Schnyder), 2. Auf., Zürich, 2012, art. 732 ZGB, N. 1; N. Jeandin, s. 123-124. Üst hakkı sözleşmesi bakımından aynı görüş için bkz. Demirsatan, s. 38.

2) *Asli Edim Karakteristiği Bakımından*

İrtifak hakkını kuran sözleşmenin asli edim karakteristiği tartışma yaratmaktadır. Öğretide, irtifak ilişkisinin nitelendirilmesindeki değişik yaklaşımlar, irtifak sözleşmesinin edim karakteristiğinin saptanmasına da yansımakta; bu sözleşmenin ani edimli bir sözleşme olduğu da, sürekli edimli bir sözleşme olduğu da savunulmaktadır. İrtifak sözleşmesinin asli edim karakteristiğine yönelik tartışmada bir sonuca varılması, irtifak hakkının kurulması üzerine malik ile irtifak hakkı sahibi arasındaki ilişkinin belirlenmesinde yol gösterici olacaktır.

a) *Ani Edimli Sözleşme Görüşü*

İrtifak sözleşmesinden doğan borç ifa edilince, başka bir deyişle taşınmazlar bakımından irtifak hakkının tescili malik tarafından talep edilip tescil gerçekleşince; taşınırklar bakımından ise, irtifaka konusu olacak malın zilyetliği hakkın kurulması amacı ile hak sahibine devredilince, irtifak hakkı kurulacaktır¹²¹. İrtifak sözleşmesini ifası ile irtifak hakkının kurulacağı ve sözleşmenin görevini yerine getirmiş olacağı savunulmuştur. İrtifak sözleşmesinden doğan karakteristik edim, yani tescili talep borcu, bir süreye yayılmadığı için ani edimli bir sözleşme söz konusu olacaktır.

İrtifak sözleşmesinden doğan karakteristik edim, irtifakın tescilini talep borcu olsa da, sözleşmeden başka bazı borçlar da kaynaklanabilir. Bu çerçevede, irtifak hakkının kurulması ile meydana gelecek aynı ilişkiyi etkileyecek aynı unsurlar dışında, bu ilişkiye yabancı kişisel nitelikte ve eşyaya bağlı borç niteliğinde hükümler de öngörülebilir¹²². Bu halde, karakteristik edim yine değişmediği için sözleşme sürekli borç ilişkisi halini almayacaktır.

Bu görüşe göre, tescil gerçekleştikten sonra, aynı hak sözleşmesel ilişki hükümlerine değil, Medeni Kanun'da düzenlenen aynı ilişki hükümlerine tâbi olacaktır¹²³. Bununla birlikte, taraflar arasındaki kişisel ilişki de, bu aynı haktan bağımsız bir şekilde devam edecektir. Bu sebeple, irtifak hakkının tesis edilmesi, tek

¹²¹ Temperli, s. 49.

¹²² Bkz. Birinci Bölüm I. B. 1. b. İrtifak Sözleşmesinin Hükümleri.

¹²³ Liver, *Aufhebung*, s. 3.

başına irtifak sözleşmesinden doğan borç ilişkisini sona erdirmez¹²⁴. Ancak, bu sözleşmesel ilişki ile aynı ilişkinin kaynakları farklı olduğundan birbirlerini etkilemelerine de müsaade edilmez. Zira, kişisel borçların kaynağı sözleşme, aynı ilişkinin kaynağı ise kanundur¹²⁵. Böylece irtifak hakkının tescili ile birlikte doğan aynı ilişkiye, sürekli borç ilişkilerine ait kavramlar uygulanmaz. Haklı sebeple fesih ya da aşırı ifa güçlüğü dolayısıyla uyarılma gibi kavramlar, ancak yan borçlar ya da salt kişisel nitelikteki borçlar bakımından uygulama alanı bulur¹²⁶.

Bu durumun bir sonucu, kişisel borç ilişkisinden kaynaklanan bir ifa engeli sebebi ile aynı ilişkinin ortadan kaldırılamamasıdır. İrtifak sözleşmesi ile sadece irtifak hakkını kurma borcu doğar. İrtifak hakkının tescili ile hak sahibinin doğrudan bir hakimiyeti söz konusu olur. Yüklü taşınmaz maliki hak sahibi karşısında sözleşmenin tarafı değil; hak sahibinin hakkını ihlal etmemesi gereken üçüncü kişi olarak yer alır¹²⁷. İrtifak hakkı, irtifak ilişkisindeki kişisel borcun güvencesi olarak kullanılamaz. Borcun ifa edilmemesi halinde, irtifak hakkının sona erdirilmesi talep edilemez¹²⁸.

b) Sürekli Edimli Sözleşme Görüşü

i. Genel Olarak

İrtifak hakkını kuran sözleşmenin sürekli edimli bir sözleşme olduğuna ilişkin çeşitli veriler ileri sürülmektedir. Öncelikle, irtifak sözleşmesine istinaden kurulacak irtifak hakkı da bir yararlanma ilişkisi doğurur. Malik, irtifak hakkı sahibinin hakkını

¹²⁴ Gürzumar, s. 163; Temperli, s. 50. Üst hakkı sözleşmesinin süre sonuna kadar aradaki sözleşmesel ilişkiyi düzenleyen kaynak olduğuna ilişkin bkz. Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 707-708

¹²⁵ Temperli, s. 51. Taşınır rehni bakımından aynı sonuç için bkz. Bénédict Foëx, **Le contrat de gage mobilier**, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing&Lichtenhahn, 1997, s. 65; Aslı Makaracı Başak, **Taşınır Rehni Sözleşmesi**, İstanbul, XII Levha, 2014, s. 114-115.

¹²⁶ Peter Liver, “Die Ablösung von Grundlasten und die Aufhebung entsprechender schuldrechtlicher Verpflichtung nach schweizerischem Recht”, **Privatautonomie, Eigentum und Verantwortung, Festgabe für Hermann Weitnauer zum 70. Geburtstag**, Berlin, Duncker&Humblot, 1980, s. 192-193; Temperli, s. 50; Mattia Tonella, “Die Löschung einer bedeutungslos gewordenen Dienstbarkeit”, **RNRF** 84/2003, s. 204.

¹²⁷ Liver, **Aufhebung**, s. 3.

¹²⁸ Sabine Burdet, **Die Ablösung des Grunddienstbarkeiten**, Zofingen, Graphische Anstalt Zofingen Tagblatt, 1946, s. 51.

kendi eşyası üzerine kullanmasına müsaade etmek ya da mülkiyet hakkından doğan bir yetkisini irtifak hakkı sahibi lehine olmak üzere kullanmaktan kaçınmak külfeti altındadır. Bu ilişki ise tam olmasa dahi¹²⁹, Borçlar Kanunu kapsamındaki eşyayı kullandırmayı hedef tutan sözleşmelerin aynı haklar sistemindeki yansıması olarak karşımıza çıkar¹³⁰.

İrtifak hakkını kuran sözleşme, irtifak hakkı sona ermediği sürece, taraflar arasındaki borç ilişkisinin kaynağıdır. İrtifak hakkının kurulmasından sonra da işlev göstermeye devam eder. Bu işlev, hakkın süresi boyunca devam edecektir¹³¹. Örnek olarak, irtifak sözleşmesinde, aynı hakkı kurma borcu haricinde kararlaştırılan eşyaya bağlı borç niteliğindeki hükümler, sürekli edim niteliğindedir¹³². Bu yan yapma borçları irtifak hakkına bağlanacağı için, irtifak hakkı var oldukça, sözleşmeden kaynaklanan ve hakkın yapısına yabancı bu borçlar da varlıklarını devam ettirecektir. Böylece geçit irtifakı çerçevesinde kullanılan güzergahın aydınlatılması ya da periyodik olarak temizliğinin yapılması borçları, her ne kadar sözleşme aslen geçit irtifakının tesisini hedeflemiş olsa dahi, hukuki sebebi oluşturan

¹²⁹ Öncelikle, olumsuz irtifaklarda olduğu gibi malikin belirli bir yetkisini kullanmaktan kaçınması hali, kullandırmayı hedef tutan sözleşmeler ile tam uyuşmamaktadır. Aynı zamanda, irtifak hakkı, hak sahibine doğrudan bir hakimiyet sağladığından, malikin irtifak hakkını gereği gibi kullandırma borcu altında olduğunu söylemek de doğru olmaz. Hak sahibi ile irtifak hakkı arasında vasıtalı bir ilişki bulunmamaktadır. Gürzumar, s. 162-163; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2849. TBK m. 305 uyarınca ise, kiraya verenin kiralananı kiracıya kullandırma borcu vardır. Bununla birlikte, kira sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen irtifak ilişkisine de uygulanabilir. Oturma hakkı bakımından bkz. Martin Bichsel, “Art. 745-778”, **Kommentar-Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, (edit. Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf), 2. Auf., Zurich, Orell Füssli, 2011, art. 776 ZGB, N. 10. Oturma hakkı sahibinin hak konusu taşınmazdan yararlanmasını kiracının yararlanması ile karşılaştıran bir karar için bkz. BGE 88 II 331. İntifa hakkı bakımından bkz. Pierre Tercier, Pascal G. Favre, **Les contrats spéciaux**, 4^e éd., Genève-Zurich-Bâle, Schulthess, 2009, s. 431. Taşınmaz üzerinde salt kullanma yetkisi tanıyan bir kişisel borcun sona ermesi halinde, kullananın taşınmazı iyileştirmek için yaptığı masraflar için kıyasen intifa hakkı hükümlerinin uygulanacağına dair bkz. ATF 75 II 38 = JdT 1950 I 90. Kaldı ki üst hakkının Roma hukuku kökenlerinde de kira sözleşmesi olduğuna ilişkin bkz. Demirsatan, s. 8-9. Bunun gibi, irtifak hakkın sona ermesi dolayısıyla irtifak ilişkisinin tasfiyesinde de kira sözleşmesi hükümlerine boşlukların tamamlanması amacı ile başvurulacaktır.

¹³⁰ Michael Kikinis, **Benutzungsrechte an Sachen**, Zürich, Schulthess, 1996, s. 10 ve 18.

¹³¹ Üst hakkı bakımından bkz. Herdem Belen, “Üst Hakkında Süresinden Önce Devir Talebine Esas Edimler ve Buna Bağlı Hukuksal Sonuçlar”, **İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Aralık 2005, s. 54.

¹³² Demirsatan, s. 21; Galland, **Contenu**, s. 206. Genel olarak, eşyaya bağlı borçların sürekli borç ilişkisi doğurduğuna ilişkin bkz. Urs Neuenschwander, **Die Leistungspflichten der Grundeigentümer im französischen Code civil und im schweizerischen Zivilgesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung des Nachbarrechts**, Zürich, Verlag P. G. Keller, 1966, s. 163.

irtifak sözleşmesinin sürekli edimli olduğuna işaret eder¹³³. İrtifak sözleşmelerinin sürekli edim içermesine başka bir örnek olarak ise, tapu sicilinde taşınmaz olarak ayrı bir sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli irtifak hakkını kuran sözleşmeler gösterilmektedir¹³⁴.

Kaldı ki, irtifak ilişkisine üçüncü kişi dahil olmadığı sürece, irtifak sözleşmesi ile elde edilmek istenen menfaat varlığını korur. İrtifak hakkının kurulması ile, eşya üzerindeki menfaatleri çatışan iki kişi, devamlı olarak karşı karşıya gelecektir¹³⁵. İrtifak hakkı kurulduktan sonra bile, taraflar arasındaki hukuki ilişkiye müdahale edilebilmesi için sürekli borç ilişkilerine başvurma zorunluluğu doğabilecektir¹³⁶. Bu bakımdan beklenen irtifak hakkı sahibinin menfaatinin tescil ile gerçekleşmediği, irtifak hakkına sahip olduğu sürece bu menfaatin gerçekleşmeye devam edeceği sonucuna varmak yerinde olur¹³⁷.

İrtifak sözleşmesinin sürekli bir edim içermesi, hakkın tescilinden sonra ortaya çıkan aynı ilişkiyi de etkiler. Bizim de katıldığımız bu görüş uyarınca, irtifak hakkının tescilinden sonra dahi, irtifak sözleşmesini kuran taraflar arasında, irtifak

¹³³ Demirsatan, s. 71; Özen, s. 176, dn. 446. Edimin konusunun, borçlunun zamana yayılan sürekli davranışları olduğu takdirde, sürekli bir edimin mevcut olacağına ilişkin bkz. Özer Seliçi, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977, s. 11.

¹³⁴ Markus W. Stadlin, “Die Bindung der Vertragsparteien in langfristigen Vertragsverhältnissen (so bei selbständigen und dauernden Baurechten) – die Voraussetzungen der nachträglichen Anpassung des Baurechtszinses”, **Jusletter**, 19.02.2009, N. 19.

¹³⁵ Bir su kaynağından su almaya ilişkin irtifak hakkı olumlu edim öngörmesi dolayısıyla geçersiz sayılsa da, tarafların arasında sürekli bir borç ilişkisi bulunduğu hükmedilmiştir. BGE 93 II 290. Enerji sağlanmasına ilişkin sözleşme hakkında benzer sonuç için bkz. BGE 97 II 390. Federal Mahkeme, bu gibi hallerde taşınmaz yükü kurulması gerektiğini belirtmiştir. Taşınmaz yükünün taraflar arasında da sürekli bir borç ilişkisi bulunur. MK m. 845 (İsvMK m. 788) çerçevesinde taşınmaz yükünün 30 yılın bitiminde feshedilerek sona erdirilmesi imkanı da, sadece aynı bir ilişkiden oluşmamasından kaynaklanır. Liver, **Ablösung**, s. 182-183.

¹³⁶ İrtifak hakkı kurulduktan sonra haklı sebeple feshin gündeme gelebileceğine ilişkin bkz. Heinrich Mayrhofer, “Abstehen vom Vertrag aus wichtigem Grund bei Dienstbarkeiten? Zugleich eine Besprechung der E des OGH 25.9.1973, 3 Ob 127/73”, **Juristische Blätter**, Heft 23/24, 7 Dezember 1974, s. 593. Hatta oturma hakkını kuran sözleşmede, yüklü taşınmaz malikine fesih hakkı tanınabileceğine ilişkin bkz. Carl Mugglin, **Das dingliche Wohnrecht im schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Bern, Stämpfli, 1940, s. 65; Heinrich Pfister, “Der Inhalt der Dienstbarkeit”, **ZSR** 52/1933, s. 370. Yazarlar, irtifak hakkı sahibinin her zaman için hakkından vazgeçme imkanı bulunduğundan, fesih hakkının yüklü taşınmaz malikine tanınmasının etkili olacağını bildirmişlerdir. Bununla birlikte tarafların, irtifak sözleşmesi ile sürekli borç ilişkilerine özgü emredici kurallara aykırı düzenleme yapmaları mümkün değildir. Bu çerçevede taraflar anlaşarak haklı sebeple fesih hakkını ortadan kaldıramaz ya da sınırlayamazlar. Seliçi, s. 164.

¹³⁷ Demirsatan, s. 39-40.

sözleşmesi hükümleri uygulanır. Bu sözleşme ile düzenlenmeyen hususlarda Medeni Kanun'un hükümlerine başvurulacaktır. Aynı ilişkiye aynı zamanda, aynı hakkı kuran tarafların üçüncü kişi ile karşı karşıya gelmesi halinde de başvurulacak; salt kişisel nitelikteki hükümler bu üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecektir. Deyim yerinde ise, irtifak sözleşmesini kuran taraflar ile aynı ilişkinin taraflarının aynı olduğu süreçte, aynı ilişkinin sözleşmesel ilişkiye eklendiği düşünülmelidir. Hak sahibi irtifak hakkını ya da yüklü taşınmaz maliki mülkiyet hakkını devreder ise, başka bir deyişle aynı ilişkiye üçüncü bir kişi dahil olduğunda, sözleşmelerin nispiyeti ilkesi gereği artık sözleşmesel hükümler uygulama alanı bulamayacaktır. Bu durumda, Medeni Kanun'da düzenlenmiş hükümler, hakkın tarafları arasındaki ilişkide uygulanacaktır. Medeni Kanun'daki hükümler ile düzenlenmiş aynı ilişkiye de irtifak sözleşmesini kuran tarafların müdahale etmiş olma imkanı da dikkate alınmalıdır¹³⁸. Zira, tarafların irtifak sözleşmesinde düzenlediği aynı etkili hükümler, Medeni Kanun hükümlerinin izin verdiği ölçüde, hakkın kurulması ile oluşan aynı ilişkiye müdahale edebilme yetkisi tanımaktadır.

ii. İrtifak Sözleşmesinin Sürekli Edim İçermesi Kabulünün Sonuçları

İrtifak hakkının kurulması üzerine, aynı ilişki ile birlikte sürekli bir sözleşmesel ilişkinin mevcut olmasının ilk sonucu, taşınmazlarda¹³⁹ kendisini gösterir. İrtifak sözleşmesi de aynı ilişkiye eşlik ettiğinden, sebebe bağlılık ilkesi ve sonuçları uygulama alanı bulabilecektir¹⁴⁰. Aksine bir kanaat ile, irtifak hakkının

¹³⁸ Bkz. Birinci Bölüm I. B. 1. b. 1) Aynı Nitelikli Hükümler.

¹³⁹ Taşınırlarda ise, intifa hakkının kurulmasının sebebe bağlı mı, yoksa sebepten soyut mu olduğu tartışmalıdır. Bu tartışma, taşınır mülkiyetinin kazanılmasındaki sebebe bağlılık ya da sebepten soyutluk tartışması ile aynı ekseninde yapılmaktadır. Sebebe bağlı olduğunu ileri süren yazarlar için bkz. Akipek, Akıntürk, s. 583-584; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 673-674; Steinauer, **T. II**, N. 2011a. Sebepten soyut olduğunu ileri süren yazarlar için bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2594; M. Turgut Öz, **Öğreti Ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme**, İstanbul, Kazancı, 1990, s. 198; Rona Serozan, **Taşınır Eşya Hukuku I**, 3. Bası, İstanbul, Filiz, 2014, s. 265.

¹⁴⁰ Taşınmazlar üzerinde irtifak haklarının kurulması bakımından sebebe bağlılık ilkesi geçerlidir: Belen, **Devir Talebi**, s. 39; Esener, Güven, s. 377; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 772; N. Jeandin, s. 112-113; Ekrem Kurt, **Tapu Sicilinin Düzeltilmesi**, İstanbul, Kazancı, 2004, s. 29, dn. 114; **KurzK-Schmid-Tschirren**, art. 732 ZGB, N. 2; Riemer, **Beschränkten**, s. 54-55; Simonius, Sutter, **Bd. II**, s. 45-46; Ünal, **Kurulma**, s. 2845.

kurulmasından sonra irtifak sözleşmesini kuran taraflar arasında sadece aynı bir ilişkinin bulunduğunu ileri sürmek, hakkın kurulmasındaki sebebe bağlılığı zedeleyen uygulamalara yol açabilmektedir. Bu haksız uygulamalara Yargıtay'ın bazı kararlarında da tesadüf edilebilmektedir. Aynı hakkın hukuki sebebinden kaynaklanan bir problem olsa dahi, Yargıtay'ın hakkın sona erdirilebilmesi için sadece ve sıkı bir biçimde Medeni Kanun'da öngörülen sona erme hallerine başvurulacağına ilişkin kararları bulunur. Örnek olarak Yargıtay'ın önüne gelmiş bir uyuşmazlıkta¹⁴¹, taşınmazların malikinin mirasçılarında biri olan davacı, davalı mirasçı ile mirasçı arasında intifa sözleşmesinin muvazaalı olarak düzenlendiğini ileri sürmüştür. Yargıtay ise, intifa hakkını sona erdiren sebepleri düzenleyen MK m. 796 hükmünde muvazaa düzenlenmediğinden, intifa hakkının muvazaa sebebi ile sona ermeyeceğine karar vermiştir. Oysa, öncelikle uyuşmazlığın külli halefler arasında meydana geldiği ve intifa ile kayıtlı taşınmaz mülkiyetinin devredilmemiş olması sebebi ile ilişkiye üçüncü kişilerin dahil olmadığı saptanmalıdır¹⁴². Dolayısıyla somut olay bakımından, irtifak sözleşmesine dayanılması gerekir. Hukuki sebep olan sözleşmedeki muvazaanın tasarruf işlemi de hükümsüzleştirileceği göz önüne alınarak, irtifak hakkının sona erdiğine hükmedilmesi gerekirdi.

Yine sebebe bağlılık kapsamında değerlendirilebilecek ikinci sorun ise, irtifak sözleşmesi ile kararlaştırılmış ivaz borcunun yerine getirilmemesinin sonuçlarıdır. İrtifak sözleşmesinin ani edimli sözleşme olduğu görüşünü ileri süren yazarlar¹⁴³, sözleşmeden kaynaklanan kişisel nitelikteki bir borç sebebi ile aynı ilişkiye dokunulamayacağını, bu sebeple de ivaz borcunun ifa edilmemesi sebebi ile irtifak hakkını sona erdirilemeyeceğini ileri sürerler. Oysa, irtifak ilişkisi sürdüğü müddetçe ivaz borçlusu irtifak hakkı sahibi ile karşı karşıya gelen yüklü taşınmaz malikine sadece aynen ifa ve gecikme faizini talep imkanı tanıyıp, ivaz borcunun yerine getirilmemesine rağmen kendisini irtifak yükü altında bırakmanın, hatta bu yükten

¹⁴¹ Yarg. 14. HD., 14.02.2008, E. 2008/343, K. 2008/1656 (www.kazanci.com).

¹⁴² Üçüncü kişinin dahil olması ihtimalinde, tapu siciline güven ilkesi devreye girecektir. Üçüncü kişi, şayet muvazaayı biliyor ya da bilmesi gerekiyor idiyse, irtifak sözleşmesindeki hükümsüzlük hali ona karşı da ileri sürülebilecektir. Akipek, Akıntürk, s. 358; Mehmet Ünal, Veyssel Başpınar, **Şekli Eşya Hukuku**, 8. Bası, Ankara, Savaş, 2016, s. 404-406; Sendi Yakuppur, **Tapu Kütüğüne Güven İlkesi**, İstanbul, XII Levha, 2016, s. 46-47.

¹⁴³ Liver, **Ablösung**, s. 192-193; Temperli, s. 50; Tonella, s. 204.

kaynaklanan aynı taleplere muhatap etmenin makul bir açıklaması yoktur¹⁴⁴. İrtifak sözleşmesinin sürekli edim içeren bir sözleşme olduğunun kabulü halinde yüklü taşınmaz maliki, ivaz borcunun süresinde ifa edilmemesi sebebi ile borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilecektir. Bu çerçevede, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan, TBK m. 126'nın uygulanması ile irtifak sözleşmesini ileri etkili olarak sona erdirebilme imkanına kavuşacaktır¹⁴⁵.

Hukuki sebebin sağlıklı olmaması dolayısıyla irtifak hakkının sona erdirilmesinde de, irtifak hakkının sürekli edim içermesinin yarattığı sonuçlar vardır. İrade beyanının yanılma ya da aldatma ile sakat olması durumunda bu halin öğrenilmesinden, korkutma ile sakat olması durumunda ise korkutmanın etkisinin geçmesinden itibaren bir yıllık süre içinde, iradesi sakatlanan tarafa iptal beyanında bulunma hakkı tanınmıştır. Sözleşmenin kurulmasından, bu beyanın ileri sürülmesine kadar geçen sürede, irtifak hakkının gereği gibi kullanılabilmesi için yapı ve tesisatın kurulmuş olması imkan dahilindedir. Böyle bir durumda irtifak sözleşmesi ani edimli kabul edilir ise, irtifak sözleşmesinden kaynaklanan geçersizliklerin aynı ilişkiyi etkileyeceği kabul edilse dahi, iptal beyanının ileri sürülmesi ile beraber sözleşme geriye etkili olarak sona erecektir. Her ne kadar irtifak sözleşmesi ani edimli olsa ve ani edimli ilişkilerde sona erme geriye yürüse de, sebebe bağlılık dolayısıyla sona erdirilen aynı ilişki, sürekli bir ilişkidir. İrtifak sözleşmesi, ani edimli bir borç ilişkisi doğursa da, bir kere ifa edildikten sonra aynı ilişkisinin oluşmasına ve tarafların bu ilişkiye yatırım yapmalarına dayalı problemler ortaya çıkmaktadır. İfa ile sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi arasındaki süreç nedeniyle, tarafların sözleşmeyi akdederken ne almışlarsa, yerine aynısını koyabilme imkanları ortadan

¹⁴⁴ Yargıtay, oturma hakkı sahibinin hakkına aykırı olarak taşınmazdan bir başka kişiyi yararlandırması hallerinde oturma hakkının sona erdirilemeyeceğini, malikin sadece oturma hakkının kanuna uygun kullanılmasını isteme yetkisi bulunduğunu ifade etmiştir. Yarg. 1. HD., 29.06.1992, E. 1992/3800, K. 1992/8631 (www.kazanci.com). Oysa oturma hakkının hukuki sebebinin bir sözleşme olduğu dikkate alındığında, aynı ilişkiye üçüncü kişi dahil olmadığı sürece, borç ilişkisine aykırılık yaptırımlarının uygulanabileceği kabul edilmelidir. Böyle bir halde, sözleşmesel yükümlülüğünü ihlal eden oturma hakkı sahibine karşı, yüklü taşınmaz maliki TBK m. 112 vd. hükümleri gereği talepte bulunabilir. Hatta şartları oluşmuş ise, malik sözleşmeyi feshederek oturma hakkı sahibinin tahliyesini de sağlayabilecektir. Tekinay, **II/3**, s. 56.

¹⁴⁵ Max Baumann, **Nutzniessung und andere Dienstbarkeiten, Zürcher Kommentar, T. IV/2a/2**, 3. Auf., Genf-Zürich-Basel, Schulthess, 1999, Art. 748-749 ZGB, N. 36; Özen, s. 176-177; Tekinay, **II/3**, s. 46; Avusturya hukuku için de benzer sonuç için bkz. Mayrhofer, s. 596.

kalkmaktadır. Bu sebeple, irtifak sözleşmesini ani edimli bir sözleşme olarak kabul eden görüşte de, tasfiye ilişkisini açıklayabilmek için sürekli edimli borç ilişkilerine ait sonuçlara ihtiyaç duyulmaktadır¹⁴⁶. Oysa sözleşmenin sürekli edim içerdiğini kabulü ile sorun kendiliğinden çözülecektir. Zira, sürekli edim içeren borç ilişkileri bir hükümsüzlük hali karşısında ileri etkili olarak sona ereceklerinden, tasfiyeye yönelik bir problem olmaz¹⁴⁷. İfa edilmiş edimler iade edilemeyeceği gibi, henüz ifa edilmemiş edimler de istenemeyecektir.

¹⁴⁶ İrtifak sözleşmesinin ani edimli olduğu görüşü kabul edilecek olur ise, sözleşmeden dönme, sözleşmesel ilişkinin geçmişe etkili olarak sona ermesi ve bütün alınanların aynen iadesi olarak değil, bu süreçte ortaya çıkan ilişkilerin tasfiyesi şeklinde anlamak gerekecektir. Amaç, sözleşme hiç akdedilmemiş olsaydı taraflar ne halde olurdu ise o hali tesis etmektir. Peter Gauch, Walter R. Schlupe, Jörg Schmid, Heinz Rey, Susan Emmenegger, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht**, Bd. I, 10. Auf., Zürich-Basel-Genf, Schulthess, 2014, N. 1572; Rolf H. Weber, **Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Art. 97-109, Berner Kommentar, Bd. IV/1/5**, Bern, Stämpfli, 2000, art. 109 OR, N. 46; Wolfgang Wiegand, “Art. 18; 97-109; 139”, **Obligationenrecht I, Basler Kommentar**, (edit. Heinrich Honsell/ Nedim Peter Vogt/ Wolfgang Wiegand), 6. Auf., Basel, Helbing&Lichtenhahn, 2015, art. 109 OR, N. 4. Dönme, sözleşmesel ilişkilerin tasfiyesi sonucu bağlanarak taraf iradeleri arasında bir denge kurulması amaçlanmıştır. Aynı zamanda, irade sakatlıkları halinde irtifak sözleşmesinin geçerli bir şekilde doğduğu, ama iradesi sakatlanmış tarafın bozucu yenilik doğuran iptal beyanında bulunarak sözleşmeyi hükümsüz hale getirebileceği ileri sürülmektedir. Bruno Schmidlin, “Le sort du contrat résolu ou annulé: l’effet ex nunc ou la liquidation du contrat par la *in integrum restitutio*”, **Mélanges en l’honneur de Carlo Augusto Cannata**, Bâle-Genève-Munich, Helbing&Lichtenhahn, 1999, s. 342. Hatta bu çerçevede Roma hukukuna atıfta bulunularak, *praetor*’un *jus civile*’den kaynaklanan bir kurala müdahale etmesi söz konusu olmadığı için, aldatma ya da korkutmayı gerçekleştiren şahsa bir seçim imkanı sunulduğu ifade edilmiştir. Bu kişi, ya ceza davası kapsamında yüklü bir para cezası ve küçük düşürülme ile karşı karşıya kalacak ya da durumu dürüst bir hale geri döndürecektir. Dikkat edilmelidir ki Roma hukukunda irade sakatlıkları karşısında eski hale iade değil, dürüst hale iade anılmıştır. Schmidlin, **Liquidation**, s. 335.

Ani edimli sözleşme görüşü kabul edilecek olur ise, irtifak sözleşmesinin tasfiyesini anlamak bakımından İsviçre hukukunun elverişli bir imkan sunduğu da iddia edilebilir. İsvMK m. 779d, üst hakkının sona ermesi halinde malikin taşınmazı üzerindeki yapılan için üst hakkı sahibine uygun bir bedel ödeyeceği düzenlenmiştir. Bu hükmün kıyasen hükümsüz irtifak sözleşmelerine uygulanması ile tasfiye ilişkisinin açıklanmasına yönelik problem çözülebilir. Yine de, hükmü karşılayan Türk hukukundaki MK m. 828 uyarınca, üst hakkının sona ermesi ile yapılar arazi malikine kalır. Malik, kural olarak, yapılar karşılığında üst hakkı sahibine bir bedel ödemez. Bu sebeple, İsviçre hukukunun sunduğu bu kıyas aracı Türk hukuku bakımından geçerli olmayacaktır.

¹⁴⁷ Sürekli borç ilişkilerinden fesih ve hükümsüzlük ya da iptal sebepleri farklı olsa da, ileriye etki göstermeleri bakımından birleşirler. Ayrıntılı bilgi için bkz. Seliçi, s. 57-60. MK m. 23/f. II’den kaynaklanan hükümsüzlük açısından bkz. Nil Karabağ Bulut, **Medeni Kanununun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, İstanbul, XII Levha, 2014, s. 440-441; Saibe Oktay, “Uzun Süreli Sözleşmelerin Geçerliliği ve Sona Erme Düzeni”, **İÜHFİM**, C. 55, S. 3, 1997, s. 227.

iii. Medeni Kanun'daki Dayanak Noktaları

İrtifak ilişkisinin sürekli borç doğuran bir ilişki olduğu hususunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Ancak, bu ilişkinin temelindeki irtifak sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi olmasının, irtifak ilişkisine yansıyan sonuçları vardır.

İlk olarak, intifa hakkını düzenleyen hükümler arasında, kanundan doğan kişisel nitelikli hükümler yer almaktadır¹⁴⁸. Bu hükümler, MK m. 823/f. III'ün atfı ile oturma hakkı için de uygulama alanı bulur. Kanundan kaynaklanan hükümler ile, sadece taraflar arasındaki sözleşmede kararlaştırılan kişisel nitelikteki hükümlerin boşluklarının doldurulması amaçlanmamıştır. Aynı zamanda yüklü taşınmaz mülkiyetinin üçüncü kişiye devredilmesi halinde, özellikle intifa sahibinin haklarını düzenleyen MK m. 803-m. 811 arasındaki hükümlerden kişisel nitelikte olanlar, yeni malike karşı da ileri sürülebilecektir. İntifa ve oturma hakkı açısından, irtifak ilişkisine üçüncü kişinin dahil olmasında bile, aynı ilişkiyi açacak şekilde kanundan doğan kişisel nitelikteki hükümlerin sevk edilmiş olması, temeldeki irtifak sözleşmesinin de sürekli olduğunu düşündürmektedir.

İrtifak ilişkisinin sürekli edim içermesi, irtifak hakkı kurulmasından sonra ortaya çıkan aynı ilişkide kendisini gösterir. Zira, bu ilişkiye yüklü taşınmaz mülkiyetinin ya da irtifak hakkının devri sonucunda üçüncü kişiler dahil olmuş ise, sözleşme hükümleri bu kişilere karşı ileri sürülemeyecektir. Sürekli borç ilişkilerinde başvuru haklı sebeple fesih ve sözleşmenin uyarlanması, irtifak ilişkisi için de ihtiyaç duyulan kavramlardır. Yüküne oranla çok az yarar sağlayan irtifak haklarının hakim kararı ile sona erdirilmesini düzenleyen MK m. 785/f. II ile, üst hakkından doğan yetkilerin ağır şekilde aşılması halinde üst hakkının süresinden önce devri istemini düzenleyen MK m. 831 hükmü¹⁴⁹, aynı ilişkiye üçüncü kişinin dahil olması

¹⁴⁸ Kanun, üst hakkı bakımından da malik ile irtifak hakkı sahibi arasındaki kanundan doğan eşyaya bağlı borç ilişkisini düzenleyen hükümler öngörmüşse de, bu hükümler ne intifa hakkında olduğu gibi detaylıdır, ne de yüklü taşınmaz malikine birebir borçlar yükler. Oysa intifa hakkının kurulması ile, yüklü taşınmaz maliki birebir borç altında kalmakta ve intifa hakkı sahibine karşı da haklar kazanmaktadır.

¹⁴⁹ Ayrıca, MK m. 831'deki üst hakkının süresinden önce devri imkanı, ilişkiye üçüncü bir kişi dahil olmadan, üst hakkı sahibinin üst hakkını kuran sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranması durumunda da gündeme gelecektir.

sonucunda artık ileri sürülemeyecek sürekli edim içeren irtifak sözleşmesindeki imkanların, irtifak ilişkisindeki yansımalarıdır¹⁵⁰.

b. İrtifak Sözleşmesinin Hükümleri

İrtifak sözleşmesinin hükümleri; aynı etkili hükümler, eşyaya bağlı borç etkisi doğuran hükümler ve tamamı ile kişisel nitelikli hükümler olarak sayılabilir. Aynı nitelikteki hükümler, irtifak hakkının tescili ile birlikte, tescil dolayısıyla meydana gelen aynı irtifak ilişkisini düzenler iken; salt kişisel nitelikteki hükümler ise, sadece irtifak sözleşmesinin tarafları arasında hüküm doğurur. Eşyaya bağlı borç etkisi doğuran hükümler, aynı ilişkiyi etkilememek ile birlikte, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecektir.

İrtifak sözleşmesi ile kararlaştırılan bütün hükümler, sözleşme tarafları için eşit ölçüde bağlayıcıdır. Ancak, aynı etkili hükümler irtifak hakkının tescili ile, eşyaya bağlı borç etkisi doğuran hükümler ise irtifak hakları ile birlikte tescile yansıtılmaları ile, irtifak ilişkisine sonradan dahil olacak üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilme imkanına kavuşurlar. İrtifak hakkının ya da irtifak konusu eşyanın mülkiyetinin devredilmesi halinde¹⁵¹, devralan üçüncü kişilerin de bu hükümlere uymaları beklenir. Kişisel nitelikli hükümlerin ayrıca üstlenilmedikçe üçüncü kişilere etki göstermesi mümkün değildir. Bununla beraber, irtifak hakkı henüz tescil edilmeden, aynı etkili hükümler, eşyaya bağlı borç etkisi gösteren hükümler ve kişisel hükümler sadece sözleşme tarafları bakımından bağlayıcıdır; hak henüz mevcut olmadığından, üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez¹⁵².

¹⁵⁰ MK m. 831 bakımından aynı sonuç için bkz. Demirsatan, s. 98-99.

¹⁵¹ Eşyaya bağlı borç etkisi gösteren hükümler, yüklü taşınmaz mülkiyetinin devredilmesi ile birlikte yeni malike karşı ileri sürülür. M. Kemal Oğuzman, “Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar”, **İÜHFİM**, C. 31, S. 1-4, 1965, s. 214.

¹⁵² Demirsatan, s. 37; Özakman, s. 41.

Davacı ile davalı arasında 1994 tarihli resmi senette taşınmazın alıcıya kat ilave etmemek ve binayı yükseltmemek kaydıyla satıldığını, bu iradenin olumsuz irtifak sözleşmesi teşkil ettiği belirlenmiştir. Yargıtay’ın kararında irtifak hakkının tescili sağlanıp, hak herkese karşı ileri sürülebilir hale gelmedikçe, bu hakka dayanarak taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını kullanır iken hakkını sınırlandırmasının istenemeyeceği ifade edilmiştir. Yarg. 14. HD., 19.11.2007, E. 2007/12924, K. 2007/14519 (www.kazanci.com). İrtifak sözleşmesinin üçüncü kişiye karşı ileri sürülemez de taraflar arasında bağlayıcı bir hukuki işlem olduğuna dikkat edilmelidir. İrtifak hakkını kuran sözleşme, irtifak hakkı tescil edilmese de sözleşme taraflarını bağlayacağı

1) Aynı Nitelikli Hükümler

Sözleşmenin aynı hükümleri, hakkın tescili ile kurulacak aynı ilişkiye doğrudan etki eden hükümlerdir. Medeni Kanun emredici nitelikteki MK m. 779 ile irtifak haklarının genel içeriğini çizmiş, bu hakkın hak sahibine kullanma ve yararlanma yetkisini; malike de kaçınma ve katlanma külfetini yükleyeceğini öngörmüştür¹⁵³. Taraflar bu genel içeriğin dışına çıkmamak kaydıyla, irtifak

için taşınmaz malikinin mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerinin kısıtlanmasına sebep olacaktır. Bununla birlikte irtifak sözleşmesinin mülkiyet hakkı üzerindeki etkisinin karşılaştırılabilmesi için bkz. Yarg. 14. HD., 20.11.2006, E. 2006/11815, K. 2006/13490 : Davacı kamulaştırmaz el atma yolu ile yüklü taşınmaz üzerinden enerji nakil hattı geçirmiştir. Enerji nakil hattı geçirilen taşınmazın park olması nedeni ile en yakın ağacın, hattın salınım alanına girmesi söz konusudur. Davacı enerji nakil hattı maliki, irtifak hakkına el atılmasının önlenmesini talep etmiştir. Yargıtay ise, irtifak hakkını kurucu sözleşme ya da irtifak tescilinin bulunmadığını bildirecek, irtifak hakkına dayalı bir talepte bulunulamayacağı gerekçesi ile talebi reddetmiştir (www.kazanci.com). Sözleşme olduğunda sözleşme gereği mülkiyet hakkı sınırlanabilir, ama bu durum üçüncü kişiye karşı ileri sürülmez iken; sözleşme dahi olmaksızın bir kamulaştırmaz el atma durumunda mülkiyet hakkının sınırlandırılması kabul edilemez.

¹⁵³ MK m. 779'dan yola çıkılarak tartışılan farklı bir husus ise kat irtifakının hukuki niteliğidir. KMK m. 2/b. c uyarınca kat irtifakı, “*bir arsa üzerinde ileride kat mülkiyetine konu olmak üzere yapılacak veya yapılmakta olan bir veya birden çok yapının bağımsız bölümleri için o arsanın maliki veya ortak malikleri tarafından [Kat Mülkiyeti Kanunu] hükümlerine göre kurulan irtifak hakkı*” olarak tanımlanmaktadır. Kat mülkiyetine geçişte bir ara kavram olan kat irtifakı ile, yapının tamamlanıp kat mülkiyetine geçilmesi amaçlanmaktadır. Bu çerçevede kat maliklerinin birbirlerine karşı özellikle yapının tamamlanması için gerekli masraflara katılma yükümlülüğü göze çarpar. Kat irtifakının farklı bir işlevi de, arsa payının devredilmesi halinde, devredenin yaptığı anlaşmanın devralanı da bağlamasıdır. Kat irtifakının tanımı ve işlevinden hareket eden bazı yazarlar, kat irtifakının hak sahibine inşaat masraflarına katılma, inşaat yapma, ortak yer ve tesislerin yapımına katılma gibi olumlu edimler yüklemesi sebebi ile MK m. 779'daki tanım ile bağdaşmadığını; bu sebeple her ne kadar “irtifak” olarak adlandırılrsa da, eşyaya bağlı bir yapma borcunun söz konusu olduğunu ifade etmektedirler. Kaldı ki payın kendisi de intifa haricinde bir irtifak hakkına konu olamaz. M. Kemal Oğuzman, “Kat Mülkiyeti Kanunu Tasarısı Hakkında”, **İÜHFİM**, C. 29, S. 4, 1963, s. 1037; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2151; Sirmen, **Eşya**, s. 450; Selâhattin Sulhi Tekinay, **Kat Mülkiyeti, Eşya Hukuku II/2**, İstanbul, Filiz, 1991, s. 23. Başka yazarlar ise, kat irtifakını Kat Mülkiyeti Kanunu'nun açık hükmü ile yaratılmış, Medeni Kanun hükümlerinden bağımsız düşünülmesi gereken, kendine özgü bir irtifak olarak değerlendirmektedir. Akipek, Akıntürk, s. 664; Aybay, Hatemi, s. 257; Ayiter, s. 166; Ertaş, Cumalıoğlu, Serdar, s. 431; Galip Esmer, **Eşya Hukuku**, 6. Bası, Ankara, Yetkin, 2015, s. 797; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 917; Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 219; Köprülü, Kaneti, s. 196; Özmen, Vardar Hamamcıoğlu, s. 205. Bu görüşe göre kat irtifakı paylı mülkiyet payına bağlı olarak bağımsız bölümler belirlenmekte ve payın devri halinde cüzi halef yeni paylı maliklerini bağımsız bölümlerin paylaşım düzenine katlanma borcu altına sokmaktadır. Olumlu edim yükümlülükleri ise, aynı güvence ihtiyacı çerçevesinde kat irtifakına bağlanmıştır. Bu sebeple kat irtifakı sahipleri taşınmazda hem mülkiyet, hem de irtifak hakkına sahip olmaktadırlar. Özmen, Vardar Hamamcıoğlu, s. 210-211. Hangi görüş kabul edilirse edilsin, kat irtifakına uygulanacak hükümlerin sırası göz önüne alındığında (KMK m. 9; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2105 vd.; Özmen, Vardar Hamamcıoğlu, s. 18-25), Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerinin Medeni Kanun'a kıyasla özel hüküm olması sebebi ile kat irtifakının sona ermesinde MK m. 785 uygulama alanı bulmayacaktır. Bu sebeple, çalışmamızın kapsamında kat irtifakına yer vermeyeceğiz.

sözleşmesinde öngöreceklere aynı nitelikteki hükümler vasıtasıyla ile kurdukları irtifak hakkının içeriğini diledikleri gibi kararlaştırabilirler¹⁵⁴. Bu çerçevede, sözleşmenin aynı içeriği ile aynı haklara hakim olan sınırlı sayı ilkesi arasındaki bağlantı göze çarpmaktadır. Dikkat edilmesi gereken husus, intifa, oturma¹⁵⁵, kaynak¹⁵⁶ ve üst haklarının kanun tarafından kesin olarak belirtilen bir kullanma ve yararlanmadan oluştuğudur¹⁵⁷. İrtifak sözleşmesindeki hükümler ile bu hakların yasal içeriği değiştirilemez; bunlara kanunda belirtilen içerikten başka bir içerik verilemez. Başka bir deyişle, sınırlı sayı ilkesine uymak gerekir¹⁵⁸. İrtifak sözleşmesinin tarafları yine de, kanun tarafından belirlenmiş içeriği, gene kanunun izin verdiği ölçüde sınırlayabilir ve kullanım biçimini belirleyebilirler¹⁵⁹. Örnek olarak, MK m. 806/f. I uyarınca, “[s]özleşmede aksine hüküm yoksa veya durum ve koşullardan hak

¹⁵⁴ Akipek, Akıntürk, s. 641; Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 58; Rodondi, s. 16.

¹⁵⁵ Oturma hakkı asli olarak taşınmazdaki yapıyı mesken olarak kullanma yetkisi tanısa da, yüklü taşınmazın sunduğu bütün avantajlardan hak sahibinin makul bir biçimde faydalanmasına da olanak sağlar. Bu sebeple oturma hakkının kullanıldığı yapının bahçesinde yapılan inşaatla ilişkin uyumsuzluk, komşuluk hukuku kurallarına göre değil, aynı hakkı koruyan düzenlemelere göre çözülecektir. BGE 88 II 331.

¹⁵⁶ Bir kaynaktan herhangi bir surette yararlanma ya da onu kullanma yetkisi veren kaynak irtifakı ile MK m. 837’de düzenlenen kaynak hakkı birbiri ile karıştırılmamalıdır. Kaynak hakkı, kaynak irtifakının özel bir türüdür. İçeriği MK m. 837 ile çizilmiştir. Oysa bu hüküm dışındaki kaynak irtifakının içeriği genel kurala uymak kaydı ile, taraf iradelerine göre belirlenebilir. Akipek, Akıntürk, s. 715.

¹⁵⁷ Örnek olarak bkz. BGE 103 II 181. Karara göre, oturma hakkı kanunda açıkça kişiyle kaim olarak düzenlenmiştir. Oturma hakkına denk olarak, konuttan yararlanma hakkı tesis edilip, devredilebilir ve mirasçıya geçebilir bir hak olarak kararlaştırılması kabul edilemez.

¹⁵⁸ Taşınmaz lehine irtifakları genel olarak tanımlayan ve belirli bir çerçeveye uyulduğu müddetçe içerik serbestisi tanıyan MK m. 779’un yanında, MK m. 838’de düzenlenen diğer irtifaklar da sınırlı sayı ilkesini esnetmektedir. Zira irtifak hakkı tanımının sınırları içinde kalarak, taraflara hakkın kapsamını diledikleri biçimde şekillendirme serbestisinin tanınması, aynı hak kavramının sınırlarını zorlamaktadır. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2719.

¹⁵⁹ Akipek, Akıntürk, s. 644. Türk hukukunda yer almayan, ne var ki İsvMK m. 682/f. II’de düzenlenen, üst hakkına ilişkin yasal ön alım hakkını kaldıran sözleşme hükümlerinin de, aynı etkili olduğu ifade edilmektedir. Etienne Jeandin, “Les dispositions relatives aux servitudes et au droit de superficie”, **La réforme des droits réels immobiliers – Les modifications du Code civil entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2012**, (edit. Bénédicte Foëx), Genève-Zurich-Bâle, Schulthess, 2012, s. 71; Mooser, **Servitude**, s. 8; eşyaya bağlı borç etkisi gösteren hüküm olduğu yönündeki karşıt görüş için bkz. Bénédicte Foëx, “Cession du droit de superficie et droits de préemption légaux de l’art. 682 al. 2 CC”, **Droit de superficie et leasing immobilier**, (edit. Bénédicte Foëx), Genève-Zurich-Bâle, Schulthess, 2011, s. 55. Yazarlar ayrıca MK m. 830’u karşılayan ve aynı haklar revizyonu sonrasında kaldırılan İsvMK m. 779e hükmü uyarınca, üst hakkının sona ermesi dolayısıyla malikin mülkiyetine geçecek yapılar için ödenecek bedelin kaldırılmasına ilişkin bir sözleşme hükmünün de aynı etkili sayılacağını ileri sürmektedirler. Türk hukuku ile İsviçre hukuku bu noktada farklılık arz etmektedir. Türk hukukunda istisnai olan, bu yapılar için malikin üst hakkı sahibine bir bedel ödemesidir. Dolayısıyla İsviçre’de istisna olarak gözükken hüküm, Türk hukuku bakımından normal hukuki rejimdir. Bu sebeple, bizim hukukumuz açısından bu bakış açısı kabul edilmeyecektir.

sahibince şahsen kullanılması gerektiği anlaşılıyorsa, intifa hakkının kullanılması başkasına devredilebilir". Dolayısıyla intifa hakkını kuran sözleşmede intifa hakkının kullanımının üçüncü kişiye devredilemeyeceği açıkça düzenlenmiş olmalıdır. Aynı hakkın verdiği yetkileri etkileyen bu unsur tapu kütüğündeki tescile yansıtılmışsa¹⁶⁰, hakkın kendisinden kaynaklanan, üçüncü kişilere kullanımın devredilebilmesi yetkisi yasaklanmış olur¹⁶¹.

a) MK m. 827 Çerçevesindeki Tartışma

Üst hakkının içerik ve kapsamını düzenleyen MK m. 827 uyarınca, "[...] resmi senette yer alan, özellikle yapının konumuna, şekline, niteliğine, boyutlarına, özgülenme amacına ve üzerinde yapı bulunmayan alandan faydalanmaya ilişkin

¹⁶⁰ Bertan, **C. II**, s. 1264; Özen, s. 296. Diğer taraftan resmi senede atıfta bulunulması da yeterli olacaktır. Tekinay, **II/3**, s. 44. Bkz. Arrêt Gassman c. Tanner, JdT 1930 I 487. Tescilde, irtifak hakkından kaynaklanan yetki ve borçların ayrıntılı bir biçimde gösterilmesine ihtiyaç olmaz. Ne var ki söz konusu yetki ve yükümlülüklerin niteliğini belirten bir cümlenin kütükteki kayda yansıtılabileceği ya da haktan doğan hukuki ilişkinin özellikleri için kütükteki kaydın sınırları içinde kalınarak kaydın dayandığı belgelere atıf yapılabileceği bildirilmiştir. Federal Mahkeme'nin bu kararını olumlu karşılayanlar için bkz. Arthur Homberger, **Besitz und Grundbuch, Art. 919-977, Zürcher Kommentar, Bd. IV/3**, 2. Auf., Zurich, Schulthess, 1938, art. 971 ZGB, N. 20-22; Hans Leeman, **Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Art. 730-918 ZGB, Berner Kommentar, Bd. IV/2**, Bern, Stämpfli, 1925, art. 738 ZGB, N. 3; **ZK-Liver**, art. 738 ZGB, N. 81-82.

¹⁶¹ İntifa hakkının durum ve koşullardan hak sahibince şahsen kullanılıp kullanılamayacağına ilişkin öğretide tartışma vardır. İlk görüş, intifa hakkının sadece devir kabiliyeti olan değerler üzerinde kurulabilmesine dayanır ve bu değerlerin doğaları gereği, kişiye bağlı olamayacağını ortaya koyar. Şayet bu değerlerin kullanımının devri istenmiyorsa, bu hususa açıkça kurucu sözleşmede yer verilmelidir. **ZK-Baumann**, art. 758 ZGB, N. 2. Diğer görüşe göre, her somut olay için ayrı bir değerlendirme yapılarak intifa hakkının yüksek derecede kişiye bağlılık içerip içermediği kontrol edilmelidir. **BK-Leeman**, art. 758 ZGB, N. 11; Roland M. Müller, "Art. 745-775", **Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar**, (edit. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), 5. Auf., Basel, Helbing&Lichtenhahn, 2015, art. 758 ZGB, N. 2. Yargıtay da, intifa hakkının durum ve koşullardan şahsen kullanılıp kullanılamayacağına araştırılması gerektiğini belirterek, ikinci görüşe yakın kararlar vermektedir. Örnek olarak durum ve koşullardan, müstakil apart bir konaklama tesisinin münhasıran intifa hakkı sahibi tarafından kullanılacağına ilişkin anlaşılacağına yönelik bir Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 12. HD., 20.06.2013, E. 14623, K. 2325 (Hasan Özkan, **Asliye Hukuk Davaları ve Tatbikatı, Sınırlı Ayni Haklar (TMY md. 779-972)**, İstanbul, Legal, 2015, s. 39-41). Aynı zamanda, anne ve babanın çocuk mallarını kullanma hakkı da, devir kabiliyeti olmayan bir intifa hakkı olarak görülebilmektedir. Bertan, **C. II**, s. 1422; Esener, Güven, s. 372; dolaylı olarak Oğuzman, Selici, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2943; Özen, s. 304; BGE 43 III 179; BGE 51 III 220 = JdT 1926 II 59. Anne ve babanın çocuk malları üzerindeki yararlanma hakkının bir ayni hak olmadığına ilişkin karşıt görüş için bkz. Köprülü, Kaneti, s. 99; Tekinay, **II/3**, s. 39. Yine de niteliği uygun düştüğü ölçüde intifa hakkı hükümleri kıyasen uygulanabilecektir.

sözleşme kayıtları herkes için bağlayıcıdır”¹⁶². Öğretide baskın olarak¹⁶³, bu hüküm ile üst hakkının aynı etkili unsurlarının düzenlendiği kabul edilmektedir. Zira sayılan unsurlar, üst hakkının üst hakkı ilişkisi çerçevesindeki kullanım şeklini belirlemektedir.

Medeni Kanun’un 827. maddesinin yarattığı tartışma, bu aynı nitelikteki hükümlerin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için nasıl bir kamuya açıklık izlenmesi gerektiği hususunda düğümlenmektedir.

İlk görüşteki yazarlar¹⁶⁴, MK m. 827 özelinde yapılan tartışmaya dahil olmaksızın, irtifak sözleşmelerinin bütün aynı nitelikteki hükümleri açısından aynı ilkeyi ortaya koyarlar. Buna göre, irtifak haklarına ilişkin bütün aynı etkili unsurlar tescile yansıtılmasa da herkese karşı ileri sürülebilir, bu unsurların irtifak

¹⁶² İlgili hükmün üst hakkının asgari içeriğini belirlemesi hususu tartışma konusu olmuştur. Hükmün lafzı gözetildiğinde, tarafların üst hakkına ilişkin kurucu unsurlar üzerinde anlaşmış olmaları yeterli sayılmalıdır. Yoksa, resmi senette örneğin yapının özgülenme amacı yer almıyor ise, üst hakkının kurulması engellenmiş olmaz. Freimüller, s. 50; Gürzumar, s. 123, 159. Bütün bu unsurların esaslı olduğuna ilişkin karşı görüş için bkz. Isler, s. 22. Bununla beraber, Tapu Sicil Müdürlüklerince Düzenlenen Resmî Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’in (RG no. 27402, 10.11.2009) 31. maddesi pek de bu anlama gelmeyecek bir düzenleme içermektedir. Buna göre, “[ü]st hakkı tesisine ilişkin resmi senette, hakkın tesisine yönelik olan konular dışında, ayrıca [...] [ü]st hakkının içerik ve kapsamı, süresi, özellikle yapının konumu, şekli, niteliği, boyutları, özgülenme amacı ve üzerinde yapı bulunmayan alandan faydalanmaya ilişkin hususlar [...] yer alır”. İlgili yönetmelik hükmü, söz konusu unsurların, mutlaka üst hakkını kuran sözleşmede bulunmasını aramaktadır. Üst hakkı sözleşmesi, bir taşınmazı konu alması bakımından mutlaka tapu sicil memurunun önünde akdedileceğinden, bu hükmü düzen hükmü olarak nitelemek de zorlaşmaktadır. Yine de yönetmeliğin normlar hiyerarşisinde kanundan aşağıda olması sebebi ile, ilgili hükmün açık lafzına rağmen Medeni Kanun düzenlemesinin temel alınması gerektiğini düşünmekteyiz.

¹⁶³ Ballif, s. 85; Peter Isler, Dominique Gross, “Art. 779-779I”, **Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar**, (edit. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), 5. Auf., Basel, Helbing&Lichtenhahn, 2015, art. 779a ZGB, N. 15-16; Gürzumar, s. 125-126; E. Jeandin, s. 72; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 3112; D. Piotet, **Traité**, s. 123; Roland Ruedin, **Le droit réel de superficie**, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1969, s. 116; Simonius, Sutter, **Bd. II**, s. 131; Paul-Henri Steinauer, “Le contrat de superficie”, **Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, 2. Schweizerischer Notarenkongress**, Bern, Cosmos, 2013, s. 142. İsviçre aynı haklar revizyonu sonrasında MK m. 827’yi karşılayan İsvMK m. 779b’ye ikinci bir fıkra eklenmiştir. Bu ikinci fıkra uyarınca, tarafların kararlaştırması halinde başka sözleşmesel hükümler tapu siciline şerh edilebilir. Söz konusu düzenleme ile, aynı unsurların eşyaya bağlı borç olduğuna ilişkin sanının terk edilmiş olduğuna dikkat çekilmiştir. Steinauer, **T. III**, N. 2536.

¹⁶⁴ Alban Ballif, “Art. 779-779I CC”, **Commentaire Romand, Code civil II**, (edit. Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Denis Piotet), Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2016, art. 779b CC, N. 7; **BK-Leeman**, art. 779 ZGB, N. 49-51; Foëx, **Cession**, s. 51; Michel Mooser, “Introduction au droit de la superficie – La constitution du droit”, **Droit de superficie et leasing immobilier**, (edit. Bénédict Foëx), Genève-Zurich-Bâle, Schulthess, 2011, s. 8.

sözleşmesinde yer alması yeterlidir. MK m. 827 (İsvMK m. 779b) düzenlemesi de bu genel kurala sadece açıklık kazandırmaktadır.

İkinci görüşteki yazarlar ise¹⁶⁵, MK m. 827’yi bir istisna hükmü olarak nitelerler. Nitekim hükmün lafzı açıkça, sözleşme kayıtlarının herkes için bağlayıcı olduğunu ortaya koymaktadır. Bu yazarlar, hükümdeki “özellikle” kelimesine fazla önem yüklemeyerek, hükümde sayılan hususların sınırlı sayıda olduğunu ve üst hakkı bakımından çok önemli olduğu için tescile yansıtılmamasına rağmen hakkı devralacak üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebileceğini savunurlar. MK m. 827’nin bir istisna hükmü olarak görülmesi, bu düşünceye dayanır. Zira, irtifak sözleşmesinin aynı etkili hükümlerinin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için tescile yansıtılması gerekir iken, bu unsurların tescile yansıtılmaksızın, irtifak sözleşmesinde yer alması yeterlidir. Üst hakkına tanınan istisnai özellik dolayısıyla herkes için bağlayıcı olacaktır.

Son görüşe göre ise¹⁶⁶, MK m. 827’in saydığı unsurlar sınırlı sayıda değildir; “özellikle”¹⁶⁷ ifadesi bu sonucu destekler. Zaten bu düzenleme yenilik getiren bir hüküm de değildir. Kanun koyucunun hüküm ile belirtmek istediği husus¹⁶⁸, aynı hakkı tanımlayan ve düzenleyen hükümlerin irtifak hakkının mutlak kapsamında yer aldığı ve herkese karşı ileri sürülebildiğidir. Dolayısıyla genel kurala uygun olarak,

¹⁶⁵ BSK-Isler/Gross, art. 779a ZGB, N. 15-16; Gürzumar, s. 126-128, dn. 485a; E. Jeandin, s. 73; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 3112; Özbilen, s. 278; Simonius, Sutter, **Bd. II**, s. 131.

¹⁶⁶ Benno Henggeler, “Art. 779-779I”, **Handkomentar**, (edit. Marc Amstutz, Peter Breitschmid, Andreas Furrer, Daniel Girsberger, Claire Huguenin, Markus Müller-Chen, Vito Roberto, Alexandra Rumo-Jungo, Anton K. Schnyder), 2. Auf., Zürich, 2012, art. 779b ZGB, N. 2; **KurzK-Schmid-Tschirren**, art. 779b ZGB, N. 5; Ruedin, s. 116; Paul-Henri Steinauer, “Servitudes foncières et droit de superficie: développements récents”, **Servitudes, droit de voisinage, responsabilité du propriétaire immobilier**, (edit. Bénédicte Foëx/ Michel Hottelier), Genève, Schulthess, 2007, s. 16-17; Steinauer, **Superficie**, s. 142; dolaylı olarak bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Jale Akipek, “Üst Hakkı Kavramı, Muhtevası ve Mahiyeti”, **Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu’na Armağan**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1972, s. 53; Mehmet Ünal, **Türk Medeni Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı**, Ankara 1988, s. 118.

¹⁶⁷ MK m. 827 (İsvMK m. 779b/f. I)’de açıkça sayılmasa da, üst hakkının süresinin de hakkın aynı içeriğine dahil olduğu ve “özellikle” kelimesinin kullanımı ile bu sonuca varılabileceğine ilişkin bkz. Stephan Spycher, “Errichtung und Verlängerung des Baurechts”, **Dienstbarkeiten im Wandel – von “Weg und Steg” zum Energie-Contracting Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und notarielle Praxis an der Universität Bern vom 22./23. Oktober 2014**, (edit. Stephan Wolf), Bern, Stämpfli, 2014, s. 99.

¹⁶⁸ FF 1963, s. 1007-1008. Çevrimiçi, 27.02.2017: <http://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10096929>.

MK m. 827’de sayılan yapının konumu, şekli, niteliği, boyutları, özgülenme amacı ve üzerinde yapı bulunmayan alandan faydalanmaya ilişkin anlaşmalar ile, üst hakkı ilişkisini düzenleyen diğer aynı etkili hükümler ancak tescile yansıtılarak ya da tescilde irtifak sözleşmesine atıfta bulunulmuş olması kaydı ile üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecektir¹⁶⁹.

Medeni Kanun’un 787. maddesi uyarınca, “[i]rtifaktan kaynaklanan yetki ve yükümlülüklerin açıkça belirlediği ölçüde tescil, irtifakın kapsamını belirlemede esas oluşturur. / Tescilden açıkça anlaşılmadığı hâllerde kapsam, tescilin sınırları içinde, irtifak hakkının kazanılma sebebine veya uzun süreden beri davasız ve iyiniyetle kullanılış biçimine göre belirlenir”. Görüldüğü üzere, irtifakın kapsamının belirlenmesinde asıl dayanak noktası, hakkın yüklü taşınmaz sayfasına tescilidir. İrtifak sözleşmesinde tescil ile bağdaşmayan hükümler yer alsa da, bu hükümler tescilin sınırları içinde uygulama imkanı bulacaktır. Şüphesiz ki, irtifak sözleşmesinin tarafları ile irtifak ilişkisinin tarafları aynı ise, başka bir deyişle ilişkiye üçüncü bir kişi dahil olmamış ise, MK m. 1025’e dayanılarak tapu sicilini düzeltme davası açılabilir ve hukuki sebep ile tescil arasındaki uyumsuzluk bu şekilde giderilebilir. Fakat irtifak ilişkisine üçüncü bir kişi girdiğinde, iyiniyetli hak kazanımı korunacak ve uyumsuzluk ancak tescilin sınırları içinde kalıyor ise giderilebilecek; tescili aşan aynı etkili bir sözleşme hükmü sebep gösterilerek tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılmayacaktır. Dolayısıyla hukuki sebep, tescilin çizdiği sınırlar içinde irtifak hakkının kapsamını belirler. Bu sebeple, irtifak sözleşmesinin aynı etkili hükümlerinin sadece sözleşmede yer alarak üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi görüşüne katılmıyoruz. Aynı hakkın kendisi dahi yolsuz bir terkin ya da sicil dışı kazanımlarda sicile açıklayıcı tescil yapılmaması dolayısıyla, üçüncü kişilerin iyiniyetle aynı hak kazanımı karşısında korunmaz iken, hakkın kapsamını ve kullanım biçimini değiştiren hükümlerin tapu siciline yansıtılmaksızın üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi görüşü bize doğru gözükmemektedir.

¹⁶⁹ MK m. 827’de sayılan aynı etkili hükümlerin yüklü taşınmazın her malikine ya da her üst hakkı sahibine karşı ileri sürülebileceğine ve üst hakkının içeriğini belirleyen temel kaynağın tescil olduğuna ilişkin bkz. 5C.270/2000 = RNRF 84/2003, s. 37.

Kanaatimizce¹⁷⁰, aynı haklar sistemi çerçevesinde kabul edilmesi gereken görüş, MK m. 827’de sayılan unsurların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için tapu siciline yansıtılması ya da irtifak tescilinde resmi senede atıf yapılmış olması gerektiğini ortaya koyan son görüştür. Ancak, Türk hukuk uygulaması bakımından MK m. 827’nin madde gerekçesi bu sonuca varılmasını engellemektedir¹⁷¹. Her ne kadar madde gerekçesi bağlayıcı değilse de, önemli bir yorum aracı olduğu açıktır. Gerekçede, uygulamanın ihtiyaçları doğrultusunda üst hakkı bakımından istisnai bir hüküm düzenlendiği bildirilmiştir. Buna göre, üst hakkını kuran sözleşmenin aynı etkili hükümleri, tescile yansıtılmasa dahi aynı ilişkiye sonradan dahil olacak üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilecektir. Dolayısıyla Türk hukuku bakımından ikinci görüşün kabul edilmesi gerekir. Ne var ki, madde gerekçesi dikkate alındığında, sadece MK m. 827’de örnek olarak sayılan unsurların değil, üst hakkının kapsam ve içeriğine ilişkin bütün aynı nitelikteki hükümlerin tescile yansıtılmaksızın üçüncü kişilere karşı ileri sürüleceği sonucuna varılmalıdır.

b) Hakkın Devredilme Kabiliyetine İlişkin Tartışma

Taşınmaz lehine kurulan irtifak haklarının devri, ancak yararlanan taşınmaz mülkiyetinin devri ile mümkündür¹⁷². Kişi lehine tesis edilen irtifaklarda da, kişiyle kaim olan intifa ve oturma haklarının devredilme ya da miras ile geçme imkanı yasaklanmıştır. Bu sebeple, taşınmaz lehine irtifaklar ile kişiyle kaim irtifakların devir kabiliyetinden söz edilemez. Diğer irtifaklar, aksi kararlaştırılmış olmadıkça devredilemez ve miras ile geçmez iken (MK m. 838/f. II); üst hakkı ile kaynak hakkı kural olarak devredilebilir ve mirasçıya geçer¹⁷³.

Üst hakkı ve kaynak hakkının devrinin yasaklanması ile diğer irtifaklara devir imkanının tanınması için, hakkı kuran sözleşmede kanun hükmünün tersine bir

¹⁷⁰ Bu görüşümüzü savunduğumuz bir makale için bkz. Gülen Sinem Tek, “Üst Hakkı Sözleşmesinin Kişisel Nitelikteki Hükümlerinin Şerhine Olanak Sağlayan Yeni İsvMK m. 779b/f. II Düzenlemesinin Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Özer Seliçi’nin Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, S. 145-146, 2016, s. 1153.

¹⁷¹ Çevrimiçi, 27.02.2017: www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723m-2.htm.

¹⁷² J. Akipek, **Üst Hakkı**, s. 39; Akipek, Akıntürk, s. 621; **BSK-Isler/Gross**, art. 779 ZGB, N. 7; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2770.

¹⁷³ Üst hakkı için bkz. MK m. 826/f. II ve kaynak hakkı için bkz. MK m. 837/f. II.

hüküm kararlaştırılmalı ve bu durum ya tescile yansıtılacak bir anahtar kelime ya da tescilde irtifak sözleşmesine yapılacak bir atıf ile açığa vurulmalıdır. Devir kabiliyeti olan bir hakkın devrinin yasaklanması ya da devir kabiliyeti olmayan bir hakka devir imkanı tanınması, taraf iradesi ile aynı ilişkiye müdahale anlamına gelir. Bu sebeple, irtifak sözleşmesinde kararlaştırılan bu yöndeki bir hüküm aynı niteliktedir; tapu kütüğünden anlaşılması şartı ile üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir¹⁷⁴.

İrtifak sözleşmesini kuran taraflar, bazı hallerde ise devir kabiliyetine sahip bir hakkın devrini tamamı ile yasaklamak yerine, devir imkanını belirli şartlara tâbi tutarak kısıtlamaktadırlar. Özellikle idarenin yüklü taşınmaz maliki olduğu hallerde, üst hakkının devrinin idarenin rızasına bağlanması sıkça karşılaşılan bir durumdur. İdare bu şekilde, yeni hak sahibinin kim olacağına müdahale ederek, üst hakkının sona ermesi halinde kendi mülkiyetine geçecek yapıların korunmasını güvence altına almayı amaçlamaktadır.

Devredilebilir bir irtifak hakkının devrini, yüklü taşınmaz malikinin rızası gibi bazı şartlara bağlayan bu irtifak sözleşmesi hükümlerinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre¹⁷⁵, hakkın devir imkanını tamamı ile ortadan kaldırmayan, ama kısıtlayan bu hüküm aynı niteliktedir. Devir kısıtlaması ile, hak sahibinin hakkı üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanır ve bu kısıtlama tescilden anlaşılabilirdiği ölçüde, hakkı devralacak üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir¹⁷⁶.

¹⁷⁴ J. Akipek, **Üst Hakkı**, s. 38; Ballif, s. 100; **BK-Leeman**, art. 779 ZGB, N. 49; Freimüller, s. 65; Gürzumar, s. 43; Isler, s. 94; D. Piotet, **Traité**, s. 130. Üst hakkının mirasçılara geçmesini yasaklayan sözleşme hükmünün, tescilde kurucu sözleşmeye atıfta bulunulması ile üçüncü kişilere karşı ileri sürülebileceğine ilişkin bkz. ATF 133 III 311 = JdT 2007 I 283. Aynı nitelikteki hükmün sadece irtifak sözleşmesinde yer almasının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için yeterli olduğunu düşünen yazarlar, hakkın devir kabiliyetini değiştiren aynı etkili hükümlerin de tapu siciline yansıtılmasını gerekli görmemektedirler. Foëx, **Cession**, s. 50-51; Mooser, **Superficie**, s. 21. Diğer taraftan, devri mümkün bir irtifak hakkının devir kabiliyetini ortadan kaldıran sözleşme hükmünün hakkın kapsamında yer almayacağı, bu sebeple de şahsi nitelikte olacağına ilişkin karşıt görüş için bkz. Dominik Bachmann, **Verfügungsbeschränkungen bei gebuchten selbstständigen und dauernden Rechten, insbesondere Baurechten**, Bern, Stämpfli, 1993, s. 148.

¹⁷⁵ J. Akipek, **Üst Hakkı**, s. 38; Herdem Belen, “Bağımsız Üst Hakkının Tasarruf Sınırlamalarına Konu Olmasının Hüküm ve Sonuçları”, **Vecdi Aral’a Armağan**, Kocaeli, [y.e.], 2001, s. 385; Gürzumar, s. 43.

¹⁷⁶ J. Akipek, **Üst Hakkı**, s. 38.

Türk tapu sicili uygulamasında da, yüklü taşınmaz maliki idare ise, üst hakkının devrinin izne bağlanmasının aynı etki doğurduğu sonucuna varılmış ve hakkın taşınmaz olarak ayrı sayfaya kayıt talepleri reddedilmiştir. Bkz. 1705 Sayılı Genelge: [çevrimiçi, 27.02.2017: www.tkgm.gov.tr/tr/içerik/201012-sayili-ust-hakki-konulu-genelge]. İdarenin üst hakkının

Diğer görüş uyarınca ise¹⁷⁷, devir kısıtlamalarına ilişkin sözleşme hükümleri salt kişisel niteliktedir. Gerçekten de, irtifak hakkı üzerindeki tasarruf yetkisinin devir kısıtlaması yolu ile sınırlandırılmış olması hakkın içeriği ile ilgili değildir; zira, devrin bir şarta, genellikle de yüklü taşınmaz malikinın iznine bağlanması, hak sahibinin devir yetkisini sınırlandırmakta; bu şekilde de, hakkı devralacak kişinin kişisel niteliklerine bağlı olarak hakkın devrine izin verilmekte ya da verilmektedir. Bu hükmün uygulanması ile, yüklü taşınmaz malikinın uygun görmediği birine hakkın devredilemeyecek olması, kişi unsurunun hakkın aynı unsurlarının önüne geçtiği anlamına gelir. Dolayısıyla, irtifak hakkının sözleşmede kararlaştırılan devir kısıtlamasına uygun bir şekilde devredilmesi, irtifak hakkı sahibinin sözleşmeden kaynaklanan kişisel nitelikteki bir borcu olarak karşımıza çıkar.

İki görüş arasındaki fark ise, hakkın söz konusu sözleşme hükmüne aykırı şekilde devredilmesinde ortaya çıkar. Şayet, devir kısıtlamasına ilişkin hükmün aynı nitelikte olduğu kabul edilecek olur ise, devir kısıtlamasına rağmen hakkın devri hükümsüzdür. Böyle bir halde, yeni hak sahibi adına yapılan tescil yolsuz olacaktır¹⁷⁸. Bizim de katıldığımız, devir kısıtlamasına yönelik hükmün kişisel nitelikte olduğu görüşü benimsenir ise, kısıtlama dikkate alınmaksızın hakkın üçüncü kişiye devredilmesi halinde, devir hükümsüz olmaz; üçüncü kişi üst hakkını kazanır. İrtifak hakkı sahibi, sözleşmesinden kaynaklanan borcuna aykırı davranmış olacağından, TBK m. 112 çerçevesinde sorumlu tutulacaktır¹⁷⁹. Tapu sicil memurunun, devir kısıtlamasına uyulduğunu kontrol etme ödevi yoktur¹⁸⁰. Tapu sicil memurunun kişisel etkili hükümleri kontrol ödevinin olmamasının bir başka sonucu

kime devredildiği ile ilgilenmemesi gerektiği, üst hakkından doğan yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğini takip ederek, yerine getirilmeme halinde kimin hak sahibi olduğuna bakmaksızın haklarını kullanması gerektiğine ilişkin eleştiri için bkz. Özmen, Vardar Hamamcıoğlu, s. 101.

¹⁷⁷ Bachmann, s. 156-157; Foëx, **Cession**, s. 51; Erden Kuntalp, “Bağımsız ve Sürekli Aynı Hakların Özellikle Üst Hakkının Taşınmaz Olarak İşlem Görmesi”, **TBBD**, S. 4, 1991, s. 540; Pfäffli, **Dienstbarkeitsvertrag**, s. 95; Denis Piotet, “Les nouvelles dispositions relatives aux servitudes”, **Les servitudes et les cédules hypothécaires à la lumière des nouvelles dispositions du Code civil**, (edit. Jürg Schmid), Genève-Zurich-Bâle, Schulthess, 2012, s. 73; Marc Wolfer, “Zur Übertragung von Personaldienstbarkeiten: Übertragungsvorgang und Übertragungsbeschränkungen”, **PJA** 2010, s. 43-44

¹⁷⁸ Foëx, **Cession**, s. 50.

¹⁷⁹ Foëx, **Cession**, s. 52; Tek, s. 1168.

¹⁸⁰ İsvMK m. 965 (MK m. 1015) ile ORF m. 24bis/a hükümlerinin tapu sicil memuruna sözleşmeden kaynaklanan bir tasarruf yetkisi kısıtlamasını inceleme ödevi yüklediğine ilişkin bkz. ATF 135 III 103 = JdT 2009 I 201.

da, irtifak hakkı sürekli bir nitelik arz ediyor ise sözleşmesel tasarruf yetkisi kısıtlamasına rağmen hakkın taşınmaz olarak tapu sicilinde ayrı bir sayfaya kaydedilmesidir. Böyle bir ihtimalde, üçüncü kişiler henüz iyiniyetle aynı hak kazanmadan, MK m. 716'nın kıyasen uygulanması ile irtifak sözleşmesine aykırı olarak açılan bu sayfanın sicilden çıkarılması yerinde olacaktır.

2) Eşyaya Bağlı Borç Etkisi Doğuran Hükümler

İrtifak hakları, malike bir yapmama, yani katlanma ya da kaçınma külfeti yükler¹⁸¹. Nitekim MK m. 779/f. II'de de açıkça, yapma borçlarının başlı başına irtifak hakkına konu olamayacağı; ancak irtifaka yan edim olarak bağlanabileceği düzenlenmiştir¹⁸².

İrtifak hakkına bağlanan bu yan borçların eşyaya bağlı borç halini alması için tescile yansıtılması gerekir¹⁸³. Bu şekilde, eşyaya bağlı borç halini alan bu yapma

¹⁸¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2838.

¹⁸² Yapma borcunun irtifak hakkına konu olamaması aslında irtifaklara özgü bir durum değildir. Aynı haklar eşya üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet sağladıklarından ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülebildiklerinden, yapma borcu aslında hiçbir aynı hakka konu değildir. Yapma borcu içerip içermeme, aynı haklar ile kişisel hakları ayıran unsurlardan biri olarak kabul edilir. Grosso, *Le servitù prediali nel dritto romano*, Torino, Giappichelli Editore, 1969, s. 81 vd. (Öcal Apaydın, s. 95, dn. 228'den naklen).

Bununla birlikte, çok rastlanmasa da irtifaka olumsuz bir edimin bağlanabileceği de ileri sürülmektedir. Diego Scacchi, **L'obligation "propter rem" et les droits personnels annotés au registre foncier**, Locarno, Tipografia Offset Stazione SA, 1970, s. 39. İrtifak ile eşyaya bağlı borç arasındaki farkın, edimin niteliğinden değil, hakkın dolaysız bir hakimiyet verip vermemesinden kaynaklandığından yola çıkılarak, irtifak haklarına olumsuz bir edim yükümü yüklememenin bir gerekçesi bulunmadığı vurgulanmaktadır. Scacchi, s. 40-41. Karşıt görüşe göre ise, eşyaya bağlı borçlar ancak bir yapma borcu olabilir; irtifaka bağlanacak olumsuz edimler kişisel borç niteliğinde olmalıdır. N. Şafak Erel, **Eşyaya Bağlı Borç**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982, s. 56; Neuenschwander, s. 134; Rey, **Grundlagen**, N. 240. Zira, bir yapmama ediminin eşyaya bağlı borca konu olmak sureti ile üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi halinde, irtifak haklarına yaklaşan bir durumun ortaya çıkacağı, sınırlı sayı ilkesini dolanmak anlamına geleceği düşünülür. Bir yapmama yükümlülüğünü konu alan eşyaya bağlı borçların salt kişisel nitelikteki borçlara tahvil edilmesi; mümkün olmuyorsa da hükümsüz sayılması gerekir. Erel, s. 56; Neuenschwander, s. 229.

¹⁸³ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 71; Bailiff, s. 29; **BK-Rey**, art. 730 ZGB, N. 150; **BSK-Petitpierre**, art. 730 ZGB, N. 2; Henri Deschenaux, "Obligations propter rem", **Jus et Lex, Festgabe M. Gutzwiller**, Basel, Helbing&Lichtenhahn, 1959, s. 728; Germann, s. 54-55; **HandK-Göksu**, art. 730 ZGB, N. 6a; Bettina Hürlimann-Kaup, "Neuerungen im Dienstbarkeitsrecht", **Les servitudes et les cédules hypothécaires à la lumière des nouvelles dispositions du Code civil**, (edit. Jürg Schmid), Genève-Zurich-Bâle, Schulthess, 2012, s. 41; Roland Pfäffli, "Dienstbarkeitsvertrag und grundbuchlicher Vollzug", **Les servitudes et les cédules hypothécaires à la lumière des nouvelles dispositions du Code civil**, edit. Jürg

borçları, yüklü taşınmazın mülkiyetini devralan her yeni malike karşı ileri sürülebilecektir. Bununla beraber, sadece hukuki sebepte yer alan, tescile yansıtılmamış irtifaka ilişkin yapma borçları, salt kişisel borç olarak görüleceklerdir¹⁸⁴.

Schmid), Genève-Zürich-Bâle, Schulthess, 2012, s. 91-92; Steinauer, **T. II**, N. 2220; **ZK-Liver**, art. 730 ZGB, N. 230; Manfred Zobl, **Der zulässige Inhalt von Dienstbarkeiten**, Zürich, Adliswil Buchdruck Offset, 1976, s. 70. İrtifak sözleşmesinin geçerli, ne var ki tescilin geçersiz olması durumunda, yan edimin taşınmaz yüküne tahvil edilebileceğine ilişkin bkz. M. Zobl, s. 74.

İsviçre aynı haklar revizyonu sonrasında İsvMK m. 730/f. II (MK m. 779/f. II)'ye benzer bir düzenleme, üst hakkı çerçevesinde İsvMK m. 779b'ye ikinci fıkra olarak eklenmiştir. İlgili fıkra uyarınca, taraflar üst hakkı ile ilgili sözleşmesel hükümleri tapu siciline şerh ettirerek eşyaya bağlı borç haline getirebilirler. Ne var ki bu imkana başvurulabilmesi için, irtifakın devrinin kısıtlanması ya da üst hakkının sona ermesi halinde ödenecek bedelin belirlenmesi örneklerinde olduğu gibi, şerh edilecek sözleşmesel hükümlerin üst hakkı ile doğrudan ilgili olması gerekir. Mooser, **Superficie**, s. 10. Yan borçların eşyaya bağlı borç etkisi doğurabilmesi için tescile yansıtılması zorunluluğu karşısında üst hakkı sözleşmesinin eşyaya bağlı borç etkisi doğuracak hükümlerinin şerh edilmesi gerekmektedir. Aynı işleve sahip iki sözleşmesel düzenleme grubunun farklı şekilde aleniyete kavuşturulması çelişkilidir. Tek, s. 1175.

184

Bu çerçevede MK m. 779/f. II'de düzenlenen sözleşmesel eşyaya bağlı borçlar, MK m. 790'daki kanundan doğan eşyaya bağlı borçlardan ayırt edilmelidir. Bu son hüküm uyarınca, irtifakın kullanılması için gerekli tesisin bakımı yararlanan taşınmaz malikine ait olmakla beraber; tesisler yüklü taşınmaz malikine de yarıyorsa, her iki malik yararları oranında bakım giderlerine katılacaklardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Galland, **Contenu**, s. 240-241. Bununla beraber, taraflar bakım masraflarına ilişkin MK m. 790'dan ayrılan bir paylaşım öngörmek isterler ise, bu yeni anlaşmanın da eşyaya bağlı borç etkisi doğurabilmesi için tescile yansıtılması gerekir; aksi takdirde sadece sözleşme tarafları arasında geçerli olacaktır. BGE 124 III 289.

İsviçre aynı haklar revizyonu sonrasında MK m. 790'ı karşılayan İsvMK m. 741'in ikinci fıkrasına ikinci bir cümle eklenmiştir. Bu değişiklik uyarınca, tarafların menfaatleri oranında bakım masraflarına katılmalarına ilişkin kanuni düzenlemeden ayrılan bir anlaşmanın yüklü ya da yararlanan taşınmazı devralan üçüncü kişiye karşı ileri sürülmesi için tapu sicilinde belgelenmiş olması yeterlidir. Söz konusu düzenleme, tapu siciline güven ilkesini zedeleyeceği gerekçesi ile öğretilde eleştirilmektedir. Zira bundan böyle her yeni malik, sadece tapu kütük sayfasını değil, bu sayfa atıf yapmamış dahi olsa, taşınmazın konu olduğu aynı hakların hukuki sebeplerine ilişkin belgeleri de inceleme zorunluluğu ile karşı karşıya bırakılmıştır. Galland, **Contenu**, s. 302; Cyril Galland, "L'entretien des ouvrages en servitude: les pièges à éviter", **DC** 2013, s. 107-108; Hürliemann-Kaup, **Neuerungen**, s. 44. Bununla birlikte, bakım giderlerine ilişkin hiçbir borcun tapu siciline yansıtılmasına gerek olmadığı; irtifakın kullanılması için bir tesisat kurulmuşsa, her iyiniyetli alıcının bakım masraflarına ilişkin bir düzenlemenin yapıldığını öngörüp hukuki sebebi kontrol edeceğini ortaya koyan aksi bir görüş de bulunmaktadır. D. Piotet, **Dispositions**, s. 69.

a) Yan Edimin Özellikleri

İrtifaka yan edim olarak bağlanabilecek yapma borçları, irtifak hakkının kullanımını mümkün kılmalı, kolaylaştırmalı ya da garanti etmelidir¹⁸⁵. Ayrıca bu yapma borçları, geçit irtifakın kullanıldığı yerin aydınlatılması örneğinde olduğu gibi, irtifakın üçüncü kişilere zarar vermemesi işlevini de görebilir¹⁸⁶. Dolayısıyla öncelikle irtifaka bağlanan yapma borcunun konusunun, irtifak ile ilişkili olmasının gerektiğine dikkat edilmelidir. Bununla birlikte, yan edimler aynı ilişkiye dahil değildir, sadece aynı ilişkiye eşlik eder¹⁸⁷.

İrtifaka bağlanan yapma borcu, irtifakın kendisinden daha ağır bir yük getirmemelidir¹⁸⁸. Yapma borcu asli borç; yapmama ya da katlanma borcu yan borç olarak gözükyorsa, irtifak tesis edilemez¹⁸⁹. Bu çerçevede, Federal Mahkeme'nin kat mülkiyetine tâbi bir bağımsız bölümün halifleks ile kaplanmasını öngören bir irtifakın geçerli olduğuna ilişkin kararı¹⁹⁰ ilgi çekicidir. Somut olayda, üst kattaki kat malikleri alt kattaki kat malikleri ile bir irtifak sözleşmesi düzenleyerek, alt kata gürültü gitmemesi için bağımsız bölümlerinin döşemelerini halifleks ile kaplatma yükü altına girmişler; ayrıca alt kattaki maliklere irtifak hakkının tescilini talep etme yetkisi tanımışlardır. Tapu sicil memurunun söz konusu hakkı bir irtifak olarak tescil etmeyi reddetmesi üzerine dava açılmıştır. Yerel mahkeme, halifleks kaplatmanın olumlu bir edim olması nedeniyle irtifak hakkına konu olamayacağına karar verip;

¹⁸⁵ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 69; Ballif, s. 39; **BSK-Petitpierre**, art. 730 ZGB, N. 24; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 746; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2774; Tekinay, **II/3**, s. 32; Wieland, art. 730 ZGB, s. 481; **ZK-Liver**, art. 730 ZGB, N. 203.

¹⁸⁶ D. Piotet, **Traité**, s. 51; P. Piotet, **Traité**, s. 40. Yan borcun tali özelliğine bir örnek olarak Federal Mahkeme, geçit güzergahındaki bariyerlerin güvenliğinin sağlanması örneğini göstermektedir. Karar için bkz. RNRF 65/1984, s. 178.

¹⁸⁷ Galland, **Contenu**, s. 236; Bettina Hürlimann-Kaup, "Schranken der inhaltlichen Ausgestaltung von Dienstbarkeiten", **Dienstbarkeiten im Wandel – von "Weg und Steg" zum Energie-Contracting Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und notarielle Praxis an der Universität Bern vom 22./23. Oktober 2014**, (edit. Stephan Wolf), Bern, Stämpfli, 2014, s. 61; **ZK-Liver**, art. 730 ZGB, N. 154.

¹⁸⁸ Köprülü, Kaneti, s. 56; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2774; D. Piotet, **Traité**, s. 51.

¹⁸⁹ Eugène Curti-Forrer, **Commentaire du code civil suisse**, (çev. Max-E. Porret), Neuchâtel, Delachaux&Niestlé S.A., 1912, art. 730 ZGB, s. 556; Wieland, art. 730 ZGB, s. 481. Yapma borcunun, katlanma ya da kaçınma yükünün önüne geçmesinin, tipe bağlılık ilkesini ihlal edeceğine ilişkin bkz. Germann, s. 45. Asli borç bir yapma edimi ise ve diğer şartlar da mevcutsa, bir taşınmaz yükü kurulmalıdır. Rossel, Mentha, N. 1445; Tekinay, **II/3**, s. 31.

¹⁹⁰ ATF 106 II 315 = RNRF 62/1981, s. 150

tarafların gürültü yapmama irtifakı kurup, yan borç olarak da üst katın döşemelerinin halıfleks ile kaplatılmasını gürültü yapmama irtifakına bağlamaları gerektiğini belirtmiştir. Federal Mahkeme ise, taraflar arasındaki anlaşmayı yüklü taşınmaz maliklerinin evini çıplak döşeme ile kullanmaktan kaçınma yükü altında olduğu şeklinde yorumlamıştır. Buna göre hak sahipleri, yüklü taşınmaz maliklerine halıfleks ile kaplanmamış düz döşemeyi kullanmalarını yasaklayacak yetkiye sahiptirler. Yüklü taşınmaz maliklerinin dolaylı olarak gürültü yapmaktan kaçınma yükümlülüğü bulunduğundan, Mahkeme'ye göre tarafların arasında geçerli bir irtifak hakkının kurulmasına yönelik anlaşma akdedilmiştir¹⁹¹.

Aynı şekilde, tarafların iradesinin elektrik ya da su teslimine yöneldiği durumlarda, bu naklin gerçekleştirilmesi için kurulan mecranın yan nitelikte olabileceğine dikkat edilmelidir. Nakle katlanmak yan edim halini almış ise, irtifak hakkı geçerli bir şekilde kurulmaz¹⁹².

Bununla beraber, yan borcun ifası için yapılan masrafın irtifak bedelini aşması, yan borcun irtifaktan daha ağır bir külfet oluşturduğu anlamına gelmez¹⁹³. Önemli olan, mükiyet hakkının ne oranda kısıtlandığıdır. Öğretide verilen örnek¹⁹⁴, yüklü taşınmaz malikinin taşınmazı üzerinde bir turistik tesis lehine denize geçiş hakkı tanınması ve irtifaka bağlı yan borç olarak, geçiş yolunu taş parke ile kaplama borcu altına girmesidir. Yüklü taşınmaz maliki geçiş yolunun yıpranan parkelerini her yıl yeniden kaplatmak zorunda kalsa ve bu masraf geçit hakkı bedelini geçse de, parke kaplatma borcu asli edim halini almaz. Zira asıl amaç, denize ulaşmaktır.

¹⁹¹ Karar, tapu sicil memuruna sözleşmenin lafzını aşarak tescil edilmesi gereken hakkın düzenleme amacını yorumlama ödevi yüklemesi dolayısıyla eleştirilmektedir: **BSK-Petitpierre**, art. 730 ZGB, N. 25; Heinz Rey, "Funktionen des Dienstbarkeitsvertrages", **RNRf** 64/1983, s. 259. Sözleşmenin lafzının olumsuz bir edim öngörmemesi halinde irtifakın tescili talebinin reddedilmesi gerektiği hakkında bkz. Hans Huber, "Bemerkungen der Redaktion", **RNRf** 62/1981, s. 256.

¹⁹² **BK-Leeman**, art. 730 ZGB, N. 34; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 746; Wieland, art. 730 ZGB, s. 482. Kaynak hakkı sahibinin, başkasından aldığı suyun bir kısmını mecranın belirli bir yerinden başkasına iletme borcu altına girmesine ilişkin anlaşmanın irtifak hakkının değil, taşınmaz yükünün konusu olabileceğine ilişkin bkz. BGE 108 II 39 = JdT 1985 I 190. Taşınmazından su kaynaklı malikin, dağıtıcı kaynak hakkı sahibinin alıcıları olan üçüncü kişilere su vermeyi kabul ettiği anlaşmanın irtifak hakkına konu olamayacağına ilişkin bkz. BGE 93 II 290 = JdT 1968 I 560.

¹⁹³ Aksine kanaat için bkz. Germann, s. 49. Yazara göre, yan edim ekonomik açıdan da irtifakın kendisinden daha ağır bir yük oluşturuyor ise, artık yan edim olma özelliğini kaybetmiştir.

¹⁹⁴ Örnek için bkz. Özmen, Vardar Hamamcıoğlu, s. 209.

Yan borcun yüklü taşınmaz malikine daha ağır bir külfet yükleyip yüklediğine, her somut uyuşmazlıkta hakim karar verecektir. Şayet hakim yan borcun daha ağır bir yük arz ettiğini takdir eder ise, sadece kişisel nitelikte bir borç söz konusu olur, eşyaya bağlı borç etkisi gündeme gelmez¹⁹⁵. Hatta irtifak hakkını iyiniyet ile kazanan üçüncü kişi dahi bu haktan yararlanamaz¹⁹⁶. Bununla birlikte, o yan edim olmasa idi, irtifak sözleşmesinin hiç akdedilemeyeceği kabul edilebiliyor ise, irtifak sözleşmesi hükümsüzleşecek ve tapu sicilindeki tescil, sadece şekli bir varlık gösterecektir¹⁹⁷.

b) Yan Edimin Tarafları Ve Aynı Haklar Revizyonu Sonrası İsvMK m. 730/f. II'nin Yarattığı Tartışmalar

Medeni Kanun'un 779. maddesinin ikinci fıkrası ve bu hükmü karşılayan aynı haklar revizyonu öncesindeki İsvMK m. 730/f. II'den, yapma borcunun sadece yüklü taşınmaz malikine yüklenebileceği sonucuna varılmaktadır¹⁹⁸.

Revizyon dolayısıyla İsvMK m. 730/f. II'ye eklenen ikinci cümle, yan borcun kime yükleneceği hususunda tartışmalara sebep olmuştur. İlgili cümle uyarınca, “[b]u [yan] borcun yüklü ya da yararlanan taşınmazın mülkiyetini devralan kişiyi bağlaması, ancak tapu kütüğündeki tescile yansıtılması ile mümkündür”. Bu düzenlemeden yola çıkarak, yararlanan taşınmaz malikine de irtifak hakkı dolayısıyla eşyaya bağlı bir borç yüklenip yüklenemeyeceği sorusu gündeme gelmiştir. Bazı yazarlar¹⁹⁹ yapma borcunun hem yararlanan, hem de yüklü taşınmaza bağlanabilmesinde bir mahsur görmemektedirler.

¹⁹⁵ Artık kabul edilmeyen eski bir görüşe göre ise, yan borcun irtifakın kendisinden daha ağır bir yük yüklemesi halinde, irtifak tescil edilmiş olsa dahi kurulmuş sayılmaz; yüklü taşınmaz maliki tapu sicilinin düzeltilmesi davasını açabilir. **BK**-Leeman, art. 730 ZGB, N. 40.

¹⁹⁶ Erel, s. 77-78; **HandK**-Göksu, art. 730 ZGB, N. 5; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2774; D. Piotet, **Traité**, s. 52; P. Piotet, **Traité**, s. 41; **ZK**-Liver, art. 730 ZGB, N. 210-211.

¹⁹⁷ Gürsoy, Eren, Cansel, s. 747; P. Piotet, **Traité**, s. 41.

¹⁹⁸ Akipek, Akıntürk, s. 639; **BK**-Rey, art. 730 ZGB, N. 150; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2773; **ZK**-Liver, art. 730 ZGB, N. 195.

¹⁹⁹ D. Piotet, **Dispositions**, s. 67; D. Piotet, **Traité**, s. 49; Pfäffli, **Dienstbarkeitsvertrag**, s. 92; Roland Pfäffli, “Errichtung, Auslegung und Löschung von Dienstbarkeiten”, **Dienstbarkeiten im Wandel – von “Weg und Steg” zum Energie-Contracting Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und notarielle Praxis an der Universität Bern vom 22./23. Oktober 2014**, (edit. Stephan Wolf), Bern, Stämpfli,

Başka bir görüşe göre ise, İsvMK m. 730/f. II'ye eklenen ikinci cümle mevcut düzene herhangi bir yenilik getirmemektedir. Ortaya koyulan ilk gerekçe uyarınca, eşyaya bağlı borçlar sadece yüklü taşınmaz malikini bağlamaları halinde bir anlam ifade eder²⁰⁰. Yapma borcu bir yan edimdir; borcun içerik açısından irtifakın kullanımını mümkün kılması, kolaylaştırması ya da garanti etmesi gerekir. Bu borcun yararlanan taşınmaza bağlanması durumunda, yan borç olması dolayısıyla sahip olduğu nitelikler yerine gelmeyecektir. Sistemik bakımdan da İsvMK m. 730/f. II, yararlanan taşınmaz malikinin haklarını değil; irtifakın yüklü taşınmaz üzerindeki etkilerini düzenlemektedir. Bu sebeple de, yapma borcunun sadece yüklü taşınmaza bağlanabileceğini düşünmek daha yerinde olacaktır²⁰¹.

Konuya çok farklı bir şekilde yaklaşan Hürlimann-Kaup²⁰², İsvMK m. 730/f. II, c. 2'deki ifade gereği yan borcun yararlanan taşınmaz malikini de bağlayacak olmasını, irtifak hakkı sahibinin İsvMK m. 737/f. I (MK m. 786/f. I)'deki hakkının korunması ve kullanılması için gerekli olan tedbirleri alma yetkisinin kısıtlanması olarak değerlendirmektedir. Yazarın verdiği örnek, irtifak dolayısıyla kurulan teçhizatın bakımı ve onarımının yararlanan taşınmaz malikine bırakılması halinde yararlanan taşınmaz malikinin, ortaya çıkan bir problem üzerine yüklü taşınmaza girip, gerekli bakım ve onarımı yapamayacak olmasıdır.

3) *Kişisel Nitelikli Hükümler*

Yüklü taşınmaz maliki ile irtifak hakkı sahibi, irtifak sözleşmesinde kararlaştıracakları salt kişisel etkili hükümler ile birbirlerine karşı borç altına girebilirler²⁰³. Bu hükümler, irtifak hakkının tesisi ile oluşacak aynı ilişkiyi

2014, s. 16. Hatta revizyon öncesinde de bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Simonius, Sutter, **Bd. II**, s. 41. Ayrıca, tapu sicil müdürlüğü tarafından uyuşmazlık konusu yapılmayan, bu sebeple Federal Mahkeme'nin herhangi bir beyanda bulunmadığı yararlanan taşınmaz mülkiyetine bağlanmış yapma borcuna ilişkin bkz. BGE 87 I 311.

²⁰⁰ Galland, **Contenu**, s. 199; Steinauer, **T. II**, N. 2220a, dn. 64.

²⁰¹ Bailiff, s. 39; **BK-Rey**, art. 730 ZGB, N. 150; Deschenaux, **Propter rem**, s. 718; Galland, **Contenu**, s. 200 **HandK-Göksu**, art. 730 ZGB, N. 5; Hürlimann-Kaup, **Neuerungen**, s. 42; **ZK-Liver**, art. 730 ZGB, N. 195.

²⁰² Hürlimann-Kaup, **Neuerungen**, s. 42.

²⁰³ Simonius, Sutter, **Bd. II**, s. 40 ve s. 140-141. İrtifak sözleşmesinde yer alan kişisel nitelikteki borçların belirlenebilir olması yeterlidir. Halûk Nami Nomer, "İdarece Tanınan Üst

etkilemez²⁰⁴. İrtifak hakkının kullanılması ile ilgili olmaları da beklenmez. Üst hakkı bakımından inşaat yapma zorunluluğu ya da inşaata belirli bir zamanda başlama borcu, kullanma ve yararlanma yetkilerinin biçimi, bedelin ödenme tarzı kişisel nitelikli hükümlere örnek verilebilir²⁰⁵. İrtifak sözleşmesinde karşılaştırılabilecek kişisel nitelikli hükümlerin başında, irtifak bedeli gelir²⁰⁶.

İrtifak hakkının yapısına tamamı ile yabancı hükümlerin de, salt kişisel nitelikte olacak şekilde öngörülebilmesi tartışmalıdır. İsviçre öğretisinde bazı yazarlar²⁰⁷, sınırlı sayı ilkesine aykırı hükümlerin, sadece taraflar arasında etki gösterecek şekilde karşılaştırılmasını mümkün görmektedir. Örnek olarak, malik ile intifa hakkı sahibi, intifa hakkının üçüncü bir kişiye devredilebileceği hususunda anlaşabilirler. Ya da yüklü taşınmaz maliki oturma hakkı sahibine, hakkının kullanımını devir imkanı tanıyabilir. Fakat bu durum kanunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil edeceğinden kabul edilmemelidir ve verilen örneklerdeki irtifak sözleşmeleri kısmi hükümsüz sayılmalıdır²⁰⁸. Diğer taraftan, tarafların sınırlı sayı ilkesi dışına çıkmayacak biçimde irtifak sözleşmelerinde belirledikleri hükümlere aykırı hukuki işlemleri kişisel nitelikte görülmektedir. Şöyle ki, kural olarak devredilmeyen ve miras ile geçmeyen bir diğer irtifak aksi karşılaştırılarak tapu kütüğüne tescil ettirilmiş, ama taraflar sonradan hak sahibinin yine de bu hakkı devretmeyeceğini kararlaştırmışlar ve bu durumu tapu siciline yansıtılmamışlar ise, bu anlaşma kişisel etkili olacaktır.

Haklarında, İrat Biçimindeki İrtifak Bedelinin Belirlenmesi”, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara, Seçkin, 2006, s. 432.

²⁰⁴ Michel Mooser, “Art. 776-778”, **Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar**, (edit. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), 5. Auf., Basel, Helbing&Lichtenhahn, 2015, art. 776 ZGB, N. 6; Simonius, Sutter, **Bd. II**, s. 85, dn. 2.

²⁰⁵ Bu borçların aynı nitelikte olduğuna yönelik karşıt görüş için bkz. Akipek, Akıntürk, s. 650

²⁰⁶ Ballif, s. 114; **BSK-Isler/Gross**, Art. 779a ZGB, N. 6; Demirsatan, s. 54 vd.; Thomas Ender, “Baurecht, Quellenrecht, andere Dienstbarkeiten, Grundlasten”, **Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert**, (edit. Peter Gauch/Jörg Schmid), Zurich, Lieferbar, 2001, s. 171; Freimüller, s. 76; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2790, dn. 122; Ruedin, s. 109; Schmid, Hürlimann-Kaup, N. 1395; Stadlin, N. 24; Steinauer, **T. III**, N. 2546; **ZK-Liver**, art. 730 ZGB, N. 156-157. İrtifak bedelinin, irtifak sözleşmesi için salt kişisel nitelikte bir hüküm olduğuna ilişkin bkz. 5A_251/2010 = RNRF 2011, s. 399. İrtifak bedelinin üst hakkının içeriğine gireceği ve eşyaya bağlı borç etkisi yaratacağına ilişkin karşıt görüş için bkz. Akipek, Akıntürk, s. 706; Simonius, Sutter, **Bd. II**, s. 137-138.

²⁰⁷ **BK-Leeman**, art. 777, N. 4; Kikinis, s. 88-89; Steinauer, **T. III**, N. 2498; **ZK-Baumann**, art. 776 ZGB, N. 32.

²⁰⁸ Amadéo Wermelinger, “Art. 776-778 CC”, **Commentaire Romand, Code civil II**, (edit. Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Denis Piotet), Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2016, art. 776 CC, N. 32; Riemer, **Beschränkten**, s. 76.

İrtifak sözleşmesinin salt kişisel nitelikteki hükümleri, nispiyet ilkesine uygun olarak, sadece sözleşme tarafları açısından bağlayıcıdır. Yüklü ya da yararlanan taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının devri halinde, bu hükümler aynı ilişkiye yeni giren üçüncü kişiye karşı ileri sürülemez. Bu hükümlerin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi, ancak bu kişilerin alacağın devri, borcun yüklenilmesi ya da sözleşmenin devri yolu ile hakka ya da borca muhatap olması halinde mümkündür. Bununla birlikte, söz konusu kişisel nitelikteki hükümlerin irtifak ilişkisine sonradan dahil olan üçüncü kişiye karşı ileri sürülememesi sebebi ile bir boşluk oluşur ise, bu boşluk Medeni Kanun hükümleri ile doldurulacaktır²⁰⁹.

İrtifak hakkının üçüncü bir kişiye devredilmesi durumunda, irtifak ilişkisinden çıkan eski hak sahibi, kişisel nitelikteki borçlar ile sorumlu tutulmaya devam edecektir. Örnek vermemiz gerekir ise, irtifak hakkı bir bedel karşılığı kurulmuş ve hakkı devralan üçüncü kişi bu bedel borcunu özel olarak üstlenmemiş ise, ilişkiden çıkan eski hak sahibi bedel borçlusunu olarak kalmaya devam eder²¹⁰.

Bu hususta, üst hakkının süresinden önce devrine ilişkin MK m. 831 yol gösterici olacaktır. İlgili hüküm uyarınca, “[ü]st hakkı sahibi, bu haktan doğan yetkilerinin sınırını ağır şekilde aşar veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranırsa; malik, üst hakkının ona bağlı bütün hak ve yükümlülükleri ile birlikte süresinden önce kendisine devrini isteyebilir”. Hüküm, iki ayrı hususu düzenlemektedir. Bunlar, üst hakkı sahibinin haktan doğan yetkilerini, yani aynı nitelikteki unsurları, ağır şekilde aşması ile sözleşmeden doğan yükümlülüklerine, yani kişisel nitelikteki unsurlara, ağır şekilde aykırı davranmasıdır. Haktan doğan yetkilerin sınırının aşılması gerekçesi ile üst hakkının süresinden önce devrinin istenebilmesi, her üst hakkı sahibine karşı ileri sürülebilecek bir taleptir. Üst hakkı sahibinin, üst hakkı sözleşmesinin de tarafı olup olmaması ile ilgilenilmez. Bu kişi, hakkın aynı nitelikteki bir unsuruna ağır şekilde aykırı davranması dolayısıyla MK m. 831’in öngördüğü yaptırım ile karşılaşacaktır. Oysa, üst hakkı sözleşmesinden kaynaklanan kişisel nitelikteki hükümlerin ağır

²⁰⁹ Akipek, Akıntürk, s. 651.

²¹⁰ Artık hak sahibi olmayan kişinin bedel borcundan da sorumlu tutulmaması için, İsviçre aynı haklar revizyonu çerçevesinde üst hakkına özgü bir imkan tanınmış ve irtifak sözleşmesinin salt kişisel nitelikteki hükümlerinin şerh edilebilmesi kabul edilmiştir (İsvMK m. 779b/f. II).

şekilde ihlal edilmesi halinde, sadece üst hakkını kuran sözleşmeye taraf hak sahibinden hakkın süresinden önce devri istenebilir²¹¹. Üst hakkının devredilmiş olması halinde, üst hakkını devreden kişi her ne kadar irtifak sözleşmesi ile kararlaştırılan kişisel edimler ile borçlu olsa da, hakkı devreden kendi edimini yerine getirmediği için hakkı devralan herhangi bir yaptırım ile karşılaşmaz. Hakkı devreden kişinin nitelikteki yükümlülüklerini ihlal etmesi, yüklü taşınmaz malikine hakkı devralandan, üst hakkının süresinden önce devrini isteme yetkisini vermez. Üst hakkının sahibinin yükümlülüklerine aykırı davranması halinde, üst hakkını kuran sözleşmede yüklü taşınmaz malikine hakkı sona erdirmeye ya da hakkın devrini isteme yetkisi tanıyan hükümler için de aynı esaslar geçerlidir²¹².

2. İrtifak İlişkisi Çerçevesinde İrtifak Hakkı Sahibi İle Malik Arasındaki Hukuki İlişki

İrtifak hakkı tesis edilip, irtifak sözleşmesinin yanında bir de aynı ilişki oluştuğunda, irtifak hakkı sahibi ile malik arasındaki hukuki ilişki, irtifak sözleşmesinin tarafları ile irtifak ilişkisinin taraflarının aynı olup olmamasına göre farklılık gösterir.

a. İrtifak Sözleşmesi İle İrtifak İlişkisinin Tarafları Aynı İse

Malikin irtifak sözleşmesinden kaynaklanan tescilli talep etme borcunu ifa edip idarece tescilin gerçekleştirilmesi ile, irtifak hakkı kurulur. İrtifak hakkının kurulması ile birlikte irtifak sözleşmesinin tarafları arasında, aynı hak sahipliğinden kaynaklanan aynı ilişki doğar²¹³. Bu aynı ilişki, irtifak sözleşmesinin tarafları arasındaki sözleşmesel ilişkiye eşlik eder.

²¹¹ Üst hakkının devredilmiş olması halinde, hak sahibi olmayan bedel ödeme borçlusunun bu borcunu yerine getirmemesi durumunda MK m. 831'in uygulama alanına bulmayacağına ilişkin bkz. Demirsatan, s. 93-94.

²¹² MK m. 833. Hükümlerin nitelikleri hususunda hiçbir ayırım gözetmeksizin, hak devredilmiş olsa da yüklü taşınmaz malikinin MK m. 833'ten yararlanacağına ilişkin aksi görüş için bkz. Simonius, Sutter, **Bd. II**, s. 132

²¹³ Stadlin, N. 15; Oturma hakkı bakımından bkz. Simonius, Sutter, **Bd. II**, s. 119.

Aynı ilişki ile sözleşmesel ilişki arasındaki bağlantı konusunda, öğretilerde bir görüş birliği yoktur. İrtifak hakkını kuran sözleşmenin ani edimli olduğunu ortaya koyan görüşün bir yansıması olarak, irtifak hakkının kurulması ile birlikte, hak sahibinin yararlanma yetkisini irtifak sözleşmesinden değil de, doğrudan irtifak hakkından aldığı ileri sürülmektedir²¹⁴. İrtifak sözleşmesi, sadece taraflar arasındaki kişisel nitelikteki hükümleri düzenlemek için vardır. İrtifak hakkının tescili ile birlikte, aynı ilişki esas olarak kabul edilir, sözleşmesel ilişki ise sadece kişisel nitelikteki hükümleri düzenleyecek şekilde, ikincil olarak varlığını sürdürür²¹⁵.

Bu görüşe göre, aynı ilişki Medeni Kanun hükümlerine tâbidir. Medeni Kanun'un izin verdiği ölçüde, tarafların irtifak sözleşmesinde kararlaştırdıkları aynı etkili hükümlere göre şekillenir²¹⁶. İrtifak sözleşmesinden kaynaklanan asli borcun ifası ile irtifak hakkı kurulduğundan; sonradan ortaya çıkan aynı ilişkinin kapsamı sadece tescil ile belirlenir. Bir kere irtifak hakkı tesis edildi mi, hakkı tesis eden tescil temel alınmalıdır. Sözleşmenin tarafları ile aynı ilişkinin tarafları aynı dahi olsalar, kurucu sözleşmeden tescilin sınırlarını aşmadığı oranda yararlanılır. Aynı ilişkiye dahil olmayan hususlar için kurucu sözleşmeye başvurulur²¹⁷. İrtifak hakkının kurulması ile meydana gelen bu sürekli aynı ilişkinin değiştirilmesi ya da sona erdirilmesi için Medeni Kanun hükümlerine uyulmalıdır²¹⁸. Yine bu görüş kabul edilecek olursa, kişisel nitelikteki hükümlerin ya da eşyaya bağlı borç etkisi gösteren hükümlerin ifa edilmemesi halinde borcun ihlaline uygulanacak yaptırımlara, bu çerçevede TBK m. 112 ve devamı hükümlerine başvurulacaktır²¹⁹. Ancak, kişisel nitelikteki bir hükmün ifa edilmemesi sebebi ile aynı ilişkinin sona erdirilmesi söz konusu olmaz; zira aynı ilişki sadece Medeni Kanun'un öngördüğü sebepler ile sona erdirilebilir. Bununla birlikte, aynı etkili bir hüküm ihlal edilecek olur ise, kıyasen mülkiyet hakkını koruyucu taleplere müracaat edilmelidir.

²¹⁴ Gérard Cornu, **Droit civil, Les biens**, 13^e éd., Paris, Montchrestien, 2007, N. 64; N. Jeandin, s. 112; Mooser, **Habitation**, s. 17; Temperli, s. 95; **ZK-Liver**, art. 736 ZGB, N. 39.

²¹⁵ Üst hakkı bakımından bkz. Gürzumar, s. 162.

²¹⁶ Yine de irtifak ilişkisine üçüncü bir kişi dahil olmadan önce, irtifak sözleşmesinin hükümlerinin aynı nitelikte olduğu, eşyaya bağlı borç etkisi doğurduğu ya da salt kişisel etki gösterdiğini belirtmek doğru olmaz. Demirsatan, s. 24-25; Özen, s. 108-109.

²¹⁷ Beat Eschmann, **Auslegung und Ergänzung von Dienstbarkeiten**, Zürich, Schulthess, 2005, s. 76-77; Özen, s. 104, dn. 256.

²¹⁸ **KurzK-Schmid-Tschirren**, art. 736 ZGB, N. 1.

²¹⁹ Erel, s. 194; Mugglin, s. 68.

İrtifak sözleşmesinin sürekli bir borç ilişkisi doğurduğu görüşünden hareket edilir ise, irtifak ilişkisine üçüncü bir kişi dahil olmadığı müddetçe irtifak sözleşmesi tarafları arasındaki ilişki, hakkın kurulmasından sonra dahi sözleşme hükümlerine uygun şekilde düzenlenir. İrtifak hakkının tescili ile birlikte oluşan aynı ilişki, irtifak sözleşmesinden kaynaklanan ilişkinin önüne geçmeyecektir. Sözleşme tarafları ile aynı ilişki tarafları aynı ise, aralarındaki bu ilişkiye, niteliğine bakılmaksızın, irtifak sözleşmesi hükümleri uygulanacak²²⁰; bu hükümlerde boşluk kaldığı oranda Medeni Kanun hükümlerine başvurulacaktır²²¹. Bu bakış açısının pratik sonucu kişisel etkili hükümlerin ifa edilmemesi halinde de irtifak ilişkisine son verilebilmesi imkanındır. Oysa ilk görüşün kabulü halinde, irtifak sözleşmesini kuran taraflar arasında da sadece aynı ilişki geçerli olacağından, kişisel bir borcun yerine getirilmesi sebebi ile hakkın ortadan kaldırılamayacağı sonucuna varılacaktı.

Taraflar arasında sözleşmesel ilişkinin asıl olmasının başka bir sonucu, sözleşme hükümleri ile hakkın tescili arasında bir uyumsuzluk ortaya çıktığında görülür. Tescil ile sözleşme arasında da bir uyumsuzluğun bulunması halinde, yine sözleşme hükümlerinin gözetilmesi gerekir; ne de olsa yolsuz tescilin, iyiniyetli üçüncü kişilerin aynı hak iktisapları haricinde, düzeltilmesi imkanı vardır. Tescil,

²²⁰ İrtifak ilişkisine üçüncü bir kişi dahil olmasa bile, sözleşme tarafları ile üçüncü kişilerin karşı karşıya geldikleri bazı istisnai durumlarda, irtifak sözleşmesinin hükümleri arasındaki nitelik farklılığının hukuki sonucu olabileceğini düşünüyoruz. İrtifak sözleşmesinde kararlaştırılmış kişisel etkili bir hüküm nispi ilkesi gereği üçüncü kişilere karşı ileri sürülmez. Eşyaya bağlı borç etkisi doğuran bir hüküm ise ilişkiye dahil olmamış bir kişiyi ilgilendirmeyeceğinden sözleşme tarafları ile karşı karşıya gelmiş üçüncü kişileri etkilemez. Bununla birlikte, irtifak sözleşmesinin bir aynı etkili hükmünün tescile yansıtılmadıkça, üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği kabul edilse de, üçüncü kişi kendi lehine olabilecek bu aynı etkili hükmün varlığını bir şekilde öğrenmiş ise, bu hükme dayanabilmelidir. Tarafların irtifak hakkını belirli bir süreye bağlamaları aynı etkili bir sözleşme hükmüdür, tescile yansıtılmış olması şartı ile üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir. Ne var ki, irtifak hakkının kurulmasından sonra yüklü taşınmaz üzerinde ipotek hakkına sahip olmuş bir kişi, tescile yansıtılmamış bu süre sınırlamasını öğrenir ise, sürenin dolumunda irtifak hakkının terkinini isteyebilmelidir. Rehin hakkı sahibinin irtifak sözleşmesine dayanmakta meşru bir menfaati vardır; zira hakkın sona erdiğini kanıtlayarak terkinin sağlayabilir ise, kendi alacağını elde edemediği zaman rehin paraya çevrilmesi usulüne başvurduğunda, ihaleden daha yüksek bir bedel elde etme beklentisi olacaktır. Bu hükümlerin tapu siciline yansıtılmaması, aynı hak sahibi üçüncü kişilerin korunmasına engel olmamalıdır. Ayrıca bkz. Birinci Bölüm I. B. 2. b. 1) Aynı Etkili Hükümler Bakımından.

²²¹ Karl Naegeli, **Die Auslegung der Grunddienstbarkeiten**, Aarau, H. R. Sauerländer&Co., 1935, s. 124; Dieter Zobl, **Grundbuchrecht**, 2. Auf., Zürich-Basel-Genf, Schulthess, 2004, s. 110.

ayni ilişkiye sonradan dahil olacak üçüncü kişi bakımından kapsamı belirleyecektir²²².

b. İrtifak Sözleşmesi İle İrtifak İlişkisinin Tarafları Farklılaştığında

İrtifak sözleşmesi ile irtifak ilişkisinin tarafları, ilişkiye üçüncü bir kişi dahil olmuş ise farklılaşır. Bu durum, irtifak hakkının²²³ ve/veya yüklü taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının üçüncü kişiye devrini kapsar. Böyle bir durumda ilişkiye giren üçüncü kişinin, irtifak sözleşmesinin nispi etkili hükümleri ile bağlı tutulamayacağı açıktır. Bununla birlikte, irtifak ilişkisi sürekli bir nitelik arz ettiğinden, irtifak hakkının tescili ile doğan ayni ilişkiye asıl bu ihtimalde işlev yüklenir. Üçüncü kişiye, tescile yansıtılmış olmak kaydı ile, irtifak sözleşmesinin ayni etkili hükümleri ile, yine tescile yansıtılmış olmak kaydı ile eşyaya bağlı borç etkisi doğuran hükümleri ileri sürülebilecektir. Ayrıca, intifa hakkı ve oturma hakkı çerçevesindeki kanundan doğan kişisel borçları da üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilecek unsurlar içinde saymak gerekir.

1) Ayni Etkili Hükümler Bakımından

a) Genel Olarak Ayni Etkili Hükümlerin Sonucu

Yüklü taşınmazın ya da irtifak hakkının devri sureti ile ilişkiye üçüncü bir kişi girdiğinde, kişisel nitelikli hükümler bu üçüncü kişiye karşı ileri sürülemez. Ayni nitelikli hükümler, bir anahtar kelime ile tapu sicilindeki tescile yansıtılmışsa ya da

²²² Burada ortaya çıkabilecek sorun, irtifak sözleşmesinde kararlaştırılan ayni etkili hükümler ile bağdaşmayan bir tescilin yapılmasıdır. Tapu kütüğündeki tescile iyiniyet ile dayanılarak ayni hak kazanımı korunduğundan (MK m. 1023), hakkı devralan üçüncü kişi irtifakın tescildeki kapsamı ile bağlı tutulacaktır. Gürsoy, Eren, Cansel, s. 794; N. Jeandin, s. 115; Steinauer, **T. II**, N. 2291b. Ne de olsa, MK m. 787/f. I bakımından da, irtifaktan doğan yetki ve yükümlülüklerin belirlenmesi için tescil göz önüne alınır. Malik ile hakkı devralan üçüncü kişi arasında bir uyumsuzluk çıktığında da, irtifak sözleşmesi, tescil sınırları dahilinde ve iyiniyet ile yorumlanacaktır. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2840-2841; Steinauer, **T. II**, N. 2294.

²²³ İrtifak hakkının devrini geniş olarak anlamaktayız. Hem devredilebilir kişisel irtifak hakkının üçüncü kişiye devredilmesini, hem de taşınmaz lehine tesis edilen irtifak haklarında yararlanan taşınmazın mülkiyetinin üçüncü kişiye devrini bu kavram ile ifade etmekteyiz.

belgeler siciline bir yollama yapılmışsa, yüklü taşınmazı, yararlanan taşınmazı ya da irtifak hakkını devralan üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilir²²⁴. Şayet bu hükümlerin varlığı tapu kütüğünden anlaşılamiyor ise, MK m. 1023 uyarınca bu kişilerin tapu kütüğündeki irtifak tesciline güvenleri korunur ve irtifak haklarını sözleşme ile düzenlenen aynı etkili hükümlerden arınmış bir şekilde iktisap ederler.

Kural, tescile yansıtılmayan aynı etkili hükümler sebebi ile üçüncü kişinin iyiniyetli kazanımının korunması ise de; irtifak sözleşmesinde kararlaştırılmış, ancak tescile yansıtılmamış aynı etkili hükümlerin yüklü taşınmaz mülkiyetini devralan üçüncü kişinin lehine olması halinde durum daha karışıktır. Bu duruma örnek olarak, normal olarak süresiz tesis edilen taşınmaz lehine bir irtifakın on yıl süre ile kurulduğuna ilişkin sözleşme hükmü gösterilebilir. Hüküm, aynı hakkın varlığını bir süreye tâbi tuttuğundan, normal şartlar altında aynı ilişkiyi etkileyebilecek niteliktedir. Tescile yansımadağı için bu hükmü bilmeden yüklü taşınmazı devralan üçüncü kişi, taşınmazın sürekli bir aynı hak ile kayıtlandığını düşünecektir. Burada aynı etkili olabilecek bir sözleşme hükmünün aynı etki kazanamaması söz konusudur. Yüklü taşınmazın yeni malikinin, irtifakı kurucu sözleşmenin irtifakı süreye bağlayan hükmünü öğrenmesi durumunda, onu bu hükümden yararlandırmamak MK m. 1023 ile güdülen amacın aksine bir tutum olacaktır²²⁵. Zira bilmediğı sözleşme hükmü, burada aynı ilişkinin yeni tarafının menfaatindedir. Hakkın varlık sebebi, on yılın dolması ile ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla yüklü taşınmazı devralan kişinin tapu sicilinin düzeltilmesini dava etmede bir menfaati bulunmaktadır²²⁶. İyiniyetle sonradan aynı hak iktisap eden başka kişilerin bulunup

²²⁴ Akipek, Akıntürk, s. 706; Foëx, **Cession**, s. 54-55. Tescilin sadece kurucu belgelere atıf yapmak ile yetinmesi halinde tescil ile hukuki sebep arasında da bir farklılık olmayacağına ilişkin bkz. D. Piotet, **Traité**, s. 101.

²²⁵ Benzer bir menfaat sahibi de, irtifaktan sonraki sıralı rehin hakkı sahibidir. Taraflar arasındaki sözleşme uyarınca irtifak on yıl sürelidir; ne var ki tescile on yıllık süre yansıtılmamıştır. Taraflar arasındaki bu hükmü öğrenen rehin hakkı sahibinin, şayet taşınmaz rehninin paraya çevrilmesi talep edildiğinde on yıl dolmuşsa, irtifakın varlık sebebinin ortadan kalkması dolayısı ile terkin edilmesindeki menfaatinin korunması gerekir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm, dn. 221.

²²⁶ Burada beklenen aynı hak kavramının tam tersi bir yapı (*expectatif de non droit réel*) karşımıza çıkmaktadır. Sebebinin kaybettiğı için irtifak hakkı aslında ortadan kalkmıştır, ama terkinin sağlamak gerekir. Aksi takdirde, iyiniyetli üçüncü kişiler ortadan kalkmış hakkı tekrar canlandırabilirler. Bu durumda tapu sicilinde düzeltici terkin yapmak gerekir. Ne var ki aynı hakkın sebebinin ortadan kaldıran sözleşme hükmü, verilen örnekte süre, tescile yansımamış

bulunmadığının kontrolü için, bu dava MK m. 1026'ya değil, m. 1025'e dayanacaktır²²⁷.

b) Aynı Etkili Hükümlerin Kapsamının Belirlenmesi

i. İrtifak İlişkisinin Taraflarına Göre Aynı Etkili Hükümlerin Kapsamının Belirlenmesi

Aynı etkili hükümlerin kapsamının belirlenmesinde, irtifak ilişkisine üçüncü bir kişinin dahil olup olmadığının sorgulanması büyük önem taşır. Zira, yüklü taşınmazın ya da irtifak hakkının devri sureti ile irtifak ilişkisine dahil olan iyiniyetli üçüncü kişiye karşı, tapu kütüğünde yer almayan aynı etkili hükümler ileri sürülemez.

İrtifak ilişkisine üçüncü kişinin dahil olması durumundan farklı olarak, irtifak ilişkisinin tarafları ile irtifak sözleşmesinin tarafları aynı ise, irtifak hakkını kurucu tescil ile hukuki sebebin tam olarak uyuşması beklenir. İrtifak hakkının kütükteki tescili, hukuki sebepte kararlaştırılan içerikten daha geniş ise, MK m. 1025 uyarınca tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılarak tescil ile hukuki sebep arasındaki uyumsuzluk giderilir²²⁸. Tescil edilen irtifak hakkı hukuki sebebe göre daha dar kapsamda ise, irtifak hakkı sahibi irtifak sözleşmesine dayanarak yüklü taşınmaz malikinden tescili genişletmesini isteyebilir. Bu ihtimalde, irtifak hakkı sahibinin hakkı tescil sınırları içinde kalacağından, yüklü taşınmaz malikine karşı sadece bir kişisel talep ileri sürebilecektir²²⁹. Sadece yüklü taşınmaz malikinin tasarruf yetkisi bulunduğundan, irtifak hakkı sahibi tapu sicil memurundan irtifak tescilini sözleşmeye uygun olarak genişletmesini isteyemez. Yüklü taşınmaz maliki, irtifak

olduğu için, tapu sicilini düzeltilmesi davası MK m. 1026'ya değil, m. 1025'e dayanılarak açılacaktır.

²²⁷ Süre tescile yansıtılmadı ise, sürenin dolması hakkı doğrudan sona erdirmez, sadece malike terkinin talep etme yetkisi verir. Örnekte, irtifak sözleşmesinin tarafları değiştiği için, tescile yansımamış bu hükme dayanılarak MK m. 716 çerçevesinde bir talep yöneltilemeyecektir. Süre tescile yansıtılmış olsa idi, irtifak süresinin dolduğu anda şekli anlamda da sona ermiş olacaktı ve malik MK m. 1026/f. I'e dayanarak tapu sicil memurundan açıklayıcı terkinin gerçekleştirilmesini isteyebilecekti. Simonius, Sutter, **Bd. II**, s. 52.

²²⁸ Gürzumar, s.126-128; D. Piotet, **Traité**, s. 100.

²²⁹ D. Piotet, **Traité**, s. 101-102.

sözleşmesine uygun bir biçimde tamamlayıcı tescil talebinde bulunmaz ise, irtifak hakkı sahibinin elindeki hukuki imkan MK m. 716'ya dayanarak hakimden tescilin sözleşmeye uygun biçimde tamamlanmasına hükmetmesini istemektir.

İrtifak hakkının MK m. 716 gereği hakim kararı ile kurulmasında olduğu gibi, tescilin açıklayıcı olduğu hallerde içeriğine ilişkin yeterli açıklık sağlanmamış ise, hakkın içeriği kanun tarafından tamamlanacaktır²³⁰.

İrtifak tescili ile hukuki sebebin örtüşmediği hallerde, irtifak ilişkisine dahil olan iyiniyetli üçüncü kişinin iyiniyeti korunur. Şöyle ki, üçüncü kişi yeni hak sahibi ise, tescilin hukuki sebepten daha geniş kapsamda olmasından; yeni yüklü taşınmaz maliki ise tescilin hukuki sebepten daha dar kapsamda olmasından yararlanacaktır. Diğer bütün ihtimallerde ise²³¹, iyiniyet bir rol oynamaz ve irtifak hakkı tescilin sınırları çerçevesinde varlık gösterir. Tescilin sınırları içinde kalmak kaydı ile, hukuki sebep, olayların çoğunda irtifak sözleşmesi, sınırlı olarak ilişkiye dahil olan bu üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilecektir²³². Bununla birlikte, tescil sınırlarını aştığı ölçüde hukuki sebep, ilişkiye sonradan dahil olan üçüncü kişiye karşı ileri sürülemez²³³. Böyle bir halde ilişkiye sonradan dahil olacak üçüncü kişilerin, tescil ile hukuki sebebin örtüşmemesi dolayısıyla bir menfaat kaybı yaşamamaları için, devredenden tapu sicilinin düzeltilmesi davasını açma hakkını da temlik alarak irtifak ilişkisine girmeleri yerinde olur.

Federal Mahkeme önüne gelmiş bir uyuşmazlıkta²³⁴, komşu iki taşınmaz üzerinde birbiri lehine, dört metre genişliğindeki araçların geçebilmesi için geçit irtifakı tesis edilmiştir. Aynı zamanda, irtifak sözleşmesinde geçit hakkının kullanılacağı yerin iki tarafın da rahatça arazilerine gidebilmesi için hafifçe değiştirilebileceği öngörülmüştür. Tapu sicilindeki belgeler arasında, sonraki tarihli bir anlaşmaya göre irtifakın kullanım şartları tamamlanmış; bu çerçevede

²³⁰ **KurzK-Schmid-Tschirren**, art. 738 ZGB, N. 5.

²³¹ Bu ihtimaller, iyiniyetli yeni irtifak hakkı sahibinin hukuki sebebe oranla dar kapsamlı bir tescile göre hakkı kazanması; iyiniyetli yeni yüklü taşınmaz malikinin hukuki sebebe oranla daha geniş kapsamlı şekilde tescil edilmiş irtifak ile yüklü taşınmaz mülkiyetini devralması ya da ilişkiye dahil olan üçüncü kişinin iyiniyetli olmaması biçiminde sayılabilir.

²³² Bertan, **C. II**, s. 1262.

²³³ Köprülü, Kaneti, s. 77; **KurzK-Schmid-Tschirren**, art. 738 ZGB, N. 14.

²³⁴ TF, 2^e Cour civile, arrêt non publié dans la cause C. contre époux P., 11 novembre 1999, RNRF 81/2000, s. 272.

kullanılacak geçidin batı tarafına duvar yapılmış ve yol kenarındaki taşınmazda da bir kapı konulmuştur. İçerlek taşınmazın mülkiyetini sonradan iktisap eden P çifti, taşınmazlarında iki arabalık bir garaj inşaatı için izin almışlardır. Bunun üzerine komşu taşınmaz maliki de ölçüm yapılmasını istemiştir. Yerel mahkemeye başvuran P çifti, duvarların ve kapının kaldırılmasını sağlamışlar ve inşaat için izin sürelerinin dolmasına rağmen bu kararı uygulamışlardır. Anayasa cepheli taşınmazın maliki C, yıkılan yapıların masrafı P çiftine ait olacak şekilde yeniden yaptırılması için dava açmıştır. Ayrıca davalıların irtifaka, tescile ve hukuki sebebe uygun davranmasını istemiş, dolayısıyla taşınmazlarında park yeri ya da herhangi bir başka yapı yapılmasının önlenmesini talep etmiştir. Yerel mahkeme, davalıların ek anlaşmayla bağlı olmadıklarına karar vererek C'nin taleplerini reddetmiştir. Federal Mahkeme de, irtifakın kapsamını daraltan yeni anlaşmanın tapu siciline yansıtılmaması dolayısıyla üçüncü kişilere karşı etki doğurmayacağına hükmetmiştir.

Kararı eleştirmek için bir makale kaleme alan P. Piotet, irtifak hakkının kapsamına ilişkin MK m. 787'yi farklı yorumlamaktadır. Yazara göre²³⁵, irtifak sözleşmesi de tescil kadar önemlidir. Tescilin sözleşmeden daha geniş olduğu durumlarda, tescil sadece irtifak sözleşmesi ile sınırlı hüküm doğurur²³⁶. Sözleşmede sadece yayalar için bir geçit irtifakı kararlaştırılmış, fakat geçit hakkının hem yayalar hem de arabalar için tanındığı tescil edilmiş ise, geçit hakkı sadece yayalar için kurulmuş olur. İrtifak hakkında yapılan bir değişiklik irtifak sözleşmesinde yer alıyor ve tescilin sınırları içinde kalıyor ise, tescile yansıtılması gerekmez. Taraflar irtifakın içeriğini değiştirebilmeli ve bu anlaşmayı belgeler arasında saklayabilmelidir. Geçit irtifakı olarak tescil edilmiş irtifakın kullanıldığı yere bir bahçe kapısı yapılması halinde, bu değişikliğin kütükte yer alması gerekmez. İrtifakın kullanım şeklinin değiştiğini bilen üçüncü kişi, sadece tescildeki değişiklik ile irtifakın içeriğinin değiştirilebileceğini ileri sürerek bahçe kapısının yıkılmasını isteyemez. Aynı şekilde, irtifakın kullanıldığı yeri gösteren plan değiştirildiğinde, yeni planı bilen yeni hak sahibi, irtifakı eski plana göre kullanamaz. İrtifakın kullanım şeklindeki değişikliğin gerçekleştirilme şekli, değişiklik anlaşmasının tapu sicil memurunun izni

²³⁵ Paul Piotet, "Le contenu d'une servitude, sa modification conventionnelle et la protection de la bonne foi", **RNRF** 81/2000, s. 285.

²³⁶ P. Piotet, **Contenu**, s. 285.

ile belgeler arasında saklanmasıdır²³⁷. Kararda bu husus hiç tartışılmadan kütükteki tescilin değiştirilmesine ilişkin kural uygulanmıştır.

Dolayısıyla yazara göre, irtifak ilişkisini üçüncü bir kişi girse de, objektifleştirilmiş bir yorum metodu benimsenmemelidir²³⁸. Tarafların gerçek iradesinin araştırılması, bu çerçevede de üçüncü kişinin bildiği ya da bilmesi gereken bütün hususların gözetilmesi gerekir. Kaldı ki üçüncü kişi hukuki sebebin gerçek anlamını biliyor ise, onu bazı önemli vakıaları gözetmeyen objektif bir yorumdan yararlandırmak gereksizdir. Tescile, bildirmedeği hususlar için güvenilemez. Her makul insan, irtifak hakkının kullanıldığı yeri gördükten sonra hakkı devralacaktır. Bu sebeple yeri görmeyen bir kişi, sadece tescili ileri sürerek iyiniyet iddiasında bulunamaz²³⁹. Üçüncü kişinin tescile iyiniyetle dayanması değil, tescili tamamlamak üzere hukuki sebebe iyiniyetle dayanması korumalıdır²⁴⁰. Böylece yazara göre, tescilin sınırları içinde kalmak şartı ile, irtifak hakkından mevcut yararlanma şekli, hakkı devralanı da bağlayacaktır. Taşınmazın mevcut hali, irtifak hakkının kullanım şeklini de açığa vurur ve tescilde bu hale aykırı kayıt bulunmadığı müddetçe üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir. İkincil olarak, irtifakın uzun zamandan beri çekişmesiz ve iyiniyetle kullanım şekli gözetilir.

İrtifak hakkının kapsamına tescilden ve tescili tamamladığı kadarı ile hukuki sebepten bir sonuca ulaşılamıyor ise, irtifak hakkının uzun süredir davasız aralıksız ve iyiniyetle kullanım biçimi dikkate alınır²⁴¹. Bu kullanımın tescil sınırları

²³⁷ P. Piotet, **Contenu**, s. 286.

²³⁸ İrtifak ilişkisine üçüncü bir kişinin dahil olması durumunda, bu üçüncü kişinin hakları etkilenecek ise, hukuki sebebin tarafların kişisel durumlarından ve amaçlarından soyut olarak yorumlanması gerektiği savunulmaktadır. **ZK-Liver**, art. 738 ZGB, N. 94-96.

²³⁹ P. Piotet, **Contenu**, s. 288.

²⁴⁰ P. Piotet, **Contenu**, s. 288; P. Piotet, **Traité**, s. 65.

²⁴¹ Uzun süre kullanım ile irtifakın zamanaşımı ile kazanılması birbirinden farklı kavramlardır. **BK-Leeman**, art. 738 ZGB, N. 7. Bu hüküm kapsamında, geçerli şekilde kurulmuş bir irtifak hakkı vardır. Sadece içeriğinin saptanmasında problem yaşanmaktadır. İrtifak hakkının kuruluşundaki maksadı aşarak uzun süre kullanılmış olması, irtifak hakkının kuruluşunda verdiği yetkileri genişleten bir kazandırıcı zamanaşımı olamaz. Bertan, **C. II**, s. 1275; **BK-Leeman**, art. 738 ZGB, N. 7; Rossel, Mentha, N. 1376. Yine de irtifak haklarına zamanaşımı ile sahip olunabileceğine dair hüküm bulunduğuna göre, MK m. 787'deki şartların yerine gelmesi ile aynı zamanda kazandırıcı zamanaşımı hükümlerine dayanılarak da irtifak hakkının verdiği yetkinin zamanaşımı yoluyla genişletilmesi mümkün olabilir. Bertan, **C. II**, s. 1275; **ZK-Liver**, art. 738 ZGB, N. 120. Ne var ki bu yol, yolsuz tescil çerçevesinde irtifakın kapsamının genişletilmesi bakımından kabul edilmeli, daraltılması için uygulanmamalıdır. D. Piotet, **Traité**, s. 104; aksine bir kanaatin aynı hakkın zamanaşımı ya da *usucapio libertatis* ile

çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Uzun sürenin azami sınırı, tapu sicilindeki tescil tarihi ile çizilir. Hakim, o tarihten itibaren taraflar arasındaki fiili irtifak ilişkisini yorumlayacaktır. Yine de uzun süre önce, örnek olarak 25 yıl önce tescil edilen bir irtifak hakkı için kullanılma tarzının baştan itibaren değerlendirilmesi şartı aranmamalıdır. Olağan kazandırıcı zamanaşımı süresine kıyasen, on yıllık uygulama dikkate alınmalıdır²⁴².

Bununla beraber MK m. 789 ile özel bir hüküm tesis edilerek, “[t]arla yolu, yaya ve araba geçidi gibi geçit hakları ile hayvan otlatma, hayvan sulama, tarlalara veya arklara su alma hakları ve benzeri hakların kapsamını belirlemede” taraflar arasındaki anlaşmalara, bu anlaşmalarda ve özel kanunlarda hüküm yoksa da yerel adete başvurulacağı bildirilmiştir. Yerel adet de irtifakın kapsamına ilişkin yoruma imkan vermiyorsa, yüklü taşınmaz maliki lehine yorum yapılmalıdır. MK m. 7’ye uygun olarak irtifak hakkı sahibi, hakkının içeriğini ispat etme külfeti altındadır²⁴³.

sona ermesi ile benzer sonuç doğuracağı kanaati için bkz. Eschmann, s. 66-67; irtifakın kapsamını genişletebileceği gibi daraltabileceğini de öngören karşı görüş için bkz. **ZK-Liver**, art. 738 ZGB, N. 121.

Miras paylaşım sözleşmesi uyarınca mülkiyeti bir kardeşte bırakılan binanın ilk katında diğer kardeşi Walter R. lehine, karısı ve çocukları da yararlanacak biçimde oturma hakkı tesis edilmiştir. Bu kişiler fiilen oturma haklarını hiç kullanmamışlardır. Taşınmazın yeni maliki ile aralarındaki sonradan kurulacak rehin hakkının ön sıraya geçip geçemeyeceğine ilişkin uyuşmazlıkta, malik Walter R. vefat ettiği için karısı ve çocuklarının artık oturma hakkından yararlanamayacaklarını ileri sürülmüştür. Bununla birlikte tescilde sadece Walter R. hak sahibi olarak gözükmemekte, karısı ve çocukları da hak sahibi gözükmektedirler. Federal Mahkeme tescilin açık olduğu durumda irtifak hakkının yorumu için sözleşmeye müracaat edilemeyeceğini, sözleşmenin tescilin içeriğini daraltacak biçimde yorumlanamayacağını, bu durumda karısı ve çocuklarının da hak sahibi olduklarının kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, şayet sözleşme ile tescil arasında uyumsuzluk olduğu düşünülüyorsa, sebebe bağlılık prensibine aykırılıktan yeni malikin MK m. 1025 gereği tapu sicilinin düzeltilmesi davası açması gerektiğini eklemiştir. ATF 123 III 461 = JdT 1998 I 664.

²⁴² Esener, Güven, s. 383. Kapı önünden geçen dar bir yoldan 28 yıl boyunca yalnızca misafirlerin motorlu taşıtları ile taşınmaza yakıt taşıyanların motorlu taşıtlarının geçtiğine, bu sebeple söz konusu geçitten taşınmazdaki kiracının iki arabasının da geçmesi için yararlanılamayacağına ilişkin bkz. BGE 87 II 85.

²⁴³ D. Piotet, **Traité**, s. 105-106. Manzara ve güneşten yararlanma amacı ile kurulduğu ispatlanan inşaat yasağı irtifakının, yüklü taşınmazda yeraltı garajı yapılmasını engelleyemeyeceğine dair bkz. ATF 109 II 412 = JdT 1984 I 628; yüklü taşınmazda bir aile evi dışında hiçbir yapının inşa edilemeyeceğini öngören bir irtifak hakkının, normal bir aile evi ile bağdaşan garaj ve güvercinliğin inşası sebebi ile ihlal edilmiş olmayacağına ilişkin bkz. 5C.210/2006 = RNR 89/2008, s. 122.

ii. Doğal Aleniyetin İrtifakın Aynı Etkili Hükümlerinin Kapsamının Belirlenmesindeki Etkisi

Doğal aleniyet, taşınmazın fiili olarak içinde bulunduğu ve dışarıdan görülebilen durumu ifade eder²⁴⁴. Medeni Kanun'da doğal aleniyet özel olarak düzenlenmemiştir²⁴⁵. Sadece MK m. 727/f. III ile açıktan geçen mecra irtifakları bakımından bu kural benimsenmiş; bir işletmenin su, gaz, elektrik ve benzeri akışkan madde geçirmesi için tesis edilecek mecra irtifakının, mecralar dışarıdan görülebiliyor ise noterce düzenlenecek sözleşme ile kurulacağı düzenlenmiştir²⁴⁶. Sadece açıktan geçen mecra hakları için doğal aleniyetin kabul edilmesi, diğer irtifaklar açısından kabul edilmemesi çelişkili bir yaklaşım olarak görülebilirse de²⁴⁷, Medeni Kanun'da doğal aleniyete yönelik başka bir düzenleme yer almamaktadır²⁴⁸.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin yeni kararları, tapu sicilindeki yolsuz tescile iyiniyet ile güvenerek aynı hak iktisabının şartlarını oldukça daraltmaktadır. Doğal aleniyete dayanan bu kararlarda, irtifak hakkının aynı etkili hükümlerinin belirlenmesi de gündeme gelmekte ve hakkın kapsamının tescile göre farklılık

²⁴⁴ Halil Akkanat, **Türk Medeni Hukukunda İyiniyet**, İstanbul, Filiz, 2010, s. 96; Peter Liver, "Die Entstehung und Ausbildung des Eintragungs- und des Vertrauensprinzip im Grundstücksverkehr", **RNRF** 60/1979, s. 11.

²⁴⁵ Doğal aleniyet, İsviçre Medeni Kanunu Tasarısı'nda yer almıştır. İsvMK m. 736 (MK m. 785) ve malik lehine irtifak kavramlarının bu kurumu gereksiz hale getirdiğinin savunulması ile tasarıdan çıkarılmıştır. Liver, **Vertrauensprinzip**, s. 12.

²⁴⁶ İsviçre aynı haklar revizyonu öncesinde hakim görüş, tapu siciline güven ilkesini gözeterek, açıktan geçen mecra irtifaklarının iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği; bu kişilerin yüklü taşınmaz üzerindeki mecra irtifakı olmaksızın bir aynı hak edinecekleri yönünde idi. Denis Piotet, "Propriété collective, servitudes, droit de voisinage et restrictions de droit public: tour d'horizon du chapelet de perles entourant la révision des gages immobiliers et de la tenue du registre foncier", **RNRF** 87/2006, s. 20; Steinauer, **T. II**, N. 1854a. Revizyon ile, MK m. 744/f. III'e denk gelen İsvMK m. 691/f. III'e yeni bir cümle eklenmiş ve tapu sicilinde mecra irtifakının varlığı anlaşılmasa dahi, bu irtifakın tapu siciline güvenerek iyiniyet ile aynı hak kazanan üçüncü kişilere karşı ileri sürülebileceği düzenlenmiştir. Böylece kanun koyucu, hak sahibinin menfaatini iyiniyetli üçüncü kişiye karşı korumuştur.

²⁴⁷ Liver, **Vertrauensprinzip**, s. 11-12.

²⁴⁸ Doğal aleniyeti destekleyen bir düzenleme, KMK m. 48/f. I'de mevcuttur. İlgili hüküm uyarınca, "[a]nagayrimenkulün veya anayapının tümünün veya bir kısmının harabolması halinde durum yönetici tarafından o gayrimenkulün bulunduğu yerin tapu idaresine ve bütün kat maliklerine; eğer yönetici yoksa, bağımsız bölümü harap olan kat maliki tarafından tapu idaresine derhal bildirir; bunun bildirilmemesi yüzünden doğacak zararların tümünden bağımsız bölümü harap olan kat maliki, zararın beşte biri oranındaki kısmından da yönetici müteselsilen sorumlu olup, Hazine sorumlu değildir". Görüldüğü üzere, tapu sicilindeki duruma güvenen üçüncü kişinin aynı hak iktisabı korunmamış, ne var ki uğradığı zarardan, bildirim borcunu yerine getirmeyen yönetici ve ilgili kat malikinin müteselsilen sorumlu oldukları düzenlenmiştir.

gösterdiği sonucuna varılabilmektedir. Mahkemeye göre, tapuya kayıtlı taşınmaz üzerine sınırlı ayni hak iktisap edecek kişinin, sadece tapu kütüğündeki kayıtlarla yetinmesi doğru değildir²⁴⁹. Bir geçit irtifakı örneğinde hakkı iktisap edecek kişi, tapu sicilinde irtifakın yerine ilişkin planın hatalı olduğunu bilmiyor olsa da, irtifakın kullanıldığı taşınmaza gidip gerçek durumu görmesi halinde, irtifakın gerçek yerini öğrenebilecektir. Mahkeme, tapu sicilindeki plan ve krokiler ile gerçek durum arasında bir çelişki olduğunda, hak iktisap eden üçüncü kişinin iyiniyetli olduğunun savunulamayacağına, zira taşınmazdaki durumu görerek hukuki engeli öğrenebilme imkanını kullanmadığına hükmetmektedir²⁵⁰. Dolayısıyla irtifakın kullanımına ilişkin sınırlamalar taşınmazın olduğu yerden açıkça anlaşılabiliriyorsa da, üçüncü kişi hukuki engeli bilebilecek olduğu için iyiniyetini ileri sürerek irtifakın kapsamının tescile göre belirlenmesini isteyemez²⁵¹.

²⁴⁹ Bu çerçevede doğal aleniyet, hak iktisap edenin yetkilerinin genişlemesine de imkan tanıyabilir. Federal Mahkeme'nin önüne gelmiş bir olayda, güzergahı iki sıra 50x50 cm döşeme taşı ile kaplatılmış bir geçit irtifakı için, yüklü taşınmaz malikinin ortada bir sıra döşeme taşı olacak şekilde, geçidi küçük çakıl taşları ile kaplatması üzerine el atmanın önlenmesi talebi ileri sürülmüştür. Bu değişikliklik, yaya yolundan tekerlekli sandalye ya da el arabası ile geçilmesini zorlaştırmıştır. Bu sebeple sürekli olarak laminaj yapılmaması ihtiyacı doğmuştur. Federal Mahkeme, MK m. 737 çerçevesinde irtifak sözleşmesini yorumlayarak, bu yolun özellikle döşeme taşı ile kaplanması zorunlu tutulmadığı sonucuna varmış ve irtifak hakkı sahibinin söz konusu düzenlemeye katlanması gerektiğine hükmetmiştir. BGE 137 III 145. Kararı eleştiren Hürlimann-Kaup ve Oswald, yolun başlangıçta iki sıra 50x50 cm döşeme taşı ile kaplanmış olduğuna dikkati çekerek, tekerlekli sandalye ile geçerken ya da el arabası ile giderken zorlanma hususlarının, uzun süreden beri kullanma çerçevesinde ele alınması gerektiğini ve doğal aleniyet ilkesinin de göz önüne alınacağını belirtmişlerdir. Bu çerçevede, geçit yerini gören üçüncü kişi sadece 1 metrelik genişliğin korunacağını düşünmez. Bettina Hürlimann-Kaup, Diana Oswald, "Auslegung eines Wegrechts: einseitige Umgestaltung des Wegbelags durch des Belasteten", DC 2013, s. 317-318.

²⁵⁰ Federal Mahkeme önüne gelmiş bir olayda, taşınmaz üzerinde, 1952 yılında bir geçit irtifakı kurulmuş; 1970 yılında ise, o zamanki maliklerin sözlü anlaşması ile geçit 1,5 metre kuzeye taşınmış ve bir tünel şeklinde inşa edilmiştir. Ne var ki bu değişiklik tapu kütüğüne yansıtılmamıştır. Yararlanan taşınmaz 2008 yılında el değiştirmiş, yeni malik de geçidin eski haline iadesini istemiştir. Federal Mahkeme, tünel dolayısıyla geçit irtifakının içeriğinin görülebilir bir biçim değiştiğini ifade ederek yeni malikin tapu kütüğüne iyiniyetle dayanarak aynı hakkı iktisap ettiği iddiasını kabul etmemiştir. BGE 137 III 153. Mahkemenin bu kararı, İsvMK m. 738 (MK m. 787)'deki yorum kuralını dikkate almaması sebebi ile eleştirilmektedir. Zira doğal aleniyet bu yorum kuralında bir yere sahip değildir. Ayrıca bu yolla tapu siciline güven ilkesi oldukça zayıflatılmaktadır. Olması gereken, aynı haklar ilkesine uygun olarak irtifak hakkında sonraki bir değişikliğin tapu siciline yansıtılarak üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilmesidir. Eleştiri için bkz. Christina Schmid-Tschirren, "Aspecte des sachenrechtlichen Publizitätsprinzips – Insbesondere zu Anwendungen und Auswirkungen dieses Prinzips im Dienstbarkeitsrecht", *Une empreinte sur le Code civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer*, Berne, Staempfli, 2013, s. 615-616.

²⁵¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, *Eşya*, N. 1005; Schmid-Tschirren, *Publizitätsprinzip*, s. 614; Steinauer, *T. II*, N. 2291b.

Federal Mahkeme'nin başka bir kararına konu olmuş olayda ise²⁵², taşınmaz lehine geçit irtifakı temelindeki sözleşmede belirlenen yerden farklı bir yer için tescil edilmiştir. Yüklü taşınmaz maliki bu duruma itiraz etmemiş ve irtifak yirmi yılı aşkın bir süre kullanılmıştır. Yüklü taşınmaz maliki sonrasında taşınmazını oğluna devrettiğinde, oğlu hemen tapu sicilinin düzeltilmesi davası açarak irtifakın sözleşmeye uygun bir şekilde kullanılmasını talep etmiştir. Yerel mahkeme, irtifakın gerek yirmi yıl boyunca kullanılmasının yararlanan taşınmaz maliki nazarında haklı bir güven oluşturması, gerek yer değiştirmenin orantısız zorluk çıkaracağı gerekçeleri ile talebi reddetmiştir. Federal Mahkeme ise, sözleşme taraflarının gerçek iradesinin irtifakı değiştirmek olduğunu, yeni malikin yıllarca o taşınmazda yaşaması dolayısıyla hukuki durumdan haberdar olacağından iyiniyetli sayılamayacağını ve annenin gerçek iradesinin kendisine aksettirileceğini ifade etmiştir. Kaldı ki yeni malikin iktisabından önce taraflar arasında geçit irtifakının yerine ilişkin bir uyuşmazlık olduğuna; bu sebeple yeni malikin iyiniyetini ileri süremeyeceğine hükmetmiştir.

Türk hukukunda da, bir kişinin taşınmazı görmeden, sadece tapu kütüğündeki inceleme ile taşınmazın mülkiyetini iktisap etmesinin hayat tecrübelerine aykırı olduğu ifade edilmiş ve böyle bir halde iyiniyetin korunmayacağı sonucuna varılmıştır²⁵³. Ne var ki, aynı hakkın tescili ile doğal aleniyet arasında fark bulunduğu her ihtimalde, doğrudan çelişkinin bilinmesi gerektiği ve taşınmazın durumunu yerinde görmeyen hak sahibinin iyiniyetli sayılamayacağı sonucuna varılmamalıdır²⁵⁴. Aksi takdirde güven ilkesinin uygulama alanı bulabilme şartlarına,

²⁵² 5A_287/2010 (www.swisslex.ch).

²⁵³ Esmer, s. 748; Kurt, s. 76; Mehmet Şengül, **Tapu Sicilinin Aleniyeti**, Ankara, Adalet, 2013, s. 503.

²⁵⁴ Yargıtay'ın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa payı kendisine devredilmiş olan yüklenicinin bu payı üçüncü kişilere devretmesi halindeki uygulaması da doğal aleniyete yaklaşmaktadır. Örnek olarak bkz. YHGK, 23.05.2001, E. 2001/1-422, K. 2001/434 (www.kazanci.com). Buna göre, üçüncü kişinin arsa payının yükleniciye ait olmadığını, payı inşa edeceği yapı karşılığında verildiğini, dolayısıyla da bina sözleşmeye uygun şekilde yapıldığı takdirde arsa payına hak kazanacağını ve kendi hakkının yüklenicinin hakkını kazanması şartına bağlı olduğunu bilmemesi, yükleniciden arsa payını devralan üçüncü kişi bakımından imkansız görülmektedir. Bu sebeple, kendilerine yüklenici tarafından arsa payı devredilen üçüncü kişilerin, inşaatın yapılmaması durumunda tapu kaydının arsa maliki tarafından düzeltilmesinin talep edilmesi riskini üstlendikleri ve MK m. 1023'ün getirdiği korumadan yararlanamayacakları kabul edilmektedir. Akkanat, s. 96-97; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 1005, dn. 732.

taşınmazın fiziki durumunu inceleyip tapu kaydındaki yolsuzluğu görmemiş olma şartı eklenmiş olur. Doğal aleniyet kavramı, dürüstlük kuralının bir yansımasıdır. Bu nedenle sadece dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği sürece iyiniyet iddiası dinlenmemelidir. Taşınması devralan ya da taşınmaz üzerinde bir sınırlı aynı hak kazananın her zaman taşınmazın fiili durumunu incelemesi beklenmemelidir²⁵⁵.

Doğal aleniyet çerçevesinde akla gelebilecek başka bir sorun da, yüklü taşınmaz maliki aynı zamanda yararlanan taşınmaz maliki ise ve her iki taşınmaza da malik olduğu süreçte irtifak hakkına aykırı tasarruflar yaptı ise, yararlanan taşınmaz üzerindeki mülkiyeti üçüncü bir kişiye devrettiğinde, yeni malikin irtifak hakkına aykırı tasarruflar için el atmanın önlenmesi davası açmasının kabul edilip edilmeyeceğidir. Bu husus öğretide tartışma konusu olmuştur. İleri sürülen ilk görüş uyarınca²⁵⁶, yararlanan taşınmazın mülkiyeti üçüncü kişiye devredildiğinde, yeni hak sahibi tapudaki kayda dayanarak irtifak hakkına aykırı fiili durumun ortadan kaldırılmasını isteyebilir. İkinci görüşe göre²⁵⁷ ise, durum her somut olay bakımından değerlendirilmelidir. Fiili durumu tapudaki kayda aykırı hale getiren taşınmaz maliki, tek taraflı iradesi ile sicildeki kaydın düzeltilmesi imkanına sahip iken bunu yapmamış ise, söz konusu ihmali hakkaniyet gereği korunmamalıdır. Yararlanan taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını üçüncü kişiye devreden eski malikin, kendi tesis ettiği irtifaka uymak zorunda bırakılması hakkaniyete aykırı olarak görülemez. Ayrıca, kendi lehine kurulmuş irtifak hakkının terkinini talep etmenin de kolay bir işlem olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Tapuda irtifak tescili durdukça, sonradan taşınmaz mülkiyetini iktisap eden kimse bakımından iyiniyet ya da kötüniyetten söz edilmemelidir. İrtifak hakkı kurulduktan sonra malik yararlanan taşınmazı kendisinde bırakmış ve yüklü taşınmazı devretmiş ise, yararlanan taşınmaz maliki olarak yüklü taşınmaz üzerindeki kendi döneminde yapılan tasarrufların kaldırılmaması taraflar arasındaki satış sözleşmesinden kaynaklanır. Eski malikin tasarrufu sebebi ile irtifak hakkı artık bir yarar arz etmiyor ise, yüklü taşınmazın yeni

²⁵⁵ Pfäffli, **Errichtung**, s. 27; Yakuppur, s. 133. Tapu kütüğünün doğruluğuna ilişkin şüphelerin olması ihtimalinde, kişinin taşınmazın fiziki durumunu inceleyerek şüphesini gidermesi gerektiğine, bunu yapmadı ise iyiniyetli sayılmamasına ilişkin görüş için bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 1005; Şengül, s. 506.

²⁵⁶ Wieland, art. 733 ZGB, s. 495.

²⁵⁷ **ZK-Liver**, art. 733 ZGB, N. 7-10.

maliki, irtifak hakkının tapu sicilinden terkinini dahi isteyebilir. Malik yüklü taşınmazı alıkoyup yararlanan taşınmazın mülkiyetini üçüncü kişiye devretmiş ise, yararlanan taşınmazın yeni maliki satış sözleşmesi dolayısıyla mülkiyet hakkının yanında irtifak hakkına da sahip olduğundan, satıcının satım sözleşmesi gereği irtifak hakkı borcunu gereği gibi yerine getirmesini isteyebilir. Her iki taşınmaz da el değiştirmiş ise, tapuda kayıtlı olan irtifak hakkına göre yararlanan taşınmaz sahibi irtifak hakkına aykırı durumun giderilmesini isteyebilir²⁵⁸.

2) Eşyaya Bağlı Borç Etkisi Doğuran Hükümler Bakımından

Eşyaya bağlı borç etkisi doğuran sözleşme hükümlerinin uygulama alanı bulabilmesi için yüklü taşınmazın devredilmesi gerekir. Yüklü taşınmaz mülkiyetinin devri ile birlikte, irtifak hakkı sahibi ya da yararlanan taşınmaz malikinin rızasına ihtiyaç duyulmadan irtifak hakkına bağlanmış yan borç da devredilmiş olacaktır²⁵⁹. İrtifak ilişkisinde hak sahibinin değişmesi ile bu yan borçlar, hakkı devreden bakımından sona erer; devralan bakımından yeniden doğar²⁶⁰. Bununla beraber, burada borcun kanuni bir nakli söz konusu değildir²⁶¹.

İrtifak sözleşmesinde kararlaştırılıp tescile yansıtılması sureti ile eşyaya bağlı borç niteliğini alan sözleşme hükümlerinin yanında, bazı eşyaya bağlı borç etkisi doğuran hükümlerin kaynağı kanundur. Bu hükümler, doğaları gereği irtifak hakkının tescilinden anlaşılmalazlar ve ilişkiye dahil olan üçüncü kişilere kendiliğinden ileri sürülebilirler. Konuya ilişkin, intifa hakkı sahibinin hakkın konusu olan malın muhafazası ve olağan bakım ve masrafları ile sorumlu olması (MK m. 812); intifa konusu malın olağan bakım ve masraflarını aşan giderlerin malikin yükümlülüğünde olması (MK m. 813) ve oturma hakkı sahibinin binanın tamamı ya

²⁵⁸ Bertan, **C. II**, s. 1169.

²⁵⁹ Ballif, s. 115; **BSK**-Petitpierre, art. 730 ZGB, N. 10; Foëx, **Cession**, s. 55.

²⁶⁰ Freimüller, s. 71; Mooser, **Habitation**, s. 17; Ruedin, s. 111.

²⁶¹ Henri Deschenaux, "Les obligations dites réelles et leur rapport avec le registre foncier", **RNRF** 43/1962, s. 300; Mooser, **Habitation**, s. 17.

da bir kısmından yararlanması halinde, bina ya da bölümün korunması ve bakımı için gerekli giderlere katılma borcu²⁶² (MK m. 825) örnek olarak gösterilebilir²⁶³.

3) Kanun Gereği Kişisel Borç İlişkisi Doğuran Hükümler Bakımından

İntifa hakkı ve MK m. 823/f. II'ün atfı dolayısıyla oturma hakkı bakımından, kanundan doğan bir borç ilişkisi söz konusudur²⁶⁴. İrtifak sözleşmesinin tarafları bu borçları kararlaştırmamış olsalar dahi, Medeni Kanun'daki bu düzenlemeler aralarındaki ilişki için uygulanacaktır. Aynı zamanda, bu kişisel borç ilişkisinin kaynağı kanun olduğundan, yüklü taşınmaz mülkiyetinin devri halinde de, yeni malik kanundan doğan borçlar ile yükümlü tutulacak ve haklardan yararlanabilecektir²⁶⁵.

²⁶² Federal Mahkeme'nin önüne gelmiş bir uyuşmazlıkta, bir miras sözleşmesi akdeden eşler birbirlerine karşı mirasçılık haklarından feragat etmişlerdir. Ayrıca koca, karısından önce ölecek olursa, karısına taşınmazı üzerinde bir oturma hakkı tanıdığını, bu oturma hakkının ömür boyu ve ivazsız (*unentgeltliches Wohnrecht*) olduğunu belirtmiştir. Kocanın vefatı üzerine oturma hakkı sahibi karısı, ivazsız oturma hakkının kendisine oturma hakkı sahibine düşen masraflardan kaçınma yetkisini de tanıdığını iddia eder. Federal Mahkeme, kocanın miras haklarından feragat etmiş karısının geçimini sağlamayı amaçladığını, bu sebeple "ivazsız" oturma hakkı çerçevesinde mirasçılardan hak sahibinden, hakkı karşılığında bir bedel isteyemeyeceklerine hükmeder. Bununla birlikte, sözleşmenin akdedildiği Zürih bölgesi noterlik uygulamalarını da göz önünde tutan mahkeme, ivazsız kelimesi ile sadece hakkın karşılık beklenmeden kurulduğuna; bu terime dayanarak kurulmuş hakkın sahibinin, kanun dolayısıyla kendisine düşen masrafları karşılamaktan imtina edemeyeceğine karar verir. BGE 115 II 344.

²⁶³ Mooser, **Habitation**, s. 277; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 3079.

²⁶⁴ **BK**-Leeman, art. 745 ZGB, N. 4; Köprülü, Kaneti, s. 97; Mugglin, s. 52; P. Piotet, **Traité**, s. 39. Kanun, sevk ettiği detaylı hükümler ile taraflar arasındaki aynı ilişkiden ziyade kişisel ilişkiyi düzenlemektedir. Özen, s. 105-107; D. Piotet, **Dispositions**, s. 75. Üst hakkı açısından da bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Demirsatan, s. 20; Gürzumar, s. 162-163; **HandK**-Henggeler, art. 779a ZGB, N. 2; Ruedin, s. 107; Ünal, **Yapı**, s. 172 vd..

Medeni Kanun'da düzenlenen başka bir yasal borç ilişkisi için paylı mülkiyet ilişkisi örnek gösterilebilir. Paylı mülkiyet ilişkisi bizzat borç teşkil etmese de, paydaşlar arasında doğrudan doğruya hak ve yükümlülüklerin ortaya çıkmasına sebep olan özel bir bağlantı teşkil eder. Kanun, paylı mülkiyet durumuna yönelik hak ve yükümlülükler bağlamıştır. İşte bu özellik dolayısıyla paydaşlar arasında paylı ilişki sebebiyle doğan hukuki ilişki, kanundan doğan sürekli borç ilişkisi olarak kabul edilmektedir. Bu kanuni borç ilişkisine, karşılıklı sözleşmelere ilişkin olanlar hariç, borç ilişkileri hakkındaki hükümler uygulanacaktır. Tufan Ögüz, **Müşterek Mülkiyette Taksim Engelleri**, İstanbul, Alfa, 1995, s. 12.

²⁶⁵ Kanundan doğan borç ilişkisi kavramı, öğretide bizim kullandığımız içerikten farklı bir biçimde de kullanılabilir. Bu yaklaşıma göre, kanundan doğan borç içeriğini daha geniş ele alınarak, irtifak hakkının yasal içeriği olarak tanımlanır. Kocabaş, s. 105; Özen, s. 108. Bu borç ilişkisinin aksine hükümler kararlaştırılabilir. Yine bu görüşe göre, aksine kararlaştırılan hükümler ile, aynı hak tipi başkalaştırılmamalı ya da ortadan kaldırılmamalıdır; bu şekilde irtifak ile mülkiyet sınırı silikleştirilmemelidir. Özen, s. 117-118. Oysa bizim anladığımız hali ile kanundan doğan borç ilişkisi, irtifak ilişkisinin aynı unsurlarını etkilemez. Bu borçlar ile

Bu çerçevede diğer irtifak haklarından farklı olarak, intifa hakkı sahibine yüklenen malı iade etme (MK m. 799) ile malı kullanır iken iyi bir yönetici gibi özen gösterme (MK m. 803/f. II) borçlarından her malik yararlanabilecektir. Bu ilişkinin kanundan doğan bir borç ilişkisi olduğunun farklı bir göstergesi de MK m. 800 hükmüdür. İlgili hükümde, intifa hakkı sahibinin, zararın kendi kusurundan kaynaklanmadığını ispatlamadıkça malın yok olmasından ya da değerinin azalmasından sorumlu tutulacağı düzenlenerek, açıkça kusur karinesine yer verilmiştir²⁶⁶. Malik ile intifa hakkı sahibi arasındaki kanundan doğan borç ilişkisinin başka bir sonucu ise, yine diğer irtifaklardan farklı olarak, intifa hakkı sahibi intifa konusu eşyayı kullanmak ile yükümlü olmasıdır.

Kanundan doğan borç ilişkisine aykırılık halinde, TBK m. 112 ve devamı hükümlerince düzenlenen borçların ifa edilmemesinin sonuçları uygulanır²⁶⁷. Böyle bir halde, intifa ya da oturma hakkı sahibinin yükümlülüklerine aykırı davranışları, üst hakkı için özel düzenlenmiş MK m. 831'deki gibi, hakkın süresinden önce sona erdirilmesini istemeye olanak vermez²⁶⁸.

C. İrtifak Hakkının Genel Özellikleri Ve Devir Rejimi

1. İrtifak Hakkının Genel Özellikleri

Medeni Kanun irtifak haklarını taşınmaz lehine irtifak hakları ve intifa ve diğer irtifak hakları olmak üzere iki ayrımda düzenlemiştir. İlk ayırım, taşınmaz lehine, başka bir deyişle eşyaya bağlı olarak kurulan irtifak haklarına ayrılmış iken; ikinci ayırım, kişisel irtifaklara ilişkindir. Kişisel irtifakları öğretide şahsi irtifak ya da şahsa

amaçlanan, aynı hak konusunun ekonomik özünün korunmasıdır. İntifa hakkı örneğinden yola çıkıldığında; kanundan kaynaklanan bu hükümlerin aksi kararlaştırılarak intifa hakkını taşınmaz yüküne yaklaştırma çabaları olabilirse de, yapılacak değişikliklerin aynı nitelikte olmaması dolayısıyla bu durum bir tipoloji değiştirmesi olarak görülemez. Burada, özellikle hak sahibine birtakım olumlu edim yükümlülükleri yüklenmiştir.

²⁶⁶ Köprülü, Kaneti, s. 127.

²⁶⁷ Köprülü, Kaneti, s. 97.

²⁶⁸ Özen, s. 130-131, dn. 326. Kaldı ki, üst hakkı için istisnai bir hüküm olarak düzenlenmiş MK m. 831, yaptırım olarak aslında üst hakkının sona ermesini değil, malike devredilmesini öngördüğünden; intifa ve oturma hakları da kişiyle kaim olduğundan bu hukuki imkanın kıyasen dahi olsa intifa ya da oturma hakkına uygulanması düşünülemez.

bağlı irtifak adı da verilmektedir. Bu kişisel irtifaklar intifa, oturma, üst ve kaynak hakkı ile diğer irtifaklardır.

Sınırlı aynı haklardan birisi olan irtifak hakkının içeriğine, mülkiyet hakkından doğan yetkilerin hepsi değil, bazıları girer. Bir başka ifade ile hak sahibi, irtifak hakkının içeriğini oluşturan bu kullanma ve yararlanma yetkisinin bir kısmına sahip olur. İrtifak hakkının bazılarında hak sahibinin eşyanın tamamını kullanma ve tamamından yararlanma yetkisi yoktur. Bu tür irtifak haklarında, hak sahibinin kullanma veya yararlanma yetkisi malikin mülkiyet hakkından doğan aynı tür yetkilerini ortadan kaldırmaz²⁶⁹.

Kişisel irtifaklardan intifa ve oturma hakları devredilmediği ve mirasla da geçmediği için kişiyle kaim irtifaklardır. Geri kalan kişisel irtifaklara ise düzensiz irtifaklar adı verilir. Zira üst hakkı ile kaynak hakkı kural olarak devredilmekte ve mirasçıya geçebilmektedir. Ancak, bu durumun aksi kararlaştırılabilir. Diğer irtifaklar ise kural olarak devredilmez ve mirasçıya geçmez iken, aksi kararlaştırılarak devredilir ve mirasçıya geçebilir hale gelebilmektedir.

Taşınmaz lehine irtifaklar ise öğretide taşınmaz irtifakı²⁷⁰, arzi irtifak²⁷¹, aynı irtifak²⁷², eşyaya bağlı irtifak²⁷³ ya da taşınmaza bağlı irtifak²⁷⁴ olarak anılabilmektedir. Bu irtifak haklarının hukuki kaderi, yararlanan taşınmaz ile birlikte düşünülmesi gerektiğinden, ancak yararlanan taşınmaz mülkiyetinin devri ile üçüncü kişiye devredilebilmektedir²⁷⁵.

²⁶⁹ Akipek, Akıntürk, s. 640.

²⁷⁰ Köprülü, Kaneti, s. 44.

²⁷¹ Esmer, s. 764; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Galip Esmer, **Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikati**, 2. Bası, İstanbul, İstanbul Matbaacılık, 1956, s. 317.

²⁷² Saymen, Elbir, s. 443.

²⁷³ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2748 ve 2767 vd.

²⁷⁴ Mehmet Ünal, “Taşınmaza Bağlı İrtifak Kavramı ve Muhtevası”, **Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, C. II**, Ankara, Yetkin, 2015, s. 1743.

²⁷⁵ BK-Leeman, art. 730 ZGB, N. 11; Peter Liver, “Über die Formen der Begründung und Übertragung von dinglicher Rechten am Grundstücken”, **RNRF** 26/1945, s. 65; M. Kemal Oğuzman, “Eşyaya Bağlı Haklara Hakim Olan Esaslar”, **Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978, s. 121-123; Oğuzman, **Eşyaya Bağlı**, s. 210.

2. İrtifak Hakkının Devir Rejimi

İrtifak haklarının devir rejimi incelenir iken, işin doğası gereği devredilebilir irtifak hakları ele alınacaktır. Taşınmaz lehine irtifak hakları ile kişiyle kaim irtifak hakları bu başlık altında inceleme konusu yapılamaz. Devir rejimlerini değerlendireceğimiz haklar, devir kabiliyeti yasaklanmamış üst hakkı ve kaynak hakkı ile, devredilebileceği kararlaştırılmış diğer irtifaklardır.

Devir kabiliyetleri yasaklanmamış üst hakkı, kaynak hakkı ve devredilebileceği kararlaştırılmış diğer irtifaklar sürekli nitelikte²⁷⁶ ise, MK m. 998 uyarınca tapu sicilinde ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilebilirler. Bu hakların devirleri için, taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin hükümler uygulama alanı bulur; başka bir deyişle, resmi şekilde akdedilmiş devir sözleşmesi sonrasında irtifak hakkı sahibinin, tapu sicil memurundan, hakkı devralacak kişi adına tescili talep etmesi gerekir²⁷⁷.

Devir kabiliyeti olan irtifakların sürekli değil ise, ya da sürekli olmasına rağmen tapu sicilinde ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilmemiş ise, bu hakların ne şekilde devredileceği öğretilmelidir. İleri sürülen ilk görüşe göre²⁷⁸, söz konusu irtifaklar alacağın devri hükümlerinin kıyasen uygulanması sureti ile devredilir. Buna göre, hakkın devredilebilmesi için resmi şekilde bir sözleşme akdedilmeye ya da tapu kütüğünde tescil ettirmeye gerek yoktur. Adi yazılı bir devir sözleşmesi ile hak devredilecektir. Her ne kadar MK m. 780 irtifak hakkının kazanılmasında taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümlere atıf yapmış olsa da, bu durum sadece irtifak hakkının kuruluşu aşaması için uygulanmalıdır²⁷⁹. Bir kere

²⁷⁶ MK m. 998/f. III'e göre, süreklilik koşulunun gerçekleşmesi için, irtifak hakkı süresiz ya da en az otuz yıl süreli olması lazımdır.

²⁷⁷ Kuntalp, s. 545-546; Wolfer, s. 38.

²⁷⁸ Görüş için bkz. **BK**-Leeman, art. 781 ZGB, N. 53; Foëx, **Cession**, s. 53; Liver, **Übertragung**, s. 67; **ZK**-Hombberger, art. 943 ZGB, N. 18. Türk hukukunda da bu görüşün kabulü için bkz. Köprülü, Kaneti, s. 169-170; Kuntalp, s. 549. Devredilebilir kişisel irtifaklar bakımından devir ile amaçlanan tek husus, irtifak hakkından kaynaklanan temel yetkiyi üçüncü kişiye geçirmek ise, burada alacağın devri söz konusu olur; ne var ki irtifak ilişkisinden kaynaklanan irtifak bedeli gibi başka unsurların da geçirilmesi isteniyorsa, alacağın devri yetersiz kalacaktır, bu işlemin yanında borcun üstlenilmesinin de gerçekleştirilmesi gerekir. Pierre Engel, "La cession des droits réels et personnels annotés", **RNRF** 54/1973, s. 327-328. Yeni hak sahibinin tescili ise açıklayıcı niteliktedir: **BK**-Leeman, art. 781 ZGB, N. 53; Liver, **Übertragung**, s. 67.

²⁷⁹ İsvMK m. 783'te kişisel taşınmaz yükünün devri hakkında mülkiyetin devri kurallarına atıf yapılmış olsa da, kişisel irtifaklarda böyle bir atıf yapılmamıştır. İsvMK 746'da intifa hakkının kurulması için yine aynı hükme atıf vardır. Bu hak devredilmez olduğundan atıf hakkın devrini kapsamaz. Liver, **Übertragung**, s. 66-67.

irtifak hakkı kurulduktan sonra şekil, mülkiyet hakkını iradesi ile sınırlandıracak yüklü taşınmaz malikini düşünmeye sevk edici işlevini yerine getirmiş olur. Mülkiyet hakkı kayıtlanmış ise, artık bu hakkı kayıtlayan irtifakın devri için de, hakkın kurulmasındaki şekli aramak yerine kanun hükmünü esnek yorumlamak gerekir²⁸⁰.

Türk hukukunda baskın olarak, irtifak hakkının taşınmaz mülkiyetinin devri hükümlerine kıyasen devredilebileceği düşünülmektedir²⁸¹. Üst hakkı çerçevesinde, tapuya kaydedilmemiş üst hakkının devrine ilişkin tasarruf işlemi dolayısıyla da üst hakkı sahibinin değişmesinden ötürü MK m. 780/f. II'nin kıyasen uygulanması gerektiği ortaya koyulmuştur²⁸². Böylece resmi şekilde bir devir sözleşmesi üzerine, üst hakkı sahibi tapu sicil memurundan tescil talebinde bulunacak ve tapu sicilinde üst hakkını devredenın adı çizilerek devralanın adı yazılacaktır. Bununla birlikte, bu türdeki üst haklarının rehni ya da intifa ile kayıtlanmasının yüklü taşınmaz üzerindeki aynı hak sahipliğinde bir değişiklik yaratmaması, sadece hak üzerinde bir hak tesis edilmesinden oluştuğu gerekçesi ile, sicil dışı yapılabileceğini kabul edilmelidir²⁸³. İsviçre hukukunda da baskın olarak savunulan ilk görüşe karşı çıkan Wolfer'e göre ise²⁸⁴, irtifak haklarının devrinin alacağın devrine kıyasen adi yazılı

²⁸⁰ İlk görüşün kabulünün tapu siciline güven ilkesi çerçevesinde tartışmalara yol açacağı açıktır. Bu çerçevede taşınmaz lehine kurulan irtifakın devredilmesi, başka bir deyişle yararlanılan taşınmazın mülkiyetinin devredilmesi ile salt irtifak hakkının devredilmesi arasında bir farklılık olup olmadığı da sorgulanabilir. Bu çerçevede, yararlanılan taşınmazın devralınması ile hakkın kendisinin devralınmasının farklı olduğu, hayatın olağan koşulları çerçevesinde sadece bir hakkı devralacak kişinin tapu sicili ile yetinmemesi gerektiği, irtifak hakkını kuran sözleşmeye de bakması gerektiği düşünülebilir. Nitekim alacağın devrinde, devir sözleşmesinde hakkın kapsamının belirli ya da belirlenebilir olması aranmaktadır. MK m. 1023 çerçevesinde tapu siciline güvenerek iyiniyetle aynı hak kazanılması, kazanılacak aynı hakkın taşınmazın konu olduğu diğer aynı hak ve şerh edilmiş kişisel haklara karşı durumunu düzenleyeceği, aynı hakkın kendisini devralır iken ise, aynı hakkın hukuki durumunu gösteren irtifak sözleşmesinin incelenmesi gerektiği iddia edilebilir. Ne var ki, hakkın tescil ile kazanılması ya da alacağın devri hükümlerine kıyasen kazanılması arasında, hakkın üçüncü kişiler tarafından iyiniyetle iktisabı için bir fark gözetmemek gerekir. Temlik ile de kazanılsa, tescil ile de kazanılsa, kazanılan hak aynıdır. Bu durumda, üçüncü kişilerin korunmasında derecelendirme yapılarak, hakkı devir ile kazananın daha temkinli olması, tapu sicili ile yetinmeyip sözleşmeyi de incelemesi beklenmemelidir.

²⁸¹ Vecdi Aral, **İnşaat (Üst) Hakkı**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1962, s. 48 ve MK m. 780 atfı ile kişisel irtifakların devrinin MK m. 705'e uygun olması gerektiğine ilişkin bkz. Bertan, **C. II**, s. 1539; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 838, dn. 604.

²⁸² Mehmet Serkan Ergüne, "Üst Hakkının Tasarruf İşlemlerine Konu Olmasına İlişkin Hukukî Sorunlar", **İÜHFİM**, C. LXVI, S. 1, 2008, s. 287-288.

²⁸³ Ergüne, **Üst Hakkı**, s. 287-288; Makaracı Başak, s. 72.

²⁸⁴ Wolfer, s. 39-41.

şekilde yapılması tapu sicilinin aynı hakların durumunu tam olarak ortaya koymaması, açıklık işlevini zayıflatmaktadır. Bunun sonucunda ise tapu kütüğüne güven ilkesi zarar görür. Tescilsiz iktisaplara sadece MK m. 705/f. II'deki olağanüstü durumlarda izin verilmiştir; kişisel irtifakların devri bu olağanüstü durumlardan biri değildir. Bu görüş kabul edilirse, tapu siciline yansıtılmayan pek çok devir olacak ve son hak sahibi tespit edilemeyeceği için yolsuz tescilin düzeltilmesi davaları açılmayacaktır. Bu durumda yazarın önerdiği çözüm, kişisel irtifakın da tapu siciline tescil ile devredilmesidir. Resmi şekilde yapılacak devir sözleşmesine istinaden, MK m. 1014 kıyasen uygulanacak ve irtifak hakkı sahibi tescil talebinde bulunacaktır. Durum sonradan yüklü taşınmaz malikine bildirilecektir.

Taşınırılar sadece intifa hakkına konu olabilir²⁸⁵. İntifa hakkı da kişiyle kaim bir hak olduğundan, taşınır üzerindeki irtifak hakkının devrinden söz edilemez.

II. Mülkiyet Hakkının İradi Kısıtlamalarına Karşı Medeni Kanun Çerçevesinde Öngörülen Tedbirler

Bu başlık altında, sınırlı aynı haklara karşı mülkiyetin korunması amacı ile Medeni Kanun'un açıkça düzenlediği çözümler ya da kanunun sistematigiinden anlaşılan çözümler incelenecektir.

A. Ana Çözüm: Sınırlı Sayı Ve Tipe Bağlılık İlkeleri

Sınırlı aynı haklar, yük teorisine uygun olarak, mülkiyet hakkı üzerinde birer külfet teşkil ettikleri için, Roma hukukundan beri bu kısıtlamaların keyfi ve sınırsız olması istenmemiştir. Bu yolda getirilen ilk çözüm, aynı hakların sınırlı sayıda kabul edilmesidir²⁸⁶. Hepsi de birer ihtiyaca cevap veren ve kendi içinde bir yarar barındıran bu sınırlı aynı haklar irtifak hakkı, taşınmaz yükü ve rehin hakkıdır.

²⁸⁵ Akipek, Akıntürk, s. 619; Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 687; Riemer, **Beschränkten**, s. 43; Rodondi, s. 15.

²⁸⁶ Sınırlı aynı haklar bakımından ayırma teorisinin benimsendiği Fransa'da, temyiz mahkemesi yüz yıldan fazla ara ile verdiği iki kararında sınırlı sayı ilkesini kabul etmemiştir. Mahkemenin 13 Şubat 1834 tarihli kararına konu olan uyuşmazlıkta, Caquelard ve Lemoine ağaç ve ot kaplı

Aynı hakların sınırlı sayı ilkesine tâbi olmasının temel sebebi, eşya üzerindeki mutlak hak olmalarından dolayı hakkı ihlal edebilecek herkese karşı ileri sürülebilmeleridir. Hakkın ihlal edilip edilmediğinin öngörülebilir olması bakımından, bu aynı hakların üçüncü kişilerce bilinebilir olması gerekir. Bu açıklık, hukuk güvenliğini sağlamaktadır. Aynı hakların sayısı sınırlandırıldığında da tanınırlığı mümkün olmakta ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi kolaylaşmaktadır²⁸⁷.

bir yamaçtaki haklarının nitelendirilmesine ilişkin sorun yaşamaktadırlar. Zilyetlik ve bazı başka unsurlara dayanan yerel mahkeme, taraflara yamaç üzerinde paylı mülkiyet hakkı tanımış, Caquelot'nun otlardan, Lemoine'in ise ağaçlardan yararlanma hakkı olduğuna hükmetmiştir. Caquelot kararın FrMK m. 544, m. 546 ve m. 552'ye aykırı olduğunu ileri sürerek temyize başvurur. İddiasına göre, yerel mahkeme paylı mülkiyet paylarını belirlemediği için elbirliği ile mülkiyeti anımsatan bir durum mevcuttur. Böyle bir durumda tarafların bütün ürünlerden yarı yarıya faydalanma imkanı olması gerekir iken, birisine otlar diğerine de ağaçlar üzerinde hak sahipliği tanınması haksızdır. Her ne kadar mülkiyet yetkilerine ayrıştırılabilecekse de, bunun bir çerçevesi olmalıdır. Temyiz mahkemesi ise verdiği kararda, FrMK m. 544, m. 546 ve m. 552'nin mülkiyet hakkının içeriğine ve etkilerine ilişkin bildirici hükümler içerdiğini, mülkiyet hakkından kaynaklanan yararın, kanunda düzenlendiği şekilden farklı biçimde ayrıştırılmasını yasaklamadığını ifade etmiştir. Bu şekilde, Fransız hukukunda aynı hakların yaratılmasında serbesti olduğu kabul edilmiştir. "Arrêt Caquelard c. Lemoine, Req. 13 février 1834", karar metni için bkz. Henri Capitant, François Terré, Yves Lequette, **Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T. I, 12^e éd.**, Paris, Dalloz, 2007, N. 65. Fransız temyiz mahkemesinin 31 Ekim 2012 tarihli kararına konu olan uyuşmazlıkta ise malik vakıf, 1932 yılında vakıf malvarlığındaki oteli, lokalin bulunduğu ikinci kat kendi "kullanımına ve oturmasına" bırakılacak şekilde bir şirkete satmıştır. 2007 yılına gelindiğinde şirket, vakfın ikinci kattan tahliyesi ve haksız zilyetliği ile geçen süreçteki kullanımının tazmini için dava açar. Zira Fransız hukukuna göre tüzel kişi lehine tesis edilen kullanma hakkı (*usage*) otuz yıl ile sınırlıdır. Davacının iddiasına göre, vakıf 1962 yılından beri haksız şağil konumundadır. Mahkeme, hakkın süresiz olmasına yönelik taraf iradesini değerlendirilerek, kurulan aynı hakkın kullanma (*usage*) hakkı olmadığına; ne var ki hak sahibine vakıf var olduğu sürece süresiz kullanım imkanı tanıyan başka bir aynı hak olduğuna hükmetmiştir. Arrêt Maison de poésie, 31 octobre 2012, Cass. 3^{ème} civ., no. 11-16304 (www.legifrance.gouv.fr). Verilen bu karar, Fransız hukukunda mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerin serbestçe ayrıştırılabileceği ve ayrılan yetkilere aynı etki tanınabileceğini göstermesi bakımından önemlidir. Jean-Louis Bergel, "Droits réels de jouissance et valorisation des biens: Les propositions de réforme du droit des biens", **Droit civil, Civilité des droits, Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Louis Mouralis**, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2011, s. 19. Bununla birlikte kanun koyucu ve yüksek mahkeme tarafların sınırlı aynı hakları sözleşme serbestisi çerçevesinde düzenlemelerine izin vermiş olsa da, sözleşme özgürlüğü ardına saklanıp mülkiyet hakkının özünü boşaltamayacakları da belirtilmektedir. Böylece yeni bir aynı hak kurulabilmesi için, Fransız hukukundaki yeni eğilime göre mülkiyete atfedilen süreklilik başta olmak üzere en geniş yetki tanıma ve aidiyet niteliklerini yeni oluşturulan hakka tanınamaları gerekir. Laurent Pfister, "Les particuliers peuvent-ils au gré de leur volonté créer des droits réels? Retour sur les controverses au XIX^e siècle", **RDC** 2013/4, s. 1284; Antoine Tadros, "La liberté d'aménager les droits réels principaux", **Liberté contractuelle et droits réels**, (edit. Lionel Andreu), Monts, L.G.D.J. 2015, s. 98-102.

287

Bénédict Foëx, **Le "numerus clausus" des droits réels en matière mobilière**, Lausanne, Payot, 1987, s. 29-30; Simonius, Sutter, **Bd. I**, s. 105.

Sınırlı sayı ilkesi, aynı zamanda mülkiyetin özüne dokunabilecek hakların tesis edilmesini engelleyerek mülkiyet hakkını korur²⁸⁸. Aynı hakların tesisinde irade serbestisini benimsemek, mülkiyet hakkını son derece zayıflatacaktır. Çok önemli bir üretim aracı işlevi de gördüğü için, taşınmaz mülkiyetinin makul bir şekilde kullanılması özellikle istenir²⁸⁹. Bu sebeple, mülkiyet hakkının özüne dokunulmaması; bu özü ihlal edebilecek mülkiyet hakkı sınırlamalarının önüne geçilmesinde sınırlı sayı ilkesi de rol oynar. Kaldı ki bu ilke, sınırlı aynı hak sayısını kısıtlayarak da mülkiyetin sınırlamalara boğulmasını engeller²⁹⁰. Zira, kapsamı belirli olsa da, sınırlı aynı hak sayısının fazla olması da tek başına mülkiyet hakkının makul bir şekilde kullanılmasına engel olabilir. Sınırlı sayı ilkesi ile aynı haklar dar bir çerçevede tutulur; hak sahibi dışında herhangi biri için anlam ifade etmeyecek hakların aynı hak olarak tesis edilmesinin önüne geçilir²⁹¹.

Sınırlı sayı ilkesi, tipe bağlılık ilkesi ile desteklenir. Sınırlı sayı ilkesi uyarınca belirli tipte kurulması gereken aynı hakların, tipe bağlılık ilkesi çerçevesinde mümkün olan içerikleri tanımlanmıştır. Bu ilke uyarınca kanun bir aynı hakkın içeriğini belirlemiş ise, bu belirleme emredicidir; taraflar sınırlı aynı hakkı kurucu sözleşmeyi akdederek, kanunun belirlediği bu çerçeveye uymak zorundadırlar²⁹².

Sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkeleri, irtifakın konusu, irtifakın tipi ve içeriği bakımından dikkate alınmalıdır²⁹³. Taşınmaz lehine irtifakların konusunu düzenleyen MK m. 779 ile belirli bir yararlanmaya hizmet etmek üzere başka kişisel irtifakların da kurulabileceğini düzenleyen MK m. 838'in, sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkelerini esnettiği düşünülebilir. Her iki halde de, irtifak tanımı içinde kalmak koşulu ile, başka bir deyişle katlanma ya da kaçınma yükü öngörüldüğü müddetçe içerik serbestisi söz konusudur²⁹⁴. Oysa irtifakın tanımı dışında bir irtifak hakkının tesis

²⁸⁸ Foëx, **Numerus clausus**, s. 31; **ZK-Liver**, Einleitung zum Dienstbarkeitskommentar, N. 63 ile art. 736 ZGB, N. 49.

²⁸⁹ Medeni Kanun'un komşuluk hukukuna ilişkin düzenlemelerinden bu sonuç rahatlıkla çıkmaktadır: Foëx, **Numerus clausus**, s. 31; **ZK-Liver**, art. 736 ZGB, N. 24 ve 49.

²⁹⁰ Foëx, **Numerus clausus**, s. 34; Simonius, Sutter, **Bd. I**, s. 105.

²⁹¹ Foëx, **Numerus clausus**, s. 34.

²⁹² Galland, **Contenu**, s. 43; Saymen, Elbir, s. 425.

²⁹³ D. Piotet, **Traité**, s. 40.

²⁹⁴ Hürlimann-Kaup, **Schranken**, s. 57.

edilemeyeceği ve irtifakın unsurlarının kanunun öngörmediği biçimde birbirine bağlanamayacağı düşünüldüğünde, bu endişe yersiz kalmaktadır²⁹⁵.

Sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkelerine uyulmadan kararlaştırılan irtifaklar, TBK m. 27'deki kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşılaşacaklardır²⁹⁶. Kesin hükümsüzlüğün temeli tartışmalıdır. Bazı yazarlar²⁹⁷, sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkelerine aykırılık nedeni ile kesin hükümsüzlüğü baştaki objektif imkansızlığa dayandırır iken; diğerleri²⁹⁸ kanuna aykırılık halini anmaktadır. Hangi görüş kabul edilirse edilsin, yaptırım aynı olacaktır. Hükümsüz sözleşmeye dayanılarak yolsuz olarak tescil edilmiş hak, MK m. 1025 uyarınca tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılarak terkin ettirilir. Her ne kadar hak maddi ya da şekli olarak varlık göstermese de, MK m. 1026 uygulanarak tapu sicil memurundan terkin talep edilmeyecektir. Bu durumun iki farklı gerekçesi bulunur: İlk olarak, MK m. 1026'ya başvurulabilmesi için bir değer arz eden tescilin sonradan yolsuzlaşması gerekir²⁹⁹. İkinci olarak ise, aynı hakkın sınırlı sayı veya tipe bağlılık ilkelerine aykırılığını tespit edemeden tescilini gerçekleştiren tapu sicil memurundan, hakkın bu ilkeye aykırılığını denetleyip terkin etmesini istemek etkili bir çözüm değildir; zira o kararını zaten hakkı tescil etmek sureti ile vermiştir. Bu sebeple aynı hak şekli olarak dahi hüküm ifade etmese de, uygulanacak kanun hükmü MK m. 1025'tir. Hakkın terkininden önce, üçüncü kişinin iyiniyetle bu hakkı kazanması riski bulunmaz; hak kazandırıcı zamanaşımı ile de iktisap edilemez³⁰⁰. Bununla birlikte, sınırlı sayı ve tipe bağlılık

²⁹⁵ Öğretide verilen bir örnek ilgi çekicidir. Yüklü taşınmaz malikinin evini beyaz dışında bir renge boyamayacağına ilişkin bir irtifak hakkının geçerli olarak kurulabileceği ifade edilmektedir. Örnek için bkz. Wieland, art. 730 ZGB, s. 478. Örnek, ilk bakışta yüklü taşınmaz malikine evini boyaza yükleme yükümlülüğü yükliyormuş, dolayısıyla bir yapma edimi öngörüymüş gibi gözükse de, irtifak aslında evin beyaz dışında bir renge boyanmamasını öngörmektedir ve bu sebeple geçerlidir.

²⁹⁶ Galland, **Contenu**, sınırlı sayı ilkesi için s. 38-39, tipe bağlılık ilkesi için s. 46-47; Temperli, s. 56.

²⁹⁷ Galland, **Contenu**, s. 39; Mooser, **Habitation**, s. 148; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 129; Rey, **Funktionen**, s. 262.

²⁹⁸ Henri Deschenaux, **Le registre foncier, Traité de droit privé suisse, vol. V, T. II/2**, Fribourg, Editions universitaires, 1983, s. 416; Germann, s. 42.

²⁹⁹ Foëx, **Numerus clausus**, s. 74.

³⁰⁰ Foëx, **Numerus clausus**, s. 44; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 1019; Temperli, s. 57.

ilkelerine uyulmadan kurulan irtifak haklarının, değişik kısmi hükümsüzlük çerçevesinde bir borç işlemine tahvil edilmesi de düşünülmelidir³⁰¹.

B. Sınırlı Ayni Hak Tipleri Bakımından Benimsenen Farklı Çözümler

1. Değere İlişkin Sınırlı Ayni Haklarda Mülkiyetin Korunması

Değere ilişkin sınırlı ayni haklar, taşınmaz yükü ve rehin haklarıdır. Bu haklar bakımından alacağa bağlılık esastır. Alacak sona erdiğinde, taşınmaz yükü ya da rehin hakkının da varlık sebebi ortadan kalktığı için, haklar maddi olarak sona erecek, sadece şekli bir varlık gösterecektir³⁰².

Değere ilişkin sınırlı ayni hakların alacağa bağlılığı, bu hakların hukuki kaderinin alacağa bağlanmış olması anlamına gelir. Normal şartlar altında, hakkın temeli olan alacağın sona ermesi hakkı da kendiliğinden sona erdireceğinden, hakkın terkininin MK m. 1026 gereği yapılması gerekirdi. İlgili hüküm uyarınca, tescilin her türlü hukuki değerini kaybetmesi halinde, terkin tapu sicil memurundan talep edilebilecektir. Ne var ki ipotek hakkı bakımından Medeni Kanun farklı bir sistem benimsemiştir. MK m. 883'e göre, alacak sona erdiğinde yüklü taşınmaz maliki alacaklıdan rehmin terkinine rıza göstermesini isteyecektir. Başka bir deyişle, sanki hak ayaktaymış gibi, alacaklı terkin talepe edecektir. Eğer alacaklı terkin talebinde bulunmayı reddeder ise, malikin MK m. 1025'e dayanarak tapu sicilinin düzeltilmesi davasını açması gerekir³⁰³. Sebebin sona ermesinin hakkın hem maddi hem de şekli

³⁰¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Eşya**, N. 129; değişik kısmi hükümsüzlük görüşü için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme**, 4. Bası, İstanbul, Filiz, 2008, s. 602-603.

³⁰² Taşınmaz yükü için bkz. Akipek, Akıntürk, s. 725; Noverraz, s. 7. Rehin hakkı için bkz. Akipek, Akıntürk, s. 786; İlhan Helvacı, **Türk Medenî Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı**, İstanbul, XII Levha, 2008, s. 402; Nomer, Ergüne, N. 644 ve 648; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 3415. Bu hakların hukuki kaderinin alacağa bağlanması, mülkiyet hakkının gereksiz teminat hakları ile sonsuza kadar kayıtlanmasının önüne geçerek, dolaylı olarak mülkiyetin korunması sonucunu doğurmaktadır.

³⁰³ Deschenaux, **Traité**, s. 248; Nomer, Ergüne, N. 648; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 3415; Steinauer, **T. III**, N. 2706b; Helvacı, **İpotek**, s. 402-403. Son yazara göre, asıl borç ifa edildiğinde bu borca bağlı hakların da sona ereceğine ilişkin genel kurala taşınmaz rehni bakımından istisna getirildiğini düzenleyen TBK m. 131/f. III de bu durumu desteklemektedir.

olarak sona ermesini sonucunu doğurmasındaki yetersizliği, alacağın sona ermesi olgusunun eşya hukukuna yabancılığından kaynaklanır. Bir borcun sona erdiğini en iyi borcun tarafları olan alacaklı ile borçlu bilir; aralarında bir uyuşmazlık bulunuyor ise, borcun sona erip ermediği bir hakim kararı ile tespit edilmelidir. Tapu sicil memuru, borcun sona erip ermediğini kontrol edemeyeceğinden, terkin hakkın temelsiz kalması hallerinde olduğu gibi MK m. 1026 ile değil; hakim denetimini öngören MK m. 1025 vasıtası ile gerçekleştirilecektir³⁰⁴. Kaldı ki bu sonuç taşınmaz rehni sistemi içinde şaşırtıcı değildir. MK m. 881 uyarınca, henüz doğmamış ama doğması olası alacaklar için ipotek tesis edilebildiğine göre, temelindeki alacak sona erse de hakkın şekli olarak ayakta kalabilmesi de kabul edilebilecektir³⁰⁵.

Taşınmaz yükünde de borçlu malikin taşınmazını yükten kurtarma yetkisi (MK m. 845), taşınmaz mülkiyetinin korunmasına hizmet eder³⁰⁶. Yükümlü sözleşmede bu yetki kendisine tanınmamış olsa ya da aksine bir sözleşme hükmü bulunsa dahi, yükün kurulmasının üzerinden otuz yıl geçmiş ise, taşınmazının yükten kurtarılmasını isteyebilecektir³⁰⁷.

Yargıtay'ın, taşınmaz malikinin ipoteğin terkinini talep edebileceğine yönelik aksi yöndeki kararı için bkz. Yarg. 12. HD., 10.10.2005, E. 2005/15879, K. 2005/19438 (www.kazanci.com). Alacağın sona ermesinin ipotek hakkını maddi olarak sona erdirmeyeceğine, ipoteğin sona erebilmesi için terkinin yapılması gerektiğine ilişkin katılmadığımız farklı bir görüş için bkz. **BK**-Leeman, art. 826 ZGB, N. 1.

³⁰⁴ Bu durum, Türk hukukunda kabul edilmeyen ama İsviçre hukukunda başvuru olan bir yöntem olan, rehni yeniden kullanılmasına imkan tanımaktadır. Alacak sona erdiğinde, rehin hakkı sahibinin rızası olmadan terkin edilemeyecek ipotek hakkı, başka bir alacağı teminat almak için kullanılmaktadır. Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 268; Steinauer, **T. III**, N. 2814a.

³⁰⁵ İpotekli borç senedi ya da irat senedinin düzenlenmesi ile bu senetlerin dayanağı olan borç ilişkisi yenileme ile sona ereceğinden (MK m. 910) aynı tartışma yapılamaz. Alacaklının tamamen tatmin edilmesi üzerine borçlu, senedin iptal edilmeden kendisine iade edilmesini isteyecektir. MK m. 928'e dayanan bu talep aynı niteliktedir. Deschenaux, **Traité**, s. 249, dn. 15; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 3554.

³⁰⁶ Eugen Huber, **Exposé des motifs de l'avant-projet (de Code civil suisse) du Département civil de justice et de police**, 2^e éd., Berne, Imprimerie Büchler&Co, 1902, s. 530.

³⁰⁷ Taşınmaz yükü, taşınmaz lehine bir irtifaka bağlanarak tesis edilmiş ise, yüklü taşınmaz maliki taşınmazının yükten kurtarılmasını isteyemez (MK m. 745/f. III).

2. Kullanıma İlişkin Sınırlı Aynı Haklarda Mülkiyetin Korunması

Kullanıma ilişkin sınırlı aynı haklarda mülkiyetin korunması, genel bir kural olan mülkiyetin özüne dokunmama şartı ile yararı sona eren ya da yüküne oranla azalan irtifak haklarının sona ermesi yolları ile mümkün olmaktadır.

a. Mülkiyetin Özüne Dokunmama Şartı

1) Medeni Kanun'un Mülkiyetin Özünü Korumak İçin Benimsediği Sistem

Klasik ferdiyetçi mülkiyet görüşünün veya çağdaş sosyal mülkiyet görüşünün benimsenmesinden bağımsız olarak, mülkiyet hakkının özüne dokunulamayacağı hususunda uzlaşma bulunmaktadır³⁰⁸. Sınırlı aynı haklar olmaları sebebi ile mülkiyet hakkını kısıtlayan irtifak haklarının da, bu çerçevede mülkiyetin özüne dokunmamaları gerekir³⁰⁹. Mülkiyet hakkının irtifaklar ile sınırlandırılması, özel hukuk kaynaklı olmaları sebebi ile, kamu hukuku kaynaklı sınırlamalardan daha az bir yük arz etmez. Örnek vermemiz gerekir ise, intifa hakkının kurulması ile malik, intifa konusu eşya üzerinde hem kullanma ve hem de semerelerinden yararlanma yetkilerinden mahrum kalır³¹⁰.

³⁰⁸ Örnek olarak, mülkiyet hakkına yapılan bir devlet müdahalesi kamu yararına dayansa ve bedel öngörse dahi, şayet mülkiyet hakkını kavramsal olarak ortadan kaldırıyor ise hukuka aykırıdır. Başpınar, **Müdahale**, s. 236; Steinauer, **Propriété**, s. 141.

³⁰⁹ Mülkiyetin özüne dokunmama ilkesi, Ortaçağ Avrupası'nda Kilise'ye büyük araziler üzerinde tanınan süresiz haklar sebebi ile mülkiyet hakkının ekonomik mübadele değerini kaybetmesine bir tepki olarak geliştirilmiştir. Atias, N. 217. Birçok hukuk düzeninde mülkiyet hakkının özünün, mülkiyeti sınırlayan diğer haklara karşı korunmasına yönelik düzenlemelere rastlanır. Örnek olarak, 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu'nda intifa hakkı sahibinin intifa konusu malın özünü koruma borcu (FrMK m. 578), intifa hakkının hak sahibinin ölümü ile sona ermesi (FrMK m. 617) ve tüzel kişi lehine kurulan intifa hakkının otuz yıl ile sınırlanması (FrMK m. 619) düzenlenmiştir.

³¹⁰ Aynı zamanda intifa konusu malın değerinin düşeceğine ilişkin bkz. Bergel, s. 20. Diğer irtifaklar açısından da durum aynıdır. Tarım arazisi üzerinde kurulacak irtifak sebebi ile arazinin bedelinin düşeceğine ilişkin bkz. Yarg. 18. HD., 20.09.2005, E. 2005/7450, K. 2005/5634; doğalgaz boru hattının geçirilmesi sebebi ile taşınmazın değerindeki azalmanın kamulaştırma bedeli hesaplanır iken göz önüne alınması gerektiğine ilişkin bkz. Yarg. 5. HD., 24.01.2005, E. 2004/10612, K. 2005 /90 (www.kazanci.com).

Mülkiyetin özüne dokunulmasından ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. İlk yaklaşıma göre, malikin malik olarak kalabilmesi için gerekli yetkilerden en az birinin kaldırılması mülkiyetin özüne dokunmaktır³¹¹. Mülkiyetin özüne dokunmamak, mülkiyeti kazanmak, mülkiyetten yararlanmak ve mülkiyeti devretmek yetkilerinin ayakta tutulmasını ifade eder. Burada özellikle tasarruf yetkisi ön plandadır. Malikin tasarruf yetkisinin kağıt üzerinde kaldığı durumlarda mülkiyetin özüne dokunulmuştur³¹². Ancak, kanundan doğan irtifaklar örneğinde olduğu gibi, kanun vasıtası ile ve bedel karşılığında yapıldığında, bu ihlal hukuka uygun hale gelmektedir³¹³. Söz konusu yaklaşımın mülkiyet hakkına getirilen herhangi bir kısıtlama ile mülkiyet hakkının özüne dokunulması kavramları arasında bir fark gözetmediğine dikkat edilmelidir³¹⁴.

Benimsenmesi gereken ikinci yaklaşım uyarınca mülkiyet hakkının, makul bir kullanım amacından sapacak şekilde kısıtlanmaması esastır³¹⁵. Mülkiyet hakkının şekli bir hukuki durum olarak gözüküp malike eşya üzerinde maddi ve hukuki tasarrufta bulunma yetkisi tanımaması kabul edilemez³¹⁶. Dolayısıyla mülkiyet hakkının artık kullanılabilir olmaması, malikin kuru mülkiyet halindekiinden dahi daha az yetkiye sahip olması yasaklanmaktadır³¹⁷. Bu durumda mülkiyet hakkının özü, malikin hakkın içeriğine ilişkin ne oranda karar alabileceği ve hakkı üzerinde ne

³¹¹ Bosshart, s. 13.

³¹² Bosshart, s. 13, dn. 2.

Hatemi'ye göre aynı bu gerekçe ile, iki farklı mülkiyet birbirine bağlanamaz. Eşyaya bağlı mülkiyetin malikin iradesi ile tesis edilebileceği düşünülebilirse de, malikin kendisinin ve kendisinden sonra gelecek olan maliklerin tasarruf yetkisini sürekli olarak sınırlayan bir işlem yapabilmesi mülkiyet hakkının özüne aykırıdır. İsteğe bağlı olarak bağımsız taşınmazlar birbirine bağlı kılınmaz. Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 683. Ancak, artan toplu konut ihtiyacı ve bu konutların sağlanması beklenen sosyal alanlar sebebi ile bu durumu aşan düzenlemelere başvurulmuştur. TST m. 29/f. I, ortaklaşa kullanıma ayrılmış sosyal tesis, yüzme havuzu, ticari mahal gibi taşınmazların malik sütununa yararlanan taşınmazın ada, parsel veya bağımsız bölüm numarası yazılarak iki farklı mülkiyetin birbirine bağlanabilmesi imkanını düzenlemiştir. İsviçre aynı haklar revizyonu sonrasında da, Medeni Kanun'a 655a maddesi eklenerek taşınmazların hukuken birbirine bağlanabilmesi imkanı getirilmiştir.

³¹³ Bkz. Kanundan doğan mekra irtifakı için MK m. 744; geçit hakkı için MK m. 747 ve su hakkı için MK m. 761.

³¹⁴ Bununla birlikte, mülkiyet hakkına yapılan ihlalin hukuka uygun olması, mülkiyet hakkının özüne dokunulmasından farklı bir konudur. Hiçbir koşul altında mülkiyet hakkının özüne dokunulamaz. Mülkiyet hakkının özüne dokunulmaması kaydı ile, mülkiyet hakkına yapılan bir müdahale bazı şartlar altında hukuka uygun olabilir

³¹⁵ Yine bu sebeple, yararlanan taşınmazın paylı maliklerinden biri lehine irtifak hakkı kurulamaz. Akipek, Akıntürk, s. 649.

³¹⁶ Eren, **Mülkiyet**, s. 23.

³¹⁷ Atias, N. 261; Simonius, Sutter, **Bd. II**, s. 39.

şekilde tasarruf edebileceğine göre şekil alacaktır³¹⁸. Somut olaya göre olumsuz bir değerlendirme yapılacak olur ise, mülkiyet hakkının özüne dokunulduğu sonucuna varılacaktır.

Medeni Kanun’nda mülkiyet hakkının özünü korumak için öngörülen sistem, irtifak hakkının kurulma ve tesis edilmiş irtifak hakkının hükümlerini doğurma aşamalarında farklılık gösterir. İrtifak hakkı henüz kurulmadan, kurucu sözleşmede irtifak hakkının kapsamı ve süresinin dengede tutulması amaçlanır. İrtifak hakkının kurulması ile beraber ise, en geniş yetkileri sağlayan intifa hakkı ile sınırlı olarak, bazı kanundan doğan borçlar ile intifa konusu malın özünün korunmasına gayret edilir.

a) İrtifak Kapsamının Ya Da Süresinin Kısıtlanması

İsviçre ve Türk hukuklarında mülkiyetin özünü irtifak haklarına karşı koruyabilmek için, öncelikle irtifakın hak sahibine tanıdığı yetki alanına bakmak gerekir. Hakkın hak sahibine tanıdığı yetkiler intifa, oturma ya da üst hakkında olduğu gibi geniş ise, irtifakın bir üst süre ile sınırlandırılması kabul edilmiştir³¹⁹. Devredilemez ve mirasla geçmez kişiyle kaim irtifaklar olan intifa ve oturma hakları, tabiatları gereği hak sahibinin ömrü ile sınırlıdır³²⁰. Oturma hakkı bir tüzel kişi lehine

³¹⁸ Eren, **Mülkiyet**, s. 12. Telefon ve telgraf gibi toplumu ilgilendiren bir haberleşme hizmetinin verilebilmesi için idari bir irtifak ile malikin taşınmazı üzerinde tesisat kurulmasında kamu yararı bulunur. Fakat, bu tesisatın malikin taşınmazını kullanma ve yararlanmasına engel olmayacak biçimde kurulması gereklidir. AYM 07.04.1970, E. 1969/69, K. 1970/18 (RG no. 13757, 21.02.1971).

³¹⁹ İntifa, oturma ve üst haklarının hak sahibine sağladığı yetkinin geniş olması bakımından *grosse Dienstbarkeit*, geri kalan irtifakların ise *kleine Dienstbarkeit* olarak adlandırılması için bkz. Simonius, Sutter, **Bd. II**, s. 45.

İntifa, oturma ya da üst hakkını kuran sözleşmede, taraflar hakkın yüz yıldan daha uzun bir süre için kurulduğu kararlaştırmış olsalar da, hak yüz yıl için kurulmuş sayılacaktır. Böyle bir durumda, TBK m. 27/f. II, c. 2’nin uygulanması sureti ile, ilgili hakkın yüz yıldan fazla kurulamayacak olması nedeni ile bütün sözleşmenin geçersiz olacağı kabul edilemez. Üst hakkı bakımından bkz. Gürzumar, s. 39, dn. 69.

³²⁰ BGB §1059a uyarınca bir tüzel kişiliğin malvarlığında yer alan bir intifa hakkı, külli halefiyet ile başka bir tüzel kişiliğin malvarlığına geçebilir. Ama bu istisnai durum İsviçre ve Türk hukuklarında düzenlenmemiştir. Türk hukukunda şirket birleşmesi halinde külli halefiyet ilkesi benimsenmek ile birlikte, bazı yazarlarca birleşen şirketlerin malvarlığındaki intifa hakkının yeni şirkete devredileceği bildirilmektedir. Bkz. Hikmet Sami Türk, **Ticari Ortaklıkların Birleşmesi**, Ankara, BATİDER, 1986, s. 174-175; Hamdi Yasaman, **Anonim Ortaklıkların Birleşmesi**, Ankara, BATİDER, 1987, s. 26, dn. 67a. Ne var ki, böyle bir durumda birleşme ile

kurulmasa da, intifa hakkı bir tüzel kişi lehine kurulduğunda, yüz yıl ile sınırlanır. Kural olarak devredilebilen ve mirasçılara geçebilen üst hakkı ise, en fazla yüz yıl için kurulabilir; gerektiğinde yüz yıl daha uzatılır. Yüklü taşınmaz malikine makul bir kullanım alanı bırakmayan bu irtifakların süreyle sınırlanması, yüklü taşınmaz malikine makul bir kullanım süresi tanımaları anlamına gelir³²¹. İrtifak hak sahibine sınırlı bir yetki tanıyor ise ya da hakkın kullanım alanı kısıtlanmış ise, irtifak süresiz olacaktır. Hak sahibinin az yetkiye sahip olduğu irtifaklarda yüklü taşınmaz malikinin karşı edimden bağımsız olarak, irtifakın kurulmasından sonra dahi taşınmazda makul bir kullanım imkanına sahip olduğu sonucuna varılabilir³²². Görüldüğü üzere, irtifak hakkı ya süre ya da kapsam bakımından mutlaka sınırlandırılmakta; böylece malike makul bir kullanım alanı ya da en azından zamanı bırakılmaktadır.

Her ne kadar malike geniş yetki verecek olan irtifaklar kişisel irtifaklar, az yetki verecek irtifaklar ise taşınmaz lehine kurulan irtifaklar olarak görülebilirse de, bu genelleme her zaman doğru sonuç vermez. Örnek olarak, kaynak irtifakı kişisel bir irtifaktır. Ne var ki doğası gereği, hak sahibine taşınmazın sadece sınırlı bir bölgesinde hakkını kullanma yetkisi verir. Kullanma alanının kısıtlı olmasının haricinde, hakkın tanıdığı yetki de kısıtlıdır. Kaynak hakkı sahibinin sahip olduğu tek yetki, irtifak konusu kaynakta suyu tutmak ve kendi arazisine akıtmaktır³²³. Hem

birleşen şirketin tüzel kişiliği ortadan kalkacağından intifa hakkının da sona ereceği, bu sebeple külli halefiyet kapsamında yer almayacağı kabul edilmelidir. Halûk Burcuoğlu, “Bir Şirket Lehine, Bir Taşınmaz Üzerinde Kurulmuş İntifa Hakkının, Bu Şirketin Başka Bir Şirkete Birleşmesi Halinde Aktıbeti Hakkında Bazı Gözlemler”, **Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender’e 50. Yıl Birlikte Çalışma Armağanı**, İstanbul, Çizgi Basım Yayın, 2007, s. 395. İsviçre hukukunda da şirket birleşmelerinde külli halefiyet ilkesi benimsenmektedir. Külli halefiyetin intifa hakkının devredilmezliğine bir istisna getirmediği kabul edilmektedir. Bununla beraber, bir anonim ya da limitet şirkete intifa hakkı tanındıktan sonra şirket paylarının devri ile, ekonomik bakımdan aynı sonuca ulaşıldığı düşünülmektedir. D. Piotet, **Traité**, s. 153.

³²¹ Galland, **Contenu**, s. 111.

³²² Galland, **Contenu**, s. 109; Steinauer, **T. II**, N. 2208.

Ayırma teorisinin benimsendiği ve irtifak haklarının sadece taşınmaz lehine kurulabildiği Fransız sisteminde, hakların süreyle sınırlanmamasına farklı bir açıklama getirilmektedir: İrtifakın sonsuz olmasının sebebi, mülkiyetin kendisinin sonsuz olmasıdır. Yararlanan taşınmaz malikinin mülkiyet hakkı sonsuzdur; bu durum, yüklü taşınmazdan ayrılıp kendisine özgülenen yararlar da etki eder. Dross, N. 388.

³²³ Bu bağlamda, hak sahibinin hayvanlarının kaynaktan su içmesine yönelik bir irtifak, kaynak hakkı olarak nitelendirilemez. Yıldız Abik, “Kaynak Hakkına İlişkin Türk Medeni Kanunundaki Hükümler Hakkında Bir Değerlendirme”, **TABAD 3 (1)**, 2010, s. 81. Kaynak hakkı sahibi, suyu kendi arazisine akıtmak için bir mecra inşa etme yetkisine işin doğası gereği

kullanım alanı, hem de sağladığı yetkinin sınırlı olması sebebi ile, kişisel bir irtifak olan kaynak hakkı süre bakımından sınırlandırılmamıştır. Yine de, suyu alıp iletmek için gerekli teçhizat yüklü taşınmazda önemli bir alan kaplıyor ise, mülkiyet hakkının özüne dokunulması riskinin bulunduğu ihtimali dikkate alınmalıdır³²⁴.

Medeni Kanun ile benimsenen bu temel sistem, esasen diğer irtifakların mülkiyetin özüne dokunup dokunmadığının belirlenmesinde temel kriter olarak kullanılmalıdır. MK m. 779 ile m. 838'in beraber okunması ile, irtifak sözleşmesi taraflarının, irtifakın genel çerçevesine sadık kalma koşulu ile, başka bir deyişle yüklü taşınmaz malikine bir kaçınma ya da katlanma külfeti yüklemek kaydı ile, irtifakın içeriğini iradi olarak belirleyebilecekleri sonucu çıkar³²⁵. Hak sahibine çok geniş bir yetki alanı tanınmışsa, irtifak hakkının süresinin kısıtlanmasının gerektiği; malike süresiz bir hak tanınmışsa da, irtifak hakkının kullanıldığı alanın sınırlandırılmasının gerektiği sonucuna varılmalıdır³²⁶.

İrtifak hakkının mülkiyetin özüne zarar verdiğine hükmedilirse, irtifak sözleşmesinin mülkiyet hakkını gereğinden fazla sınırlayacak hükümlerinin TBK m. 27 dolayısıyla hükümsüz olduğu sonucuna varılmalıdır³²⁷. Bu irtifak sözleşmesine dayanılarak yapılan irtifak tescili yolsuz olur; sebebe bağlılık ilkesi gereği, hukuki sebep olan borçlandırıcı işlemin geçersizliği, tescilin yolsuzluğu sonucunu doğurur³²⁸. Bu durumda, mülkiyetin özüne dokunan irtifakın iyiniyet ya da kazandırıcı zamanaşımı ile üçüncü kişilerce kazanılmasına yönelik bir endişe de olmayacaktır. Zira, TBK m. 27'ye aykırılık sebebi ile doğumuna izin verilmeyen bir hakkın, sonradan kazanılmasına da izin verilmez³²⁹.

sahiptir. Abik, s. 83; Ender, s. 165; Galland, **Contenu**, s. 150-151; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 3121; P. Piotet, **Traité**, s. 38.

³²⁴ Galland, **Contenu**, s. 151.

³²⁵ Bu çerçevede irtifak hakkının hak sahibine tanıdığı ya da yüklü taşınmaz malikinin kullanmasının engellendiği yetkilerin açık olarak belirlenmesi gerekir. Birkaç yetkinin sayılıp, geri kalan tüm yetkilerin kısıtlandığının bildirilmesi sureti ile, bu açıklık sağlanmış olmaz. Curti-Forrer, art. 730 ZGB, s. 555; D. Piotet, **Traité**, s. 46.

³²⁶ Diğer irtifakların, taşınmaz lehine irtifaklarda olduğu gibi dar ve belirli bir yararlanma yetkisini kapsayacağını ifade eden yazarlar için bkz. Köprülü, Kaneti, s. 178. Bu görüş, karşılaşılabilecek her örnek için geçerli olmayacaktır.

³²⁷ Simonius, Sutter, **Bd. II**, s. 40.

³²⁸ Esener, Güven, s. 377; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 772; Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 692; **KurzK-Schmid-Tschirren**, art. 732 ZGB, N. 2; Riemer, **Beschränkten**, s. 54-55.

³²⁹ Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 693-694.

Bununla birlikte, sadece mülkiyetin özüne dokunan hükümlerin geçersiz sayılarak irtifak sözleşmesinin ayakta tutulması, başka bir deyişle kısmi hükümsüzlük yaptırımını da kabul edilmelidir. Bu surette, tarafların iradeleri yorumlanarak, irtifak hakkının süresinin mi, yoksa tanıdığı yetkilerin mi daha önemli olduğu belirlenmelidir. Süresiz olması önemli ise kapsamındaki yetkiler daraltılmalı; kapsamı önemli ise de süresi kısaltılmalıdır. Hakimin müdahalesi ile yapılacak bu değişiklikler, değiştirici tescil ile tapu kütüğüne de yansıtılacaktır. Bununla beraber, şayet söz konusu hükümler olmaksızın tarafların irtifak hakkı kurmak istemeyecekleri sonucuna varılabiliyor ise, sözleşme tamamı ile kesin hükümsüz sayılır³³⁰.

b) Kanundan Kaynaklanan Bir Yükümlülük Olarak, İntifa Konusu Malın Özünün Korunması Borcu

İntifa konusu malın özünü koruma borcu, intifa hakkı sahibinin hak konusu malı malike geri verme borcu (MK m. 799) ile birlikte düşünülmelidir³³¹. Diğer irtifak hakları bakımından geri verme, bir borç olarak düzenlenmemiştir³³². Oysa intifa hakkında, malik ile hak sahibi arasındaki kanundan doğan kişisel ilişkinin içinde geri verme borcu da öngörülmüştür. Hatta intifa hakkının süreye bağlanmış olması da bu borcu pekiştirir. Zira, intifa hakkı konusu malın en geç ne zaman iade edileceği bu sayede öngörülebilmektedir. İntifa hakkı mutlaka sona ereceği ve mal malike geri döneceği için intifa konusu malın özüne dokunulmamış olmasına önem verilir³³³.

İntifa hakkına konu olan malın özü, bu malın maddi kimliği ve kullanılma amacını kapsar³³⁴. Örnek olarak, intifa konusu konutun işyerine çevrilerek üçüncü

³³⁰ TBK m. 27/f. II, c. 2.

³³¹ Cornu, N. 69; Monier, s. 438.

³³² MK m. 823/f. III'ün atfı ile, oturma hakkı sahibinin de taşınmazı iade yükümlülüğü kabul edilmelidir.

³³³ Tadros, s. 90.

³³⁴ Öz, malın yapıldığı madde değildir. Roma hukukunda verilen örneklere göre, intifa hakkı sahibi, intifa konusu evi otel olarak işletemez (D. 7, 1, 13, 8) ya da kitap kopyalamaya alışkın bir köleyi tarlada çalıştıramaz (D. 7, 1, 15, 1). Bununla beraber, Roma hukukunda özün korunması intifa konusu eşyanın yok olmasının engellenmesi anlamına geliyordu.

kişiyeye kiralaması, malın özünü zedeleyecektir³³⁵. İntifa konusu malın özünün korunması dolayısıyla, intifa hakkı sahibi intifa konusu malı yok edemez, kötüleştiremez ve malın değerini azaltamaz. Bu kapsamda malın korunması ve olağan bakımı için gerekli masrafları yapacaktır³³⁶. Yine de bu durum, intifa konusu malda hiçbir değişiklik yapamayacağı anlamına gelmez; sadece yapacağı değişikliğin gereksiz olmaması ya da kişisel zevke dayanmaması gerekir³³⁷. MK m. 817/f. I'deki intifa konusunda önemli değişiklik yapma yasağı, intifa konusu eşyada önemli olmayan değişiklikler yapılabilmesi yolunu açmaktadır.

İntifa konusu malda önemli değişiklik yapmak sureti ile malın özgülenme amacının değiştirilmesi yasaklanmıştır³³⁸. Böylece yüklü taşınmaz maliki, intifa hakkı sona erdiği zaman geri aldığı eşyayı kişisel olanakları çerçevesinde kullanabilecektir. İntifa hakkı sona erdiğinde eşyasına yeniden kavuşan malik, eşyayı hangi amaçla ve nasıl kullanacağına ilişkin bir dayatma ile karşılaşmamalıdır. İntifa hakkı sahibinin yaptığı önemli değişiklikler sebebi ile malik, eşyasını altından kalkamayacağı bir şekilde kullanmak zorunda bırakılmamalıdır³³⁹.

Değiştirilmesi ya da kötüleşmenin önlenmesi, özün korunması çerçevesinde ele alınmıyordu. Eşya var oldukça, özü de korunmuş olmaktadır. Ortaçağ'daki hukukçular kavramı geniş yorumlayarak eşyanın şeklini korumasını, özenli kullanılması ve iadesi borcunu da intifa hakkının özünün korunmasına bağlamışlardır. Emmanuel Dockès, "Esai sur la notion d'usufruit", **RTD civ.** (3), Juillet-Septembre 1995, s. 286.

³³⁵ Dockès, s. 287.

³³⁶ MK m. 812. Bu hükümler olmasa idi, malik yararlanmadığı, intifa hakkı sahibi de mülkiyet hakkına sahip olmadığı için, intifa konusu mala masraf yapılmazdı. Bu durum ise malın önemli ölçüde değer kaybetmesine sebep olurdu. Bergel, s. 20. Diğer taraftan, intifa hakkının hak sahibine tanıdığı yetkilerin geniş olması, malikin malından asla yararlanamayacağı anlamına da gelmez. Nitekim, intifa konusu malın olağan bakım ve küçük onarım işleri hak sahibine yüklenmiş iken, önemli işlerin yapılması ve önemli tedbirlerin alınması hâlâ malikin üzerindedir (MK m. 812/f. II). Bir de hakkın içeriği boşaltılırsa, malik haksız yere çok zor bir durumda bırakılmış olur.

³³⁷ Atias, N. 227.

³³⁸ Fransız hukukunda, intifa konusu malın özünün korunmasından ziyade özgülenme amacının korunması önerilmiştir. Dockès, s. 491 ve 506. Bu öneri, malın özgülenme amacı korunsa dahi, özünün değiştirilmesinin malikin menfaatlerini olumsuz biçimde etkileyeceği gerekçesi ile kabul edilmemiştir. Öncelikle verilen örnek, altından bir antika yüzüğün eritilip modern bir şekilde yeniden kalıba sokulmasıdır. Her ne kadar özgülenme amacı değişmemiş olsa da, malın özünün değiştirilmesi malik açısından zarar verici olmaktadır. Diğer taraftan, özgülenme amacının değiştirilmesinin engellenmesi intifa hakkı sahibi için de zarar verici olabilir. Örnek olarak müşteri çevresini kaybeden bir otel işletmesinin hâlâ otel olarak tutulması ve binanın başka bir kullanım amacına özgülenmemesi intifa hakkı sahibinin de zararına olacaktır. Tartışmalar için bkz. Édouard Treppoz, "La substance dans le code civil", **RRJ** 3/2006, s. 1292.

³³⁹ Özen, s. 71.

İntifa konusu malın ekonomik özünün korunması kapsamına, maldan aşırı şekilde yararlanma yasağı da girer. Yine intifa hakkı sona erdikten sonra malike geri verilecek eşyadan, malikin de gelir elde etmesi gerekir. Özenli bir yönetici gibi malı yönetecek olan intifa hakkı sahibinin, malın değerinin korunabilmesi için, intifa konusunun ürün verme kapasitesini eksiltecek ya da ürünlerin değerini düşürecek şekilde ürün elde etmekten kaçınması lazımdır³⁴⁰.

İntifa hakkı devam ederken hakkının özünün korunmaması ihtimalinde, yüklü taşınmaz maliki aynı zamanda intifa sözleşmesinin de tarafı ise sözleşmeyi haklı sebeple feshedebilir. Bu yola başvurmak istemez ise ya da yüklü taşınmaz maliki, ilişkiye sonradan dahil olmuş üçüncü kişi ise MK m. 808-810'a göre güvence isteyebilir ya da hakimin müdahalesini talep edebilir. Aynı zamanda, intifa konusu malın özünü koruyamayacak olan hak sahibinin, tazminat ödemek yerine öze zarar gelmeden intifa hakkını terk etmesi dahi önerilmektedir³⁴¹. Geri verme anında malın özünün korunmadığının anlaşılması durumunda uygulanacak yaptırım ise, tazminat ödemektir³⁴².

³⁴⁰ Aşkın bir biçimde elde edilen ürünlerin hukuki durumu ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre, malikin bu sebeple zararının tazmin edileceğini savunulur iken; diğer görüş uyarınca, aşkın bir biçimde elde edilen ürünlerin MK m. 685 anlamında doğal ürün olmayıp taşınmazdan ayrılan bütünlüğü parça niteliğinde olduğu; bu sebeple ana kurala uygun olarak ayrıldıkları taşınmazın malikine ait olmaları ortaya koyulmaktadır. Özen, s. 279.

³⁴¹ İntifa hakkına konu olan malın özünün korunması borcu, intifa hakkı sahibine malı kullanma yükümlülüğünü de yükler. Hakka konu olan ticari işletmeyi kullanmadan kapatan intifa hakkı sahibi, hakkın konusunun özüne zarar vermiştir. Onun yerine yapması gerekenin, hakkından vazgeçmek olduğuna ilişkin bkz. Cass. chambre commerciale, 28 Janvier 1980, no. 78-13439 (www.legifrance.gouv.fr).

³⁴² Fransız hukukunda mülkiyet hakkının özüne zarar gelirse, intifa hakkı sona erer (FrMK m. 618). Bu durum, vadenin öncelenmesi olarak görülmektedir. Dross, N. 95. Hakim, somut olaya göre, intifa hakkının bedelsiz olarak ya da kuru mülkiyet hakkı sahibinin, normal hak süresine kadar hesaplanacak bir bedel ödenmesi ile sona ermesine karar verir. Vadenin öncelenmesi sureti ile hakkın sona ermesini engellemek isteyen intifa hakkı sahibi, intifa konusunu eski haline getirebilir ya da vade sonuna kadar bir teminat gösterebilir.

Yargıtay'ın önüne gelmiş bir uyuşmazlıkta, oturma hakkı sahibinin hak konusu taşınmazı kiralaması sebebi ile hakkın sona erdirilmesi talebi ile açılan davada, intifa hakkına ilişkin hükümlerin kıyasen oturma hakkına da uygulanacağına, sona erme sebepleri arasında da hakkın özüne aykırı davranma yer almadığına hükmedilmiştir. 1. HD., 29.06.1992, E. 3800, K. 8611 (Özkan, s. 64-65). Bununla birlikte somut karar için hakkın özüne dokunmama kavramı yerine aslında tipe bağlılık ilkesine aykırılığın kabulü daha doğru olurdu.

2) Ayrık Durumlar: Kişisel İrtifaklara İlişkin Medeni Kanun Sisteminden Sapan Düzenlemeler

Bu başlık altında, Medeni Kanun'da kişisel irtifaklar için öngörülen sistemden sapan ve bu sistemi tartışmaya açan hükümler değerlendirilecektir. Ele alınacak bu hükümler, kişiyle kaim irtifakların devredilmemesi ve mirasla geçmemesi ile üst hakkı için öngörülen yüz yıllık süredir.

a) Kişiyile Kaim İrtifakların Devredilmemesi Ve Mirasla Geçmemesine İlişkin Tartışmalar

Medeni Kanun, kişiyle kaim irtifaklar olan intifa ve oturma hakkını devredilmez ve miras ile geçmez irtifaklar olarak düzenlemiştir. Bu durumun bir hukuk politikası tercihi olduğu ifade edilmektedir. Zira, farklı sistemlerde intifa hakkı sahibinin hakkını devretmek sureti ile tasarruf yetkisine sahip kılınması, malikin taşınmazı üzerindeki bütün yetkilerin kendine dönmesi beklentisini ortadan kaldırmaz³⁴³. İntifa hakkı sahibi tasarruf yetkisini kullanmaz ve hakkı devretmezse, hak sona erdiğinde bütün yetkiler yine malike dönecektir. Bu yapının kabul edildiği bir sistem örneği olarak Fransız hukuku gösterilmektedir³⁴⁴.

Kanaatimizce, intifa hakkının devrinin yasaklanmasını sadece hukuk politikasına bağlamak doğru bir yaklaşım olmaz. Öncelikle, malikin taşınmazını makul bir şekilde kullanma imkanına sahip olması, intifa hakkı sahibinin hakkından kaynaklanan bir yetkiyi kullanmamasına ya da devretmemesine bağlı ise; hak sahibinin yetkisini kullanma ya da kullanmama yönündeki seçimi önceden bilinemeyeceğinden öngörülebilirlikten söz edilemez. Devredilebilen, ama hak sahibinin devir yetkisini kullanmadığı bir intifa hakkının tesis edilmesinin mülkiyetin özüne dokunmadığı ileri sürülemez. Diğer taraftan, bizim benimsediğimiz sistemden pek çok yönden ayrılan Fransız hukukunda, intifa hakkının hukuki niteliği tartışmalıdır. İntifa, bu hukuka göre bir irtifak hakkı değildir. Hatta intifa hakkını,

³⁴³ Özen, s. 8-9.

³⁴⁴ Fransız Medeni Kanunu'nun 595. maddesinin ilk fıkrasına göre, intifa hakkı sahibi hakkını kendisi kullanabileceği gibi, intifa konusu malı kiralayabilir, satabilir ya da bağışlayabilir.

geçici bir mülkiyet hakkı olarak değerlendirilenler de vardır³⁴⁵. Bu sebep ile, Fransız hukuku karşılaştırma yapmaya elverişli bir sistem sunmaz.

Başka bir yaklaşım uyarınca, kişiyle kaim intifa hakkının sağladığı yetkilerin içeriği ya da kullanım alanları kısıtlanır ise³⁴⁶, bu hak taşınmaz lehine irtifak şeklinde süresiz kurulabilir. Zira bu hakların süreye bağlanmasının gerekçesi, hak sahiplerine sağladıkları geniş yetkidir. Yetkiler kısıtlanırsa ya da kapsam daraltılırsa, hakkın süresiz olması mülkiyetin özüne dokunmayacaktır³⁴⁷.

Oturma hakkında ise, hak sahibinin yetkisinin sadece bir meskeni konut olarak kullanmak olduğu vurgulanarak, zaten içerik bakımından kısıtlı olduğu, hakkın yüz yıl ile sınırlandırılması halinde taşınmaz lehine oturma hakkı tesis edilebileceği ifade

³⁴⁵ Atias, N. 217; Bergel, Bruschi, Cimamonti, N. 250; Dross, N. 82 ve N. 281. İntifa hakkının hak sahibine malikin bütün yetkilerini vermemesi ve intifa hakkı sahibi ile kuru mülkiyet sahibi arasında bir hukuki ilişkinin bulunması sebebi ile intifanın bir mülkiyet çeşidi olarak ele alınmaması; kendisine özgü bir aynı hak olarak değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin karşıt görüş için bkz. Larroumet, s. 257.

³⁴⁶ Galland, **Contenu**, s. 123. İntifanın taşınmazın sadece bir kısmında kurulabileceğine ilişkin bkz. Alexandra Farine Fabbro, **L'usufruit immobilier**, Fribourg, Schulthess, 2000, s. 72. Belirtelim ki İsviçre öğretisinden farklı olarak, Federal Mahkeme intifa hakkının taşınmazın sadece belirli bir yerinde kullanılmasını kabul etmemiştir. Mahkemeye göre, intifa hakkı, intifa konusu üzerinde en geniş kullanma ve yararlanma yetkilerini sağladığına göre, taşınmazın belirli bir yeri ile kullanımı sınırlanmış bir intifa tesis edilemez. Bu husus belirlilik ilkesinin bir gereğidir. Kaldı ki söz konusu durum sınırlı sayı ilkesine de aykırılık arz eder. Zira oturma hakkı ile intifa hakkı arasındaki fark silikleşmektedir. Bu sebeple taşınmazın belirli bir yerinde kullanılacak bir intifa hakkı tesis etmektense, aynı içerikte ve taşınmazın belirli yeri ile sınırlı bir diğer irtifak kurmak icap eder. ATF 116 II 275 = JdT 1993 I 189. Benzer bir durum, Yargıtay'ın önüne de gelmiş ve Yargıtay da bu yönde bir karar vermiştir. Bkz. Yarg. 4. HD., 14.12.1965, E. 1965/6233, K. 1965/7322 (www.kazanci.com). Karara konu olan uyuşmazlıkta, malik intifa hakkına konu olan taşınmaz üzerindeki binaya ekstra bir kat inşa etmiştir. Bu durumda Yargıtay, hem bütünleyici parçaların hukuki durumu, hem de yok olan şeyin malik tarafından yaptırılması ile intifanın devam etmesine atıfta bulunarak, intifa hakkının sadece mevcut katı konu almadığına, yeni yapılan kata da etki edeceğine karar vermiştir. Belirtelim ki, intifa hakkının konusunu düzenleyen İsvMK m. 745'e son bir fıkra eklenerek taşınmazın belirli bir bölümünde intifa hakkının tesis edilebileceği özel olarak düzenlenmiştir. Türk hukukunda ise açık bir düzenleme bulunmaması karşısında, eşya üzerinde kullanma ve yararlanma yetkilerini elinde tutmak isteyen malikin, intifa hakkını belirli oran üzerinde kurması önerilmektedir. Özen, s. 58. Yine de biz, herhangi bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulmaksızın, irtifak sözleşmesinde aynı etkili olarak irtifakın kullanılacağı alanın sınırlanabileceğine ilişkin İsviçre öğretisindeki görüşlerin kabul edilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Bu görüşler için bkz. Gerhard Eggen, "Privatliche Fragen des neuen Bauens und ihre Wirkungen auf das Grundbuch", **RNRF** 53/1972, s. 211-212; Alexandra Farine Fabbro, **L'usufruit sur une partie d'immeuble**", **RNRF** 84/2003, s. 81; Rey, **Funktionen**, s. 263; **ZK-Baumann**, art. 745 ZGB, N. 31.

³⁴⁷ Galland, **Contenu**, s. 120.

edilmektedir³⁴⁸. Bu hukuki yapının göstereceği yarar, bu süre zarfında oturma hakkının mirasçılara geçebilmesidir.

Türk ve İsviçre hukuklarındaki hakim görüşe göre³⁴⁹, intifa ve oturma hakları kişiyle kaim haklardır. Bu hakların devredilemeyeceği ve mirasla geçmeyeceği kanunda emredici bir hüküm ile düzenlenmiştir. Bu sebeple devredilebilecekleri ya da taşınmaz lehine kurularak süresiz hale getirilebilecekleri sonucuna varılmamalıdır³⁵⁰.

İntifa hakkının kişiyle kaim olarak düzenlenmesinin sebebini mülkiyetin özünün boşaltılmasının engellenmesidir³⁵¹. Oturma hakkı ise, malik ile hak sahibi arasında özel bir tek taraflı güven ilişkisine dayanır. Bu sebeple, hakkın kendisinin ve hatta kullanımının devredilmesi kanun tarafından yasaklanmıştır³⁵². Bununla birlikte, miras yoluyla olmasa da oturma hakkının vadeye bağlanmak suretiyle başka hak sahiplerine geçirilmesi kabul edilebilir. Oturma hakkını kuran sözleşmenin tarafları, oturma hakkından yaşarlarken anne ve baba, ölümlerinde ise çocukların yararlanacağını kararlaştırabilirler³⁵³. Ne var ki burada çocukların da baştan hak

³⁴⁸ Galland, **Contenu**, s. 130.

³⁴⁹ Akipek, Akıntürk, s. 674; **BK**-Leeman, art. 749 ZGB, N. 10 ve art. 781 ZGB, N. 37; **BSK**-Petitpierre, art. 730 ZGB, N. 7; **HandK**-Göksu, art. 730 ZGB, N. 10; Mooser, **Habitation**, s. 10; Michel Kähr, “Art. 713-736”, **Kommentar-Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, (edit. Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf), 2. Auf., Zurich, Orell Füssli, 2011, art. 730 ZGB, N. 19; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2743, **Eşya**, N. 2895 ve N. 3060, dn. 436; D. Piotet, **Traité**, s. 40; P. Piotet, **Traité**, s. 30; Maryse Pradervand-Kernen, **La valeur des servitudes foncières et du droit de superficie**, Fribourg, Schulthess, 2007, s. 11-12; Schmid, Hürlimann-Kaup, N. 1262; Steinauer, **T. II**, N. 2209; **ZK**-Liver, Einleitung zum Dienstbarkeitskommentar, N. 64. Bir bağımsız bölüm üzerinde oturma hakkı ile aynı içerikte, ama devredilebilir bir kişisel irtifak kurulamayacağına ilişki bkz. ATF 103 II 176 = JdT 1978 I 333 ve ATF 113 II 146 = JdT 1987 I 612.

³⁵⁰ Yargıtay’ın bu durumu göz önüne almadığı bir kararı için bkz. Yarg. HGK, 14.06.1989, E. 1989/1-307, K. 1989/419: Davacı, intifa hakkını kendisinde tutarak taşınmazını davalıya kayıtsız ve şartsız olarak bağışlamıştır. Daha sonra da aynı taşınmaz için davalı ile ölünceye kadar bakma sözleşmesi akdetmişlerdir. Yargıtay’a göre “ [...] Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin konusu, daha önce intifa hakkı saklı tutularak kayıtsız şartsız devredilen taşınmazın intifa hakkının bakım sözleşmesi karşılığı davalıya devrinden ibarettir” (www.kazanci.com). Kanımızca somut uyuşmazlık bakımından yapılması gereken, ölünceye kadar bakma borcu karşısında, davacının intifa hakkından vazgeçmeyi borçlanması olmalıydı.

³⁵¹ Köprülü, Kaneti, s. 98.

³⁵² Mooser, **Habitation**, s. 28; Felix Schöbi, “Bemerkungen zur sogennanten “Höchstpersönlichkeit” des Wohnrechtes”, **Recht** 1988, s. 59. Bu tek taraflı güven ilişkisi sebebi ile, yüklü taşınmaz maliki taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını devredebilir ya da oturma hakkı sahibini bir kiracı ile birlikte yaşamaya zorlayabilir.

³⁵³ ATF 123 III 461 = JdT 1998 I 664.

sahibi olarak belirlendiklerine dikkat edilmelidir. Anlaşma ile hakkın kullanım şeklinin belirlenmesi geçerlidir.

Kanaatimizce de Türk ve İsviçre hukuklarında hakim olan bu ikinci görüş kabul edilmelidir. İntifa ve oturma haklarının kişiyle kaim olmasının bir hukuk politikası tercihi olduğu ifade edilmişse de, konuya ilişkin Medeni Kanun hükümleri emredici niteliktedir. Diğer taraftan, aynı ilişkiyi etkileyecek aynı etkili hükümlerin sınırlı sayı ilkesine aykırı olarak aynı hak tipini değiştirmemesi de gerekir³⁵⁴. Medeni Kanun'un getirdiği sistem bellidir: Hak geniş yetkiler veriyor ise, süresi sınırlanır; kullanım alanı ve/veya verdiği yetkiler kısıtlı olan hak ise süresiz olarak kurulabilir³⁵⁵. Bu çerçevede, özellikle Galland'nın teklif ettiği gibi, hakkın tanıdığı birkaç yetkiyi sınırlandırıp, taşınmaz lehine kurulmuş bir irtifakı süreye bağlamak Medeni Kanun'un yerleştirdiği sistem çerçevesinde kabul edilebilir bir çözüm değildir. Şayet hak sahibine geniş yetki tanımak isteniyor ise, bu yetkileri açıkça belirlendikten sonra hakkın kapsamı ya da süresi daraltılarak bir diğer irtifak kurulabilir. Yoksa var olan bir hakkın tipolojisi değiştirilerek kanun koyucunun iradesine karşı çıkılmamalıdır.

b) Üst Hakkının Yüz Yıllık Üst Süreye Bağlanmasının Yarattığı Tartışmalar

i. Taşınmaz Lehine Tesis Edilen Üst Hakları Bakımından

Medeni Kanun üst hakkını devredilebilen ve miras ile geçebilen bir kişisel irtifak olarak düzenlemiştir. Bununla birlikte, üst hakkı kişisel irtifak olarak kurulabileceği gibi taşınmaz lehine irtifak olarak da kurulabilir³⁵⁶. Taşınmaz lehine

³⁵⁴ İki kişisel irtifakın belirli unsurlarının iç içe geçmesinin tipe bağlılık ilkesine zarar vermeyeceğine; önemli olanın, kişisel irtifaklar ile taşınmaz lehine irtifaklara ait unsurlarının birleştirilmemesi olduğuna ilişkin bkz. Hans-Peter Friedrich, "Zum Inhalte der Nutzungsdienstbarkeiten", **Basler Festgabe zum schweizerischen Juristentag**, Basel, Helbing&Lichtenhahn, 1963, s. 54; Rey, **Funktionen**, s. 263.

³⁵⁵ Foëx, **Numerus clausus**, s. 33. Her ne kadar oturma hakkı, taşınmazı mesken olarak kullanma yetkisi vermesi bakımından sınırlı bir içeriğe sahip gözükmese de, malikin taşınmazından makul bir kullanım elde etmesini engellediği için hak sahibine geniş yetki sağlayan bir hak olarak değerlendirilmelidir.

³⁵⁶ **BSK-Isler/Gross**, art. 779 ZGB, N. 7; Mooser, **Superficie**, s. 6; Steinauer, **Superficie**, s. 132.

tesis edilecek üst hakkının süresiz olması dolayısıyla, hak sahibine malikin yetkilerini tanıyan bu hak mülkiyetin özüne zarar verme riski taşır. Bu sebeple, taşınmaz lehine kurulan üst haklarının sınırlanması gerektiği ileri sürülmektedir³⁵⁷.

Taşınmaz lehine üst hakkının nasıl sınırlanacağı ise tartışma yaratmıştır. Bu hususta bulunan ilk çözüm, hakkın yüz yıllık süre ile sınırlandırılmasıdır³⁵⁸. Bağımsız üst haklarının en çok yüz yıl süre ile kurulabileceğini düzenleyen MK m. 836'nın kıyasen uygulanması ile bu sonuca ulaşılmaktadır. Taşınmaz lehine intifa ve oturma hakkı kurulabileceğine ilişkin görüşe getirdiğimiz eleştiri burada da gündeme gelecektir: Taşınmaz lehine üst hakkının bir irtifak hakkı olarak hem geniş bir içeriğe sahip olması, hem de süreye bağlanması sebebi ile tipolojisi bozulmuş olacaktır. Bu durum ise Medeni Kanun'un irtifaklar için öngördüğü sisteme aykırıdır³⁵⁹.

Taşınmaz lehine kurulan üst hakkının nasıl sınırlandırılacağına ilişkin diğer çözümü ele almadan önce, Medeni Kanun'un komşuluk hukukuna ilişkin hükümleri arasında düzenlenen taşkın yapı dolayısıyla kurulan irtifak ile ve mecra irtifakına dikkati çekmek isteriz. Taşkın inşaat dolayısıyla kurulan irtifak, taşınmaz lehine kurulan bir irtifak hakkıdır³⁶⁰. İçerdiği yetkiler ile de, taşınmaz lehine üst hakkına yaklaşmaktadır. Yine de üst hakkının sona ermesi halinde yapıların arazinin bütünlüycü parçası haline geleceği ve arazi malikine kalacağına ilişkin MK m. 828 uygulama alanı bulamayacağından, üst hakkına yaklaşan bu irtifak, bir üst hakkı

³⁵⁷ Hiçbir sınırlama olmaksızın taşınmaz lehine üst hakkı kurulabileceğine ilişkin karşıt görüş için bkz. Freimüller, s. 60-61; P. Piotet, **Traité**, s. 37.

³⁵⁸ **BK-Rey**, art. 730 ZGB, N. 33; Galland, **Contenu**, s. 136; Hürlimann-Kaup, **Schranken**, s. 72; Isler, s. 42; D. Piotet, **Traité**, s. 45-46; P. Piotet, **Traité**, s. 37; Hans Michael Riemer, **Das Baurecht (Baurechtsdienstbarkeit) des Zivilgesetzbuches und seine Behandlung im Steuerrecht**, Zürich, Schulthess, 1968, s. 24; **ZK-Liver**, art. 730 ZGB, N. 15; Zurbriggen, s. 154.

³⁵⁹ Foëx, **Numerus clausus**, s. 33.

³⁶⁰ Aral, s. 18; Bachmann, s. 35; **BK-Rey**, Vorb. zu den art. 730-736 ZGB, N. 35; Foëx, **Numerus clausus**, s. 32; Hürlimann-Kaup, **Schranken**, s. 82; Isler, s. 52; Liver, **Eigentum**, s. 179; Arthur Meier-Hayoz, **Grundeigentum I, Art. 655-679 ZGB, Berner Kommentar, Bd. IV/1/2**, 3. Auf., Bern, Stämpfli, 1965, art. 674 ZGB, N. 24; Heinz Rey, Lorenz Strebel, "Art. 664-712, 780, 20 SchlT, 56 SchlT", **Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar**, (edit. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), 5. Auf., Basel, Helbing&Lichtenhahn, 2015, art. 674 ZGB, N. 4; Riemer, **Baurecht**, s. 46; Riemer, **Beschränkten**, s. 52; Steinauer, **Superficie**, s. 135; Sutter-Somm, N. 677; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 860-861; Wieland, art. 674 ZGB, s. 255 ve art. 779 ZGB, s. 625.

değildir³⁶¹. Taşkın yapı ile yapı sahibinin arazisindeki esas yapı arasında fiziksel ve ekonomik yönden kesin ve sürekli bir bağıllık bulunmaktadır³⁶². Asıl yapı ile taşkın kısım aynı hukuki kadere sahip olmadıkça, taşkın yapı dolayısıyla kurulan irtifakın bir anlamı kalmaz³⁶³. Bu bağıllık dolayısıyla taşınan yapı sahibine tanınacak irtifakın, taşınmaz lehine irtifak şeklinde kurulması gerekir. Doğası gereği, bu irtifakın kullanım alanı sadece taşınan kısım ile sınırlıdır³⁶⁴.

Bazı mecra irtifakları niteliği itibari ile bir üst hakkıdır, zira hakkın kapsamında mecra'nın geçirilebilmesi için gerekli inşaatın yapılması yetkisi de vardır³⁶⁵. Sözleşmesel mecra irtifakı hem kişiye hem de eşyaya bağlı olarak kurulabilse de, kanundan doğan mecra irtifakı, doğası gereği taşınmaz lehine tesis edilmelidir. Zira kanundan doğan mecra irtifakı, bir taşınmazın ihtiyaçlarının görülmesi için mecra irtifakı kurulması zorunluluğuna dayanır (MK m. 744). Eğer bu irtifakın kişiye bağlı olduğu düşünülürse, irtifakın kurulmasından sonra üçüncü kişiye devredilmesinin önünde bir engel kalmayacaktır. Bu husus ise, zorunluluk unsurunu sorgulatacağından kabul edilmemelidir. Kaldı ki böyle bir durumda hak sahibi vefat ettiğinde, irtifak sona ereceğinden, taşınmaza yeni malik olacak kişi zorunluluk hali sebebi ile yine kanundan doğan mecra irtifakına başvurmak

³⁶¹ Gürzumar, s. 85-86; Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 637; Spycher, s. 94. Üst hakkı olduğu, ama üst hakkına ilişkin hükümlere değil, taşınmaz lehine irtifaklara ilişkin hükümlere tâbi tutulması gerektiğine ilişkin katılmadığımız aksi görüş için bkz. **CR-Ballif**, art. 779 CC, N. 23.

³⁶² Eren, **Mülkiyet**, s. 361; Sermet Akman, **Taşkın İnşaat**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 30-31.

³⁶³ Akman, s. 169; Eren, **Mülkiyet**, s. 362; Schmid, Hürlimann-Kaup, N. 1263; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 860. Karşı görüş için bkz. Gürzumar, s. 85-86; Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 637. Hatemi, Serozan ve Arpacı'ya göre, bu irtifakın kişisel irtifak ya da kişiyle kaim olarak kurulması gerektiği görüşü ile; Gürzumar'ın, taşınan kısmın üst hakkına konu olmayacağı, ancak MK m. 838 kapsamında diğer irtifak şeklinde kurulabileceği görüşüne katılmamaktayız. Burada MK m. 779 anlamında bir taşınmaz lehine irtifak bulunduğu kabul edilmelidir. Taşkın yapı dolayısıyla kurulan irtifakın aslında bir taşınmaz lehine irtifak olduğu, ne var ki tarafların anlaşarak kişisel irtifak da kurabileceklerine ilişkin farklı ama bizim katılabileceğimiz bir görüş için ise bkz. **BK-Meier-Hayoz**, art. 674 ZGB, N. 25.

³⁶⁴ Galland, **Contenu**, s. 160.

³⁶⁵ Özakman, s. 36-37; D. Zobl, s. 93.

Bazı mecra irtifakları ise, kanun gereği taşınır yapılara katlanılmasını konu alır. Bir taşınmaz üzerinde elektrik telleri geçirilebilmesi için ecra irtifakının tesis edilmesi, bu duruma örnek gösterilebilir. Bu irtifaklar üst hakkı niteliğinde değildir; yüklü taşınmaz malikine arazisi üzerindeki taşınır yapılara katlanma yükü yükleyen bir diğer irtifak şeklinde nitelendirilmelidir. **BSK-Isler/Gross**, art. 799 ZGB, N. 13; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2086, dn. 458a; Steinauer, **Superficie**, s. 136. Diğer taraftan, MK m. 727 çerçevesinde bir işletmenin eklentisi niteliğinde olan mecra irtifaklarının bu işletmenin sahibinin mülkiyetinde sayılması için kurulacak olan irtifak hakkının üst hakkı olmayacağına ilişkin bkz. Gürzumar, s. 90; Spycher, s. 94-95.

durumunda kalacaktır. Dolayısıyla kanundan doğan mecra irtifaklarının baştan taşınmaz lehine kurulması en uygun çözüm olarak karşımıza çıkar. Hal böyle olunca da, kanundan doğan mecra irtifakının Medeni Kanun tarafından düzenlenen, başka bir taşınmaz lehine üst hakkı olduğu sonucuna varılmalıdır³⁶⁶. Taşınmaz lehine kurulan, dolayısıyla da süresiz olan bu üst hakkı çeşidinin de doğası gereği kullanım alanının sınırlı olduğuna dikkat edilmelidir.

Medeni Kanun'un düzenlediği taşınmaz lehine üst haklarında kullanım alanının sınırlandırılmasına dikkati çekmek isteriz. İsviçre'de de, üst hakkına ilişkin düzenlemeleri içeren kanun tasarısına ilişkin mesajda³⁶⁷, devredilmeyen ve mirasla geçmeyen irtifakların kanalizasyon, destek duvarı, meteoroloji istasyonu gibi az yer kaplayacak yapılar için kullanılacağı fikrinden yola çıkılarak, kullanım yerleri sınırlı olduğundan süre ile sınırlandırmaya ihtiyaç duyulmadığı ifade edilmiştir. Uygulamada da taşınmaz lehine üst hakkına başvurma ihtiyacı, yeraltı garajı gibi yararlanan taşınmaza oranla ikincil derecede önemi olan yapılar bakımından gündeme gelmektedir³⁶⁸. Bu durumda yapının kullanım alanı bakımından doğal bir sınırlama olacağından, kanaatimizce taşınmaz lehine kurulan üst hakları süre sınırlamasına tâbi olmamalıdır³⁶⁹.

ii. Bir Tüzel Kişi Lehine Devri Yasaklanarak Tesis Edilmiş Üst Hakları Bakımından

Üst haklarına ilişkin ikinci sorun ise, tarafların kurucu sözleşmede devredilemeyeceğini ve mirasla geçemeyeceğini öngördükleri üst hakları bakımından gündeme gelmektedir. Zira MK m. 836'ya göre, yüz yıllık süre sınırı bağımsız üst hakları bakımından düzenlenmiştir. Hak bağımsız olmayınca, süre sınırı

³⁶⁶ Michel Pittet, **Les servitudes légales**, Lausanne, Imprimerie vaudoise, 1967, s. 52; Şahiniz, **Mecra**, s. 61 ve s. 130. Belirtelim ki bu son yazar, genel geçer her durumda kanundan doğan mecra irtifakının niteliğinin üst hakkı olduğunu kabul etmemektedir; bazı durumlarda diğer irtifaklar çerçevesinde kurulduğunu savunmaktadır.

³⁶⁷ FF 1963, s. 1013.

³⁶⁸ Aral, s. 62-63; Mooser, **Superficie**, s. 6.

³⁶⁹ Ballif, s. 43; **BK**-Leeman, art. 730 ZGB, N. 17 ve art. 779, N. 44; **BSK**-Isler/Gros, art. 779 ZGB, N. 4; **CR**-Ballif, art. 779 CC, N. 3; Foëx, **Numerus clausus**, s. 33; Freimüller, s. 61; Friedrich, s. 49-50; Gürzumar, s. 57; Ruedin, s. 85 ve 138; Ünal, **Yapı**, s. 147.

da olmayacaktır. Gerçek kişi lehine kurulmuş üst hakları bu çerçevede bir problem yaratmaz; zira hak, hak sahibi gerçek kişinin ölümü ile sona erecektir³⁷⁰. Ne var ki bu üst hakkı tüzel kişi için kurulduğunda, tüzel kişinin kişiliğinin sona ermesi bu derece öngörülebilir değildir. Dolayısıyla hak sahibine malikin yetkilerini tanıyan bir hakkın öngörülemez uzun bir sürede ayakta kalması, mülkiyet hakkının özünü ihlal edebilecek niteliktedir.

Bu soruna karşı yine iki çözüm ileri sürülmektedir. İlk olarak bağımsız üst haklarına ilişkin MK m. 836'ya kıyasen, tüzel kişi lehine devredilemeyen üst hakkının da en çok yüz yıl süre ile kurulabilmesi gerektiği ifade edilmektedir³⁷¹. İkinci görüşe göre ise, tüzel kişi lehine kurulan devredilemeyen üst hakkı yüz yıllık süreye tâbi değildir; zira bu üst hakkının göstereceği risk, bağımsız üst hakkının arz ettiğinden daha düşüktür³⁷². Bununla birlikte hakim, bu üst hakkının mülkiyetin özüne dokunduğuna karar vermişse, değişik kısmi hükümsüzlük gereği trafların farazi iradelerini göz önüne alarak süre sınırlaması getirebilir³⁷³.

b. Yararı Sona Eren Ya Da Azalan İrtifak Hakkının Terkin Edilmesi - MK m. 785

Mülkiyet hakkının sonsuza kadar irtifaklar ile haksız bir şekilde kayıtlanması riskine karşı kanun koyucu, özellikle taşınmaz lehine irtifakların kural olarak süresiz bir şekilde kurulabileceğini düzenlemenin yanında, irtifak hakkı sahibinin bu irtifakın mevcudiyetinde bir menfaatinin bulunmasını aramıştır. Dolayısıyla irtifak hakkı sahibinin artık irtifakın ayakta tutulmasına yönelik bir menfaati bulunmuyor ise, temelsiz kalmış bu irtifak hakkı sona erecektir. Aynı şekilde hak sahibinin menfaati, irtifakın mülkiyet hakkı sahibine yüklediği külfet karşısında çok önemsiz kalıyorsa da, irtifak hakkının sona erdirilebilmesi gerekir.

³⁷⁰ Ballif, s. 42.

³⁷¹ Ballif, s. 44; Galland, **Contenu**, s. 136.

³⁷² Uygulamada, devredilemeyen ve mirasçılara geçmeyen üst haklarına genellikle yüklü taşınmaz üzerinde az bir alan kaplayan benzin istasyonu, transformator ya da satış büfeleri gibi küçük yapıların inşa edilmesi için başvurulduğu bildirilmiştir. Freimüller, s. 61-62; Gürzumar, s. 53.

³⁷³ Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi, Serozan, Arpacı), s. 602; Mooser, **Superficie**, s. 20; Paul-Henri Steinauer, "Retour anticipé et extinction du droit de superficie", **Droit de superficie et leasing immobilier**, (edit. Bénédict Foëx), Genève-Zurich-Bâle, Schulthess, 2011, s. 69.

İrtifak haklarının yararın kalmaması ya da arz ettiği yüke oranla orantısız biçimde az olması hali, MK m. 785'te düzenlenmiştir. İlgili hüküm uyarınca, “[l]ehine irtifak kurulan taşınmaz için bu hakkın sağladığı hiçbir yarar kalmamışsa, yüklü taşınmazın maliki bu hakkın terkininin isteyebilir. / Yüğüne oranla çok az yarar sağlayan bir irtifak hakkının bedel karşılığında kısmen ya da tamamen terkinini istenebilir.”

Hükümün hukuki temeline ilişkin tartışmalar İsviçre’de birçok Federal Mahkeme kararına konu olmuştur. Bu hukuki temel, farklı dönemlerde hakkın kötüye kullanılmasının engellenmesi, *clausula rebus sic stantibus* ilkesinin uygulanması ve mülkiyet hakkının korunması olarak ortaya çıkmıştır.

1) MK m. 785’in Hukuki Niteliğine İlişkin Federal Mahkeme’nin Emsal İçtihatları

Federal Mahkeme ilk defa 5 Haziran 1924 tarihinde *Hoire Eidenbenz - Société du Musée de Zurich’e karşı* kararı ile MK m. 785’in hukuki niteliğine ilişkin görüş bildirmiştir³⁷⁴. Karara konu olan uyuşmazlıkta, davacının taşınmazının üzerinde, mevcut binasından daha yüksek bir bina yapmasını engelleyen 1771 tarihli bir irtifak bulunmaktadır. Davacı ise, şehirleşme sonucu ortaya çıkan nüfus artışı ve konut ihtiyacından faydalanabilmeyi istemektedir. Bu yüzden, mevcut binasını yıkıp yeni bir bina yapmayı, yeni oluşan bölümleri de kiraya vermeyi amaçlamaktadır. Davacı, taşınmazı üzerinde kurulan irtifakın amacının göl üzerindeki manzaradan yararlanmak olduğunu, ama çevredeki diğer arazilerdeki yüksek yapılar sebebi ile yararlanan taşınmazın göl manzarasının kapandığını, dolayısıyla irtifak hakkının yararsız kaldığını ileri sürmüştür. Mahkeme, irtifakın aynı zamanda havadan ve ışık kaynağından yararlanma ve gürültüden uzaklaşma işlevi gördüğünü bildirerek irtifakın MK m. 785/f. I’e dayanan bedelsiz terkinini talebini reddetmiştir. Şehrin genişlemesi ile birlikte irtifakın yüklü taşınmaz için daha ağır bir külfet halini aldığını kabul eden Federal Mahkeme, taşınmazın artık şehir merkezinde yer alması ile irtifakın kurulmasındaki amacın daha da hissedilir olduğunu ifade etmiştir.

³⁷⁴ ATF 50 II 467 = JdT 1925 I 162.

Terkinin değer azalması halinde değil, yarar azalması halinde gerçekleştirileceğini dikkati çeken Mahkeme, ikinci fıkranın irtifakın yararlanan için çok az bir yarar arz ettiği, ne var ki yüklü taşınmaz malikine orantısız bir külfet yüklediği durumlarda, hak sahibinin hakkını kötüye kullanmasını engellemek için düzenlendiğini ifade ederek somut olay açısından irtifakın MK m. 785/f. II gereği terkin talebini de reddetmiştir.

Görüldüğü zere Federal Mahkeme, MK m. 785'in temelini ilk olarak hakkın kötüye kullanılması yasağı olarak saptamıştır. Bu saptama, *Wyss-Henggeler ve cons. - Fuchs et Cie'ye karşı kararı*³⁷⁵ ile *Neuweilerplatz A.-G. - Epoux Kaiser-Meyer'e karşı kararında*³⁷⁶ da kullanılmıştır.

Bu kararların ilkinde, manzara kapatmama irtifakına konu arazide arazi maliki, aile şirketini büyütebilmek için müştemilat inşa etmek istemektedir. Davacı ise, irtifak hakkı ile bağdaşmayan bu mştemilatın yapımına karşı çıkmaktadır. Federal Mahkeme, MK m. 785'in hakkın kötüye kullanılmasının özel bir uygulama alanı olduğunu belirttikten sonra, terkinin ancak irtifakın ayakta tutulmasının haklı görülmeyeceği ve hakkın kötüye kullanılması halini göstereceği durumlarda gerçekleştirilebileceğini ifade etmiştir. Somut olay bakımından Mahkeme, davalıların başka ailelerin de ilgili iş koluna girdikleri, bu sebeple işlerini büyütmeleri gerektiğine ilişkin savunmalarının irtifakın sona erdirilmesini haklı göstermeyeceğine karar vermiştir. Federal Mahkeme'ye göre, irtifak hakkının davalıya eskisine oranla daha ağır bir yük olarak gözükmesi, kendisinin aile şirketini büyütme kararına dayanır. Yoksa irtifakın şartlarında bir değişme olmamıştır. Yüklü taşınmaz malikinin kendi tasarrufu sebebi ile irtifakın ağırlaşması durumunda, irtifak hakkı sahibinin terkinine rıza göstermemesi hakkın kötüye kullanılması olarak ele alınamaz. MK m. 785'in uygulanmasının şartları oluşmamıştır.

İkinci kararda ise, davacı şirket manzara kapatmama irtifaklı bir taşınmaz satın almıştır. Bir süre sonra bu taşınmazda mevcut bina yerine daha modern bir bina inşa ederek taşınmazın değerini arttırmak istemiştir. Davalıların inşaata karşı çıkması üzerine, yararın kalmaması sebebi ile dava açan davacının yararın tamamı ile sona

³⁷⁵ ATF 66 II 243 = JdT 1941 I 293.

³⁷⁶ ATF 79 II 56 = JdT 1954 I 105.

erdiğine ilişkin iddiası, yeni durumda davalıların manzarasının tamamı ile kapanacak olması nedeni ile Federal Mahkeme tarafından kabul görmez. Bununla birlikte Mahkeme, davacının yüklü taşınmazı emsalin çok üstünde bir bedel ile satın aldığını saptar. Dolayısıyla irtifakın arz ettiği yük, davacının kendi tasarrufundan, taşınmazı edinirken değerinin çok üzerinde bir bedel ödemesi nedeni ile ağırlaşmıştır. Bu fazla bedel, şayet davacı istediği gibi taşınmaz üzerinde inşaat yapabilecek olsaydı makul olabilirdi. Ama davacı irtifakı görerek ve ileride anlaşma yoluyla ya da mahkeme kararı ile sona erdirebileceğini düşünerek inşaat yapmak üzere taşınmazı bedelinin üzerinde satın aldıysa, bu saik yanılmasından kendi etkilenir, davalılar etkilenmez. Federal Mahkeme'ye göre sırf irtifak, yüklü taşınmaz maliki için daha ağır bir yük arz ettiği için irtifak hakkı sahibinin hakkını kötüye kullandığı sonucuna varılmamalıdır.

Federal Mahkeme, MK m. 785'in temelinde hakkında kötüye kullanılması yasağının bulunduğu görüşünden 8 Haziran 1944 tarihli *C.J. Bucher A.G. - Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accident'a karşı* kararı³⁷⁷ ile dönmüştür. Karara konu olan uyuşmazlıkta, davalıdan önceki malik taşınmazının bir parselini kendi taşınmazı lehine inşaat yapmama irtifakı ile yüklü bir biçimde satmıştır. Bu irtifak dolayısıyla hiçbir alıcı, parsel üzerinde belirli bir yüksekliği aşan inşaat yapamayacaktır. Davacı, taşınmazın bir sonraki alıcısıdır. Taşınmazda ilk önce irtifaka uygun düz çatılı bir bina inşa etmiş; ne var ki çatının onarım zamanı geldiğinde artık değişen imar mevzuatı sebebi ile kiremitli çatı yapması gerektiği ilgili idare tarafından kendisine bildirilmiştir. Kiremitli çatı yapılması halinde ise irtifak hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Davalının yeni çatı projesine itirazı üzerine davacı yüklü taşınmaz maliki, MK m. 785'e dayanarak irtifakın kaldırılmasını talep etmiştir. Talebi MK m. 785/f. II çerçevesinde inceleyen Federal Mahkeme, öncelikle ilgili hükmün *clausula rebus sic stantibus* ilkesinin özel bir görünümü olduğunu vurgulamıştır. Kurulduğu dönemden sonraki şartların değişmesi sebebi ile, irtifakın yararsız kalması ya da hak sahibi için çok az bir yarar göstermesi Mahkeme'nin hareket noktasıdır. Bu durumda MK m. 785'in uygulanabilmesi için, irtifakın kurulma tarihinden sonra birtakım yeni olaylar meydana gelmelidir. Ayrıca tarafların

³⁷⁷ ATF 70 II 96 = JdT 1944 I 532.

menfaatleri arasındaki büyük dengesizlik nedeni ile, hak sahibinin irtifakın tamamen ya da kısmen kaldırılmasına itiraz etmesi, hakkın kötüye kullanılması olarak görülmelidir. Somut olayda, yararlanan taşınmaz bakımından irtifak hakkının değerini düşüren yeni bir durum meydana gelmemiştir. Davacı taraf açısından bakıldığında ise, davacının yeni bir çatı yaptırmaya yönelik acil bir ihtiyacı yoktur, mevcut çatısını onarabilir. Kaldı ki acil bir kiremitli çatı yaptırma ihtiyacının bulunduğu kabul edilse dahi, davacının başvurması gereken yol, binasındaki bir kattan fedakarlık ederek çatısını yaptırmasıdır. Mahkeme'ye göre davacı 1925 yılında binasını inşa ettirirken düz çatının dezavantajlarını öngörebilecek durumdadır. Bu sebeple sonradan bu dezavantajlarla karşılaştığında, sonuçlarını yararlanan taşınmaza yüklemek haksızlık olur.

Federal Mahkeme, MK m. 785'in hukuki temelini *clausula rebus sic stantibus* ilkesine dayandırdığı içtihadını da 16 Haziran 1966 tarihli *Frey - Haas'a karşı* kararı³⁷⁸ ile değiştirmiştir. Somut olayda, davacının satın aldığı taşınmazda doğal yollar ile oluşmuş ve arkasına havalandırma amaçlı delikler açılmış bir mahsen bulunmaktadır. Bu mahsen 1800'lü yıllarda komşu taşınmazdaki Ochsen Birahanesi'nde üretilen biranın mayalanması için kullanılmıştır. Bu kullanım hakkı, tapu sicili sistemine geçildiğinde irtifak olarak tescil edilmiştir. Yararlanan taşınmazın motorlu taşıtlar ile içecek satan yeni maliki, maden suları, meyve suları, bira kutuları ve benzin fiçilerini saklayabilmek için anılan mahseni yeniden kullanmaya başlamıştır. İrtifakın MK m. 785 gereği terkin edilmesi için açılan davada, Federal Mahkeme mahsenin biranın ikinci mayalamadan önce dinlendirilmesi için kullanıldığını saptamıştır. Belirli bir amaç için kurulan irtifakın herhangi bir ticari malın depolanması için kullanılamayacağına karar veren Mahkeme, MK m. 785'in uygulanması sureti ile irtifakın sona erdiğine hükmetmiştir. Federal Mahkeme, irtifakın hâlâ bir yarar gösterdiğinin takdir edilebilmesi için kuruluş amacı, kapsamı ve içeriğinin gözetilmesi gerektiğini ortaya koymuştur. Hak sahibinin değişen ihtiyaçları için irtifak genişletilemez; yüklü taşınmaz maliki, irtifakın kurulduğu amaçtan farklı bir amaç için kullanılmasına katlamak zorunda değildir. İrtifak hakkı sahibinin bu yeni amaçta yararının

³⁷⁸ ATF 92 II 89 = JdT 1966 I 564.

bulunması da dikkate alınmaz. Bu durumda MK m. 785, mülkiyet hakkının gereksiz yüklerden kurtarılmasına yönelik hukuki bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır.

2) MK m. 785'in Düzenlenme Amacına İlişkin Kabul Edilen Görüş

a) Kabul Edilen Mülkiyeti Koruma Görüşü

Medeni Kanun'un 785. maddesinin temeli, Federal Mahkeme'nin ilk kararlarına göre hakkın kötüye kullanılması yasağı olarak nitelendirilmektedir³⁷⁹. Oysa bu hüküm ile hakkın kötüye kullanılması yasağı arasında temel bir farklılık bulunur: Hakkın kötüye kullanılması yasağı, hakkın kullanılması yüzünden karşı tarafın bir zarara uğramaması esasına dayanıyor iken, MK m. 785'te ise hakkı kullanmanın hak sahibine yarar sağlamaması temel alınmaktadır³⁸⁰. MK m. 2'nin uygulanması sonucunda hakkın belirli bir yönde kullanılması engellenir. Ne var ki, irtifak hakkının arz ettiği menfaatin ortadan kalkması ya da ayakta tutulamayacak derecede azalması hallerinde, artık aynı hakkın sona ermesi söz konusudur³⁸¹. Kaldı ki, MK m. 785'in unsurlarının gerçekleşmesine rağmen ayrıca irtifakın ayakta tutulması yönündeki ısrarın hakkın kötüye kullanılması teşkil edip etmediğinin araştırılması, hükmün uygulama şartları arasında yer almamaktadır.

³⁷⁹ Medeni Kanun'un 785. maddesini, haksız yapılarda arazinin mülkiyetinin malzeme sahibine verilmesine ilişkin MK m. 724, taşkın yapılara ilişkin m. 725 ve işleme ile taşınır mülkiyetinin kazanılmasına ilişkin m. 775 ile birlikte, menfaat değerlendirmesi teorisine (*Interessenabwägungstheorie*) dayandıran yazarlar da bulunur. BK-Leeman, art. 736 ZGB, N. 5; Burdet, s. 37-38. MK m. 785 hükmünün hakkın kötüye kullanılması yasağına dayandığına ilişkin Türk hukukunda ileri sürülen görüş için bkz. Mehmet Handan Surlu, Gülay Öztürk, **Öğreti ve Uygulamanın Işığında Açıklamalı-İçtihatlı Zorunlu Geçit Hakkı ve Diğer Geçit Hakları**, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 755; Mehmet Handan Surlu, Gülay Öztürk, **Öğreti ve Uygulamada Mecra Hakkı: Zorunlu-Rızai Mecra İrtifakı**, Ankara, Seçkin, 2005, s. 519. Yine MK m. 2'deki dürüstlük kuralına dayanan bu teoriye göre, daha üstün bir amacın gerektirmesi halinde haklar sona erebilir ya da sınırlandırılabilir. Kaldı ki MK m. 785'in sunduğu avantaj, yüklü taşınmazı gereksiz irtifak haklarından kurtararak ekonomik değerini arttırmak ve tapu sicilinin düzgün tutulmasına hizmet etmektedir. Eğer MK m. 785 olmasa idi, tamamı ile ya da kısmi olarak yarar arz etmeyen irtifakların sona erdirilmesi hak sahibinin keyfi seçimine kalırdı ve büyük ihtimalle de büyük paralar karşılığında olurdu. BK-Leeman, art. 736 ZGB, N. 6.

³⁸⁰ Özakman, s. 144.

³⁸¹ Bertan, C. II, s. 1197.

Federal Mahkeme'nin ikinci dönem kararlarından da esinlenilerek Türk hukukunda da ileri sürülen bir görüşe göre³⁸², öngörülemeyen, taraflardan birinin kusurlu fiilinden kaynaklanmayan, taraflardan biri için sözleşmesel ilişki ile bağlı kalmayı tahammül edilmez hale getiren yeni durum karşısında *clausula rebus sic stantibus* teorisine başvurma imkanı tanıyan koşullar, irtifak haklarında yüklü taşınmaz malikine tanınan değişiklik talep hakkının, bu çerçevede de MK m. 785'in temelini oluşturmaktadır. Zira MK m. 786 gereği irtifak ilişkisinde de yüklü taşınmaz malikinin zarara uğramaması veya en az zarara uğraması asıldır ve bu amacı tehlikeye sokan hallerde irtifakta değişiklik yapılır.

Hükmün *clausula rebus sic stantibus* ilkesine dayanması da kabul edilmemelidir. Öncelikle MK m. 785 irtifak hakkının kurulmasından sonra meydana gelen aynı ilişkiyi ilgilendirir. Oysa *clausula rebus sic stantibus* teorisi, sözleşme aşaması ile ilişkilidir³⁸³. Hukuki ilişkinin tarafları arasında etki gösteren *clausula rebus sic stantibus* ilkesinden farklı olarak; MK m. 785 sadece irtifak sözleşmesini kuran taraflara değil, hakkın ve/veya yüklü taşınmazın devri sonucunda aralarında aynı hak sahipliği dışında hiçbir hukuki bağ bulunmayan kişiler arasında da ileri sürülür³⁸⁴. Ayrıca teorinin aradığı bütün şartların MK m. 785'in uygulanması için de gerektiğini savunmak yine hükmün uygulanma şartlarına fazladan unsur ekleme anlamına gelecektir. Diğer taraftan, *clausula rebus sic stantibus* teorisinin sağlayabileceği tek avantaj, MK m. 785/f. II çerçevesinde sadece irtifak hakkı sahibinin yararına bakılmaması, yüklü taşınmaz malikin için de irtifakın arz ettiği yükün ağırlaşmasının gözetilmesi olabilirdi. Ne var ki MK m. 785'in geniş yorumlanması ile aynı sonuca zaten varılmaktadır³⁸⁵.

Görüldüğü üzere, MK m. 785'in hukuki temelini hakkın kötüye kullanılmasına ya da *clausula rebus sic stantibus* ilkesine dayandıran yaklaşımlar, hükmün uygulanması için fazladan şartlar öngörerek hükmün uygulama alanını kısıtlamakta;

³⁸² Esener, Güven, s. 384-385.

³⁸³ Aynı hak kurulduktan sonra ifası gerekli bir borç ilişkisini anmanın yerinde olmadığı görüşü için bkz. Bertan, C. II, s. 1196; Özakman, s. 143. İrtifak hakkını kuran sözleşmenin sürekli bir borç ilişkisi doğurduğunu savunduğumuzdan, hak kurulduktan sonra *clausula rebus sic stantibus* teorisine asla müracaat edilemeyeceği kanaatinde değiliz. Yine de MK m. 785'i bu teoriye dayandırmamak gerektiğini düşünüyoruz.

³⁸⁴ Bertan, C. II, s. 1196.

³⁸⁵ Besson, **Suppression et adaptation**, s. 271.

dolayısıyla yararın kalmaması ya da azalması sebebi ile irtifakın sona ermesini zorlaştırmaktadır.

Diğer taraftan, iradi kısıtlamalar arasında bir ayırım gözetilecek olur ise, mülkiyetin sınırlı ayni haklar ile kısıtlanması, kişisel haklar ile kısıtlanmasından daha ağır bir durumdur; zira tapu kütüğüne tescil edilen bu haklar, tescilin olumlu etkisinden ötürü var kabul edilir³⁸⁶. Mülkiyetin aslında yarar göstermediği için temelsiz kalmış ya da değişen koşullar sonucunda çok az yarar gösteren bir irtifak hakkı ile kısıtlanmış olması, taşınmazın değerini büyük ölçüde düşürecektir. Yararsız kalmış ya da yararı azalmış irtifaklar, bu yönleri ile mülkiyet hakkına zarar vermektedir. Bu hakların tapu sicilinden terkin edilmesi ile, mülkiyetin artık bir amaca hizmet etmeyen kısıtlamaları ortadan kaldırılmış olacak; bu yetkilerin daha makul bir şekilde kullanımının önü açılacaktır³⁸⁷. Böylece MK m. 785, mülkiyet hakkının korunmasını sağlayan bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır³⁸⁸. Hüküm, yararını tamamen ya da kısmen kaybetmiş irtifaklara karşı öngörülen bir yaptırımdır. Yüklü taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının verdiği yetkilerin gereksiz biçimde sınırlandırılması ve bu sınırlandırmanın sürdürülmesinin önüne geçilmektedir.

Medeni Kanun'un 785. maddesinin mülkiyeti koruma amacına yönelmesinin somut sonucu ise, emredici nitelikte olmasıdır. Taraflar aralarında yapacakları bir anlaşma ile hükmün aralarındaki irtifak ilişkisine uygulanmayacağını kararlaştıramazlar³⁸⁹.

b) MK m. 785'in Dürüstlük Kuralı İle Birlikte Uygulanması

Medeni Kanun'un 785. maddesi düzenlenmemiş olsaydı, irtifak hakkı ile kayıtlı yüklü taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını, irtifak ile kayıtlı olması sebebi

³⁸⁶ Besson, **Suppression et adaptation**, s. 259; **BSK**-Petitpierre, art. 736 ZGB, N. 1.

³⁸⁷ Besson, **Suppression et adaptation**, s. 275; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2822; Özakman, s. 145; **ZK**-Liver, art. 736 ZGB, N. 41.

³⁸⁸ Bertan, **C. II**, s. 1198; Cansu Kaya Kızılırmak, "Yüküne Oranla Çok Az Yarar Sağlayan Üst Hakkının Mahkeme Kararı ile Bedel Karşılığında Kısmen veya Tamamen Terkini", **Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, S. 145-146, 2016, s. 863-864; Kocabaş, s. 181; Liver, **Aufhebung**, s. 14; **ZK**-Liver, art. 736 ZGB, N. 49.

³⁸⁹ **BK**-Leeman, art. 736 ZGB, N. 17.

ile düşük bir bedel karşılığında devralan üçüncü kişinin, mülkiyeti düşük bir bedelle kazanmasından ötürü hakkın kötüye kullanıldığını ileri süremeyeceği ifade edilmiştir³⁹⁰. Aynı zamanda bu kişi, öngörülemeyen bir değişiklik sebebi ile aynı hakkın arz ettiği yükün ağırlaşması sonucu bir değişiklik yapılmasını da isteyemeyecektir. Öncelikle, ivazın irtifakın arz ettiği yükü bir ilgisinin bulunmadığına dikkati çekmek isteriz. Aynı zamanda MK m. 785 düzenlenmemiş olsaydı da, yararsız ya da gösterdiği yarar arz ettiği yüke oranla cüzi kalmış irtifakların terkinin sonucuna hakkın kötüye kullanılması yasağına dayanılarak varılabilirdi. Ancak, bu iki kavramın farklı amaçlara hizmet ettiğine dikkat edilmelidir. MK m. 785'teki amaç mülkiyeti korumak iken; MK m. 2'de mülkiyet hakkının korunmasından bağımsız olarak kişinin kendi hakkını kullanmasında başkasına zarar verecek kadar aşırıya kaçması engellenir. İrtifak hakkının kullanılması yüklü taşınmaz malikine karşı hakkın kötüye kullanılması teşkil etmekte ise, tek yaptırım hakkın sona ermesi değildir; bazı hallerde irtifak hakkının kullanımı kısıtlanabilir³⁹¹. Böylece, MK m. 785'in şartları oluşmadan dahi irtifak hakkının kullanılması hakkın kötüye kullanımı teşkil edebilecektir; bu durumda hakkın terkin edilmesi yerine, kötüye kullanımı oranında uygulanmasının durdurulması gündeme gelebilecektir³⁹².

Diğer taraftan, MK m. 785'in yegane işlevi mülkiyet hakkının korunması da değildir. MK m. 779'daki "*bir başka taşınmazın lehine*" ifadesi ile anılan yarar kavramını pekiştirmektedir³⁹³. Bu şekilde MK m. 785, irtifak hakkının kökeninde bir yararın mevcut bulunması gerektiğini ortaya koyan kanun hükmü olarak karşımıza çıkmaktadır.

Medeni Kanun'un 785. maddesinin temelinde dürüstlük kuralı yer almasa da, dürüstlük kuralının varlığı, MK m. 785'in uygulanmadığı ancak, hakkın ayakta tutulmasının da makul olan hiçbir yüklü taşınmaz malikinden beklenemeyeceği durumlarda irtifakın sona erdirilebilmesini sağlar. İrtifak hakkının dürüstlük kuralına başvurularak sona erdirilebileceği ilk hal, irtifak hakkının kötüye kullanılmasıdır.

³⁹⁰ Bertan, C. II, s. 1198-1199.

³⁹¹ Gürsoy, Eren, Cansel, s. 785; ZK-Liver, art. 736 ZGB, N. 42.

³⁹² Mihaela Amos, *La théorie de l'abus de droit en relation avec les droits absolus*, Lausanne, éd. Université de Lausanne, 2002, s. 127; D. Piotet, *Traité*, s. 95.

³⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm III. A. 1. Yararın Kalmamasının Düzenlenme Gerekçesi.

Kötüye kullanımın kabul edilebilmesi için, hakkın amacına aykırı olarak kullanılması ve hakkı kullananın bu kullanımdan bir çıkarının bulunmaması, ya da çok cüzi bir çıkarının bulunması lazımdır³⁹⁴. Yargıtay'ın önüne gelmiş bir uyuşmazlık³⁹⁵ bu açıdan yol göstericidir. Davacı, taşınmazda paylı mülkiyet sahibidir. Davalılardan başka bir paydaşın, paylı mülkiyetin giderilmesi davası sırasında taşınmazı düşük fiyata satışa çıkartmak ve sonrasında taşınmaza tek başına malik olabilmek için payı üzerinde intifa hakkı tesis ettiğini iddia etmiştir. Davalı paydaş ve diğer davalı intifa hakkı sahibi ise, intifa hakkının 11 yıldır mevcut olduğunu ve intifa hakkı sahibinin taşınmaz üzerindeki serayı üçüncü kişilere kiralamak sureti ile intifa hakkını kullandığını savunmuşlardır. Yerel mahkeme, bir paydaşın payı üzerinde kurulan intifa hakkının diğer paydaşları zarara uğratmayacağını gerekçe göstererek talebi reddetmiştir. Yargıtay ise somut olayda 32 kişinin paydaş olduğunu, davalının 1997 tarihinde payı üzerinde intifa hakkı tesis ettiğini ve taraflar arasında paylı mülkiyetin giderilmesi davasının bulunduğunu saptamıştır. Taşınmaz üzerindeki seranın 1996 yılından beri bölüm bölüm yıkıldığını ve taşınmazda 8-10 yıldan beri herhangi bir yapı bulunmadığını ortaya koyan bilirkişi raporunu dikkate alan Yargıtay, davalının intifa hakkını kiralama sureti ile kullandığı savunmasına itibar etmemiştir. Aynı bilirkişi raporunda intifasız payın değerinin 25.057, 20 TL olduğu, intifa hakkının 11.776,88 TL değerinde olduğu ama intifa hakkının 5.000 TL bedel ile kurulduğu belirlenmiştir. Yargıtay, somut olayda intifalı payın semerelerinden yararlanmaktan ziyade taşınmazın satışını zorlaştırmak ya da davalılara avantaj sağlamak için kurulduğuna, bu durumun ise dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiğinden korunamayacağına hükmetmiştir³⁹⁶. Görüldüğü üzere, MK m. 785'in düzenlenmesi, hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanmasının önüne geçmez.

³⁹⁴ Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı Ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, 2. Bası, İstanbul, Vedat, 2006, s. 23.

³⁹⁵ Yarg. 14. HD., 19.10.2010, E. 8306, K. 10795 (Özkan, s 50-52).

³⁹⁶ Benzer şekilde, bir paylı mülkiyet ilişkisinde paydaşlardan birinin payı üzerinde intifa hakkı kurmasından dört gün sonra bir avukata paylı mülkiyet ilişkisinin giderilmesi için vekalet vermesi (Yarg. 14. HD., 06.07.2005, E. 2005/5514, K. 2005/6897) ya da paylı mülkiyetin giderilmesi davası sonucunda satış aşamasına geline paylı mülkiyet ilişkisinde, paydaşlardan birinin kendi payı üzerinde oğlu lehine intifa hakkı tesis etmesi (Yarg. 1. HD., 20.06.2001, E. 2001/7162, K. 2001/7453) paydaşın asıl amacının taşınmazın değerini düşürerek taşınmazın tamamını satın almak olduğunu gösterir. Paydaşın intifa hakkı tesis etmesi hakkın kötüye kullanılmasıdır. Böyle hallerde, intifa hakkı tesisinin muvazaalı olduğu kabul edilerek hakkın terkinini sağlamalıdır. Kararlar için bkz. www.kazanci.com.

Dürüstlük ilkesinin uygulanması ile irtifak hakkının sona erdirilebileceği ikinci durum ise, işlem temelinin çökmesi halidir. Federal Mahkeme'nin önüne gelen bir olayda³⁹⁷, damat ile kayınpeder, zaten inşaat ustası olan kayınpederin kızı ile damadının birlikte oturdukları evin yenileme işlerini üstlenmesi, bunun karşılığında da kendisine bu evin bir odasında oturma hakkı tanınacağı hususunda anlaşmışlardır. Ne var ki oturma hakkı kurulmadan önce, eşler boşanırlar. Federal Mahkeme, oturma hakkının tescilinin sübjektif ifa imkansızlığı sebebi ile talep edilemeyeceğine hükmetmiş olsa da, karar öğretilerde eleştirilmektedir. Somut olayda, oturma hakkının tescili yönünden aslında bir ifa imkansızlığı yoktur. Boşanmadan sonra damadın, boşandığı eşinin ailesi ile beraber yaşamaya zorlanması kendisinden dürüstlük kuralı gereği beklenemeyeceği için, işlem temelinin çöktüğünü kabul etmek yerinde olur³⁹⁸.

³⁹⁷ BGE 82 II 332.

³⁹⁸ Luc Thévénoz, "Art. 97-109; 119 CO; Des contrats innomés", **Commentaire romand, Code des Obligations I**, (edit. Luc Thévénoz/Franz Werro), 2^e éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2012, art. 97 CO, N. 10-11; Pierre Tercier, "La "clausula rebus sic stantibus" en droit suisse (Texte légèrement remanié pour la publication, de la conférence prononcée en avril 1979 aux Soirées d'études juridiques à Lausanne)", **JdT** 1979 I 194, s. 200. Türk hukukunda da aynı sonuç için bkz. Demirsatan, s. 41-42; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2822a, dn. 167c.

İKİNCİ BÖLÜM: MK m. 785'İN UYGULANMA ŞARTLARI

I. MK m. 785'in Uygulanma Kapsamı

Medeni Kanun'un 785. maddesi, sistematik bakımdan Medeni Kanun'un Eşya Hukuku kitabı, Sınırlı Ayni Haklar kısmı, İrtifak Hakları ve Taşınmaz Yükü bölümünün birinci ayrımı olan Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları ayrımı altında yer almaktadır. Ne var ki taşınmaz lehine irtifaklar ayrımı altında düzenlenen bu hükmün kişisel irtifaklar ve iradi olmayan irtifaklara da uygulanması özel olarak incelenmelidir¹.

A. MK m. 785'in İradi İrtifaklara Uygulanması

1. Genel Olarak

Diğer irtifakları düzenleyen MK m. 838, üçüncü fıkrasında taşınmaz lehine irtifaklara ilişkin hükümlerin diğer irtifaklara da uygulanacağını açıkça hükmeye bağlamıştır. Bununla birlikte, diğer irtifaklar ile birlikte yine ikinci ayrımında yer alan intifa, oturma, üst ve kaynak hakları bakımından taşınmaz lehine irtifaklara atıf yapan böyle açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Artık öğreti ve yargı kararlarında yerleşmiş görüş, taşınmaz lehine irtifak haklarına ilişkin MK m. 779 ila m. 793'ün genel hüküm olduğu ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde kişisel irtifaklara da uygulanacağıdır². Bu çerçevede, yararlanan taşınmazın bölünmesine ilişkin MK m. 792, doğası gereği kişisel irtifaklarda uygulama alanı bulamayacaktır; zira, bir kişi lehine kurulan bu irtifak haklarında yararlanan taşınmaz mevcut değildir. Bununla birlikte, MK m. 785'in kişisel irtifaklara uygulanmasının önünde bir engel bulunmaz.

¹ MK m. 785'in taşınmaz yükü için de uygulanabileceğini ortaya koyan bir görüş bulunmaktadır. Bkz. **ZK-Liver**, art. 736 ZGB, N. 185. Otuz yılın dolması ile taşınmaz yükü hiçbir şart olmadan sona erdirilebildiğinden, otuz yıl dolmadan önce de MK m. 785'ten kaynaklanan bir sebep ile sona erdirilebileceği savunulmaktadır. Taşınmaz yükü çalışma kapsamımız içinde yer almadığından, bu görüşü sadece belirtmekle yetiniyoruz.

² Akipek, Akıntürk, s. 635; **BSK-Petitpierre**, art. 736 ZGB, N. 7; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 744; Mooser, **Habitation**, s. 24-25; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2768; Özakman, s. 145; D. Piotet, **Traité**, s. 90; Steinauer, **T. II**, N. 2193.

2. Kişiyile Kaim İrtifaklar, Özellikle İntifa Hakkı Bakımından

Kişiyile kaim irtifaklar intifa ve oturma hakkıdır. Kişiyile kaim irtifaklar hayat olaylarının çoğunda hak sahibi için bir yarar göstereceğinden, bu irtifakların MK m. 785 gereği sona erdirilmesinin teorik düzeyde kaldığı kabul edilmektedir³. Yine de kişiyile kaim irtifak hakları bakımından da MK m. 785'in uygulamasına rastlanır⁴.

İntifa hakkı, aynı zamanda hak sahibine hakkın kullanımının devri⁵ imkanını da tanıdığından, MK m. 785/f. I'nin uygulanmasına pek rastlanılmayacaktır⁶. İntifa hakkı sahibi, hakkını bizzat kullanmasa da, kullanımını devredecektir. Bu şekilde, intifa hakkı sahibinin her zaman bir ekonomik yararı mevcuttur. Özellikle sağ kalan eşin mal rejimi (MK m. 240, m. 279) ya da miras sebebi ile aile konutu ve ev eşyası üzerinde sahip olacağı intifa hakkında MK m. 785'in uygulamasına rastlamak son derece güçtür. Durum ve koşullardan intifa hakkının şahsen kullanılması gerektiği

³ **BSK**-Mooser, art. 776 ZGB, N. 17; Gökçe Canarslan, **İntifa Hakkının Sona Ermesi**, Ankara, Seçkin, 2016, s. 124; Alexandra Farine Fabbro, "Art. 745-775 CC", **Commentaire Romand, Code civil II**, (edit. Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Denis Piotet), Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2016, art. 746 CC, N. 15; **KurzK**-Schmid-Tschirren, art. 736 ZGB, N. 5; Simonius, Sutter, **Bd. II**, s. 114.

⁴ Oturma hakkı sahibinin sürekli bir şekilde bakıma muhtaç hale gelip bakımevine kaldırılması örneğinde, MK m. 785'in uygulama alanı bulacağına ilişkin bkz. **CR**-Wermelinger, art. 776 CC, N. 36; Mooser, **Habitation**, s. 254; Michel Mooser, "La fin du droit d'habitation", **RNRF** 77/1996, s. 353.

⁵ İntifa hakkının kullanımının devri ile tam olarak neyin anlaşılması gerektiği de öğretilerde tartışılmaktadır. Katıldığımız görüşe göre, bu kavram, intifa konusundan gelecekte elde edilecek semerelerin devri ya da intifa konusunun kiralanması ya da ödünç verilmesi gibi kullanımı hedef tutan bir sözleşmeye konu edilmesi şeklinde anlaşılır. **BSK**-Müller, art. 745 ZGB, N. 13 ve art. 758 ZGB, N. 3; Steinauer, **T. III**, N. 2438a; **ZK**-Baumann, art. 758 ZGB, N. 12. Karşıt görüşe göre ise, intifa hakkının konusunun kiraya verilmesi ile intifa hakkının devri birbirinden farklı kavramlardır. İntifa hakkının kullanımının devrinde, intifa hakkına konu olan şeylerin bütünüyle devri söz konusu olacaktır. İntifa hakkı bundan böyle sadece kullanma yetkisi kendisine bırakılan kişi tarafından kullanılır. Oysa intifa hakkının konusunun kiralanmasında, intifa hakkından kaynaklanan bazı yetkiler devredilir; intifa hakkı bütünü ile devredilmez. Aradaki fark, intifa hakkı sahibinin devir yetkisinin yasaklanmasında görülür. Böyle bir anlaşma yapılmış ise, intifa hakkının kullanımının devri mümkün değildir, ama intifa konusunun kiraya verilmesi mümkündür. Mustafa Aksu, "Taşınmazlarda İntifa Hakkı Kurulmadan Önce ya da İntifa Süresince Yapılmış Kira Sözleşmesinin İntifa Hakkının Sona Ermesiyle Birlikte Hukuki Durumu", **Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan**, Ankara, Seçkin, 2006, s. 64-65; Mustafa Aksu, "Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi'nin İntifa Konusu Taşınmazın İntifa Hakkı Sahibi Tarafından Kiraya Verilmesi ve Daha Sonra İntifa Hakkının Sona Ermesi Durumunda Kira Sözleşmesinin Hukuki Akıbetine İlişkin 3.7.2003 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi", **e-akademi**, S. 34, Aralık 2004 (son güncelleme tarihi: 03.12.2004), N. 21-22; Özen, s. 298. Kanaatimizce, MK m. 806'da hakkın şahsen kullanılmasının anılması ile vurgulanmak istenen, intifa konusu malı mutlaka intifa hakkı sahibinin kullanmasıdır. İntifa hakkı sahibi, üçüncü kişiye herhangi bir yetkisini devredemez. Bu sebeple, Alman hukukundan esinlenerek ileri sürülen bu ikinci görüşe katılmamaktayız.

⁶ Simonius, Sutter, **Bd. II**, s. 114.

anlaşıyor ise⁷ ya da intifa hakkını kuran sözleşme ile, hakkın kullanımının üçüncü kişiye devredilmesi yasaklanmış⁸ ise, irtifak hakkı artık her koşulda yarar göstermeyebileceğinden MK m. 785/f. I'nin uygulama alanı bulacağını kabul etmek daha rahat olacaktır.

Taşınırları konu alan intifa hakkında⁹ ise bir ayırım yapmak gerekir. Özel bir sicile kaydedilmesi gerekmeyen alelade taşınırlar bakımından MK m. 785'te belirtildiği gibi bir terkin işlemi gerçekleştirilmeyecek olsa da, hükmün kıyasen uygulama alanı bulacağı kabul edilmelidir. Zira, MK m. 785 yararın irtifak hakkının varlık sebebi olduğunu açığa vuran kanun hükmüdür¹⁰. Dolayısıyla, taşınırları konu alan bir intifa hakkının artık yarar göstermediği, ya da yüküne oranla çok cüzi bir yarar gösterdiği sonucuna varılır ise MK m. 785 gereği intifa hakkının sona erdiği sonucuna varmak gerekir. Kaldı ki, taşınır irtifakı ile taşınmaz irtifakının sona erme rejimleri arasında bir farklılık yaratmanın da makul bir gerekçesi bulunmaz¹¹. Gemi siciline kayıtlı taşınmazlar üzerinde kurulacak intifa hakları, TTK m. 1060/f. I uyarınca taşınmaz üzerindeki intifa hakkı hükümlerine tâbidir. Dolayısıyla MK m. 785/f. I'nin gemi siciline kayıtlı gemiler bakımından uygulanma imkanı bulabileceği açıktır¹². Ne var ki taşınırları konu alan intifa hakkının yararının ortadan kalkmasının da ancak teorik olarak düşünülebileceği dikkate alınmalıdır.

İntifa hakkı, hakları da konu alabilir. MK m. 820 özel olarak alacak üzerinde intifa hakkını düzenlemiştir. İlgili hükmün ilk fıkrasına göre, “[b]ir alacak üzerindeki intifa hakkı, onun getirisini edinme yetkisi verir”. Bu hüküm kapsamına

⁷ Hak sahibince şahsen kullanılması gereken intifa hakkına (MK m. 806) örnek olarak aile hukukundaki anne ve babanın çocuğun mallarından yararlanma imkanı gösterilse de, biz bu örneğe katılmamaktayız. Bertan, C. II, s. 1422; Esener, Güven, s. 372; Özen, s. 304. Söz konusu yararlanma hakkının bir aynı hak olmadığına, fakat niteliği uygun düştüğü ölçüde intifa hakkı hükümlerinin kıyasen uygulanabileceğine ilişkin bkz. Gürsoy, Eren, Cansel, s. 871-872; Köprülü, Kaneti, s. 99; Tekinay, II/3, s. 39.

⁸ BSK-Müller, art. 745 ZGB, N. 14.

⁹ Sadece intifa hakkı taşınır bir eşyayı konu alır, diğer bütün irtifaklar taşınmazları konu almaktadır. Akipek, Akıntürk, s. 619; Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 687; Riemer, Beschränkten, s. 43; Rodondi, s. 15.

¹⁰ Varlık sebebinin sona ermesi ile hakkın da sona ereceğine ilişkin bkz. E. Huber, s. 519.

¹¹ Denis Piotet, **Prescriptions extinctive ou acquisitive touchant aux droits réels**, Berne, Stämpfli, 1992, s. 66.

¹² Uçak siciline kaydedilen hava araçları üzerinde mülkiyet ve ipotek dışında bir aynı hak kurulamayacak olması (TSHK m. 69 vd. *a contrario*); trafik siciline kaydedilen motorlu taşıtların ise taşınmazlara ilişkin intifa hakkına konu olabileceklerine ilişkin özel bir düzenleme olmaması dolayısıyla, bu inceleme kapsamında alelade taşınır olarak ele alınmaları gerekir.

giren hallerde, alacağın getirisini elde etme yetkisi her zaman için kendi içinde bir menfaat sağlayacağından, MK m. 785 de uygulama alanı bulmayacaktır. Alacaklar dışında bir hakkın üzerinde intifa hakkı kurulabilmesi için ise, kullanılmaya veya hukuki ürün vermeye elverişli ve devredilebilir bir hakkın mevcut olması gerekir¹³. Bu durumda değere ilişkin aynı haklar, aynı hak konusu eşyanın kullanılması imkanını tanımadığı için intifa hakkı ile kayıtlanamayacaktır. İntifa hakkının aynı hak niteliğinde kalması için, ancak başka bir irtifakı konu alması düşünülebilir. Bu durumda da, hakkın devredilebilir olması arandığından, üst ya da kaynak hakkı ile devredilebilir niteliği haiz diğer irtifaklar akla gelmektedir. Bütün bu ihtimallerde intifa hakkının hukuki kaderi, üzerinde tesis edildiği hakkın hukuki kaderine bağlı olacaktır, üzerindeki tesis edildiği hakkın yararın kalmaması sebebi ile sona ermesi, intifa hakkını da sona erdirecektir.

B. MK m. 785'in İradi Olmayan İrtifaklara Uygulanması

Bu başlık altında inceleyeceğimiz irtifak hakları, kanundan doğan irtifaklar ile idari bir karar gereği kurulan irtifaklardır.

1. Kanundan Doğan İrtifaklara Uygulanması

Kanundan doğan irtifak hakları, MK m. 725 gereği taşkın yapıya katlanma yükümlülüğü çerçevesinde kurulan irtifak hakkı, MK m. 744'de düzenlenen kanundan doğan mecra hakkı, MK m. 747'de düzenlenen kanundan doğan geçit hakkı¹⁴ ve MK m. 761'de düzenlenen kanundan doğan su hakkıdır. Bu irtifaklar,

¹³ Akipek, Akıntürk, s. 682-683; Tekinay, **II/3**, s. 41-42.

¹⁴ Diğer geçit hakları madde başlıklı MK m. 748'de düzenlenen hakkın, kanundan doğan geçit irtifakından farklı olarak, tescilsiz de varlık gösterebildiği ve taşınmazın belirli bir bölümünde kullanılmadığına dikkati çekmek isteriz. Söz konusu hak, bir irtifaktan ziyade mülkiyet hakkının kanundan doğan doğrudan bir kısıtlaması olarak görülmelidir. Karin Caroni-Rudolf, **Der Notweg**, Bern, Stämpfli, 1969, s. 22; Michel Ducroit, "Quelques considérations sur le droit de passage", **RSJ** 19/1984, s. 299. Bu çerçevede Yargıtay'ın kanundan doğan geçit hakkının kurulması bakımından MK m. 748/f. III'e kıyasen geçit hakkının beyanlar hanesinde gösterileceğine ilişkin kararları (Yarg. 14. HD., 22.01.2013, E. 14285, K. 840 ve 19.01.2012, E. 15648, K. 517; kararlar için bkz. Surlu, Öztürk, **Geçit**, s. 723-725) ile irtifak sütununa kaydedileceğine ama bu işlemin tescil olarak adlandırılmayacağına ilişkin kararlarına (Yarg.

komşuluk hukuku kuralları dahilinde önemli bir işleve sahiptir; yararlanan taşınmazdan beklenen faydanın arttırılmasında rol oynarlar¹⁵.

Kanundan doğan irtifakların hukuki sebebi bir kanun hükmüdür. Hukuki sebebin farklılığı, bu irtifakların kurulmasının iradi irtifaklara göre farklılık göstermesine sebep olur. Kanuna dayandıkları için, içerikleri de kanun tarafından belirlenmektedir¹⁶. Ne var ki bu farklılıklar, kurulan irtifakın hukuki niteliğini etkilemez; kanundan doğan irtifaklar da gerçek anlamda birer irtifak hakkıdır ve irtifak haklarına ilişkin hükümlere tâbi olur¹⁷. Bu çerçevede, taşınmaz lehine

14. HD., 10.12.2012, E. 12895, K. 14268 ve 10.09.2012, E. 8275, K. 9804; kararlar için bkz. Surlu, Öztürk, **Geçit**, s. 723-724) katılmamaktayız.

¹⁵ Caroni-Rudolf, s. 56; **ZK-Liver**, art. 736 ZGB, N. 28. Bu çerçevede kanundan doğan irtifakların sırası tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre, bu irtifakların da genel kurala uygun olarak kuruldukları tarihe göre sıra alması, diğer aynı hakların önüne geçmesi isteniyor ise, kanundan doğan irtifak hakkı sahiplerinin diğer sınırlı aynı hak sahiplerinin rızasını almak gerektiğini ifade etmektedirler. Caroni-Rudolf, s. 155; Deschenaux, **Restrictions**, s. 335-336; Erel, s. 80; Mehmet Necmettin Kazancı, “Zorunlu İrtifaklar”, **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2014, s. 37; Pittet, s. 48; **ZK-Liver**, Einleitung zum Dienstbarkeitskommentar, N. 102-103. Bu hakların taşınmaz malikinin bir zaruret ihtiyacını gidermesi ve mülkiyet hakkının gereği gibi kullanımında rol oynaması sebebi ile diğer sınırlı aynı hakların önüne geçeceğine ilişkin karşıt bir görüş de ileri sürülmektedir. Gürsoy, Eren, Cansel, s. 718; **OFK-Kähr**, art. 730 ZGB, N. 18; Schmid, Hürlimann-Kaup, N. 1226; Steinauer, **T. II**, N. 2161; Şahiniz, **Mecra**, s. 74-75; Şahiniz, **Zaruri İrtifaklar**, s. 675-676; Tuor, Schnyder, Schmid, § 106, N. 4; Wieland, art. 680 ZGB, s. 304-305; **ZK-Haab**, art. 674 ZGB, N. 26. Bu sebeple, kanundan doğan irtifak için ödenmesi gereken bedel belirlenir iken, yüklü taşınmaz üzerindeki diğer irtifak hakkı sahipleri ile şerh edilmiş kira hakkı sahiplerinin geri sıraya düşmüş olmasından kaynaklanan zararları ile; taşınmaz yükü ve taşınmaz rehni sahiplerinin, taşınmazın ikinci ihaleye çıkarılması halinde uğrayacakları zararın da hesaplanması gerektiği belirtilmiştir. Denis Piotet, “Art. 519-533; 626-632; 680-712; 780-781a; Tit. fin. disp. trans. 5-50; Tit. fin. 51-61 CC”, **Commentaire Romand, Code civil II**, (edit. Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Denis Piotet), Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2016, art. 694 CC, N. 36. Kanundan doğan su hakkı bakımından ise, bu hakkın öncelikle yüklü taşınmaz malikine karşı ileri sürülmesi gerektiği, ama malikin su ihtiyacını tamamı ile karşılayamaması durumunda, kanundan doğan su hakkı sahibinin kalan kısım için iradi kaynak hakkı sahiplerine başvurabileceğine ilişkin bkz. **CR-Piotet**, art. 710 CC, N. 16.

¹⁶ Galland, **Contenu**, s. 4; Özakman, s. 170. Kanundan doğan irtifak hakları ve şartları özel olarak düzenlenmiştir. İmar Kanunu'na göre zorunlu olan merdivenin inşa edilebilmesi için kurulacak irtifak hakkı, kanundan doğan geçit hakkı olarak nitelendirilemez. Yarg. 14. HD., 14.03.2005, E. 2004/7861, K. 2005/1852 (www.kazanci.com).

¹⁷ Ayan, s. 41; Deschenaux, **Restrictions**, s. 335; Schmid, Hürlimann-Kaup, N. 1225. Kanundan doğan geçit irtifakları bakımından bkz. Kocabaş, s. 28; kanundan doğan irtifakların da taşınmaz lehine irtifaklar olduğuna yönelik bkz. **BK-Rey**, Vorb. zu den art. 730-736 ZGB, N. 28-29. Artık kabul edilmeyen eski bir görüşe göre, kanundan doğan irtifaklar gerçek birer irtifak hakkı değil; mülkiyet hakkının kanundan doğan sınırlamalarıdır. Bu görüş için bkz. Suad Bertan, **Aynî Haklar, C. I**, Ankara, Balkan Basım ve Ciltevi, 1976, mecrâ hakkı için s. 847, geçit hakkı için s. 860, su hakkı için s. 926; **BK-Leeman**, Einleitung zum beschränkten dinglichen Rechte Kommentar, N. 9; E. Huber, s. 435.

irtifakları düzenleyen Medeni Kanun hükümleri, kanundan doğan irtifaklar için de uygulanacaktır¹⁸.

Taşınmaz lehine irtifaklara ilişkin düzenlemeler arasında yer alan MK m. 785, kanundan doğan irtifaklar bakımından da uygulama alanı bulur¹⁹. Ne var ki bu irtifaklar sadece kanunda belirlenmiş bir zorunluluk halini gidermek için kurulduğundan, bazı özellikler ile karşılaşılmaktadır. Örnek olarak MK m. 725/f. II'deki taşkın yapı dolayısıyla kurulan irtifakın kuruluş amacı, önemli ekonomik yararların yok olmasını önleyerek taşkın yapıyı yapanın büyük zararlara uğramasının önüne geçmektir. Taşkın yapı tamamı ile yok olursa, zorunluluk halinin de ortadan kalkacağı kabul edilecektir. Bu durumda, irtifak hakkının gösterdiği yararın tamamen ortadan kalktığı sonucuna varılır ve hak terkin edilir. Yüklü taşınmaza taşınan yeni bir yapı yapılırsa, sadece MK m. 725/f. II'deki şartların bulunması halinde yüklü taşınmaz malikinin bu taşkın yapıya yeniden katlanma yükümlülüğü gündeme gelecektir; yoksa, kanundan doğan irtifakı tesis etmek için gereken ön şartlar oluşmadan taşkın yapıya ilişkin irtifak, MK m. 798/f. I'e kıyasen yeniden ayakta tutulmaz²⁰. Federal Mahkeme'nin önüne gelmiş bir uyuşmazlıkta²¹, fiçı yapımı için kullanılan bir yapının mahsen duvarı komşu taşınmaza taşmıştır. Mahkeme, bu duvarın sınıra kadar çekilmesi durumunda artık mahsenin fiçı yapımı için kullanılmayacağını tespit edip, irtifak hakkı kurulmasına hükmetmiştir. Somut olay bakımından, mahsenin çeşitli sebepler ile artık fiçı imalat atölyesi olarak kullanılmayacağı kesin olarak ortaya koyulabilir ise, taşkın yapı irtifakının kurulmasına esas olan sebebin önemli ölçüde zayıfladığı dikkate alınmalıdır. Böyle

¹⁸ Maria Consuelo Argul, "Art. 730-743 CC", **Commentaire Romand, Code civil II**, (edit. Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Denis Piotet), Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2016, art. 730 CC, N. 1; **CR**-Piotet, art. 694 CC, N. 37 ve 710 CC, N. 3; Çiğdem Kırcı, "Zorunlu İrtifakların Hukuki Niteliği", **AÜHFD**, S. 4, 2005, s. 69; **OFK**-Kähr, art. 731 ZGB, N. 21. Geçit irtifakı için bkz. Furkan Olgaç, "Geçit Hakkında Tarafların Borçları", **Adalet Dergisi**, S. 51, 2015, s. 60; Ergun Özsunay, **Zarurî Geçit Hakkı (Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta)**, İstanbul, Cezaevi Matbaası, 1968, s. 199-200; Surlu, Öztürk, **Geçit**, s. 728 vd.

¹⁹ Bosshart, s. 60; Schmid, Hürlimann-Kaup, N. 1226; Temperli, s. 110-111; **ZK**-Liver, art. 736 ZGB, N. 75. Yararlanan taşınmazın bölünmesi üzerine, zorunlu bir geçit irtifakı ile yüklü taşınmazdaki yükün arttığı iddiası ve irtifakın MK m. 785 gereği sona erdirilmesi talebi hakkında bkz. 5C.201/2002 = RNRF 85/2004, s. 306. MK m. 785'in kanundan doğan irtifaklara uygulanamayacağına ilişkin aksi görüş için bkz. Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 233; D. Piotet, **Traité**, s. 91

²⁰ Akman, s. 232; **BK**-Rey, art. 730 ZGB, N. 64.

²¹ BGE 78 II 138.

bir durumda ise, MK m. 785/f. II'nin uygulanması ile, cüzi bir yarar gösteren kanundan doğan irtifak hakkı sona erdirilebilecektir²².

2. İdari Karara Dayanan İrtifaklara Uygulanması

İdari bir karara dayanan irtifak haklarından kast edilen, idari irtifaklardır²³. İdari irtifak kavramı hakkında öğretilerde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Katıldığımız görüşe göre bu irtifaklar, özel hukuk kişilerine ait taşınmazlar üzerine, idare lehine kamu yararı amacı ile kurulur ve idareye sınırlı bir yararlanma yetkisi tanır²⁴. İdari irtifakların kuruluş biçimi, kamulaştırmadır.

Kamulaştırma Kanunu'na göre kurulan irtifak hakları, bir kere kendi özel prosedürüne uygun bir şekilde kurulunca, Medeni Kanun'un irtifak haklarına ilişkin

²² Bu değerlendirme için bkz. Akman, s. 237, dn. 40.

²³ İdari irtifak iki farklı kavramı karşılamaktadır. İlk olarak, idarenin kamu malı üzerinde özel hukuk kişisi lehine kurulan irtifak hakkı anlamına gelir. İkinci olarak ise, özel hukuk kişisinin taşınmazı üzerinde idare lehine kurulan irtifak hakkını ifade eder. AY m. 46'nın ifadesinden yola çıkarak, biz ikinci anlamını benimsemekteyiz. İdari irtifakın, kamu yararı düşüncesi ile idare tarafından özel hukuk kişisinin taşınmazı üzerinde kurulan bir irtifak olduğuna dair bir Danıştay kararı örneği için bkz. Dan. 6. Daire, T. 12.11.1992, E. 1992/683, K. 1992/4238 (www.kazanci.com). İdari irtifak kavramına ilişkin tartışmalar için bkz. Necip Taha Gür, "Yargı Kararları Işığında İdare Lehine Kurulan İrtifaklar", **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013, s. 27 vd.

²⁴ Örücü, s. 46-4 Şahin, **Mecra**, s. 11. Katılmadığımız görüşe göre ise, idarenin özel malları üzerinde tesis edilen irtifak hakları da, üzerindeki kamusal yetki devam ettiği için idari irtifaktır. Bu görüş, bu irtifakların kurulmasını öngören özel mevzuatta kamu yararına dayanarak bazı özel hükümler düzenlenmiş olmasına dayanır. Örnek olarak, orman üzerinde irtifak hakkı kurulabilmesi için Orman ve Su İşleri Bakanlığı'nın izni aranmakta, AY m. 169 ise özel olarak kamu yararını anmaktadır. Sedat Ayanoglu, "Ormanlar Üzerinde Sınırlı Ayni Haklar", **İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi**, C. 43, S. 3-4, 1993, s. 85; Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. II, 3. Bası, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 1336-1337; Melikşah Yasin, "İdari İrtifaklar", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2, 2005, s. 177. Bu görüşe karşı çıkan yazarlar, hakkın tesisine karar verme prosedürünün idari kurallara tâbi olsa da, hakkı kurma kararı alındıktan sonra, hakkın kurulması ve sonrasındaki aşamaların özel hukuk kurallarına tâbi olduğunu bildirmektedirler. Jale G. Akipek, "Devlet Orman Arazisi Üzerinde Üst Hakkı", **Prof. Dr. O. F. Berki'ye Armağan**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1977, s. 30-31; Aydın Gülan, **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tâbi Olduğu Hukukî Rejim**, İstanbul, Alfa, 1999, s. 165-167; Gürzumar, s. 201; Kuntalp, s. 532; Suat Şimşek, "Orman Sayılan Alanlarda Orman Dışı Amaçlarla İrtifak Hakkı Tesisinin Kamu Yararı Açısından Değerlendirilmesi", **Sayıştay Dergisi**, S. 81, 2011, s. 66-67. İrtifaka konu olan idare taşınmazının tapu siciline kaydedilmesi gerekir. Gürsoy, Eren, Cansel, s. 828; Steinauer, **T. II**, N. 2137b.

hükümlerine tâbi olacaktır²⁵. Böyle bir ihtimalde de, MK m. 785'in idari irtifaklar bakımından da uygulanma imkanı bulabileceği sonucuna varmak gerekir.

Bu çerçevede, yararlanan taşınmazın kamulaştırılması sureti ile idareye geçen taşınmaz lehine irtifak hakkı, kamulaştırma sonucu yararlanan taşınmazın tahsis amacına hiç yarar sağlamıyor ya da çok az yarar sağlıyor ise, yüklü taşınmaz maliki bu irtifakın terkinini MK m. 785 çerçevesinde talep edebilmelidir²⁶.

İdari irtifaklar; kamu malı, bu niteliğini ve tahsis amacını koruduğu sürece geçerlidir. Aynı zamanda, idari irtifaka konu taşınmazların irtifak hakkının amacını karşılama imkanını kaybedecek şekilde değişikliğe uğraması halinde, irtifak hakkı sona erer²⁷. Bu sona erme, bazı hallerde kendiliğinden gerçekleşecektir. Örnek olarak, askeri güvenlik bölgelerinin kaldırılması ile, o bölgelerdeki sınırlamalar da kendiliğinden kalkar. Bazı durumlarda ise, irtifak hakkının kaldırılması için idarenin yine bir işlem yapması gerekebilir. Örneğin, havaalanı yakınlarındaki bölgelerde, bina yükseklikleri imar planları ile sınırlandırılmış ise, havaalanının kapatılması halinde yükseklik sınırlamasının kaldırılması için imar planları değiştirilmelidir²⁸.

II. Uygulamanın Ön Şartı: İrtifakın Tesisi Anında Yararın Bulunması

Yararın bulunması, irtifak hakkının varlık sebebidir. İrtifakın amacına ulaşmasını sağlaması bakımından hak için önemli bir unsurdur. Bununla birlikte yarar, hak sahibinin irtifaktan öngörerek ya da öngörmeden sağladığı herhangi bir menfaat değildir; irtifak hakkı tesis edilirken tarafların bu irtifaktan bekledikleri asli

²⁵ Bertan, C. II, s. 1114; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 828; Gürzumar, s. 201; Kuntalp, s. 533. Yargıtay'ın kamulaştırma yolu ile kurulan mecrâ irtifakının kapsamının genişletilmesinde MK m. 744'ün uygulama alanı bulmayacağına ilişkin aksi yöndeki görüşü için bkz. Yarg. 14. HD., 03.11.1997, E. 1997/7647, K. 1997/7609 (Surlu, Öztürk, Mecra, s. 364-365).

²⁶ Özakman, s. 142. Bununla birlikte, MK m. 785'in idareye hizmet etmesi de gündeme gelebilir. Kamulaştırma yetkisine sahip bir kurum özel yollardan bir taşınmaz satın aldıysa, fakat bu taşınmaz üzerindeki irtifaklar dolayısıyla kamu yararına hizmet edecek bir bina için inşaat yapamıyorsa, doğrudan bu irtifak haklarını kamulaştırma yoluna başvurarak irtifak hakkı sahiplerine kamulaştırma bedeli ödemek yerine, MK m. 785'in uygulama şartlarının oluştuğunu araştırmak idarenin lehine olacaktır. Rodondi, s. 80.

²⁷ Halûk Tandoğan, "Türk Hukukunda Mecralar", AÜHFĐ, C. 9, 1952, s. 139; Yasin, s. 195.

²⁸ Yasin, s. 194-195.

hizmettir²⁹. MK m. 785'in ifadesinden de, irtifakın öncelikle yararlanan taşınmaz açısından bir yarar arz etmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bu yarar sonradan ortadan kalkabilir, ama irtifak kurulurken mevcut olmalıdır³⁰.

Bu sebeple MK m. 785'in şartlarını incelemeyen önce, yarar kavramını değerlendirmeyi uygun görmekteyiz. Yarar kavramı ile *utilitas* ilkesi arasındaki terminoloji problemini ele aldıktan sonra, yararın özelliklerini inceleyeceğiz.

A. Terminoloji Problemi: Yarar Kavramı Ve *Utilitas* İlkesi

Medeni Kanun'un 785. maddesinde yer alan “yarar” ifadesi iki farklı hususta karışıklığa sebep olmaktadır. İlk olarak, Roma hukukundaki *utilitas* ilkesi ile karıştırılma riski arz eden bu kavram, ikinci olarak İsviçre Medeni Kanunu'nun Fransızca ve Almanca metinleri arasındaki uyumsuzluk nedeni ile sorgulanmaktadır.

1. *Utilitas* İlkesi

Medeni Kanun'da ve İsviçre Medeni Kanunu'nun Fransızca metninde düzenlenen “yarar” kavramı, Roma hukukundaki *utilitas* ilkesini çağrıştırmaktadır. *Utilitas* ilkesi uyarınca, irtifak sadece bir taşınmaza yarar sağlamak amacı ile kurulabilir; kişisel menfaatlerin tatminine yönelik irtifak tesis edilemez³¹. Bunun sonucu olarak da Roma hukukunda, taşınmaz lehine kurulan irtifaklar açısından³², bir kişi taşınmazı lehine yine kendisine ait başka bir taşınmaz üzerinde irtifak hakkı tesis edemez³³. *Utilitas* ilkesi çerçevesinde irtifakın uygulanabilmesi için, yüklü taşınmaz ile yararlanan taşınmazın yeterince yakın olması ve irtifakın sürekli bir ihtiyaca

²⁹ Besson, **Suppression et adaptation**, s. 259.

³⁰ Galland, **Contenu**, s. 53; Liver, **Aufhebung**, s. 10; Temperli, s. 1; M. Zobl, s. 39.

³¹ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 6-7; Pascal Pichonnaz, **Les fondements romains du droit privé**, Genève-Zurich-Bâle, Schulthess, 2008, s. 308; Temperli, s. 58.

³² Roma hukukunda irtifak denilince akla taşınmaz lehine tesis edilen irtifaklar gelmekteydi. Bununla birlikte, *Digesta*'da kişisel irtifakların da anıldığı görülür. D. 8,1,1,'de *servitutes aut personarum ile servitutes aut rerum* arasında fark gözetilmiştir. Kişi lehine irtifak teriminin ise Jüstinianus'un derleyecileri tarafından düzenlendiği düşünülmektedir. Pichonnaz, s. 307; Bruno Schmidlin, **Droit privé romain: origine et source, famille, biens, successions**, T. I, 2^e éd., Genève, Helbing&Lichtenhanh, 2012, s. 261.

³³ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 10-11; Öcal Apaydın, s. 113.

cevap verecek biçimde kurulması, dolayısıyla da kalıcı olması gerekmektedir. Yararlanan taşınmazın maliki kim olursa olsun, yüklü taşınmaz aracılığı ile kendi taşınmazından daha çok yarar elde etmektedir. Yararlanan taşınmaz malikinin kendi yararı dikkate alınmaz; taşınmazın yararı alınır³⁴.

Kişisel irtifaklarda yararlanan bir taşınmaz mevcut olmadığından, *utilitas* ilkesi kişisel irtifaklara uygulanmaz, sadece taşınmaz lehine irtifaklara uygulanır³⁵.

Görüldüğü üzere Roma hukukundaki bu yarar, taşınmaz malikinin menfaatine hizmet eden sübjektif bir yarar değil; objektif bir yarardır. Örnek vermemiz gerekirse, yüklü taşınmazda kireç elde etmek üzere kurulan bir irtifak, sadece bu kireç, yararlanan taşınmazda kullanılacaksa geçerlidir³⁶. Yoksa, irtifak kireci çıkarıp satmak üzere kurulmuşsa, geçersiz olacaktır. Bu şekilde, elma toplamak, dolaşmak ya da üzerinde yemek yemek için bir kişinin taşınmazında irtifak hakkı kurulamaz³⁷.

Günümüzde *utilitas* ilkesini benimseyen hukuk sistemleri arasında Fransız, İtalyan, Alman ve Avusturya hukukları sayılabilir. Fransız Medeni Kanunu'nun hazırlanma sürecinde feodal dönemden kalma korkuların izleri görülür. Bu yüzden, irtifakın kişiye değil, taşınmaza yarar sağlamasında ısrar edilmiştir (FrMK m. 637)³⁸. Ayrıca FrMK m. 686/f. I uyarınca, irtifak sadece bir başka taşınmazın yararına kurulur, kişi yararına kurulamaz³⁹. Fransız hukukuna göre intifa hakkı, aynı hak olmakla beraber irtifak hakkı değildir. *Utilitas* ilkesinin halen benimsendiği ülkeler arasında İtalya da sayılabilir. İtMK m. 1027 uyarınca irtifak hakkı, bir taşınmazın yararına hizmet etmek üzere başka bir malikin taşınmazı üzerinde kurulur. Yarar kavramını düzenleyen 1028. maddede de yararlanan taşınmaza hizmet etme olgusu

³⁴ Öcal Apaydın, s. 114. Taşınmaza sağlanan yararın mutlaka işlevsel olması gerekmez, estetik bir yarar da olabilir. Yararlanan taşınmaz malikine daha güzel bir manzara sağlanması için taşınmaz lehine irtifak kurulabileceğine ilişkin bkz. D. 8.1.15.

³⁵ Atias, N. 266; Cornu, N. 92; Dross, N. 385; Hans Hinderling, "Grunddienstbarkeiten und Utilitätsprinzip", **Erhaltung und Erfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts**, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1975, s. 372; Josette Moullet Auberson, **La division des biens-fonds**, Fribourg, Editions universitaires, 1993, s. 100.

³⁶ Neratius, D. 8.3.5.1.

³⁷ Paulus, D. 8.1.8.

³⁸ Fransız Medeni Kanunu'nun 638. maddesindeki, irtifakın toprak üzerinde yeni bir hiyerarşi yaratamayacağına ilişkin düzenlemenin temelinde de yine bu korku yatmaktadır. Cornu, N. 87.

³⁹ Öcal Apaydın, s. 227.

özellikle vurgulanmıştır. Almanya Medeni Kanunu'nun 1019. paragrafı ile ve Avusturya Medeni Kanunu'nun 473. paragrafından, bu ülke hukuklarında da *utilitas* ilkesinin kabul edildiği görülür. Hak sahibinin kişisel menfaatine hizmet eden bir taşınmaz lehine irtifak kurulamaz.

2. İrtifaka İlişkin Medeni Kanun Hükümlerinin *Utilitas* İlkesi Karşısında Yarattığı Karışıklık

a. Medeni Kanun Hükümlerinin Lafzı

Medeni Kanun'un 779. maddesinin ilk fıkrası taşınmaz lehine irtifakı, “*bir taşınmaz üzerinde diğer bir taşınmaz lehine konulmuş bir yük*” olarak tanımlamaktadır. MK m. 785'te ise “*lehine irtifak kurulan taşınmaz*” için bir yararın kalmamasından söz edilmektedir. MK m. 788'de “*yararlanan taşınmazın ihtiyaçlarındaki değişiklikler*” ifadesi yer almaktadır. Bu hükümlerin lafızları, Türk ve mehz İsviçre kanunlarında *utilitas* ilkesinin geçerli olduğu sonucuna varılması bakımından elverişlidir.

Aynı zamanda, MK m. 785'e ilişkin mehz kanundaki maddenin Fransızca, Almanca ve İtalyanca metinleri arasında bir kavram farklılığı bulunur. Fransızca metin yarar kavramını karşılayan *utilité* terimine yer verir iken, Almanca ve İtalyanca metinlerde menfaat ya da çıkar kavramlarını karşılayabilecek *Interesse* terimi kullanılmıştır. Metinlerdeki bu farklılık dolayısıyla hangi terimin tercih edilmesi gerektiği sorgulanmalıdır. Bu çerçevede Fransızca metindeki *utilité* kavramının *utilitas* ilkesini çağrıştırdığı dikkati çekmektedir.

İsviçre ve Türk Medeni Kanunları'ndaki ifadeler ile yaratılan ikilemlere rağmen kanun koyucunun *utilitas* ilkesini terk ettiği bir gerçektir. İki ülkenin de öğretilerinde “başka bir taşınmaz lehine” ifadelerini geniş yorumlayarak, hak sahipliğinin yararlanan taşınmaz mülkiyetine bağlı olduğunun kastedildiğini kabul edilmektedir⁴⁰. Aynı zamanda yarar kavramı, Fransızca metnindeki ifadesi ile *utilitas*

⁴⁰ BSK-Petitpierre, art. 730 ZGB, N. 12; CR-Argul, art. 730 CC, N. 3; Galland, *Contenu*, s. 19; Gürsoy, Eren Cansel, s. 760; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, *Eşya*, N. 2777; Öcal Apaydın, s. 264; D. Piotet, *Traité*, s. 37; P. Piotet, *Traité*, s. 31-32; Temperli, s. 59-60. Taşınmaz lehine

ilkesini çağrıştırıyor olsa da, İsviçre öğretisinde, Almanca ve İtalyanca metinlerine uygun bir yorum yapılmaktadır⁴¹. Bu çerçevede, hak sahibinin diğer taşınmazdan elde edeceği herhangi bir menfaatin yeterli olduğu; taşınmazın diğer bir taşınmaza yarar göstermesinin aranmadığı ifade edilmektedir⁴².

b. *Utilitas* İlkesinin Benimsenmeme Sebepleri Ve Bu Tercihin Yansımaları

Utilitas ilkesinin terk edilmesinin sebebi, irtifakların uygulama alanını arttırarak, bu hakları modern ekonomi hayatına adapte etmek olarak açıklanmıştır⁴³. Böylece taşınmaz maliklerinin taşınmazlarından olabildiğince faydalanması sağlanacak ve başka taşınmaz malikleri ile aralarındaki ilişkiler optimal hale getirilecektir. İrtifak hakkı artık yararlanan taşınmazın işletilmesine hizmet etmeyecek, yararlanan taşınmaz maliki için bir yarar göstermesi yeterli olacaktır. MK m. 779'daki tanımda ortaya konulan kriter, irtifak hakkının yüklü taşınmaz malikinin kullanma yetkisini sınırlamasıdır. Taşınmaz lehine irtifaktan söz edilebilmesi için yüklü taşınmazdan yararlanma imkanının mevcut olması yeterlidir⁴⁴. Yoksa, yararlanan taşınmazın ne türde bir yarar göreceği, taşınmaz lehine irtifak açısından bir öneme sahip değildir⁴⁵. Taşınmaz lehine irtifaklarda mutlaka yararlanan taşınmazın işletilmesine yönelik bir yararın sağlanması zorunluluğu olmadığından, yararlanan taşınmazı devralan kişinin hiçbir kıymet vermeyeceği kişisel bir yarar için dahi taşınmaz lehine irtifak tesis edilebilir⁴⁶. İsviçre ve Türk sistemlerinin pratik sonucu, kişisel irtifaklar ile taşınmaz lehine irtifaklar arasında içerik bakımından bir farklılığın olmamasıdır.

irtifaklardaki yararın, yararlanan taşınmazdaki ticari işletmeye faaliyetlerine yönelebileceğine ilişkin bkz. ATF 131 II 345 = JdT 2005 I 567.

⁴¹ D. Piotet, **Traité**, s. 44; Rodondi, s. 37.

⁴² Aral, s. 5; Bertan, **C. II**, s. 1115; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 760; Gürzumar, s. 30. İrtifakın kullanılmasının yararlanan taşınmaz maliki için arz ettiği yararın araştırılacağına ilişkin bkz. ATF 91 II 190 = JdT 1966 I 255; ATF 114 II 426 = JdT 1989 I 640.

⁴³ E. Huber, s. 507; Galland, **Contenu**, s. 54; Rossel, Mentha, N. 1363; Wieland, art. 730 ZGB, s. 483.

⁴⁴ Bununla birlikte kişisel irtifakların varlığı için de bir yararın bulunması gerekir: Farine Fabbro, **Usufruit**, s. 99; Mooser, **Habitation**, s. 152; Moullet Auberson, s. 101.

⁴⁵ E. Huber, s. 507.

⁴⁶ E. Huber, s. 510; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2823.

Kanun koyucunun açık iradesine rağmen İsviçre hukukunda *utilitas* ilkesinin geçerli olduğunu ileri süren yazarlar da bulunmaktadır⁴⁷:

Utilitas ilkesinin terk edilmesini eleştiren Hinderling⁴⁸, bu sebepten ötürü taşınmaz lehine irtifakların konusunu düzenleyen MK m. 779 ile yararı kalmayan ya da azalan irtifakların sona erdirilmesine ilişkin MK m. 785 arasında bir çelişki bulunduğunu ileri sürmektedir. Yarar göstermeyen irtifak varlık da gösteremeyeceği için yazar, MK m. 785'in ön şartını yararın bulunması olarak saptadıktan sonra, MK m. 779 uyarınca yarar olmasa da irtifakın kurulabileceğini ama yararın olmamasının irtifakın sona erme sebebi olması nedeni ile bu durumun çelişki yarattığını ortaya koymaktadır. Bu çelişkinin irtifak kavramındaki çıkış noktasının düzeltilmesi ile giderilebileceğini ileri süren yazar, teleolojik yorum yapılması gerektiğini düşünmektedir⁴⁹. İki hüküm arasındaki tutarsızlık, irtifakın kurulması için kişisel bir yararın yeterli görülmeyip yüklü taşınmaz ile yararlanan taşınmaz arasında bir bağlantının kurulması ile giderilebilir. Yazar yine de *utilitas* ilkesinin de günümüz ekonomik koşullarına uyarlanması gerektiğini vurgulamaktadır. Örnek olarak, yararlanan taşınmazın estetik bir ihtiyacı için de irtifak hakkı kurulabilir ya da yararlanan taşınmazdaki işletmeyi koruma amacı ile tesis edilen işletme yasağı irtifakının süresiz olması engellenebilir⁵⁰. Yine de yararlanan taşınmaz malikinin kişisel menfaatinin gözeticilmesi, ancak kişisel irtifak ile mümkün olabilecektir⁵¹.

Hinderling'in *utilitas* ilkesinin teleolojik yorum ile uygulanması gerektiği görüşüne katılmak mümkün değildir. Öncelikle, sadece kişilerin hak ve borçların tarafları olduğu düşünüldüğünde, taşınmaz lehine kurulan irtifak hakkı bir taşınmazın mevcut malikine aittir ve kural olarak başka bir taşınmazın malikine karşı ileri sürülecektir. Dolayısıyla taşınmaza yarar sağlama olgusuna yönelik bir ısrar anlam taşımaz⁵². Yararlanan taşınmazın malikine sağlanan yarar yeterli olacaktır⁵³. Hatta

⁴⁷ **BK-Rey, Vorb. zu den art. 730-736 ZGB, N. 10-11; Bettina V. Deillon-Schegg, Grundbuchanmeldung und Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters im Eintragungsverfahren, Zürich, Schulthess, 1997, s. 182.**

⁴⁸ Hinderling, s. 367; aynı eleştiri için bkz. **BK-Rey, Vorb. zu den art. 730-736 ZGB, N. 16.**

⁴⁹ Hinderling, s. 369-370.

⁵⁰ Hinderling, s. 371.

⁵¹ Hinderling, s. 372; böyle bir halde kişisel irtifaklardan olan diğer irtifaklara başvurulması gerektiğine ilişkin bkz. **BK-Rey, Vorb. zu den art. 730-736 ZGB, N. 17.**

⁵² Steinauer, **T. II**, N. 2189.

taşınmaz lehine tesis edilen irtifak yararlanan taşınmaz açısından bir menfaat arz ediyor ise, kendiliğinden yararlanan taşınmaz maliki açısından da bir menfaat arz eder⁵⁴.

Aynı zamanda Hinderling'in MK m. 779 ile m. 785 arasında bir tutarsızlık olduğuna ilişkin iddiasına da katılmamaktayız. Her ne kadar tapu sicil memuru yararın varlığını iyi kontrol edemediği için bir irtifak tesis etmiş olsa da, irtifak maddi bir varlık göstermez. Zira, yarar irtifak hakkının varlık koşuludur ve yarar olmaksızın yapılmış bir irtifak tescili yolsuzdur. Bu irtifakın terkinini her zaman için talep edilebilir. Bu hal için irtifak sözleşmesinin tarafları arasında MK m. 785 uygulama alanı bulmayacaktır. Zira, MK m. 785'in uygulanabilmesi için öncelikle geçerli bir şekilde kurulmuş bir irtifak hakkının mevcut olması gerekir. Hükmün ilk fıkrası açıkça, yararın kalmamasından söz etmektedir. Yararın kalmaması için ise, başlangıçta bir yararın mevcut olması ön şart olarak karşımıza çıkar. Dolayısıyla hiçbir yarar göstermemesine rağmen tescil edilmiş irtifak haklarının terkinini için MK m. 1025 çerçevesinde, tapu sicilinin düzeltilmesi davasına başvurulmalıdır. Ne var ki hakkın devri halinde, irtifakın makul bir amaç için tesis edildiği karinesinin oluştuğu ileri sürülecektir⁵⁵. Hakkın devri halinde, başlangıçtaki yararın saptanması ve ispatlanması güçlük arz eder. Böyle bir halde ise, yüklü taşınmaz malikinin terkin talebi için MK m. 785 uygulanır.

Bununla beraber *utilitas* ilkesi tamamı ile de kaybolmuş değildir. İleride görüleceği üzere⁵⁶, irtifak ilişkisine üçüncü bir kişi katılmış ise ve irtifak sözleşmesinden irtifakın kuruluş amacı anlaşılamiyor ise, bir yorum aracı olarak *utilitas* ilkesine başvurulmaktadır⁵⁷.

⁵³ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 73-74; Curti-Forrer, art. 730 ZGB, s. 555; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, s. 2777; D. Piotet, **Traité**, s. 90; Rodondi, s. 36-37; Steinauer, **T. II**, N. 2267; Wieland, art. 730 ZGB, s. 483.

⁵⁴ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 82.

⁵⁵ Rodondi, s. 118-119; **ZK-Liver**, art. 736 ZGB, N. 144-148. İrtifakın devri halinde, kuruluş anında hangi yarara hizmet ettiği belirlenemese bile, irtifak sözleşmesinin taraflarının bir yararı hedefledikleri kabul edilmeli ve yorum kuralları ile bu muhtemel yarar ortaya çıkarılmalıdır. ATF 107 II 331 = JdT 1982 I 118.

⁵⁶ İkinci Bölüm II. C. 2. b. İrtifak İlişkisine Üçüncü Kişi Dahil Olmuş İse.

⁵⁷ Liver, **Aufhebung**, s. 11; Tonella, s. 202.

B. Yararın Özellikleri

Medeni Kanun'un 785. maddesinin ilk fıkrası, yararın tanımını vermemek ile beraber, irtifak hakkının varlık sebebi olduğunu ortaya koymuştur. O kadar ki, yarar yoksa irtifak hakkı da yoktur⁵⁸. Yararın tanımını kanunda bulmak mümkün olmasa da, gerek farklı hukuki düzenlemeler, gerek mahkeme kararları incelenerek yararın özellikleri saptanabilmektedir. Her irtifak bakımından bu özelliklerin hepsi görülme de, en azından birinin varlığı irtifakın kurulurken yarar arz edip etmediğinin tespitinde yol gösterici olacaktır.

1. İrtifak Hakkının Yarar Sağladığı Hak Sahibi Bakımından

a. İrtifak Hakkı Sahibinin Kimliği

İrtifak hakkının varlık sebebi bir yarar arz etmesi olduğuna göre, irtifak hakkı sahibinin hakkın varlığına yönelik bir menfaatinin bulunması gerekir. İrtifak hakkı sahibinin bu hakkın kullanılmasında bir menfaati olduğu müddetçe irtifak hakkı yarar sağlayacaktır.

İrtifak hakkı, hak sahibine kişisel irtifaklarda da, taşınmaz lehine irtifaklarda da bir menfaat sağlamalıdır. Taşınmaz lehine irtifakların gösterdiği yarar bakımından, yukarıda da işaret edildiği üzere⁵⁹, *utilitas* ilkesi kabul edilmemektedir. Başka bir deyişle irtifak mutlaka yararlanan taşınmazın işletilmesine yaramaya hizmet etmez; hak sahibinin kişisel bir menfaatine hizmet etmek üzere de taşınmaz lehine bir irtifak hakkı kurulabilir. Ne var ki yararlanan taşınmazın iktisadi değerine katkı yapacak şekilde kurulmuş bir irtifak, hak sahibi bakımından her zaman için yarar gösterecektir⁶⁰. Öğretide verilen örnek uyarınca⁶¹, taşınmaz lehine irtifak şeklinde kurulan manzara kapatmama irtifakı, hak sahibi görme engelli olsa dahi, yararlanan

⁵⁸ Yüklü taşınmazdaki irtifak sebebi ile oluşan değer kaybı, normal şartlar altında yararlanan taşınmazın irtifak ile elde ettiği değer karşısında önemsizdir. Liver, **Aufhebung**, s. 1.

⁵⁹ Bkz. İkinci Bölüm II. A. 2. İrtifaka İlişkin Medeni Kanun Hükümlerinin *Utilitas* İlkesi Karşısında Yarattığı Karışıklık.

⁶⁰ Galland, **Contenu**, s. 59.

⁶¹ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 82; Galland, **Contenu**, s. 59.

taşınmazın iktisadi değerini arttırması sebebi ile hak sahibi bakımından da yarar arz edecektir.

Taşınmaz lehine irtifaklarda, sadece yararlanan taşınmaz maliki değil⁶², bu yararlanan taşınmazı konu alan başka sınırlı aynı hak sahipleri ve kişisel hak sahipleri de irtifaktan yararlanabilmektedirler⁶³. Yine de dikkate alınacak menfaat, irtifak hakkı sahibinin menfaati olacaktır. İrtifakın kurulmasından sonra taşınmazda hak edinen sınırlı aynı hak ya da kişisel hak sahiplerinin menfaati yarar kavramının belirlenmesinde rol oynamaz. Bu durumun pratik sonucu, sadece irtifak hakkı sahibinin kişisel menfaatlerini tatmin amacı ile tesis edilen irtifakın üçüncü kişiler tarafından kullanılamayacak olmasıdır⁶⁴. İrtifakın kapsamı kişisel ihtiyaçlara göre belirlenmediği takdirde, kullanımı üçüncü kişilere bırakılabilecektir. Şüphe halinde irtifakın yararlanan taşınmaza hizmet ettiği düşünülür ve intifa hakkı sahibi, üst hakkı sahibi ya da kiracı gibi yararlanan taşınmazı kullanma hakkı olan kişilerce kullanılabilmesi kabul edilir⁶⁵. Bu çerçevede, yararlanan taşınmaz üzerinde doğrudan bir hakka sahip olmayan misafir ve müşteriler dahi taşınmaz lehine irtifaktan faydalanabileceklerdir. Federal Mahkeme'nin kararına konu olmuş bir uyuşmazlıkta⁶⁶, bir çamaşırhane lehine avlunun kullanımı için taşınmaz lehine irtifak tesis edilmiştir. Yüklü taşınmaz maliki, çamaşırhaneye gelen müşterilerin de arabalarını avluya park etmesine itiraz etmiştir. Federal Mahkeme kişisel irtifaklarda hak sahibinin kullanım yetkisini üçüncü kişiye bırakamayacağını vurgulasa da, taşınmaz lehine kurulan irtifakların sadece malike değil, kiracı, misafiri ve müşterisine de yarayacağını belirtmiştir.

⁶² Yararlanan taşınmaz birlikte mülkiyete tâbi ise, paylı mülkiyette de elbirliği ile mülkiyette de malikler hep birlikte irtifak hakkının sahibi olacaklardır. Bununla birlikte, mülkiyet payının hukuki işlemler bakımından taşınmaz gibi ele alınmasından dolayı, pay lehine de irtifak hakkı kurulabilecektir. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2780; D. Piotet, **Traité**, s. 37-38. Nitekim MK m. 697 ve m. 700, payın intifa ve diğer bir sınırlı aynı hakka konu olabileceğini düzenler. Bununla birlikte bu diğer sınırlı aynı hak, doğası gereği taşınmazın kullanımını ilgilendiren bir içeriğe sahip olamaz.

⁶³ Wieland, art. 730 ZGB, s. 485.

⁶⁴ D. Piotet, **Traité**, s. 112.

⁶⁵ Galland, **Contenu**, s. 38; Köprülü, Kaneti, s. 81; D. Piotet, **Traité**, s. 112; Steinauer, **T. II**, N. 2282. Yararlanacak çevrenin tahsis amacı ile de ilgili olduğuna dikkat edilmelidir. Bir çiftlik yararına kurulan geçit irtifakından sadece malikin değil, tarım işçileri ve taşıtlarının da geçebileceğine ilişkin bkz. Köprülü, Kaneti, s. 79.

⁶⁶ ATF 131 III 345 = JdT 2005 I 567.

Her ne kadar taşınmaz lehine irtifaklarda irtifak hakkından yararlanan kişilerin kapsamı geniş anlaşılrsa da, irtifak hakkı yararlanan taşınmaz maliki ile yüklü taşınmaz malikinin arasındadır. Bu kişilerden yararlanan taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak sahibi olanlar, aynı hakkın mutlak olması nedeni ile, haklarının tanınması için doğrudan yüklü taşınmaz malikine müracaat edebilseler de; diğer yararlananların haklarının yüklü taşınmaz malikine karşı korunması, yararlanan taşınmaz malikinin aracılığı ile olacaktır.

Bu bağlamda varılacak bir diğer sonuç ise, kişi lehine irtifakların sadece hak sahibine hizmet edeceğidir. Yine de hak sahibinin menfaatine hizmet etme olgusu dar anlaşılmamalıdır. İrtifak hakkı sahibi hakkını kendisi doğrudan kullanmasa da, haktan yarar sağlayabilir. Örnek olarak, geçirdiği kaza sonucunda yatağa mahkum olan hak sahibi geçit irtifakını kendisi kullanamayacaktır. Ancak, bakımı ile ilgilenen hemşire ya da kendisini ziyaret edecek yakınları bu geçit irtifakını kullanacakları için, irtifak hâlâ bu kişinin menfaatine hizmet ediyor olacaktır⁶⁷. Dolayısıyla hak sahibi irtifak hakkının sağladığı menfaatlerden bizzat yararlanamıyor olsa da, irtifak yine de yarar sağlıyor olabilir. Kişiyile kaim irtifakların ise hiçbir yarar göstermediğinden söz edilebilmesi için, hakkın verdiği yetkilerin kayyım aracılığıyla dahi kullanılmaması gerekmektedir⁶⁸.

b. İrtifak Hakkından Yarar Sağlayan Çevre

1) Topluluk Lehine İrtifaklarda

Medeni Kanun'un 838. maddesinin ilk fıkrasında, kişi veya topluluk lehine diğer irtifak tesis edilebileceği düzenlenmiştir. Bu şekilde diğer irtifaklara sahip olma bakımından gerçek ve tüzel kişilerin yanında, kişi sayılmayan insan topluluklarına da

⁶⁷ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 83; Galland, **Contentu**, s. 57.

⁶⁸ Özen, s. 172; **ZK**-Baumann, art. 748-749 ZGB, N. 54. Bununla birlikte yukarıda da belirtildiği üzere, intifa hakkının hakkın kullanımını devir imkanı tanınması sebebi ile yarar göstermediğini düşünmek çoğu zaman teorik düzeyde kalmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm I. A. 2. Kişiyile Kaim İrtifaklar, Özellikle İntifa Hakkı Bakımından.

hak sahibi olma yetkisinin tanındığı sonucuna varılabilir. Böylece diğer irtifaklarda, hak sahibinin niteliğinin şahsen belli olması şartından vazgeçilmiştir⁶⁹.

Bu düzenlemeden yola çıkıldığında varılabilecek ilk sonuç, topluluğun göreceği menfaat gözetilerek bir kişisel irtifak kurulabiliyor ise, tek bir kişinin menfaati gözetilerek kurulan kişisel irtifakın da ilgili çevresinin genişletilebileceğidir. Genişletilen ilgili çevresine örnek olarak külli halefler ile kollektif ve komandit şirket gösterilmektedir. Bu kişiler arasında kıyasen paylı mülkiyete ilişkin hükümlerin uygulanacağı ifade edilmiştir⁷⁰.

Bir topluluk lehine irtifak hakkı tesis edilebileceğini öngören Kanun, bu irtifakın ne şekilde tesis edileceğini düzenlememiştir. Tapu Sicili Tüzüğü'nde de bu yönde bir açıklık bulunmamaktadır. Yine de, topluluğun bir haktan yararlanmasına izin vermek, topluluğa hak ehliyeti tanımak anlamına gelmez⁷¹. Bu sebeple, topluluk irtifaklarında hak sahibi zorunlu olarak bir tüzel kişi olarak gözükecektir⁷². Ne var ki irtifaktan yararlanabilecek kişi çevresi olarak bu topluluğun açıkça betimlenmesi ile bir topluluk lehine belirli bir yararlanmaya hizmet etmek üzere diğer irtifak kurulabilecektir.

⁶⁹ Esener, Güven, s. 415.

⁷⁰ Wieland, art. 781 ZGB, s. 642.

⁷¹ Sadece gerçek ve tüzel kişilerin hak ehliyeti olabileceğine ilişkin bkz. Mustafa Dural, Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku**, 17. Bası, İstanbul, Filiz, 2016, s. 39; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler**, 16. Baskı, İstanbul, Filiz, 2016, s. 42; Paul-Henri Steinauer, Christiana Fountoulakis, **Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte**, Berne, Stämpfli, 2014, N. 40-41.

⁷² Bertan, **C. II**, s. 1565; **BSK-Petitpierre**, art. 781 ZGB, N. 14; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 909; Köprülü, Kaneti, s. 182; Sirmen, **Eşya**, s. 552-553; Zurbriggen, s. 44 ve 60. Bu son yazar, topluluk lehine bir irtifak kurulacağını ve kıyasen paylı mülkiyet hükümlerinin uygulanacağını ifade etmekle birlikte, bu irtifakın örnek olarak kolektif ya da komandit bir şirket lehine tescil edileceğini belirterek kanaatimizce bu görüşe yaklaşmaktadır. Bu noktada tüzel kişiliği bulunmayan bir topluluğa belirli bir amaç için ölüme bağlı bir kazandırmada bulunulabilmesini düzenleyen MK m. 577/f. II yol gösterici olabilir. MK m. 577/f. II'ye göre, topluluğu oluşturan kişi çevresi ve adedi belli ise, bunların her biri mirasçı ya da miras alacaklısı sayılacak, aksi takdirde vasiyet vakıf hükmünde olacaktır. Lehine kazandırmada bulunulan topluluk yeterli belirlilikte saptanamazsa, ya yeni bir vakıf kurulacak, ya da kazandırma aynı amacı izleyen mevcut bir vakfa aktarılacaktır. Söz konusu durum, tahvilin kanun ile öngörülmesi bir uygulaması olarak kabul edilmektedir. Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Miras Hukuku**, 3. Bası, İstanbul, Filiz, 1987, s. 530; Rona Serozan, Baki İlkay Engin, **Miras Hukuku**, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, 2014, § 4, N. 242. Örnek olarak, mirasbırakının terekesindeki malları cüzzamlılara bırakmasına yönelik ölüme bağlı tasarıfunda kişi çevresi belirlenebilse dahi, terekedeki malları bütün cüzzamlılara bölüştürme imkanı yoktur. Bunun yerine tereke mallarının gelirleri ile cüzzamlılara yardım edilmesini amaçlayan bir vakfin kurulması yolu benimsenmelidir. ATF 100 II 98 = JdT 1975 I 377.

Topluluk irtifakları ile gerçek kişiler lehine tesis edilen irtifaklar birbirinden kolayca ayrılabilir iken, tüzel kişiler lehine kurulan irtifaklar bakımından bu derece kolay bir ayırım yapılamayabilir. Tüzel kişi lehine kurulan irtifaklarda da, topluluk irtifaklarında da haktan yararlanabilecek kişi çevresi değişkendir. Bununla birlikte, tüzel kişi lehine irtifak hakkının kurulabilmesi için, hukuki sebebin tüzel kişinin yetkili organı tarafından düzenlenilmesi ve tescilin tüzel kişi adına yapılması gerekir⁷³. Topluluk lehine irtifaklarda da hukuki sebebe yine bir tüzel kişi taraf olursa da, hukuki sebepte bu topluluğun betimlenmesi ve irtifakın topluluk lehine kurulduğunun tescile yansıtılması ile durumun üçüncü kişilere bildirilmesi gerekir. Böylece, bir fabrikanın işçilerinin daha kolay işe gelebilmesi için, o fabrikanın işçi topluluğu lehine bir irtifak kurulmuş olması halinde, irtifak sözleşmesinin tarafı yine bir tüzel kişi olacaktır. Hukuki sebepte açıkça geçit hakkının o fabrikanın işçi topluluğu lehine tanındığı belirtilmeli, tescile de en azından topluluk lehine irtifak ibaresi yazılarak durum üçüncü kişilere de açıklanmalıdır.

Kuruluş aşamalarındaki bu fark haricinde, tüzel kişi lehine kurulmuş irtifak ile topluluk lehine kurulmuş irtifak arasındaki asıl ayırım, özellikle hukuki korumadan hangi kişi çevresinin ne şekilde yararlanacağı konusunda yapılmalıdır. Federal Mahkeme'nin önüne gelen bir olayda⁷⁴, bir kamu hukuku tüzel kişisi⁷⁵ olan komün lehine kurulan bir geçit irtifakından o komündeki bütün sakinlerin yararlanabileceği, ne var ki irtifak hakkı sahibinin sadece komün olduğu ifade edilmiştir. Yüklü taşınmaz malikinin irtifaka aykırı fiilleri dolayısıyla komün sakinleri ihlalin giderilmesini isteyemezler; ancak irtifak hakkı sahibinden kendilerine uygun bir kullanım sağlamasını, bu çerçevede ihlalin giderilmesi için hukuki yollara başvurmasını talep edebilirler⁷⁶. Dolayısıyla tüzel kişiyi oluşturan kişi çevresinin tüzel kişi lehine irtifaktan sağladıkları yarar, dolaylı bir yararır. Bu kişiler doğrudan kendileri için bir hukuki koruma isteyemezler; sadece irtifak hakkı

⁷³ Salih Şahiniz, "Diğer İrtifaklar (MK. md. 753) İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme", **Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay'ın Anısına Armağan, Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 11, S. 1-3, 1999, s. 566-567.

⁷⁴ Chambre de recours, F. contre Commune de X, JdT 2011 III 161.

⁷⁵ Kamu yararı düşüncesi ile kamunun kullanımını için kurulsu da, topluluk irtifakının bir özel hukuk irtifakı olduğuna ilişkin bkz. **ZK-Liver**, Einleitung zum Dienstbarkeitskommentar, N. 114.

⁷⁶ Bununla birlikte, tüzel kişiliği oluşturan kişiler zilyetliklerine dayalı taleplerde bulunabilirler.

sahibi tüzel kişi, tüzel kişiliği oluşturanlar için hukuki korumayı sağlayabilir. Fakat topluluk irtifaklarında, topluluğu oluşturan kişiler irtifak hakkından doğrudan yararlandıkları için, topluluğun irtifak hakkından yararlanması engellendiğinde buna karşı çıkabilmelidirler⁷⁷. Yine de topluluğun hak ehliyeti, dolayısıyla taraf ehliyeti olmadığı gözden kaçırılmamalıdır. Bu sebeple, yüklü taşınmaz maliki kendi taleplerini, tescilde hak sahibi olarak gözüken tüzel kişiye yöneltmelidir.

2) Oturma Hakkında

Medeni Kanun'un 824. maddesinin ikinci fıkrası, irtifak sözleşmesinde ayrıklı bir hüküm kararlaştırılmadığı sürece, oturma hakkı sahibinin ailesi ve ev halkının da oturma hakkından faydalanabileceği düzenlenmiştir. Ne var ki bu hükümden, hak sahibinin aile bireyleri ya da ev halkının oturma hakkı tarafı haline geldikleri anlamı çıkarılamaz. Bu kişiler sadece oturma hakkı sahibinin evin mesken olarak kullanılması yetkisinden yararlanabileceklerdir⁷⁸. Hakkın tarafı olmadıklarından, oturma hakkının sağladığı yarar belirlenirken, bu kişilerin menfaatleri değerlendirilmez.

Oturma hakkı sahibi ile birlikte hakkı kullanabilecek kişiler, MK m. 824/f. II'de aile ve ev halkı olarak sayılmış, söz konusu kişi çevresi sınırlandırılmamıştır⁷⁹. Yine de, bu kişilerin ya oturma hakkı sahibine yakınlıkları, ya da ev hizmetinde çalışmaları dolayısıyla oturma hakkı sahibi ile birlikte yaşamalarının hayatın olağan akışı çerçevesinde normal karşılanıyor olması gerekir. Bu hususu oturma hakkı sahibi ispatlayacaktır⁸⁰. Birlikte oturulacak evin büyüklüğü, özellikle oda sayısı da

⁷⁷ Aybay, Hatemi, s. 267; **BK**-Leeman, art. 781 ZGB, N. 20; Köprülü, Kaneti, s. 182; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 3129, dn. 510; Şahiniz, **Diğer İrtifaklar**, s. 568. Kanaatimizce, birlikte mülkiyet ilişkisinin üçüncü kişilere karşı korunması için de maliklerden her birinin bütün malikler hesabına koruma talep edebilmesi de bu hususta bir kıyas imkanı sunabilir. Topluluk üyesinin yüklü taşınmaz malikine karşı doğrudan hiçbir talep ileri süremeyeceğine, zira ona karşı doğrudan bir hakkının bulunmadığına; ancak topluluğu belirli bir talebi ileri sürmeye zorlayabileceğine ilişkin karşıt görüş için bkz. Tuor, Schnyder, Schmid, § 109, N. 49; Zurbriggen, s. 46-47.

⁷⁸ **BSK**-Mooser, art. 776 ZGB, N. 11.

⁷⁹ Özellikle oturma hakkı sahibi yüklü taşınmaz maliki ile birlikte yaşıyor ise, aile ve ev halkından sayılacak çevrenin dar yorumlanması gerekir. **CR**-Wermelinger, art. 777 CC, N. 18.

⁸⁰ **CR**-Wermelinger, art. 777 CC, N. 21.

bu normal karşılamaı desteklemelidir⁸¹. Örnek olarak tek bir odada oturma hakkına sahip olan kişi, ev hizmetinde çalışacak birinin de kendisi ile birlikte oturma hakkından yararlanacağını iddia edememelidir.

Oturma hakkı sahibi ile birlikte yaşamanın hayatın olağan akışı çerçevesinde normal karşılamaı kapsamında tartışılan bir husus, oturma hakkı sahibinin partnerinin de bu haktan yararlanıp yararlanmayacağıdır. İsviçre’de, ev halkı kavramının geniş anlaşılması gerektiği ve oturma hakkı sahibinin eşi olmayan partnerinin de hak sahibi ile birlikte bu haktan yararlanabileceği kabul edilmektedir⁸². Biz, bu durumu daha da geniş yorumlayarak hukuken birlikteliklerine sonuç bağlanmamasına rağmen, kişinin aynı cinsten partnerinin de oturma hakkı sahibi ile birlikte oturma hakkı konusu konutu kullanabileceğini düşünüyörüz. Bununla birlikte, hak sahibinin çok yakın arkadaşlarını kalıcı olarak barındırması hayatın olağan akışı dahilinde normal karşılamaı; artık hakkın kullanımının devri gündeme gelecektir. Böyle bir durum da oturma hakkının tipolojisiyle bağdaşmadığından, hayatın olağan akışı çerçevesinde normal düzeyi aşan barındırmalar kabul edilmemeli ve ilgili kişilerin oturma hakkı sahibi ile birlikte hak konusu konuttan yararlanmalarının önüne geçilmelidir. Malik, mülkiyet hakkından kaynaklanan bir talep ile hakkın uygun olmayan kullanımını sonlandırabileceği gibi, oturma hakkı sahibi ile aralarındaki kişisel ilişkiye dayanarak borca aykırılık hükümlerine de müracaat edebilir⁸³.

Bununla birlikte, misafir ya da hastabakıcı gibi, geçici olarak oturma hakkı sahibi ile kalması âdetten ya da ihtiyaçtan olan kişilerin konuttan yararlanma imkanları kabul edilmelidir⁸⁴.

⁸¹ Mugglin, s. 47.

⁸² CR-Wermelinger, art. 777 CC, N. 21; Marx Heinz, **Das dingliche Wohnrecht**, Bern, Herbert Lang&Cie, 1970, s. 53.

⁸³ Oturma hakkı sahibi ile yüklü taşınmaz maliki arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmadığına ilişkin karşı görüş için bkz. Heinz, s. 53. Genel olarak aynı sonuç için bkz. Liver, **Aufhebung**, s. 3; Temperli, s. 51

⁸⁴ CR-Wermelinger, art. 777 CC, N. 17; Mugglin, s. 49-50.

2. İrtifak Hakkının Sağladığı Yararın Konusu Bakımından

Bu başlık altında, irtifak hakkının sağladığı menfaatin konusuna ilişkin genel bir açıklama yaptıktan sonra; öğreti ve İsviçre Federal Mahkemesi'ni uzun süre meşgul eden rekabet etmeme irtifakları ve mülkiyetin kanuni kısıtlamaları ile benzeşen içerikteki irtifakların geçerliliğini değerlendireceğiz.

a. Genel Olarak

İrtifak hakkının sağladığı yararın konusunun, öncelikle irtifakın genel hukuki niteliği ile uyuşması gerekir. Bu çerçevede, yapma veya verme borcu bir irtifak hakkı olarak kurulamaz; zira hak sahibinin irtifaktan yararlanabilmesi için malikin aracılığına, bir edimde bulunmasına ihtiyacı yoktur⁸⁵. Aynı zamanda, hukuken taşınmaza bağlanmamış bir alacak hakkı ya da yenilik doğuran hakkın kullanılmayacağına ilişkin anlaşmalar da irtifak hakkına konu olamaz⁸⁶. Mülkiyet hakkından kaynaklanmayan bir yetkinin kısıtlanması da irtifak hakkına konu yapılamaz⁸⁷. Böylece yüklü taşınmaz malikin bir inşaat sürecinde itiraz hakkından vazgeçmesi⁸⁸, yararlanan taşınmaz malikin yapı maliki olarak sorumluluğuna ilişkin kusursuz sorumluluk halini yüklenmesi⁸⁹ ya da komşu taşınmazın neden olduğu zarar dolayısıyla hak kazanacağı tazminattan vazgeçmeyi kabul etmesi ya da kanundan doğan irtifak hakkından⁹⁰ vazgeçmesi irtifak hakkına konu olamayacaktır. İrtifakın sağladığı menfaatin, genel olarak hukuk düzenine de uygun olması gerekir. Örnek olarak, kamu hukuku kurallarının üzerinde irtifak tesis edilmesine izin

⁸⁵ Akipek, Akıntürk, s. 638-639.

⁸⁶ D. Piotet, **Traité**, s. 33. Yüklü taşınmaz malikin, yararlanan taşınmaz malikin taşınmazında gerçekleştireceği inşaat planlarına itiraz etme hakkından vazgeçmesini konu alan bir irtifak hakkının kurulamayacağına ilişkin bkz. ATF 131 III 414 = JdT 2005 I 347.

⁸⁷ **BK**-Leeman, art. 730 ZGB, N. 24; **BK**-Rey, art. 730 ZGB, N. 24-29; Galland, **Contenu**, s. 20; P. Piotet, **Traité**, s. 34; **ZK**-Liver, art. 730 ZGB, N. 140.

⁸⁸ ATF 131 III 414 = JdT 2005 I 347.

⁸⁹ RNRF 49/1968, s. 216.

⁹⁰ Kanundan doğan irtifak hakkından bir irtifak ile vazgeçilebileceğine ilişkin karşıt görüş için bkz. Caroni-Rudolf, s. 121.

vermediği bir kamu taşınmazı irtifak hakkına konu yapılamaz⁹¹. Diğer taraftan, üçüncü kişinin taşınmazını konu alan bir irtifak hakkı da tesis edilemez⁹².

Bununla beraber, irtifakın konusu irtifakın niteliği ile uyumlu değildir. Bütün irtifak hakları içinde sadece intifa hakkı taşınır malları konu alabilir; geri kalan bütün irtifakların konusu taşınmaz mallardır⁹³. Bu durumda, bir taşınmaz irtifakı taşınır eşya olan konteynerlerin kullanımını konu alamaz⁹⁴. İsviçre Tapu Sicili Denetim Makamı'nın önüne gitmiş uyuşmazlıkta, bir parsel lehine, diğer bir parsel üzerindeki konteynerlerin kullanımına ilişkin bir irtifak tesis edilmiştir. Tapu sicil memurunun tescil talebini reddetmesi üzerine yapılan idari başvuruda denetim makamı, intifa hakkı dışında hiçbir irtifak hakkının taşınır malları konu alamayacağını vurgulamış ve somut olayda konteynerlerin taşınmazın bütünleyici parçası olarak görülemeyeceğini bildirerek talep edilen taşınmaz lehine irtifakın tescil edilemeyeceğine hükmetmiştir.

Bazı irtifak haklarının konusu ise kanun tarafından belirlenmiştir. Oturma hakkında taşınmazı mesken olarak kullanma amacı (MK m. 823/f. I); kaynak irtifakında ise yüklü taşınmazdaki suyun alınması ve aktarılması amacı (MK m. 837) açıkça bildirilmiştir. Bu haklar başka bir amaç ile kurulamayacağı gibi, bu amaca ulaşmayacak biçimde de tesis edilemezler. Örnek olarak, ticari veya mesleki faaliyete özgülenmiş bir büro ya da depo; veya böyle bir faaliyete hasredilmemiş olmamakla beraber, mutfak ya da banyo gibi mesken olarak kullanılacak bir yerde

⁹¹ Galland, **Contenu**, s. 19.

⁹² **BSK**-Petitpierre, art. 730 ZGB, N. 13.

⁹³ Her ne kadar taşınır yapıları konu alamayacağı için bir üst hakkı kurulamayacak olsa da; yüklü taşınmaz malikine taşınmazı üzerindeki bir taşınır yapıya katlanma yükümlülüğü veren bir irtifak tesis edilebilir. Steinauer, **Superficie**, s. 138. Kaldı ki telefon ve telgraf hatları örneğinde olduğu gibi, mecra irtifakı çerçevesinde de taşınır yapılar geçirilebilmektedir. Ayrıca üst hakkının taşınır yapıları değil, bu hakkın kurulmaması halinde mülkiyeti üzerinde inşa edildiği taşınmazın mülkiyetine tâbi olacak taşınmaz yapıları konu aldığına ilişkin bkz. ATF 98 II 199 = JdT 1973 I 166. Federal Mahkeme önüne gitmiş bir uyuşmazlıkta da, mahkemenin taşınır mal niteliğindeki benzin kolonlarının üst hakkının konusunu oluşturamayacağı gözetilmeden hüküm kurması eleştirilmektedir: Karar için bkz. 5C.126/2004 = RNRF 86/2005, s. 307; Bénédict Foëx, "La jurisprudence récente de la Cour de Justice de Genève en matière de droits réels immobiliers", **Servitudes, droit de voisinage, responsabilités du propriétaire immobilier**, (edit. Bénédict Foëx), Genève-Zurich-Bâle, Schulthess, 2007, s. 34.

⁹⁴ İsviçre Tapu Sicili Denetim Makamı'nın 6 Mayıs 1993 tarihli kararı, FZR 1993, s. 294.

bulunması zorunlu bir bölümü içermeyen bağımsız bölümler oturma hakkına konu olamaz⁹⁵.

Aynı şekilde, tapu sicilinde ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar üzerinde tesis edilecek irtifakların bu hakların doğası ile uyumlu olması aranır. Örneğin, tapu sicilinde taşınmaz olarak kaydedilen bağımsız ve sürekli bir kaynak hakkının daha sonra oturma irtifakı ile kayıtlanamayacağı işin doğası gereğidir⁹⁶. Yine, taşınmaz gibi işlem gören bir üst hakkı da kaynak hakkına konu olamaz; zira yine işin doğası gereği kaynak irtifakından kaynaklanan başkasının taşınmazındaki bir kaynağın sularını almak ve akıtmak yetkisi üst hakkında bulunmamaktadır. Bu sebeple, tapuya taşınmaz olarak kaydedilen bağımsız ve sürekli irtifak hakkının üzerinde yapılacak tasarruf işleminin söz konusu hakkın sahibine tanınan yetkilerle sınırlı olduğunu kabul etmek gerekir⁹⁷.

Medeni Kanun'un 779. maddesinin ilk fıkrası, irtifakı taşınmaz üzerindeki bir yük olarak tanımlamaktadır. Bu yük dolayısıyla malik "mülkiyet hakkından kaynaklanan" bazı yetkilerini kullanmaktan kaçınmak ya da irtifak hakkı sahibinin taşınmazı belli şekilde kullanmasına katlanmak zorundadır. Görüldüğü üzere irtifak hakkı, yüklü taşınmaza ilişkin bir sınırlama olup hak sahibine tanınan menfaatin konusu, malikin bu taşınmaz üzerindeki hakimiyeti ile ilgisi olmayan faaliyetlerinin kısıtlanması olamaz⁹⁸. İrtifakın taşınmazdan yararlanma biçimine bir sınırlama getirmesi beklendiği için, kişinin salt hukuki işlem özgürlüğüne sınırlama getirecek şekilde irtifak tesis edilemeyecektir⁹⁹. Bu çerçevede taşınmazı devretmeme,

⁹⁵ BSK-Mooser, art. 776 ZGB, N. 29; OFK-Bichsel, art. 776 ZGB, N. 5.

⁹⁶ Galland, **Contenu**, s. 13.

⁹⁷ Ergüne, **Üst Hakkı**, s. 283.

⁹⁸ Bertan, **C. II**, s. 1119; BK-Leeman, art. 730 ZGB, N. 20; Cyril Galland, "Les servitudes de concurrence – un instrument à manier avec précaution", **RNRF** 95/2014, s. 145; Gürzumar, s. 30; Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 692; Steinauer, **T. II**, N. 2215; **ZK-Liver**, art. 730 ZGB, N. 107.

⁹⁹ Yerel mahkemenin, kat mülkiyetine tâbi bir bağımsız bölümün döşemelerinin halıfleks ile kaplatılmasını öngören bir irtifakın taşınmazdan yararlanma ile ilgili olmadığını ve kat malikin taşınmazını düzenleme yetkisini sınırladığını belirterek bu durumun kişisel özgürlüklere bir sınırlama getirdiğini ve bu sebeple irtifaka konu olamayacağı kararı, Federal Mahkeme tarafından bozulmuştur. Federal Mahkeme, söz konusu irtifakın kat malikin mülkiyet hakkından kaynaklanan bağımsız bölümünü tek başına düzenleme yetkisini (İsvMK m. 712a) kısıtladığından geçerli bir şekilde irtifaka konu olabileceğine karar vermiştir: ATF 106 II 315 = RNRF 62/1981, s. 150. Kararla ilgili ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Birinci Bölüm dn. 189'a ilişkin metin.

ipotek ile kayıtlamama gibi birçok anlaşma diğer irtifaklar dahilinde tapu siciline tescil edilmiş olsa dahi, aslında irtifak hakkının varlığından söz edilemez.

b. Rekabet Etmeme İrtifakları Çerçevesinde Menfaatin Konusu

İrtifakın konusu başlığı altında, rekabet etmeme irtifaklarına özel bir önem gösterilmelidir. Zira irtifak olmaları dolayısıyla, yüklü taşınmaz malikinin mülkiyetinden kaynaklanan bazı yetkilerini kısıtlamayı konu alması beklenen bu irtifaklar, bazı hallerde kuruluş amacını aşarak yüklü taşınmaz malikinin ekonomik özgürlüğünü sınırlandırabilmektedir. Aynı zamanda, Türk hukukunda bir hukuki ilişkinin devamlılığının sağlanması işlevi de yüklenen bu irtifakların arz ettikleri yarar özel olarak incelenmeyi hak etmektedir.

1) Menfaat Konusu Olarak Rekabetin Önlenmesi

Yukarıda da belirttiğimiz gibi¹⁰⁰, irtifak hakkı yüklü taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkileri sınırlar; yoksa, yüklü taşınmaz maliki ve yüklü taşınmaz üzerinde hak sahibi olan üçüncü kişilerin hukuki işlem özgürlüğünü kısıtlayamaz¹⁰¹. Örnek olarak, Federal Mahkeme yüklü taşınmazda akaryakıt ürünlerinin satılmamasını konu alan irtifakları geçersiz saymaktadır¹⁰². Söz konusu ürünler sadece akaryakıt istasyonlarında değil, garaj ve tamirhanelerde de satılabildiği için yüklü taşınmazda yapılması yasaklanan faaliyet çevresi belirli değildir. Bu sebeple, yüklü taşınmaz malikinin ekonomik özgürlüğü ihlal edilmiştir¹⁰³.

Rekabet etmeme irtifakları, yüklü taşınmaz üzerinde belirli bir ürünün satılmasının yasaklanması ya da kısıtlanmasından daha farklıdır. Bu irtifaklarda, hak

¹⁰⁰ Bkz. İkinci Bölüm II. B. 2. a. Genel Olarak.

¹⁰¹ Germann, s. 43; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 739; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2740; P. Piotet, **Traité**, s. 34; Tekinay, **II/3**, s. 37. Fribourg Kanton Mahkemesi'nin 13.11.2014 tarihli kararına göre, taşınmazın kullanımını sınırlandırmayan, sadece rekabeti engellemeye yönelik bir irtifak hakkı kanunu dolanma anlamına geleceğinden, bu irtifakın tapu kütüğüne tescilinin talebi reddedilmelidir. Karar metni için bkz. FZR 2015, s. 210.

¹⁰² **OFK-Kähr**, art. 730 ZGB, N. 25. Örnek olarak bkz. 5A_171/2008 (www.swisslex.ch).

¹⁰³ Galland, **Contenu**, s. 86-87.

sahibi yüklü taşınmaz üzerinde belirli bir sınai, ticari ya da mesleki faaliyetin görülmemesini ister¹⁰⁴. İrtifakın konusu doğrudan rekabet etmemek değildir; ne var ki özellikle hak sahibi, yapılmasını istemediği bu faaliyet ile meşgul ise, durum rekabet hukuku kurallarının dolanılmasına elverişli koşullar yaratabilir.

İlk olarak, irtifak hakkının kurulmasındaki amacın rekabetin önlenmesi değil, taşınmazdan yararlanma olması gerektiğini belirtmek isteriz¹⁰⁵. Böylece taşınmazın kullanımı ile ilgili olmadıklarından ve kişi faktörü ön plana geçtiğinden, bir taşınmazdaki tadilat işlerinin irtifak hakkı sahibinden başkasına gördürülmemesine ya da elektriğin irtifak hakkı sahibinden başkasından alınmamasına ilişkin irtifaklar geçerli sayılmayacaktır¹⁰⁶. Rekabet hukuku kurallarını dolanmak ya da yüklü taşınmaz malikinin taşınmazı ile ilgili olmayan faaliyet alanını sınırlamak amacıyla kurulacak irtifakların temelindeki sözleşmeler, kanuna karşı hile teşkil edeceğinden kesin hükümsüzdür¹⁰⁷. İrtifak hakları her nasılsa tescil edilmiş olsalar dahi, bu tescil yolsuz sayılacak ve düzeltilmesi her zaman için istenebilecektir.

Bir rekabet etmeme irtifakının yüklü taşınmazın kullanımı ile ilişkili mi olduğunun, yoksa salt rekabet hukuku kurallarını dolanmak için mi kurulduğunun saptanabilmesi için öğretide ve yargı kararlarında çeşitli kıstaslar önerilmiştir.

Federal Mahkeme ilk kararlarında¹⁰⁸, rekabet etme irtifaklarının yüklü taşınmaz malikinin işlem yapma özgürlüğünü ihlal etmemek kaydı ile sınırsızca kurulabileceğini ifade etmiştir. Ama öğretide, Mahkeme'nin bu kararlarına karşı

¹⁰⁴ Akipek, Akıntürk, s. 649; Deillon-Schegg, s. 183; Galland, **Concurrence**, s. 149.

¹⁰⁵ *Utilitas* ilkesinin benimsendiği Fransız hukukunda da rekabet etmeme irtifakları geçerli biçimde kurulmaktadır. Her ne kadar bir taşınmazın değil de ticari işletmenin menfaatine hizmet etse ve bu durumun ticaret özgürlüğüne getirilen sürekli bir kısıtlama olduğu sonucuna varılsa dahi, rekabet etmeme irtifakının yararlanan taşınmazın değerini malikin kimliğinden bağımsız bir şekilde yükselttiği ifade edilmektedir. Ticari işletme, taşınmazın eklentisi olarak görüldüğü için ve irtifakın da taşınmazın bulunduğu alan ile sınırlı olmasından ötürü, rekabet etmeme irtifaklarının yüklü taşınmaz malikinin ticaret özgürlüğünü hukuka aykırı biçimde sınırlamadığı kabul edilmektedir. Atias, N. 268. Taşınmaz malikinin taşınmazını akaryakıt istasyonu olarak kullanılmayacağı kaydıyla devretmesi, kendisinin de yakınlarda akaryakıt istasyonu işlettiği de göz önüne alınarak geçerli sayılmıştır: Cass. 3^{ème} civile, 18 mars 1987, no. 87-16171, 85-16265 (www.legifrance.gouv.fr).

¹⁰⁶ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2739.

¹⁰⁷ Galland, **Concurrence**, s. 155.

¹⁰⁸ Yüklü taşınmazda sömürge mallarının ticaretini yapan bir mağaza veya başka bir büyük mağazanın açılmasını yasaklayan bir irtifak için bkz. ATF 86 II 243 = JdT 1961 I 98; tütün ve diğer koloni mallarının ticaretinin yapılmasını yasaklayan irtifak için bkz. ATF 85 II 177 = JdT 1960 I 13.

çıkarak, sadece sınai, ticari ve mesleki bir faaliyeti yasaklayan irtifakların yüklü taşınmazın fiziki durumunu, dış görünüşünü ya da ekonomik veya sosyal yapısını değiştirmesi kaydı ile geçerli bir şekilde tesis edilebileceği savunulmuştur¹⁰⁹. Şayet irtifak ile yasaklanan faaliyet yüklü taşınmazın fiziki durumunu, dış görünüşünü ya da ekonomik veya sosyal yapısını değiştiriyor ise, irtifak geçerlidir. Federal Mahkeme, sonraki kararlarında bu görüşü benimsemiştir¹¹⁰. Bu tartışma çerçevesinde, yasaklanan faaliyetin taşınmazın fiziki durumunu, dış görünüşünü ya da ekonomik veya sosyal yapısını değiştirmesi görüşü de aşılırsa, bazı yazarlarca¹¹¹ irtifak ile yasaklanan faaliyetin taşınmazın dış görünüşü üzerinde rahatsız edici ve zarar verici bir etkisinin de bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Böylece yüklü taşınmaz üzerinde ticari, sınai ya da mesleki bir faaliyetin geçerli şekilde yasaklanabilmesi için, bu faaliyetin yararlanan taşınmaz bakımından koku, gürültü gibi açık bir mülkiyet hakkı ihlaline sebebiyet vermesi aranmıştır. Zira, yüklü taşınmaz üzerinde gösterilmesi yasaklanan belirli bir faaliyet, hak sahibi bakımından fiziksel bir rahatsızlık yaratmıyor ise, yüklü taşınmaz malikinin ekonomik özgürlüğünü kısıtlamayı hedef alır¹¹². Ancak, bu görüş öğretilerde taraftar toplamamıştır. Federal Mahkeme ise, sonraki tarihli kararlarında, irtifakın dışarıdan görülebilecek ve üçüncü kişileri doğrudan ya da dolaylı olarak etkileyebilecek bir etkisinin bulunmasını aramıştır. Mahkeme'nin bu son kararları mülkiyet hakkından kaynaklanan bir yetkinin kullanımı taşınmazın niteliğini değiştirirse de, mutlaka dışarıdan görülmesinin gerekmediği vurgulanarak eleştirilmiştir¹¹³. Kaldı ki, yüklü taşınmaz malikinin taşınmazı üzerinde bazı ekonomik ve mesleki faaliyetlerini gerçekleştiremeyecek olması, taşınmazın kullanımını etkileyecektir. Böylece faaliyet dışarıdan algılanabilir olmasa da, irtifak ile yüklü taşınmazda bir avukatlık bürosunun açılması yasaklanabilecektir¹¹⁴.

¹⁰⁹ **BK-Rey**, art. 730 ZGB, N. 87; **ZK-Liver**, art. 730 ZGB, N. 110 ve N. 136. Türk hukukunda bu görüşün savunulması için bkz. Gürsoy, Eren, Cansel, s.769.

¹¹⁰ Örnek olarak, yüklü taşınmazda sadece bir marangozhane işletilebileceğine ilişkin irtifakın geçerli olduğu yönünde bkz. ATF 123 III 337= JdT 1997 I 72.

¹¹¹ **BSK-Petitpierre**, art. 730 ZGB, N. 19-20; **ZK-Liver**, art. 730 ZGB, N. 110.

¹¹² Beat Mathys, "Bemerkungen zum Bundesgericht, II. Zivilabteilung, 5.9.1997, Bank X. c. R. und M. G (5C.69/1997; BGE 123 III 337 ff.). Berufung", **PJA** 1998, s. 353.

¹¹³ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 64; Galland, **Concurrence**, s. 148.

¹¹⁴ Galland, **Concurrence**, s. 151-152.

Federal Mahkeme, eleştirilen bir kararında taşınmazdan yararlanma biçiminin istisna getirilerek kısıtlanmasını geçerli görmüştür¹¹⁵. Somut olayda, yüklü taşınmaz üzerinde marangozhane dışında hiçbir işletme işletilmeyeceğine ilişkin bir irtifak tesis edilmiştir. Yüklü taşınmaz malikinin borçlarını ödeyememesi üzerine taşınmazı devralan X Bankası, irtifakın içeriği itibari ile geçerli bir biçimde kurulmadığı iddiası ile terkinini istemiştir. Federal Mahkeme, bu irtifakın dışarıdan taşınmazın sosyal işlevini etkilediği için geçerli bir şekilde kurulduğuna, kaldı ki her türlü faaliyetin engellendiği irtifaklara dahi izin verilirken bir istisna biçiminde kurulan irtifakların evleviyetle geçerli olduğuna hükmetmiştir. Mahkemeye göre irtifak taşınmazın kullanımı ile doğrudan ilgilidir ve belirli olan bu irtifak, taşınmazın bütün makul kullanım alanları ortadan kaldırmadığı için geçerli kabul edilmelidir.

Bazı durumlarda rekabet etmeme irtifakları taşınmaz üzerinde belirli bir faaliyetin yasaklanması değil ama, bu faaliyetin sadece bazı yönlerinin yasaklanmasını öngörebilmektedir. Bu husus İsviçre’de özellikle bira irtifakları hususunda tartışılmıştır. Federal Mahkeme, ilk kararlarında yüklü taşınmaz malikinin işlettiği lokantada, sadece irtifak hakkı sahibi bira üreticisinin ürettiği biranın satılması şeklinde kurgulanan bu irtifakları geçerli saymıştır¹¹⁶. Bu irtifak haklarında, yüklü taşınmaz maliki taşınmazı üzerindeki işletmesinde belirli bir marka birayı satmama ya da belirli marka biradan başkasını satmama külfeti altına da girebilmektedir¹¹⁷. Bira irtifaklarına benzer bir yapı otomat irtifaklarında da karşımıza çıkar. Bu son irtifaklarda, yüklü taşınmaz maliki kendi taşınmazı üzerinde sadece bir markanın otomatını koyabilmekte; başka markalara ait otomatları koyamamaktadır¹¹⁸. Başka bir örnek olarak ise, yararlanan taşınmaz maliki kendi taşınmazı üzerinde bir fırın işletiyor ise, taşınmazı üzerinde bakkal dükkanı bulunan komşu yüklü taşınmaz malikinin ekmek satmayacağına ilişkin bir irtifakın kurulması

¹¹⁵ ATF 123 III 337 = JdT 1999 I 180. Söz konusu irtifak, hak sahibinin gürültü ya da tozdan kaçınmasındaki menfaatinin korunmasına yönelmediği, sadece yüklü taşınmaz malikinin ekonomik özgürlüğünü kısıtladığı gerekçesi ile eleştirilmektedir. Mathys, s. 353. Yüklü taşınmazın ekonomik özelliğini vurgulayan ve dışarıdan görülebilen bu irtifakın geçerli olduğu yönünde bkz. **BSK**-Petitpierre, art. 730 ZGB, N. 25a; Steinauer, **T. II**, N. 2217a.

¹¹⁶ Örnek olarak bkz. Urteil vom 10. März 1900 in Sachen Brauerei Tiefenbrunnen gegen Gut bezw. Netscher = BGE 26 II 117.

¹¹⁷ **BK**-Rey, art. 730 ZGB, N. 98; **ZK**-Liver, art. 730 ZGB, N. 73.

¹¹⁸ Tapu Sicili Denetim Makamı’nın 7 Haziran 2000 tarihli kararı. FZR 2000, s. 257.

gösterilebilir¹¹⁹. Bütün bu örneklerde, hak sahibinin yüklü taşınmazda belirli bir marka veya çeşit ürünün satılmasında ya da satılmamasında menfaatinin bulunduğu açıktır. Ne var ki, belirli bir ürünün satılmasını öngören ya da kısıtlayan bir irtifak yüklü taşınmazın fiziki durumu, dış görünüşü ya da ekonomik veya sosyal yapısı üzerinde etkiye sahip olmayan bu irtifaklar, geçerli bir şekilde tesis edilemeyecektir¹²⁰.

Yüklü taşınmaz üzerinde tütün ürünü satan herhangi bir işletmenin açılmamasına yönelik bir irtifak hakkı kurulması kabul edilmiştir. Zira, yüklü taşınmazda tütün bayisi açılmayacak olsa da, lokanta ya da sinema gibi bir işletme açılırsa, yine tütün satabilecektir¹²¹. Dikkat edilecek olursa rekabet etmeme irtifakları ile belirli bir ürünün satılması değil, belirli bir işletmenin açılması engellenmektedir. Bu işletmeyi tanımlamayacak şekilde bu işletmede sunulan bir ürünün, başka bir işletme ile yüklü taşınmazda satıma sunulması kısıtlanmamaktadır. Zira taşınmaz ile ilintili olmayan bir kısıtlama, irtifak ile güdülen menfaate uygun olmayacaktır¹²².

2) Menfaat Konusu Olarak Farklı Bir Hukuki İlişkinin Devamlılığının Sağlanması

Türk uygulamasında, akaryakıt bayilik sözleşmeleri ile birlikte akdedilen intifa hakkı¹²³, bayiye bayilik sözleşmesinin devamına zorlamak için başvuru hukuki bir

¹¹⁹ Yüklü taşınmazda fırın da ya pastane işletilmesini engelleyen bir irtifak hakkı, bu taşınmazda sonradan açılan bakkalda ekmek satılması ile ihlal edilmiş olmaz: ATF 114 II 314 = JdT 1989 I 242; Galland, **Concurrence**, s. 152; Germann, s. 72 ve s. 76.

¹²⁰ Galland, **Contentu**, s. 82-83; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2740. Bira irtifakı adı altında genelleştirilen bu irtifak haklarının geçerli bir şekilde tesis edilemeyeceğini açıkça belirten örnek kararlar için bkz. ATF 123 III 337 = JdT 1999 I 180; Tapu Sicili Denetim Makamı'nın 7 Haziran 2000 tarihli kararı. FZR 2000, s. 257.

¹²¹ Yüklü taşınmazda tütün ve diğer koloni mallarının ticaretinin yapılmasını yasaklayan irtifaka dayanılarak, bu taşınmazda açılan sinemada çikolata satılmasına engel olunamayacağına ilişkin bkz. ATF 85 II 177 = JdT 1960 I 13; koloni mallarının ticaretini yasaklayan bir mağazanın açılmasını yasaklayan irtifakın, yüklü taşınmazdaki büfede bu tip malların satılması ile ihlal edilmiş olmayacağına ilişkin bkz. ATF 86 II 243 = JdT 1961 I 98.

¹²² Yüklü taşınmaz üzerindeki yurda sadece kadın öğrencilerin kabul edilebileceğine ilişkin bir irtifak da taşınmaz ile ilintili olmadığından geçersizdir: Zürih Yüksek Mahkemesi'nin 04.04.1974 tarihli kararı, RNRF 55/1974, s. 295. Aynı şekilde, sadece kadınların girebileceği bir havuz inşası için üst hakkı kurulamaz.

¹²³ Yine aynı işlevi sağlayan başka bir yapı ise, taşınmazın dağıtıcıya kiralanıp, kira sözleşmesinin tapuya şerh edilmesidir.

araç olarak kullanılabilir. Bu şekilde, bayilik ilişkisinin başında akaryakıt istasyonunun alt yapı ve üst yapısı için finansman sağlayan dağıtıcı, bayinin işletme kârlılığı ile bu finansmanın geri dönüşünü amaçlamaktadır. Şöyle ki bayi, maliki olduğu ve üzerinde akaryakıt istasyonu kurulacak olan taşınmaz üzerinde, dağıtıcıya bir intifa hakkı tanımakta, dağıtıcı ise bu intifa hakkına istinaden, taşınmazın kullanımını yüklü taşınmaz maliki bayiye bırakmaktadır. Bayilik sözleşmeleri genellikle beş yıl gibi kısa bir süre için akdedilir iken, intifa hakkı bu süreyi aşar bir şekilde, on ya da yirmi yıl için kurulmaktadır. Aynı zamanda, intifa hakkının süresi bayilik sözleşmesinin süresinden daha uzun olduğu için, bayilik sözleşmesinin sona ermesi ile bayinin intifa hakkının süresinin bitimine kadarki süre için kendi taşınmazında¹²⁴ ekonomik faaliyet göstermesi engellenebilecektir. Zira bu süreçte intifa hakkı sahibi dağıtıcının, taşınmazı boş bırakması ya da intifa hakkının kullanımını üçüncü kişiye devretmesi mümkündür. Böylece bayi, intifa hakkının yarattığı baskı neticesinde, süresi sona eren bayilik sözleşmesini aynı dağıtıcıyla yenilemek zorunda kalmaktadır¹²⁵. Bu durum ise, bayilik sözleşmesi sona eren bayinin piyasadaki diğer dağıtıcılarla pazarlık yapabilmesini engellemektedir.

Bu ilişki, rekabeti engelleme amacına yöneldiğinden RKHK m. 4 karşısında kesin hükümsüzlük yaptırımını ile karşılaşılabilecek iken¹²⁶; alıcıya rekabet etmeme yükümlülüğünün beş yıllık süreyi aşmayacak şekilde tanınması dolayısıyla, Rekabet

¹²⁴ Yargıtay'ın önüne gelmiş bir uyuşmazlıkta, aynı tarihte davacıya ait 575 parsel sayılı taşınmaz üzerinde 17 yıl için, 1181 parsel sayılı taşınmaz üzerinde de 77 yıl için davalı akaryakıt dağıtıcısı lehine intifa hakkı tesis edilmiş, kısa bir süre sonra da taraflar arasında bayilik sözleşmesi düzenlenmiştir. Akaryakıt istasyonu 1181 sayılı parsel üzerinde yer almakta ise de, Yargıtay her iki taşınmaz üzerinde aynı tarihte intifa hakkı tesis edildiğini ve kısa bir süre sonra bayilik sözleşmesi akdedildiğini, ayrıca taraflar arasında başka bir hukuki ilişki bulunmadığını göz önüne alarak 575 parsel sayılı taşınmaz üzerindeki intifa hakkının da bayilik sözleşmesinin devamını sağlamak üzere tesis edildiğini ve dikey ilişki kapsamında kaldığını kabul etmiştir. Yarg. 14. HD., 14.06.2012, E. 7398, K. 8405 (Özkan, s. 45-46).

¹²⁵ Ahmet Arı, "Akaryakıt Sektörüne İlişkin Son Dönem Rekabet Kurulu Kararlarının, Mevcut İntifa Hakları Üzerindeki Etkileri", **Terazi Hukuk Dergisi**, Y. 6, S. 53, Ocak 2011, s. 90; Yusuf Büyükay, Murat Doğan, "Akaryakıt Bayilik Sözleşmelerindeki İntifa Hakkı Kurulması Şartının Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. I**, Ankara, Turhan, 2010, s. 536; Osman Berat Gürzumar, Kerem Cem Sanlı, "Akaryakıt Bayileri ile Akaryakıt Dağıtım Şirketleri Arasında Akdedilen Bayilik ve İntifa Sözleşmelerinin 4054 Sayılı Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Kabul Edilmesi İhtimalinde Ortaya Çıkacak Özel Hukuk Sorunları Hakkında", **Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. III**, Ankara, Yetkin, 2009, s. 557.

¹²⁶ İntifa hakkı ile dağıtıcının bayiye kendisine bağımlı kılmayı amaçladığına dikkati çeken Karabağ Bulut, bu hakka MK m. 23/f. II ile de müdahale edilebileceğini ortaya koymaktadır. Açıklamalar için bkz. Karabağ Bulut, s. 302-305. Biz de, yazarın bu görüşüne katılmaktayız.

Kurulu tarafından yayınlanan 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğ çerçevesinde muafiyet kapsamına alınmıştır. Rekabet Kurulu, Tebliğ'in yürürlüğe girdiği ilk yıllarda akaryakıt sektöründe dağıtıcılar ile akdedilen bayilik sözleşmeleri RKHK m. 4 kapsamında değerlendirilir iken, özel hukuk ilişkisi olarak görülen intifa sözleşmelerinin rekabet hukukunun konusunu oluşturmadığı sonucuna varılmıştır. Fakat Danıştay'ın Rekabet Kurulu'nun verdiği karara¹²⁷ yapılan iptal başvurusu üzerine aldığı bir iptal kararı¹²⁸ ile, bu içtihat değişmiştir. Danıştay, dağıtıcı ile bayi arasındaki dikey ilişkinin sadece bayilik değil, aynı zamanda intifa sözleşmesini de kapsadığına hükmetmiş ve Kurul da bu kararı benimsemiştir¹²⁹.

Danıştay'ın kararı, akaryakıt sektöründe dağıtıcı ve bayi arasında akdedilen bayilik sözleşmesi ve intifa sözleşmesinin bir bütün olarak dikey ilişki çerçevesinde değerlendirilmesi ve bu ilişkinin bir bütün olarak beş yıldan uzun olmaması sonucunu doğurmuştur. Daha uzun süreli mevcut sözleşme ilişkileri, kısmi hükümsüzlük yaptırımına tâbi tutularak beş yıl süre ile sınırlandırılmıştır¹³⁰. Bu şekilde, beş yıldan uzun süreli intifa hakları grup muafiyetinden yararlanmadığından, hakların beş yılı aşan kısmı yolsuz sayılacak ve MK m. 1025 gereği tapu sicilinin düzeltilmesi talep edilecektir¹³¹.

Rekabet Kurulu'nun beş yıldan uzun süreli intifa sözleşmelerini kısmi hükümsüz sayması öğretide eleştirilere sebep olmuştur. Zira Medeni Kanun sisteminden uzaklaşarak, bir idari karar ile aynı hak için yeni bir sona erme sebebi yaratmak hukuk güvenliği ile bağdaşmaz. Oysa bayilik sözleşmesi ile intifa sözleşmesini bir birleşik sözleşme olarak addedip; bayilik sözleşmesinin sona ermesi

¹²⁷ 26.1.2006 tarih ve 06-04/57-15 sayılı Akdağ-Total kararı (karar metni için bkz. www.rekabet.gov.tr).

¹²⁸ Dan. 13. Daire, 13.5.2008, E. 2006/1604, K. 2008/4196 (www.kazanci.com)

¹²⁹ Bkz. 30.10.2008 tarih ve 08-61/997-389 sayılı Total-Akdağ kararı; 5.3.2009 tarih ve 09-09/186-56 sayılı Polpet-Moil kararı; 24.6.2009 tarih ve 09-30/644-152 sayılı Shell-Gürpet kararı; 15.7.2009 tarih ve 09-33/773-186 sayılı Bulutlar-Altınbaş kararı; 5.8.2009 tarih ve 09-34/795-198 sayılı Selyak-Total kararı (karar metinleri için bkz. www.rekabet.gov.tr).

¹³⁰ RKHK m. 56. Farklı bir görüş uyarınca, burada bir kısmi hükümsüzlük hali değil, içtihat değişikliği sebebi ile işlem temelinin çökmesi ve bu sebeple, sözleşmenin içtihata uygun bir şekilde uyarlanması söz konusudur. Halûk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, İstanbul, Beta, 2015, s. 254.

¹³¹ Arı, s. 92; Büyükay, Doğan, s. 564.

ile, amaç bakımından bu sözleşmeye bağlı intifa sözleşmesinin de sona ereceğini kabul etmek daha doğru olurdu¹³².

3. İrtifak Hakkının Sağladığı Yararın Niteliği Bakımından

a. Genel Olarak Menfaatin Niteliğine İlişkin Yapılan Tartışmalar

İrtifak hakkı hukuka aykırı bir menfaate hizmet edemez; bu çerçevede hakkının sağladığı menfaat kamu düzenine, genel ahlaka, kişilik haklarına ve emredici kurallara aykırı olamaz¹³³. Bununla birlikte, özellikle mülkiyet hakkının kanuni kısıtlamaları ile benzeşen içerikte irtifak hakkı tesis edilmesi durumundan menfaatin haklılığı tartışma konusu yapılmaktadır.

1) Menfaatin Haklılığına İlişkin Tartışma

Hukuka uygun bir menfaatin niteliğine ilişkin öğretilerde farklı görüşler ortaya koyulmuştur. İlk görüşteki yazarlar¹³⁴, irtifak hakkının yararlanan taşınmaz malikine, sırf taşınmaz maliki olması dolayısıyla bir yarar sağlaması gerektiğini ileri sürmektedirler. Ne var ki bu görüş kanun koyucunun terk ettiği *utilitas* ilkesinin bir yansıması olduğu için eleştirilmektedir¹³⁵.

¹³² Gürzumar, Sanlı, s. 557 ve 571-572; İlhan Helvacı, **Hukuki Mütalaalar**, İstanbul, XII Levha, 2010, s. 626 vd.

Farklı bir görüşe göre, buradaki intifa hakkı teminat işlevi görmektedir. Alacağın sona ermesi ile teminat işlevi gören bu hak yararsız kalacağından, intifa hakkının terkinin MK m. 785'in uygulama alanına girer. Arı, s. 100. Kanaatimizce bu intifa hakkı, bayilik ilişkisinin sürdürülmesini sağlamak için zorlayıcı bir unsurdur; yoksa yazarın iddia ettiği gibi, aynı zamanda dağıtıcının bayiye sağladığı finansmanın teminatını oluşturmaz. Kaldı ki, amaç finansman iade edilmeyince bu hakkın paraya çevrilip dağıtıcının tatmin edilmesi olmadığından, intifa hakkının gerçek anlamda bir teminat işlevi yüklendiği sonucuna varılamaz. Aynı zamanda, hem teminat işlevini anıp, hem de değere yönelmiş aynı hakların değil de kullanıma yönelmiş irtifakların sona erme yolu olan MK m. 785'e başvurulabilmesini önermek kanaatimizce tutarlı değildir.

¹³³ **KurzK-Schmid-Tschirren**, art. 730 ZGB, N. 13.

¹³⁴ **BK-Rey**, art. 730 ZGB, N. 35-36; Deillon-Schegg, s. 186; Jürg Schmid, "Dienstbarkeitsrecht im Wandel", **RNRF** 84/2003, s. 272.

¹³⁵ Cyril Galland, "L'intérêt des servitudes de même contenu que des restrictions légales à la propriété", **Not@lex** 4/2013, **Revue de droit privé et fiscal du patrimoine**, s. 162.

İkinci görüşteki yazarlar¹³⁶, irtifakın kurulması için gerekli olan menfaati nesnelleştirmeye çalışmaktadırlar. Bu nesnelleştirme, menfaatin “makul”, “nitelikli”, “korunmaya değer” ya da “açıklanabilir” olarak nitelendirilmesi ile ifade edilmektedir. Bu görüşün kabulü halinde, kısıtlayıcı yorumlar yapılmamalıdır. Önemli olan irtifakın kurulmasındaki yararın niteliği, bu yararın haklı olup olmamasıdır. Yoksa, tarafların hakkı kişisel ya da taşınmaz lehine irtifak şeklinde tesis etmelerinin haklı olup olmadığını sorgulamak; salt kişisel menfaatin bulunduğu hallerde taşınmaz lehine irtifaka izin vermeyip kişisel irtifakın kurulmasını dayatmak için kanunda herhangi bir hukuki temel bulunmamaktadır. Kaldı ki böyle bir düşünce hak sahibinin kendi ihtiyaçlarına göre irtifaka şekil vermesinin önüne geçerek, kanun koyucunun irtifakın kapsamı bakımından öngördüğü serbestiye aykırı olacaktır. Çok kişisel bir yarara dayanılarak taşınmaz lehine irtifak kurulmuş ise ve sonradan yararlanan taşınmazın malikinin değişmesi sebebi ile bu irtifak artık kullanılamaz hale gelmiş ise, bu problemin çözümünü kanun koyucu zaten MK m. 785 ile düzenlemiştir. Bununla birlikte, yararın haklılık ölçütü çok da yüksek tutulmamalıdır. Hak sahibinin kişisel zevkine hizmet edecek bir irtifak hakkının kurulmasında dahi haklı bir yarar görülmelidir¹³⁷.

Üçüncü görüşteki yazarlara göre¹³⁸ ise, hak sahibinin herhangi bir kişisel menfaati irtifak hakkının korunması için yeterlidir. Menfaatin hukuken korunması aranmaz. Bu menfaatin nesnelleşmesi de gerekmez. İrtifak hakkı, hak sahibinin keyfi bir amacının tatmini için dahi kurulabilir¹³⁹. Ne var ki irtifakın tesisinin temelinde bulunan bu menfaatin, bir aynı hak tesisini haklı göstermesi lazımdır. Wieland’ın verdiği örnek tekrar ele alınacak olur ise¹⁴⁰, bir evi beyaza boyamayı öngören bir

¹³⁶ **BK**-Leeman, art. 730 ZGB, N. 27; **HandK**-Göksu, art. 730 ZGB, N. 10; Hürlimann-Kaup, **Schranken**, s. 68; Mooser, **Habitation**, s. 152; **OFK**-Kähr, art. 730 ZGB, N. 22; H. Pfister, s. 335; Schmid, Hürlimann-Kaup, N. 1266; Steinauer, **T. II**, N. 2214; Wieland, art. 730 ZGB, s. 478; M. Zobl, s. 42-43. MK m. 785 uyarınca irtifakın terkin edilebilmesi için, öncelikle bu irtifakın makul bir yarar göstermiş olmasının aranacağına ilişkin bkz. BGE 121 III 52.

¹³⁷ Tenis kortu ve hamam inşa edilebilmesi için irtifak kurulabileceğine ilişkin bkz. BGE 57 II 155.

¹³⁸ Bertan, **C. II**, s. 1111; **BSK**-Petitpierre, art. 736 ZGB, N. 10; **CR**-Argul, art. 730 CC, N. 16; Galland, **Restrictions légales**, s. 164; Köprülü, Kaneti, s. 53; Moullet Auberson, s. 172; P. Piotet, **Traité**, s. 36; Pradervand-Kernen, **Valeur**, s. 13; Rodondi, s. 41; Tekinay, **II/3**, s. 32; **ZK**-Liver, art. 736 ZGB, N. 143-144.

¹³⁹ İrtifakın hak sahibine mutlaka ekonomik bir avantaj sağlamayabileceğine ilişkin bkz. BGE 78 II 21.

¹⁴⁰ Wieland, art. 730 ZGB, s. 478.

irtifak, başka bir deyişle beyaz dışında bir renge boyamamayı gerektiren irtifak estetik bir kaygıya hizmet etmesi dolayısıyla geçerlidir¹⁴¹. Bu çerçevede, sadece hak sahibinin kaprisinden kaynaklanan bir irtifak veya hayali ya da farazi bir menfaatten kaynaklanan bir irtifak hakkı kurulamaz¹⁴². Örnek olarak, suyu olmayan taşınmaz, kaynak irtifakına konu olamayacaktır. Kaldı ki yine bu görüşe göre¹⁴³, kanunda menfaatin makul olmasına yönelik bir gereklilik yer almamaktadır.

Üçüncü görüşteki yazarlar her ne kadar salt öznel menfaatler için irtifak hakkının kurulabileceğini öne sürseler de, bu menfaati istisnalar getirerek ya da “aynı hak kurulmasını haklı gösterecek” gibi kıstaslar koyarak bir nevi nesnelleştirmeye çalışmaktadırlar. Aynı hakkın kurulmasını haklı gösterecek yarar kıstasının, hakkın kalıcılığına vurgu yaptığını ifade etmek isteriz. Bu durumda üçüncü görüşün uygulama alanı, ikinci görüşe oranla daha geniş olacaktır. Son görüşün kabul edilmesi ihtimalinde, irtifakın kurulması için yeterli görülecek salt öznel menfaat, irtifak hakkının devri halinde yeni hak sahibi açısından etkin olmayabilir. Şayet bu öznel menfaat, yeni hak sahibi açısından etkin ise, irtifak hakkı sorunsuz olarak ayakta kalır. İrtifakın kurulması için öngörülen menfaat yeni hak sahibi için bir anlam ifade etmiyor ise, MK m. 785 gereği hakkın sona ermesi gündeme gelecektir. Verilen örnek¹⁴⁴, Haliç çevresindeki bir konut lehine manzara kapatmama irtifakı tesis edilmesi, ancak yararlanan taşınmazdaki bu konutun yıkılıp yerine bir imalathane yapılmasıdır. Böyle bir ihtimalde, MK m. 785’in uygulanması ile yararı kalmamış manzara kapatmama irtifakının sona ermesi gündeme gelecektir. Bu görüşün temelinde, kimsenin kişisel hak yolu ile ucuza elde edeceği avantajlara büyük paralar ile irtifak kurarak sahip olmayacağı fikri vardır. Keyfe dayalı bir irtifak hakkı kurulmuş olsa dahi, irtifakın devri ile bu subjektif yarar büyük ihtimal ile ortadan kalkacak ve hakkın MK m. 785 gereği terkini istenebilecektir. Kurtuluş imkanı mevcut olduğundan, menfaatin tamamı ile subjektif olmasının getireceği dezavantajlardan çekinilmemelidir¹⁴⁵.

¹⁴¹ ZK-Liver, art. 730 ZGB, N. 88.

¹⁴² BSK-Petitpierre, art. 736 ZGB, N. 11.

¹⁴³ Bertan, C. II, s. 1112.

¹⁴⁴ Örnek için bkz. Bertan, C. II, s. 1111.

¹⁴⁵ Rossel, Mentha, N. 1363.

Federal Mahkeme, 1982 yılına kadarki kararlarında üçüncü görüşe öncelik tanımış ve salt kişisel, çoğu insan için anlaşılmaz, duygusal sebeplere dayalı bir menfaatin bulunmasını, irtifak hakkının kurulması için yeterli görmüştür¹⁴⁶. 1982'den sonra bir süre ikinci görüşe meylederek irtifakın kurulmasında haklı bir menfaat aramış¹⁴⁷; sonraki kararlarında ise bu haklı menfaatin duygusal da olabileceğini ve mutlaka hukuken korunan bir menfaatin aranmaması gerektiğini ifade etmiştir¹⁴⁸. Dolayısıyla Federal Mahkeme'nin son kararlarında, ikinci görüş ile üçüncü görüş arasında pozisyon aldığını söylemek yanlış olmayacaktır¹⁴⁹.

Keyfi bir yararın dahi irtifak hakkına konu olabileceğini teorik olarak kabul etsek dahi, salt hak sahibinin keyfine dayanan irtifak haklarına pek rastlanmayacağına dikkat çekmek isteriz. Gösterilen en uç örnek olan, bir çöplüğe bakan manzara irtifakında dahi amaç, çöplük görüntüsünün hak sahibinde uyandırdığı hoş duygulardan ziyade, çöplüğün yakın bir gelecekte kaldırılacak olması sebebi ile yararlanan taşınmaz malikin ekonomik avantaj sağlayacak olmasıdır. İşin ucunda mutlaka bir taşınmazdan maksimum fayda sağlama düşüncesi olduğundan, sadece hak sahibinin keyfine hizmet edecek irtifaklar ile karşılaşma olasılığı son derece düşüktür¹⁵⁰. Kaldı ki irtifakın kurulması özellikle masraflar yönünden de zahmetli olacağından¹⁵¹, uygulamada keyfi bir menfaatin tatmini için irtifak kurulması ile pek karşılaşılabilirliğini öngörmemekteyiz¹⁵².

¹⁴⁶ Hak sahibinin kendi menfaatini daha iyi değerlendirebileceğine ve yararın herkese uygulanacak genel geçer bir kritere göre takdir edilmemesi gerektiğine ilişkin olarak bkz. ATF 70 II 96 = JdT 1944 I 532; ATF 66 II 243 = JdT 1941 I 293.

¹⁴⁷ ATF 108 II 39 = JdT 1985 I 190; BGE 121 III 52.

¹⁴⁸ ATF 123 III 337 = JdT 1997 I 72.

¹⁴⁹ Türk hukukunda da irtifakın kurulmasında uygun bir menfaatin bulunması gerektiği, ne var ki bu menfaatin subjektif ihtiyaç ve takdire göre belirleneceğini ortaya koyarak Federal Mahkeme ile aynı görüşün savunulması gerektiğine yönelik bkz. Ünal, **Kavram**, s. 1751.

¹⁵⁰ Yine de bu düşük olasılığın gerçekleştiği istisnai örneklerle karşılaşılabilir. Kişinin, annesinin mezarı ile daha yakından ilgilenebilmek için mezarlığa bakan arazi üzerinden bir manzara kapatmama irtifakı istemesinde haklı bir menfaati bulunduğu kanaatimizce kabul edilmelidir.

¹⁵¹ Galland, **Contenu**, s. 58.

¹⁵² Kanundan doğan irtifaklara ilişkin bir örnek olsa da, Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlık ilgi çekicidir. Uyuşmazlıkta, taşınmazın miras payına karşılık sağ kalan eşe özgülenmesi isteminde davacının taşınmaz üzerinde mülkiyetin bedelini karşılamayacağı için intifa ya da oturma hakkı kurulması istemi yeterli görülmemiş, MK m. 652/f. II çerçevesinde haklı bir nedenin bulunup bulunmadığının araştırılmasına hükmedilmiştir. Yarg. 14. HD., 10.11.2015, E. 2015/2814, K. 2015/10100 (www.kazanci.com).

2) Menfaatin Ölçülülüğüne İlişkin Tartışma

İrtifakın kurulması için haklı bir menfaatin gerekli olduğu görüşünden hareket ile ortaya çıkan ikinci bir tartışma, bu menfaatin orantılı olup olmayacağına ilişkindir. Öğretide, irtifakın hak sahibine sağladığı menfaatin yüklü taşınmaza getirilen külfet ile orantılı olması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁵³. Bununla beraber hakim görüşe göre¹⁵⁴, irtifakın tesisi esnasında tarafların menfaatleri arasında bir oranın gözetileceğine ilişkin herhangi bir düzenlemenin bulunmadığından, irtifak hakkı kurulurken aranan menfaatin belirli bir niceliksel ölçüsü ya da yüklü taşınmaza arz edeceği külfetin bir oranı yoktur. İrtifak hakkı sahibinin sahip olacağı menfaatin, irtifakın neden olacağı yükün karşısında az bir değer göstermesi de önemli değildir¹⁵⁵. İrtifakın kurulması anındaki taraf menfaatleri arasındaki oransızlık, irtifakın kurulmasını engellemeyeceği gibi, MK m. 785'in de uygulama alanının dışındadır; zira bu hüküm şartların sonradan değişmesi durumunda irtifakın arz ettiği yararın azalmasının sonucunu düzenlemektedir.

Her ne kadar taraflar arasındaki tartışmanın konusu bu olmasa da, irtifakın arz ettiği yükün oranı ile karıştırılmaması gereken iki farklı durum daha bulunur. İlk olarak, akla irtifak hakkı sahibinin menfaatinin azlığı ile irtifak nedeni ile ödenen bedel arasındaki dengesizlik gelmektedir¹⁵⁶. Söz konusu durum, aynı hakkın kendisi ile ilgili değil, temelindeki borç sözleşmesi ile ilgilidir. Bu çerçevede aşırı yararlanma ya da ahlaka aykırılık geçersizlik şartlarının mevcudiyeti tartışılabilir;

¹⁵³ ZK-Liver, art. 736 ZGB, N. 159.

¹⁵⁴ D. Piotet, *Traité*, s. 45; P. Piotet, *Traité*, s. 36, dn. 21a; Temperli, s. 73.

¹⁵⁵ Rodondi, s. 41.

¹⁵⁶ Kanundan doğan geçit hakkının kurulması çerçevesinde bu husus tartışma konusu yapılmıştır. Yargıtay'ın önüne giden bir uyuşmazlıkta, geçit hakkının sağlanması sonucunda davacının taşınmazının 320 000 TL değer taşıyacağı, buna karşılık geçit hakkının kurulmasının davalıyı 1 800 000 TL zarara sokacağı belirlenmiştir. Yargıtay, bu zararın tazmin edilmesi halinde dahi, kimseden komşu taşınmazın cüzi yararına karşılık büyük bir zarara rıza göstermesi beklenemeyeceği gerekçesi ile, knundan doğan geçit hakkının kurulması talebini reddetmiştir. Yarg. 14. HD., 04.05.1982, 1919/2855, İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi, S. 261, 1982, s. 1315-1317. Kararı eleştiren Tekinay, irtifak hakkı ile elde edilecek yararın yüklü taşınmaz malikinin uğrayacağı zarar için ödenecek bedelle karşılaştırılmasını ve arada büyük bir farkın bulunması halinde, kanundan doğan irtifakın kurulması talebinin reddedilmesini kanunun amacına aykırı bulmaktadır. İrtifakın arz ettiği yararı mülkiyetin satış değerine eşit saymak hukuki dayanaktan yoksundur. Yazara göre değeri düşük bir taşınmaz, davacının ekonomik faaliyetleri ya da aile ihtiyaçlarının karşılanmasında büyük bir önem arz edebilir. Karşılaştırma yapılırken davacıya ait taşınmazın değerinin yanı sıra, başka yararların da göz önüne alınması lazımdır. Selâhattin Sulhi Tekinay, *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, Eşya Hukuku II/1*, İstanbul, Filiz, 1988, s. 101.

ancak, sorun irtifakın arz ettiği yarar değildir. Kaldı ki aksi bir yaklaşım ile, hiçbir yarar arz etmeyen bir irtifak sırf ivazsız olduğu için tesis edilebilecektir. Bu yaklaşım, hukuk sistemimiz dahilinde kabul edilemez. İkinci olarak ise, irtifakın arz ettiği yararın sebep olduğu külfete oranla cüzi olmasının nasıl örneklendiği de sorun arz eder. Çok fazla kullanılmayan sözleşmesel geçit irtifakında, yüklü taşınmaz malikine aynı zamanda geçidi her gün aydınlatma yükümlülüğü yüklenmiş olabilir. Böyle bir ihtimalde gerçekten de irtifaktan elde edilen yarar, irtifakın neden olduğu külfete oranla önemsizdir. Bu durumda yine asıl sorun aynı ilişkiye ilişkin değildir; irtifaka yüklenen yan borcun MK m. 779/f. II şartlarını dolanıp dolanmadığı kontrol edilmelidir.

b. Özel Olarak Mülkiyetin Kanuni Kısıtlaması İle Benzeşen İçerikteki İrtifaklar Bakımından Menfaatin Niteliği

Mülkiyetin yasal kısıtlamaları ile benzeşen içerikte irtifak kurulması, menfaatin niteliği ile ilgili bir durumdur. Zira yasal kısıtlama ile benzer içerikli bir menfaat kurulmasında haklı bir menfaat bulunamaz ise, irtifak hakkının tescili yolsuz olacaktır¹⁵⁷.

1) Mülkiyet Hakkının Kanundan Doğan Kısıtlamaları İle Aynı İçerikteki İrtifaklar Açısından

Bu başlık altında mülkiyet hakkının kanundan doğan kısıtlamalarının farklı çeşitleri açıklandıktan sonra, kanundan doğan irtifaklar ile aynı içerikteki iradi irtifakların geçerliliği özel olarak incelenecektir.

¹⁵⁷ D. Piotet, *Traité*, s. 44.

a) Mülkiyet Hakkının Kanundan Doğan Kısıtlamalarının Farklı Çeşitleri

Mülkiyet hakkının kanundan doğan kısıtlamaları ile aynı içeriğe sahip irtifak haklarının tesisi talep edilebilmektedir. Bu kısıtlamalar ile aynı içerikte bir irtifakın kurulmasında haklı bir menfaat olmadığı kabul edilirse, yapılan tescil yolsuz olacaktır. Tapu sicilinin açıklığı ilkesi, tapu sicilinin hukuki değeri olmayan tesciller ile dolmasının da önüne geçilmesini gerektirir. Bu durumda, kişinin kanun gereği sahip olduğu bir hak ile aynı içerikte bir irtifak hakkının tesis edilmesini istemesinde, kural olarak, haklı bir menfaati bulunmayacaktır¹⁵⁸.

Kural, mülkiyet hakkının kanundan doğan kısıtlamaları ile aynı içerikte bir irtifakın kurulmasında haklı bir menfaat olmaması ise de, bazı özellikli durumlarda böyle bir irtifak hakkı kanundan kaynaklanan kısıtlamadan daha iyi bir koruma sağlayabilir. Bu halde ise, mülkiyet hakkının kanundan doğan kısıtlaması ile aynı içerikte irtifak hakkının kurulmasında haklı bir menfaat mevcuttur.

Federal Mahkeme'nin *X-Zürich Şehri'ne karşı* kararına¹⁵⁹ konu olan uyuşmazlıkta, davacının taşınmazının üzerinde Zürich şehri lehine, ahlaka aykırı veya gürültü ya da kokuya sebep olabilecek nitelikte bir işletme işletilmemesine yönelik irtifak hakkı bulunmaktadır. Taşınmazdaki binanın ilk katında genelev işleten X'in kiracısının, ikinci katta değişiklik yapıp işletmesini genişletmek istemesi üzerine, idare X'nin taşınmazında ahlaka aykırı bir işletme işletilmesine izin vermemesi için dava açmıştır. X söz konusu irtifakın, taşınmazın çevreyi rahatsız edici biçimde kullanılmasını önlemek amacı ile tesis edildiğini; sonradan çıkarılan kanun ve yönetmelikler ile bu işletmelerin durumu kamu hukukundan kaynaklanan emredici hükümler ile düzenlendiğinden irtifakın yararsız kaldığını savunmuştur. Sonraki tarihli bir kamu hukuku kısıtlamasının tek başına irtifakın sona ermesine yetmeyeceğini ifade eden Federal Mahkeme, en az %50 yerleşim oranına sahip

¹⁵⁸ BSK-Petitpierre, art. 730 ZGB, N. 21; Eggen, **Privatliche Fragen**, s. 219; Galland, **Restrictions légales**, s. 164; KurzK-Schmid-Tschirren, art. 730 ZGB, N. 13; Arthur Meier-Hayoz, **Grundeigentum II, Art. 680-701 ZGB, Berner Kommentar, Bd. IV/1/3**, 3. Auf., Bern, Stämpfli, 1975, art. 680 ZGB, N. 61 ve 92; H. Pfister, s. 341; Schmid, Hürlimann, Kaup, N. 1267; ZK-Liver, art. 730 ZGB, N. 96.

¹⁵⁹ ATF 134 III 341 = JdT 2008 I 216.

bölgelerde genelev işletilmesi yasağının bulunduğunu saptamıştır. İrtifaka konu olan taşınmaz böyle korunan bir bölgede yer almadığından, Federal Mahkeme irtifakın arz ettiği yararın daha da hissedildiğine ve hakkın ayakta tutulması için yeterli menfaatin bulunduğuna karar vermiştir.

Kanundan kaynaklanan kısıtlamanın anlamı, etkisi, süresi ya da kapsamı belirsiz ise, mülkiyet hakkının kanundan doğan kısıtlamasının kalıcı olmadığı sonucuna varılır. Mülkiyet hakkının kanundan doğan kısıtlamaları genel nitelikteyse ve bütün taşınmazlara uygulanıyorsa, bu kısıtlamalar çoğu zaman belirsizdir. Kısıtlamadan yararlanan taraf, bu kısıtlama ile elde ettiği hakkın korunacağından emin olamıyorsa, kısıtlama ile aynı içerikte bir irtifakın tesis edilmesinde haklı menfaati bulunur¹⁶⁰. Özellikle imar hukukundaki kuralların sıklıkla değiştirilmesi, imar hukukunun getirdiği bir kısıtlama ile aynı içerikte irtifak tesis edilmesini haklı göstermektedir¹⁶¹. Aynı şekilde, hak sahibinin yararlandığı kanundan doğan kısıtlamanın yakın bir gelecekte değiştirileceği öngörülebilir ise, bu kısıtlama ile aynı içerikte bir irtifak hakkı kurulmasında haklı bir menfaat vardır¹⁶².

Kanundan doğan kısıtlamanın hakimnin ya da idari bir makamın takdirine dayandığı hallerde, kısıtlamanın yine belirsiz olduğu ve bu kısıtlama ile aynı içerikte bir irtifakın tesisinde hak sahibinin menfaatinin bulunduğu kabul edilir¹⁶³. MK m. 737 çerçevesinde, komşuluk hukukundan kaynaklanan mülkiyet hakkının aşırı kullanımının kısıtlamaları akla ilk gelebilecek örnektir. Zira, mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerin kullanılmasının aşırı olup olmadığına hakim karar verecektir. Malikin belirli bir yetkisini kullanmasının aşırı olduğuna yönelik hakimnin karar vermesine gerek kalmadan, komşu hukuki durumunu sağlamlaştırmak isteyebilir. Dolayısıyla MK m. 737 ile aynı içerikte, mülkiyet hakkının kullanımındaki taşkınlıklardan kaçınılmasına ilişkin geçerli bir irtifak hakkı kurulabilecektir¹⁶⁴. Özellikle MK m. 737/f. II'nin karşıt anlamı uyarınca, taşınmazın durumuna,

¹⁶⁰ Bertan, C. II, s. 1114; BK-Leeman, art. 730 ZGB, N. 19; BK-Rey, art. 730 ZGB, N. 59; BSK-Rey/Strebel, art. 680 ZGB, N. 19; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 763; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Eşya, N. 2722; H. Pfister, s. 342-343; P. Piotet, *Traité*, s. 36; Rodondi, s. 47; Schmid, Hürlimann-Kaup, N. 1267; Temperli, s. 28.

¹⁶¹ Galland, *Restrictions légales*, s. 166-167.

¹⁶² Steianuer, T. II, N. 2214a; Rodondi, s. 49-50.

¹⁶³ Galland, *Restrictions légales*, s. 165.

¹⁶⁴ Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 69.

niteliğine ve yerel adete göre komşular arasında hoş görülebilecek dereceyi aşmayan taşkınlıklar için hakimin zarar gördüğünü iddia eden taraf lehine karar vermeyeceği dikkate alınır ise, bu taşkınlıkların baştan irtifak hakkı ile yasaklanmasındaki menfaat kendisini daha güçlü hissettirir¹⁶⁵. Aynı şekilde idarenin kamu yararını gözeterek uygulamada takdir yetkisine sahip olduğu bir kısıtlamada, bu genel nitelikteki uygulamadan faydalanacak ama özel olarak kendi durumunu sağlamlaştırmak isteyen kişinin, irtifak tesis etmesinde menfaati bulunduğu ifade edilmektedir¹⁶⁶.

b) Özel Olarak Kanundan Doğan İrtifaklar Bakımından İnceleme

Kanundan doğan ve zorunluluk haline dayanan irtifak tesis edilecek yerde de tarafların aynı içerikte bir sözleşmesel irtifak kurabileceği kabul edilmektedir¹⁶⁷. Böyle bir durumda, kanundan doğan irtifakın yerine geçecek bu sözleşmesel irtifakın tâbi olacağı hukuki rejim öğretide tartışmalara sebep olmuştur. Liver¹⁶⁸, kanundan doğan irtifak kurulabilecek iken sözleşmesel irtifak kurulmuş ise, zorunluluk unsuru ortadan kalktığında bu sözleşmesel irtifakın da sona ereceğini savunmaktadır. Buna karşılık baskın görüşteki yazarlar¹⁶⁹, kanundan doğan irtifakın kurulması şartlarından vazgeçilmesinin, sonuçlarından da vazgeçildiği anlamına geldiğini ifade etmektedirler. Sözleşmesel irtifakın kurulması ile yüklü taşınmaz maliki, irtifakın sona erdirilmesi ve yer değiştirilmesindeki avantajlardan fayda sağlayamayacaktır¹⁷⁰. Nitekim, kanundan doğan irtifak kurulabilecek yerde sözleşmesel irtifakın kurulmasının sebebi, zorunluluk unsurunun ortadan kalkması ile irtifakın kendiliğinden sona ermesi riskine karşı hak sahibinin aynı içerikte sözleşmesel bir

¹⁶⁵ Galland, **Contenu**, s. 65-66; Galland, **Restrictions légales**, s. 165-166; Temperli, s. 27-28.

¹⁶⁶ Galland, **Restrictions légales**, s. 166.

¹⁶⁷ Kanundan doğan irtifak yerine sözleşmesel irtifak kurulması, kanundan doğan irtifakın hakim kararı ile değil de sözleşme ile kurulması durumu ile karıştırılmamalıdır. Kanundan doğan irtifakın kurulmasının şartları oluşmuşsa, taraflar bir irtifak sözleşmesi akdedip, malikin tescil talebinde bulunması ile kanundan doğan irtifak hakkını tesis edebilirler. Bu sözleşmede, tarafların kanunun aradığı şartların gerçekleştiği hususunda anlaşmaları, sınırlamanın kapsamı ile bedel miktarının belirlenmesi aranacaktır. Rodondi, s. 20. Aynı zamanda, bu irtifakın sözleşmesel bir irtifak hakkında ayırt edilebilmesi için, sözleşmede kanundan doğan irtifak olduğu vurgulanmalı ve de zorunluluk unsuru tescile yansıtılmalıdır. Temperli, s. 23-24; **ZK-Liver**, art. 732 ZGB, N. 39-40.

¹⁶⁸ **ZK-Liver**, art. 736 ZGB, N. 75.

¹⁶⁹ P. Piotet, **Traité**, s. 60; Rodondi, s. 48; Tekinay, **II/1**, s. 104; Temperli, s. 25.

¹⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm III. A. 3. b. Kanundan Doğan İrtifaklar Bakımından Zorunluluk Halinin Ortadan Kalkması.

irtifak ile kendisini korumak istemesidir¹⁷¹. Bu haklı menfaate dayanılarak sözleşmesel irtifak kurulduğunda, gereklilik şartı ortadan kalkacağı için kanundan doğan irtifakın da kurulma şartları oluşmamış olacaktır¹⁷². Dolayısıyla, yüklü taşınmazı iyiniyetle devralacak üçüncü kişiye karşı ileri sürülemeyecektir. Medeni Kanun sisteminde öngörülmeleyen bir irtifak yaratmaktansa, kanundan doğan irtifak yerine kurulacak sözleşmesel irtifakın geçerli olduğu sonucuna varılmalıdır¹⁷³. Böylece kanundan doğan geçit hakkı yerine sözleşmesel bir geçit hakkı kurulmuş ise, geçit hakkı sahibinin kavuştuğu yeni geçit imkanı bu geçit hakkını kendiliğinden sona erdiremez. Ne var ki, şartları oluşmuşsa, MK m. 785/f. II uygulanabilir.

2) Kamulaştırma Yetkisi Olan Kurumların Kanundan Doğan Mecra İrtifakı Talebi Açısından

İsviçre Medeni Kanunu'nun 691. maddesinin ikinci fıkrası, kantonal ya da federal mevzuat gereği kamu hizmetine dayanılarak kamulaştırmanın yapılabileceği durumlarda, kanundan doğan mecra irtifakına başvurulamayacağını düzenlemiştir. Hüküm, kamulaştırma yetkisi bulunan kurumların, kamulaştırma prosedürüne uygun bir biçimde irtifak hakkı kurmaları gerektiği, kanundan doğan mecra irtifakı kuramayacakları şeklinde anlaşılmaktadır¹⁷⁴. Ancak kamulaştırmanın şartları oluşmamış ise, bu kurumlar kanundan doğan mecra irtifakı tesis edebilirler¹⁷⁵.

İlgili hüküm 743 sayılı Medeni Kanun'da yer almamıştır. Ne var ki MK m. 744/f. II'nin “[m]ecra geçirilmesinin kamulaştırma kurallarına bağlı olması hâlinde, bu Kanunun mecralara ilişkin komşuluk hükümleri uygulanmaz” düzenlemesi, mecra

¹⁷¹ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 91; Curti-Forrer, art. 730 ZGB, s. 555; Galland, **Restrictions légales**, s. 167; Riemer, **Beschränkten**, s. 57.

¹⁷² Özakman, s. 183.

¹⁷³ Tarafların, ileride çıkacak uyuşmazlıkları önlemek amacı ile kanundan doğan irtifakların kapsamını belirlemek için bir anlaşma yapmaları, irtifakın zorunlu niteliğini etkilemez. Özakman, s. 183.

¹⁷⁴ Pittet, s. 90-91. Bir demiryolu hattının kurulabilmesi için Zürih Gölü'nün solundaki su ve gaz borularının yerinin değiştirilmesinin, Zürih şehri idaresinin kamulaştırma yetkisi dikkate alındığında, komşuluk hukuku kurallarına göre talep edilemeyeceğine ilişkin bkz. ATF 51 II 158 = JdT 1925 I 556.

¹⁷⁵ **BK**-Meier-Hayoz, art. 691 ZGB, N. 31-33; Pittet, s. 91.

irtifakı için kamulaştırma hükümlerinin uygulama alanı bulması halinde, kanundan doğan mecra irtifakının kurulmasını engellemektedir¹⁷⁶.

Kanundan doğan mecra irtifakının uygulanmasını kamulaştırma yetkisine sahip kurumlara yasaklayan bu hüküm, kanundan doğan diğer irtifak hakları bakımından öngörülmemiştir. Burada bir düzenleme boşluğu olduğu ifade edilmektedir. Kanaatimizce, kamulaştırma yetkisine sahip bir kurum kamu hizmetinin görülebilmesi bir mecra irtifakı tesis ederken kanundan doğan mecra irtifakına ilişkin hükümlerin dışlanmasındaki amaç, yüklü taşınmaz malikinin durumun değişmesi halinde mecranın, masrafları mecra hakkı sahibine yüklenerek başka yere nakledilmesini talep etmesi yetkisinin önüne geçmektir¹⁷⁷. Yüklü taşınmaz malikine durumun değişmesi halinde mecranın başka yere nakledilmesini isteme yetkisi tanıyan MK m. 746, ileride açıklayacağımız üzere¹⁷⁸, diğer kanundan doğan irtifaklar bakımından kıyasen uygulanamayacağından, MK m. 744/f. II'nin kanundan doğan diğer irtifakları kapsar şekilde yorumlanmaması gerekir¹⁷⁹.

3) Kanuni İçeriği Kaldıran Ya Da Değiştiren İrtifaklar Açısından

Medeni Kanun'un 731. maddesinin ikinci fıkrasında, tarafların anlaşarak mülkiyet hakkının kanundan kaynaklanan kısıtlamalarını değiştirilebilecekleri ya da kaldırılacakları düzenlenmiş; bu anlaşmaların resmi şekilde yapılması ve tapu siciline şerh edilmesi öngörülmüştür¹⁸⁰. Şerhin işlevi öğretide tartışmalıdır. İlk

¹⁷⁶ Kazancı, s. 102. Belediyenin kamulaştırma yolu ile irtifak hakkı kurma yetkisi varken, kanundan doğan mecra hakkı tesisi için dava açmasında hukuki bir yararının bulunmadığına ilişkin bkz. Yarg. 14. HD., 16.12.2003, E. 2003/5893, K. 2003/8714 (Surlu, Öztürk, **Mecra**, s. 364).

¹⁷⁷ Steinauer, **T. II**, N. 1850a.

¹⁷⁸ Bkz. İkinci Bölüm, dn. 538.

¹⁷⁹ Karşıt görüş için bkz. Kazancı, s. 103; Franz Xavier Weber, "Das Grundeigentum im Wandel", **RNRF** 79/1998, s. 388.

¹⁸⁰ Hükmü karşılayan İsvMK m. 680/f. II'ye göre, mülkiyet hakkının kanundan doğan kısıtlamalarını değiştiren ya da ortadan kaldıran anlaşmanın tapu sicilinde akdedilmesinden sonra tescil edilmesi gerekmektedir. İsviçre öğretisinde, bu tescil ile bir irtifak hakkı kurulduğu kabul edilmektedir. **BSK-Rey/Strebel**, art. 680 ZGB, N. 22; Steinauer, **T. II**, N. 1777c; Wieland, art. 680 ZGB, s. 306; Zurbriggen, s. 70-71; konusu nispi bir talep hakkından feragat olan bir irtifak kurulamayacağına ilişkin karşıt görüş için bkz. **BK-Meier-Hayoz**, art. 680 ZGB, N. 107. 743 sayılı Medeni Kanun'da ise farklı bir yöntem izlenmiş; mülkiyet hakkının kanundan doğan kısıtlamalarının değiştirilmesi ya da kaldırılmasını öngören anlaşmaların resmi şekilde düzenlendikten sonra tapu siciline kaydedilecekleri bildirilmiştir. "Kayıt"

görüŖe göre¹⁸¹, resmi Ŗekilde akdedilen szleŖme ile mülkiyet hakkının kanundan doğan kısıtlaması deđiŖtirilmiŖ ya da ortadan kaldırılmıŖtır. Ŗerh, bu anlaŖmanın üçüncü kiŖilere karŖı ileri sürülebilmesi için yapılır. İkinci görüŖe göre ise¹⁸², kanun metni dar yorumlanmalıdır. Ŗerh, geçerlilik Ŗekli içinde yer aldığına göre, mülkiyetin kanundan doğan kısıtlamasını deđiŖtiren ya da ortadan kaldıran anlaŖmanın geçerli olabilmesi için aynı zamanda Ŗerh edilmesi gerekir.

Medeni Kanun'un 731. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde, mülkiyet hakkının kanundan doğan kısıtlamalarını deđiŖtiren ya da sona erdiren anlaŖmaların irtifak Ŗeklinde tesis edilemeyeceği aıktır¹⁸³. Bu noktada incelenmesi gereken husus, MK m. 731/f. II'ye baŖvurulmadan, mülkiyet hakkının kanundan doğan kısıtlamasını deđiŖtiren ya da ortadan kaldıran bir irtifakın kurulmasında haklı bir menfaatin mevcut olup olmadığıdır. Bu değerlendirme yapılır iken, imar hukukundan kaynaklanan kısıtlamalar örneğinde olduğu gibi, sadece mülkiyet hakkının kullanılmasını hedef alan kısıtlamaları kaldıran ya da deđiŖtiren anlaŖmaların bir irtifak Ŗeklinde düzenlenebileceğini; zorunlu irtifak kurulması gibi dolaylı kanuni kısıtlamaların tapu siciline tescil edilmemiŖse aynı etki doğuracak Ŗekilde deđiŖtirilmesinin ya da ortadan kaldırılmasının mümkün olmadığını; tasarruf yetkisi kısıtlamalarının ise tescil ile kaldırılamayacağını, ancak kanun ngrmŖse istisna

ifadesine öğretide farklı anlamlar yklenmiŖtir. İlk görüŖe göre, İŖvire'deki düzenlemeye uygun olarak burada bir irtifak tesis edildiğini dŖnmek gerekir. Bertan, **C. I**, s. 716; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 740; Köprülü, Kaneti, s. 56. Kayıttan tescilin anlaŖılması gerektiği, tescile de kıyasen irtifaklara iliŖkin hükümlerin uygulanacağına iliŖkin ikinci grŖteki yazarlar için bkz. Oğuzman, **Esaslar**, s. 113-114, dn. 111; zakman, s. 180-181; Ŗahiniz, **Mecra**, s. 100. Bununla birlikte, 4721 sayılı kanunun yapımı sürecinde, kaydın Ŗerh olarak anlaŖılması gerektiğini ortaya koyan grŖn kabul edildiği anlaŖılmaktadır: Ŗeref ErtaŖ, **EŖya Hukuku**, 3. Bası, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İŖletmesi Yayınları, 1997, s. 334.

¹⁸¹ Mustafa Alper GmŖ, **Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Ŗerhler**, 2. Bası, İstanbul, Vedat, 2007, s. 133.

¹⁸² Halûk Burcuoğlu, "Les nouvelles annotations apportes par le nouveau Code Civil Turc entr en vigueur le 1er janvier 2002", **RNRF** 90/2009, s. 141.

¹⁸³ Mülkiyetin kanundan kaynaklanan bu kısıtlamalarının irtifak szleŖmesi ve tapu kütüğünün irtifaklar stnuna Ŗerh edilmesi ile deđiŖtirilebileceđi ya da ortadan kaldırılacağı grŖne katılmıyoruz. GrŖ için bkz. Eren, **Mülkiyet**, s. 376. MK m. 731/f. II'nin uygulanması ile mülkiyet hakkının kanundan doğan kısıtlamasını kaldıran ya da deđiŖtiren anlaŖmanın, normal prosedürü dahilinde, Ŗerhler stnuna yazılması gerekir. Bununla birlikte kısıtlamadan kurtulan taŖınmazın beyanlar hanesine bu durumun kaydedileceğine iliŖkin bkz. GmŖ, **Ŗerh**, s. 138. TST m. 52 uyarınca beyanlar stnuna sadece mevzuatta öngörülen hususların yazılabileceğinden yola çıkarak, bu son görüŖe de katılmamaktayız.

getiren anlaşmaların şerh edilebileceğini ortaya koyan İsviçre hukukundaki ayrıma dikkat edilmelidir¹⁸⁴.

Mülkiyet hakkının kamu hukuku kaynaklı kısıtlamalarının aksi kararlaştırılmaz¹⁸⁵. Mülkiyet hakkının kamu hukuku kaynaklı kısıtlamaları kamu yararına dayandığı, dolayısıyla da emredici olduğu için özel hukuk işlem ile ortadan kaldırılamaz, değiştirilemez ve azaltılamaz¹⁸⁶. Örnek olarak, belirsiz sınırların belirlenmesi yetkisinden irtifak hakkı kurularak vazgeçilemeyecektir¹⁸⁷. Aksi takdirde, kamu hukuku kaynaklı bir sınırlamanın kaldırılması ya da değiştirilmesini öngören sözleşme hükmü, emredici kurallara aykırılıktan kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşılaşır¹⁸⁸. Bununla beraber, taraflar hükmün getiriliş amacına uygun olmak koşulu ile kamu hukuku kaynaklı kısıtlamayı tesis edecekleri bir irtifak ile genişletebilirler¹⁸⁹.

Mülkiyetin kanundan doğan bir kısıtlamasını kaldıran ya da değiştiren irtifak hakkının tesis edilmesi, irtifak hakkı sahibinin kendi taşınmazı üzerinde aslında yetkili olmadığı, kendi mülkiyet hakkının sınırlarını aşan bir kullanımı elde etmesi anlamına gelir. Karşı taraf ise, mülkiyet hakkından kaynaklanan bir yetkiyi kullanmamayı kabul etmektedir¹⁹⁰. Yüklü taşınmaz malikinin komşuluk hukukundan kaynaklanan taşınmaz malikinin sorumluluğuna başvurma hakkından vazgeçmesi örnek olarak gösterilebilir¹⁹¹. Taşınmaz lehine kurulacak bu irtifak hakkının sahibi, kısıtlamaya tâbi olacak taşınmazın malikidir. Yüklü taşınmaz maliki ise, bu taşınmazda kanundan doğan kısıtlamanın getirdiği yarardan normalde menfaat sağlayacak kişidir. Dolayısıyla mülkiyet hakkı sahibinin komşusunun tâbi olduğu kanuni sınırlamadan faydalanma yetkisinin kısıtlandığını ifade etmek yanlış

¹⁸⁴ BK-Meier-Hayoz, art. 680 ZGB, N. 111; Rey, **Grundlagen**, N. 1303-1307; Steinauer, **T. II**, N. 1777a-1777g. Gümüş de, MK m. 731/f. II'nin tüm mülkiyet kısıtlamalarının kaldırılmasına yönelik bir hüküm olmadığını, sadece doğrudan yararlanma kısıtlamaları için uygulama alanı bulacağını ortaya koyarak İsviçre hukukundaki ayrıma gözetmektedir: Gümüş, **Şerh**, s. 133-134.

¹⁸⁵ MK m. 731/f. III.

¹⁸⁶ Eren, **Mülkiyet**, s. 376-377.

¹⁸⁷ Deschenaux, **Restrictions**, s. 331.

¹⁸⁸ Oğuzman, Barlas, s. 224; Steinauer, **T. II**, N. 2212.

¹⁸⁹ Bosshart, s. 25; **BSK-Rey/Strabel**, art. 680 ZGB, N. 32; Steinauer, **T. II**, N. 1944a.

Özel hukuk kaynaklı kısıtlamaların etkilerini ağırlaştırarak şekilde de irtifak hakkının tesis edilebileceği belirtilmektedir. Steinauer, **T. II**, N. 1778.

¹⁹⁰ Steinauer, **T. II**, N. 2203a.

¹⁹¹ Gürsoy, Eren, Cansel, s. 741.

olmayacaktır¹⁹². Böylece kanundan kaynaklanan bir mülkiyet hakkı kısıtlamasının aynı etkiye sahip bir şekilde kaldırılması ya da değiştirilmesi, ancak bir irtifak hakkı tesisi ile mümkün olabilecektir¹⁹³.

Bu noktada, kurulacak iradi irtifak hakkının MK m. 731-753'teki mülkiyetin kullanımını hedefleyen doğrudan kısıtlamaları değiştirebileceği ya da ortadan kaldıracabileceğini vurgulamak isteriz¹⁹⁴. Yarar sağlayan çevrenin belirsiz olduğu mülkiyetin kanuni sınırlamalarının değiştirilmesi ya da ortadan kaldırılabilmesi için böyle bir irtifak tesis edilemez. Aynı zamanda bu irtifak ile, kanundan doğan mevcut kısıtlamanın etkilerinin kaldırılabilmesine ya da değiştirilebileceğine; gelecekteki kısıtlamaların etkilerinin önceden değiştirilmesi ya da sona erdirilmesi için bir irtifak tesis edilemeyeceğine dikkat etmek gerekir¹⁹⁵.

4. İrtifak Hakkının Yarar Sağladığı Zaman Bakımından

Yarar, irtifak hakkının varlık sebebi olduğundan, irtifak hakkı devam ettikçe, bu hakkın kurulduğundaki yararın da mevcut olması gerekir. Bununla birlikte, yararın ileride ortaya çıkacağıının öngörülebilir olması ve yararın geçici olarak ortadan kalkması halleri özel olarak incelenmelidir.

¹⁹² Mülkiyet hakkının kapsamında görevlerin de bulunduğunu, kanundan kaynaklanan kısıtlamaların mülkiyet hakkına yabancı sınırlamalar olmadığını savunan Meier-Hayoz da başka bir düşünce silsilesi ile aynı sonuca ulaşmaktadır. Yazara göre, İsvMK m. 680/f. II'nin temelinde kanundan doğan mülkiyet sınırlaması ile iki taşınmaz arasındaki yetki sınırının mülkiyetlerden birinin içeriğinin sınırlanması, diğerinin yetki sınırının buna karşı aynı oranda geliştirilmesi şeklinde değiştirilmesi düşüncesi yatar. Bu durumda kanundan kaynaklanan sınırlamaların kaldırılması ile mülkiyet hakkı aslında genişler. İsvMK m. 680 uyarınca kısıtlamanın ortadan kaldırılması ve mülkiyetin kısıtlamanın kaldırılması sebebi ile genişleyen içeriğinin sınırlandırılması, ancak kısıtlama ile yükümlenen taşınmaz lehine bir irtifak hakkının kurulması ile mümkün olur. **BK**-Meier-Hayoz, art. 680 ZGB, N. 96-97.

¹⁹³ Akipek, Akıntürk, s. 649; Deschenaux, **Restrictions**, s. 330; Steinauer, **T. II**, N. 1777; Temperli, s. 13.

¹⁹⁴ **BK**-Meier-Hayoz, art. 680 ZGB, N. 101; Deschenaux, **Restrictions**, s. 333; Steinauer, **T. II**, N. 1777d; **ZK**-Liver, art. 730 ZGB, N. 23 ve art. 732 ZGB, N. 103.

¹⁹⁵ Deschenaux, **Restrictions**, s. 336.

a. İrtifak Hakkının Kurulması Sürecinde

1) Yararın İleride Ortaya Çıkacak Olması Bakımından

İrtifakın hakkı kurulduğu anda hak sahibine bir yarar sağlamıyor ise, ama bu yarar öngörülebilir bir gelecekte ortaya çıkacak ise, irtifakın geçerli bir şekilde kurulduğunu kabul etmek gerekir; böyle bir irtifakın tesis edilmesinde hak sahibinin menfaati vardır. Söz konusu durum, MK m. 881/f. I'deki “*henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin veya olası bulunan*” bir alacağın teminat altına alınabilmesi için ipotek kurulması ile benzerlik gösterir. Kaldı ki MK m. 782, irtifakın göstereceği yararın sonradan doğabileceği fikri üzerine kurgulanmıştır. İlgili hüküm uyarınca, “[m]aliki kendine ait iki taşınmazdan biri üzerinde, diğeri lehine irtifak tesis edebilir”¹⁹⁶. Malik, mülkiyet hakkı dolayısıyla taşınmazları üzerinde en geniş yetkiye sahiptir; bu sebeple irtifakın kendisine sağladığı yetkiyi, sahip olduğu mülkiyet hakkı vasıtasıyla evleviyetle kullanmaktadır. Böylece MK m. 782 çerçevesinde irtifak hakkının sağladığı yarar, taşınmazların¹⁹⁷ aynı malikin elinde olduğu zaman değil; taşınmazlardan birinin devri ile kendini gösterir¹⁹⁸. Sırf bu yönden bakıldığında,

¹⁹⁶ Aynı kişinin mülkiyetinde bulunan bu iki taşınmazın birleştirilmediğine dikkati çekmek isteriz. Birleşme talebi halinde, tek bir taşınmaz doğacağı için tapu sicil memuru taşınmazlar üzerindeki birbiri lehine irtifakları kendiliğinden terkin edecektir. Bu husus belirlilik ilkesinin bir gereğidir. Steinauer, T. I, N. 670. Üzerinde durmak istediğimiz ikinci bir nokta ise, malike ait bu farklı taşınmazların MK m. 1000/f. IV uyarınca tapu kütüğünde tek bir sayfaya kaydedilmiş olmaları ihtimalidir. Kanun sadece ortak sayfaya tescil edilen rehin hakkının sayfada kayıtlı bulunan bütün taşınmazları etkileyeceğini düzenleyerek, diğer sınırlı aynı haklar bakımından bu imkanı tanımamıştır. Bu durumda, sayfaya kaydedilmiş taşınmazlardan biri üzerinde, diğeri lehine kurulacak irtifakın açık olarak hangi taşınmazları ilgilendirdiği bildirilmelidir. Mehaz Kanun’un ilgili düzenlemeyi kapsayan İsvMK m. 947 hükmü, biraz daha geniş kapsamlı olmakla birlikte aynı sonucu vermektedir. Hükme göre, taşınmaz lehine irtifaklar haricinde, tapu kütüğünde ortak sayfaya tescil edilen sınırlı aynı haklar, bütün taşınmazları etkiler. Açıkça istisna edilmese de, düzensiz kişisel irtifakların da hangi taşınmazı ilgilendirdiğinin bildirilmesi aranmaktadır. Deschenaux, **Traité**, s. 73-74.

¹⁹⁷ Hükümün, iki farklı taşınmazın varlığını gerektirmesi dolayısıyla sadece taşınmaz lehine irtifaklarda uygulanabileceğine ilişkin bkz. Saymen, Elbir, s. 489. İsviçre hukukunda da, taşınmaz lehine irtifaklarda özel hüküm teşkil ettiği, ne var ki kişisel irtifaklarda malikin kendisi lehine irtifak hakkı sahibi olup olamayacağına yönelik özel bir düzenleme bulunmamasından ötürü konunun tartışmalı olduğu ifade edilmiştir. Gerhard Eggen, “Kontroversen aus dem Dienstbarkeitsrecht”, **RNRF** 39/1958, s. 141. Türk hukuku bakımından da konunun tartışmalı olduğuna ilişkin görüş için bkz. Ayan, s. 25. Taşınmaz lehine irtifakları düzenleyen hükümlerin, uygun düştüğü ölçüde kişisel irtifaklara da uygulanabildiğini göz önüne alarak bu görüşe katılmamaktayız. Mülkiyet ile intifa hakkının aynı elde toplanması halinde, malik lehine intifa hakkının doğacağına ilişkin görüş için bkz. **BK**-Leeman, art. 748 ZGB, N. 7; Köprülü, Kaneti, s. 16.

¹⁹⁸ Akipek, Akıntürk, s. 623; **BSK**-Petitpierre, art. 733 ZGB, N. 12; Curti-Forrer, art. 733 ZGB, s. 557; Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 682; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2697.

sanki malikin kendi taşınmazı üzerinde kendisi lehine irtifak hakkı tesis etmede bir yararı yokmuş gibi gözükebilir. Buradaki menfaat ileride ortaya çıkacaktır¹⁹⁹; malik, ileride irtifak ile yüklü taşınmazın mülkiyetini üçüncü bir kişiye devrettiğinde, irtifakın sağladığı yarar görülecektir²⁰⁰. Malik lehine irtifakın, ayrıca yararlanan taşınmazın cebri icra ile satılması halinde, taşınmazın değerinin hesaplanmasında göz önüne alınacağına ve taşınmazın değerinin artmasına sebep olacağına dikkat edilmelidir.²⁰¹ Ne var ki cebri icraya konu olmuş bir irtifakın, taşınmaz değerini arttırıcı yönü ile malike fayda sağlayacak olması, irtifakın kuruluşundaki yararın özdeşliği ilkesi ile bağdaşmayacağından öngörülebilir bir gelecekte ortaya çıkacak menfaat olarak değerlendirilemez. Menfaatin makul sürede ortaya çıkıp çıkmayacağına ilişkin takdir yetkisi ise, kendisine irtifakın tescili talebi yöneltilen tapu sicil memuruna aittir²⁰².

Malik, kendi taşınmazı üzerinde kişisel bir irtifaka da sahip olabilir²⁰³. Verilebilecek örnek, intifa hakkı sahibinin sonradan intifa ile yüklü taşınmazın mülkiyetini iktisap etmesidir. Malikin sonradan intifa hakkını kendisinde tutarak mülkiyet hakkını devretme imkanı olacağından, bu irtifakın da ayakta tutulmasında hak sahibinin menfaatinin bulunduğu kabul edilmelidir²⁰⁴. Kaldı ki, MK m. 809'daki

¹⁹⁹ Böyle bir durumda malikin irtifak hakkının şekli olarak varlık gösterdiğine ve aynı hakkın taşınmazlardan birinin üçüncü kişiye devri halinde doğacağına ilişkin bkz. **ZK-Liver**, art. 733 ZGB, N. 4. Bu irtifakın maddi varlık gösterdiğine ilişkin karşı görüş için bkz. P. Piotet, **Traité**, s. 21.

²⁰⁰ Malikin her iki taşınmazın kendi mülkiyetinde olduğu dönemde irtifaka aykırı tasarruflarda bulunabileceğine dikkat çekilmiştir. Yararlanan taşınmazı sonradan devredilmesi halinde, yeni malikin sıra gereği bu tasarruflara karşı çıkabileceği savunulmuştur: Wieland, art. 733 ZGB, s. 495; **ZK-Liver**, art. 733 ZGB, N. 6. İsviçre Federal Mahkemesi'nin doğal aleniyet gereği iyiniyetin ortadan kalktığı ve aynı hak kazanılmasının mümkün görülemeyeceğine ilişkin yeni kararları ışığında, bu görüşün devam ettirilemeyeceği açıktır. Bkz. Birinci Bölüm I. B. 2. b. 1) ii. Doğal Aleniyetin İrtifakın Aynı Etkili Hükümlerinin Kapsamının Belirlenmesindeki Etkisi.

²⁰¹ **BSK-Petitpierre**, art. 733 ZGB, N. 10.

²⁰² Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 85.

²⁰³ Köprülü, Kaneti, s. 16-17; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2696; Özen, s. 166-167; Simonius, Sutter, **Bd. II**, s. 62. Üst ve kaynak irtifakı için bu görüşün uygun, ama kişiyle kaim irtifaklar bakımından konunun tartışmalı olduğuna ilişkin bkz. Ayan, s. 25. Aksi görüş için bkz. Saymen, Elbir, s. 489

Buna karşılık Roma hukukunda, aynı malike ait iki farklı taşınmaz üzerinde birbiri lehine irtifak hakkı kurulamayacağı gibi, malik taşınmazı üzerinde kendi yararına da irtifak hakkı tesis edemezdi. Bir kimse yararlanan taşınmazın maliki iken yüklü taşınmazın da maliki olmuşa, zaten mülkiyet hakkına dayanarak taşınmazdan yararlandığı düşünülürdü. Öcal Apaydın, s. 91-94.

²⁰⁴ Taşınmazlarda ise, kural olarak, mülkiyet ile sınırlı aynı hak sahipliği sıfatlarının birleşmesi halinde sınırlı aynı hakkın kendiliğinden sona ereceği kabul edilmektedir. Akipek, Akıntürk, s.

“[i]ntifa hakkı kendisinde kalmak üzere yapılan bağışlamalarda [...]” ifadesi, kişiyle kaim bir hakkın dahi malik lehine kurulabileceğini göstermektedir.

İrtifak hakkının kurulduğu anda, irtifakın hizmet ettiği yarar henüz mevcut olmayabilir de, bu yararın öngörülebilir bir gelecekte kendisini göstermesi beklenir. Böylece üzerine bir yapı yapılacağı çok muhtemel ise, boş bir arazide oturma hakkı kurulabilecektir²⁰⁵. Aynı sebeple, henüz inşa edilmemiş ama yakın bir zamanda inşa edilecek bir binada oturma hakkının tesis edilebileceği kabul edilmelidir. Örnek olarak, inşaat izni ve gerekli finansman elde edilmiş ise, mesken olarak kullanılabilir bir yer olmasa da oturma hakkının önce sıra alabilmesi bakımından tesisi mümkün sayılmalıdır²⁰⁶. Bununla birlikte binanın inşa edilmeyeceği kesin olarak anlaşıldığında, hak imkansızlık nedeniyle sona erecektir²⁰⁷.

Öngörülebilir bir gelecekte yarar göstereceği düşünülerek tesis edilmiş bir irtifak, bu yarar hiç ortaya çıkmaz ise MK m. 1026'nın kıyasen uygulanması ile terkin edilebilir. Üzerine yapı yapılacağı öngörülerek oturma hakkına konu edilen arazide bu yapının hiç yapılmaması halinde, hakkın terkin için bu yola başvurulması gerektiği ifade edilmiştir²⁰⁸. Bu çözüm tarzı kanaatimizce de uygundur; zira tapu sicil memuru irtifakın sağlayacağı menfaatin yakın bir gelecekte, çok yüksek ihtimalle gerçekleşeceğini denetleyerek tescili gerçekleştirmiştir. Bu irtifakı baştan itibaren geçersiz sayıp MK m. 1025 çerçevesinde hakim denetimine başvurmak yerine;

623; P. Piotet, **Traité**, s. 19; Saymen, Elbir, s. 488. Bu durum, aleniyet ilkesinden kaynaklanır. Ne var ki, taşınır sonradan malik olan intifa hakkı sahibinin özel bir çıkarı olduğunda, intifa hakkının ayakta tutulması gerektiği ileri sürülmektedir. Sıra olarak sonradan gelen bir intifa ya da rehin hakkının bulunması durumunda, malik olan intifa hakkı sahibinin malın zilyetliğini bu diğer aynı hak sahibine devretmemede çıkarı olduğu ifade edilmiştir. Özen, s. 167.

²⁰⁵ Mooser, **Habitation**, s. 183; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 3066.

²⁰⁶ Mooser, **Fin**, s. 358, dn. 108. İsviçre hukukunda öngörülmemiş, ama Türk hukukunda mevcut olan kat irtifakının tesisi ile henüz inşa edilmemiş ve bağımsız bölümleri oluşturulmamış bir yapıda oturma hakkı kurma imkanı da vardır.

²⁰⁷ **BSK**-Mooser, art. 776 ZGB, N. 28.

Diğer taraftan, üçüncü kişinin mülkiyetinde bulunan bir taşınmaza sahip olunduktan sonra komşu taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulacağına yönelik bir anlaşma ile irtifak hakkı kurulamayacağına ilişkin bkz. Bertan, **C. II**, s. 1102. Kaldı ki söz konusu anlaşma salt borçlandırıcı niteliktedir. İrtifakın tescili, üçüncü kişinin taşınmazı edinildikten sonra istenebilecektir. İrtifak sözleşmesi geçerlidir ama üzerinde irtifakın tesis edileceği taahhüt edilen taşınmazın mülkiyeti iktisap edilemez ise, sözleşmeden kaynaklanan borcun yerine getirilmemesi dolayısıyla, borçlu alacaklının olumlu zararını karşılayacaktır.

²⁰⁸ Mooser, **Habitation**, s. 184.

hizmet edeceği yararın gerçekleşme ihtimali çok yüksek, bu sebeple de tescil edilmesi haklı olan irtifakın terkinini, özel bir denetim gerekmeyeceği için, tapu sicil memuruna bırakmak ikilem yaratmayacaktır.

2) İrtifak Hakkının Kendisi İle Çatışan Haklardan Sonra Kurulması Bakımından

İrtifak hakkınında kendisi ile çatışan haklardan sonra kurulması, hakkın önceki tarihli başka bir irtifak ile çatışması ve hakkın kira konusu taşınmazda kurulması halleri çerçevesinde incelenecektir.

a) İrtifak Hakkının Önceki Tarihli Başka Bir İrtifak İle Çatışması Halinde

İrtifak hakkının gösterdiği yararın ileride doğacak olması ile ilgili bir başka husus ise, bu hakkın kendisi ile çatışan haklardan sonra kurulmasıdır. Zira böyle bir ihtimalde, irtifak hakkından hiçbir zaman yararlanılamaması riski ortaya çıkar. Bu durum ise irtifakın gösterdiği yararın öngörülebilir bir gelecekte mevcut olup olmayacağını sorgulanmasına sebep olur.

İlk ihtimalde, irtifak hakkının tesisinden sonra kendisi ile bağdaşmayan başka bir irtifak hakkının kurulması, ilk irtifak hakkından vazgeçilmek istendiğine ilişkin bir irade olarak yorumlanabilir²⁰⁹. Her iki irtifakın hak sahibi de aynı kişi ise bu yorum tarzı rahatça benimsenebilir. Böyle bir ihtimalde ikinci irtifak hakkı, kurulduğu andan itibaren hak sahibine menfaat sağlayacaktır. Ne var ki ilk irtifak ile bağdaşmayan ikinci irtifak hakkının tesisi ile, hak sahibinin ilk irtifak hakkından vazgeçmek istediği sonucuna varılamayacak ise, irtifak haklarının sırasına ilişkin genel kural uygulanmalıdır. Önceki tarihli irtifak hakkı, kendisi ile bağdaşmayan sonraki tarihli irtifak hakkının önünde sıra aldığından, sonraki hakkın kullanımını engelleyecektir. Eğer önceki tarihli irtifak hakkı, örnek olarak bir süreye bağlandığı için, öngörülebilir ve makul bir zamanda sona erecek ise, sonraki irtifak hakkının

²⁰⁹ Bkz. İkinci Bölüm III. A. 4. a. 1) İrtifak Haklarından Vazgeçilmesi.

yarar gösterdiği sonucuna varılmalıdır. Ancak, önceki tarihli irtifak hakkı öngörülebilir bir zamanda sona ermeyecek ise, ya da öngörülebilir bir zamanda sona ermek ile birlikte sonraki tarihli irtifak hakkı bakımından makul bir yararlanma süresi bırakmayacak ise, sonraki irtifak hakkının kurulmasında bir yarar bulunmadığı kabul edilmelidir.

b) İrtifak Hakkının Kira Konusu Taşınmazda Kurulması Halinde

Kiralanan taşınmazda, kiracının kullanım hakkı ile bağdaşmayan bir irtifak hakkının kurulması halinde, TBK m. 311 uygulama alanı bulacaktır. İlgili hükme göre, “[s]özleşmenin kurulmasından sonra üçüncü bir kişi, kiralanan üzerinde kiracının hakkını etkileyen bir aynı hak sahibi olursa, kiralananın el değiştirmesi ile ilgili hükümler kıyasen uygulanır”. Hükmün atıf yaptığı TBK m. 310/f. II’e göre ise, “[s]özleşmenin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir sebepten el değiştirirse, yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olur”. TBK m. 311’i karşılayan İsvBK m. 261a, kiralanan üzerinde kazanılan sınırlı aynı hakkın bir kiralananın el değiştirilmesine denk düşmesini aramak sureti ile TBK m. 311’den ayrılmaktadır. Bu çerçevede, TBK m. 311’e verilecek anlam, kira hakkından sonra aynı taşınmazda tesis edilmiş sınırlı aynı hakkın durumunun belirlenmesine yardımcı olacaktır.

Türk Borçlar Kanunu’nun 311. maddesinin uygulama alanına girecek ve böylece, kira sözleşmesinin kanuni devrine sebep olacak irtifak hakları ile olmayacak irtifak hakları ayrı ayrı değerlendirilmeli ve buna göre bir sonuca varılmalıdır.

Öncelikle olumsuz irtifaklar, kiracının kiralanan üzerindeki hakkını etkilemez. Bir fabrikaya kiralanan taşınmaz üzerinde daha sonra koku, toz ya da gürültü yapmama irtifakı kurulmuş ise, irtifak hakkı sahibi hoşgörülebilecek dereceyi aşmayan koku, toz ve gürültünün engellenmesini dahi irtifak hakkına dayanarak isteyebilir²¹⁰. Böyle bir ihtimalde, hak sahibi bu mutlak hakkını taşınmazın kiracısına karşı doğrudan ileri sürecektir²¹¹. Yüklü taşınmaz maliki kiraya veren, kiracı fabrika

²¹⁰ Hoşgörülebilir seviyeyi aşan taşkınlıkların sona erdirilmesi her halde MK m. 737 çerçevesinde talep edilebilecektir.

²¹¹ İrtifak hakkı yerine komşuluk hukukundan kaynaklanan bir talep olsaydı da aynı sonuca varılacağına ilişkin bkz. Petek, s. 406.

sahibinin kiralananı gereği gibi kullanamamasından kaynaklanan olumlu zararından sorumludur.

Aynı sonuç, hak sahibine geniş yetki tanımayan, dolayısıyla TBK m. 311 kapsamında kiralananın el değiştirmesine denk bir etki yaratmayacak irtifak hakları bakımında da benimsenmelidir. Kiralanan taşınmaz üzerinde sonradan bir geçit ya da mecra irtifakı kurulması durumunda, bu irtifakların kiracının taşınmazı kullanımını olumsuz etkileyeceği mümkün olsa da, kendilerine sağlanan yetki oldukça dar olan bu irtifak hakkı sahiplerinin kira sözleşmesini devralabilmeleri, bu çerçevede kiracıdan kira bedelini talep etmeleri için doğasına aykırıdır²¹². Yine de mutlak bir hak olan irtifak hakkı kira sözleşmesinden kaynaklanan nispi kullanma hakkının önüne geçeceğinden, kiracı kiralananı gereği gibi kullanamaması sebebi ile oluşan olumlu zararının karşılanması için kiraya veren yüklü taşınmaz malikine başvurabilecektir²¹³.

Hak sahibine geniş yetki tanıyan intifa, oturma ve üst hakları bakımından ise durumu daha farklı ele almak gerekir. İntifa hakkının hakkın kullanımının devri yetkisi tanınması, üst hakkının ise hak sahibine yapı üzerinde malikin bütün yetkilerini sağlaması sonucu, bu hakların kiralananın el değiştirmesi ile eş değerde olduğu kabul edilmelidir. Kiralanan taşınmazda sonradan bir intifa ya da üst hakkı kurulması durumunda, MK m. 311 uygulanarak irtifak hakkı sahibinin kira sözleşmesini devraldığı sonucuna varılacaktır. Böyle bir ihtimalde irtifak hakkı sahibi, adi kira sözleşmelerini TBK m. 327 vd. hükümlerine göre; konut veya çatılı işyerini konu alan kira sözleşmelerini ise TBK m. 350-351'e dayanarak tahliye davası ile sona erdirebilecektir²¹⁴. Kira sözleşmesi tahliye davası ile sona erdirilsede, erdirilmese de irtifak bir yarar arz ettiğinden geçerli bir şekilde kurulmuştur. Oturma hakkında kullanım üçüncü kişiye devredilemez. Yine de menfaatler dengesine daha uygun

²¹² Seda Öktem Çevik, **Kira Sözleşmesine Etkisi Bakımından Kiralananın Devri Ve Sınırlı Aynı Hakka Konu Olması**, İstanbul, XII Levha, 2016, s. 166.

²¹³ Hak sahibine dar yetki sağlayan irtifak haklarında da, hak sahibinin kira sözleşmesine katlanması gerektiği, ne var ki belirsiz süreli kira sözleşmelerini fesih bildirimini ile sona erdirebileceğine ilişkin karşıt görüş için bkz. Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, "Kiralanan Taşınmaz Üzerinde Üçüncü Kişinin Kira Sözleşmesinden Sonra Sınırlı Aynı Hak Sahibi Olması Ve Buna Bağlı Sonuçlar (TBK m. 311)", **ABD**, 2016/1, s. 325-326.

²¹⁴ Kira sözleşmesinin şerh edilmiş olması ihtimalinde, şerh süresince sözleşmenin feshedilemeyeceğine dikkat edilmelidir.

olması dolayısıyla, oturma hakkı sahibinin TBK m. 351'e kıyasen kendi gereksinimi dolayısıyla kira sözleşmesini sona erdirebileceği kabul edilmektedir²¹⁵.

b. İrtifak Hakkının Kurulmasından Sonra

1) Yararın Öngörülebilir Bir Gelecekte Yeniden Doğacak Olması Bakımından

Yarar geçici olarak ortadan kalktıysa, irtifak hakkı sona ermez. Örnek olarak, tahsis amacındaki başkalaşmaya rağmen mecra irtifakının hizmet ettiği taşınmaz veya işletmenin sonradan eski amacına dönebilmesi hayatın olağan akışı içinde mümkün görülebiliyor ise, irtifakın bir yarar sağlamadığı gerekçesi ile sona erdiği sonucuna ulaşılamaz²¹⁶. Dolayısıyla başlangıçta mevcut olan yararın geçici bir süre için ortadan kalktığına hükmedebilmek ve MK m. 785/f. I uyarınca irtifakın sona ermediği sonucuna varabilmek için yararın hayatın olağan akışına göre öngörülebilir bir gelecekte tekrar ortaya çıkacak olması kabul edilebilmelidir²¹⁷. Bu durumu, yararın sona ermediğini iddia eden irtifak hakkı sahibi ispatlayacaktır. Ancak, uzak bir gelecekte yeniden doğacak varsayımsal bir yararın ispatlanması yeterli olmaz. Örnek olarak, irtifak hakkının yeniden kullanılabilmesi için yapılması gereken tadilatların bedelini ödemek yerine o hizmeti dışarıdan satın almak daha hesaplı ise, hayatın olağan akışına göre irtifakın yakın bir zamanda tekrar yarar arz etmeyeceği

²¹⁵ Öktem Çevik, s. 157; Vardar Hamamcıoğlu, s. 323-324. Bu son yazara göre, oburada kira sözleşmesi tarafı olmayan kişiye yenilik doğuran fesih hakkının devri söz konusudur.

²¹⁶ Bertan, **C. II**, s. 1203; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2827; Özakman, s. 146.

²¹⁷ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 216; François Bohnet, **Actions civiles, conditions et conclusions**, Bâle, Helbing&Lichtenhahn, 2014, §50, N. 22; **KurzK-Schmid-Tschirren**, art. 739 ZGB, N. 9; Mooser, **Habitation**, s. 257; Tekinay, **II/3**, s. 36; Temperli, s. 124; **ZK-Liver**, art. 736 ZGB, N. 81. Yararın makul bir ihtimal ile geri gelecek olmasını yeterli gören bir görüş de bulunmaktadır: D. Piotet, **Traité**, s. 90. Bu görüş yarattığı muğlaklık sebebi ile eleştirilmektedir. Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 218-219.

öngörülebilirlikte²¹⁸ . Dolayısıyla öngörülebilir bir gelecekte hak tekrar kullanılmayacaksa, yarar sona ermiş demektir²¹⁹ .

Öngörülebilir bir gelecekte doğacak yararın dikkatlice tespit edilmesi gerekir. Zira bu kavramın geniş yorumlanması, MK m. 785 gereği yararın ortadan kalkması sebebi ile irtifakın sona ermesinin uygulama alanını çok kısıtlayacaktır. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre²²⁰ , yararın tekrar ortaya çıkabilme ihtimali yeterli değildir. Yüklü taşınmazın Kantonal İmar Bürosu tarafından inşa edilemez ilan edilmesinden sonra, yerel mahkemenin kamu hukukundan kaynaklanan inşaat kısıtlamalarına ilişkin kurallarının sürekli değişmesi gerekçe gösterilerek irtifakın sona ermediğine ilişkin kararı bozulmuştur. Başka bir uyuşmazlıkta²²¹ , yüklü taşınmaz üzerinde üst hakkı tesis edilerek bir akaryakıt istasyonu inşa edilmiştir. Hak sahibine ayrıca akaryakıt istasyonunu işletme hakkı ve müşterilerin gelebilmesi için de bir geçit irtifakı tanınmıştır. Otuz yıl sonra istasyon kapatılmış, benzin kolonları kaldırılmış ve taşınmaz ikinci el araba satım ve kiralanması için kullanılmaya başlanmıştır. Yüklü taşınmaz malikinin yararın sona ermesi açısından irtifakın terkin talebi üzerine Federal Mahkeme, eski hale döndürme teorik olarak her zaman mümkün olsa da, somut olayda benzin kolonlarının da kaldırıldığını gözeterek öngörülebilir bir sürede irtifakın yeniden kullanılmayacağına hükmetmiş ve MK m. 785/f. I'ın şartlarının oluştuğunu kabul etmiştir.

Yararın tekrar ortaya çıkabilmesi ihtimalinin, hak sahibi tarafından salt projelere dayandırılmasına temkinli yaklaşmak gerekir. Geçit irtifakının terkin edilmesi istenince, birden yıllarca kullanılmamış, hatta önü kapatılmış yararlanılan taşınmazda meyve ağacı yetiştirilecek olması ve geçit irtifakından da sulama arabalarının geçirilmesi için faydalanılacak olması; hayvan gübresinin biriktirilmesi için tanınmış bir irtifak hakkının sona erdiğinin tespiti istendiğinde de, yıllardır hayvancılık ile uğraşmamış hak sahibinin birden at yetiştiriciliğine başlama planı,

²¹⁸ Hidroelektrik santraline giden suyun azalması sebebi ile elektrik üretilmediği ve irtifak hakkının kullanılmadığı, santrale giden su kanallarının ihya edilmesine harcanacak bedelin çok yüksek olması dolayısıyla öngörülebilir bir gelecekte kanalların ihya edilmeyeceğinden ve irtifakın yararın yeniden doğmayacağından, hakkın MK m. 785/f. I gereği terkin edilmesi gerektiğine ilişkin bkz. ATF 89 II 370 = JdT 1964 I 529.

²¹⁹ Bertan, C. II, s. 1201; Rodondi, s. 110; Wieland, art. 736 ZGB, s. 503.

²²⁰ ATF 130 III 393 = JdT 2004 I 175.

²²¹ 5C.126/2004 = RNRF 86/2005, s. 307.

yararın varlık göstermesi bakımından yeterli görülmemelidir. Öngörülebilir bir zamanda hakkın yarar arz edeceğine ilişkin yeterli somut veri olmadığında MK m. 785 uygulanacaktır.

Yargıtay'ın yararın öngörülebilir bir gelecekte doğmasını göz önüne almadan MK m. 785 gereği irtifakın sona erdiğine hükmettiği eski tarihli bir kararı bulunur²²². Söz konusu kararda, veteriner kliniği olmak üzere kiralanan iki ayrı taşınmazın birinde diğeri lehine tanınan geçit hakkının, kira sözleşmesi sona erdiği için terkinine karar verilmiş ve böylece yeniden kiraya verme olasılığının varlığı değerlendirilmemiştir. Yeni tarihli kararlarında ise Yargıtay'ın bu kavramı daha esnek yorumladığı görülmektedir. Örnek olarak kat mülkiyetine tâbi bir taşınmazda, zemin kattaki davalılara ait, tapuda lokanta olarak kayıtlı bağımsız bölüm lehine bahçe üzerinde kurulmuş irtifak hakkının, bağımsız bölümün artık kitabevi olarak işletilmesi üzerine diğerkat maliklerince terkinini istenmiştir. Yargıtay, bağımsız bölümün tapu sicilinde lokanta olarak gözükmeye devam ettiğine işaret etmiş, her zaman lokanta ya da benzeri bir faaliyet dalında işletilmesinin mümkün olduğuna ve kitabevi olarak çalıştırılırken de, irtifakın amacına uygun bir şekilde kullanılabilmesine karar vererek terkin talebini reddetmiştir²²³.

Yararın öngörülebilir bir gelecekte yeniden doğacak olmasına ilişkin bu açıklamalarımız, hukuki sebepte belirli bir süreye bağlanmayan irtifak hakları bakımından geçerlidir. Süreli irtifaklar bakımından ise benzer hallerde aynı sonuca ulaşılamayabilir. Elli yıl için kurulmuş bir irtifak hakkı bakımından, sürenin bitimine on yıl kala irtifakı kullanmayan hak sahibinden, irtifakın ayakta tutulması bakımından gelecekteki somut menfaatini ispat etmesini istemek, başta usul ekonomisi açısından, haklı bir yaklaşım değildir. Eğer taraflar belirli bir süre için irtifak hakkını kurmuşlar ise, bu süre içinde irtifakın hizmet edeceği bir menfaatin bulunduğunu da kabul etmişlerdir²²⁴. Süresiz irtifaklardan farklı olarak, süreye bağlanmış irtifaklarda hak sahibi, süre dahilinde menfaatinin yeniden doğabileceğine ilişkin bir ispat külfeti altında tutulmamalıdır²²⁵. İspat külfeti, yararın öngörülebilir

²²² Yarg. 14. HD., 10.02.1987, E. 1986/7411, K. 1987/994 (www.kazanci.com).

²²³ Yarg. 18. HD., 11.11.1999, E. 1999/12743, K. 1999/14398 (www.kazanci.com).

²²⁴ Foëx, **Jurisprudence**, s. 33.

²²⁵ Foëx, **Jurisprudence**, s. 33.

bir gelecekte yeniden doğmayacak bir şekilde sona erdiğini iddia eden yüklü taşınmaz maliki üzerinde olacaktır.

2) Yararın Sürekli Olması Bakımından

İrtifak hakkının arz ettiği yararın sürekli olmasının aranıp aranmayacağı öğretide tartışmalıdır. Bu çerçevede, tek bir kullanım için irtifak hakkının tesis edilmesi sorgulanmaktadır. İlk görüşe göre²²⁶, tek kullanım için irtifak hakkı tesisi, haklı gerekçe mevcut ise kabul edilmelidir. Yakın zamanda devredilecek bir taşınmaz üzerinde hak sahibinin şimdiden bir irtifak kurarak, gelecekte ortaya çıkacak menfaati için öncelikli bir sıra alması haklı bir gerekçe olarak ortaya konulmaktadır. Özellikle, yüklü taşınmaz üzerinde doğal zenginliklerin toplanmasına ilişkin irtifak haklarının taşınmazın mülkiyetini sonradan iktisap edecek üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilmesi için bu yola başvurulabilmelidir²²⁷. Sıra almak amacı ile irtifakın kurulması, tek bir kullanım olarak değerlendirilecektir. Kaldı ki, kanunda tek kullanımlık irtifak olmayacağına yönelik herhangi bir düzenleme bulunmaz²²⁸. MK m. 785'in yararsız kalmış irtifakların terkininde yeterli zemini hazırladığı da gözetilerek, tek bir kullanım için irtifakın tesis edilmesi uygun görülmektedir²²⁹.

Karşıt görüşe göre²³⁰ ise, irtifakın bir aynı hak olarak kurulmasının makul görülebilmesi için, arz ettiği menfaatin sürekli olması gerekir. Her ne kadar irtifak hakkı sahibinin istediği zaman hakkını kullanabileceği kabul edilse ve Medeni Kanun'da Roma hukukundaki gibi devamlılık ilkesi öngörülmemiş olsa da, mutlak hak olmasından hareketle irtifak ancak devamlı bir amaç için tesis edilebilecektir. Yüklü ve yararlanan taşınmaz maliklerinin değişmesi irtifak hakkının kullanımını engellemediğine göre, devamlı ve tekrarlanan biçimde sağlanan yetkilerin

²²⁶ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 87; CR-Argul, art. 730 CC, N. 17; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 762; Temperli, s. 77; Wieland, art. 730 ZGB, s. 484; ZK-Liver, art. 730 ZGB, N. 91; M. Zobl, s. 88. Tek seferlik olmasa bile, çok kısa süreli irtifak haklarının kurulabileceğini ifade ederek bu sonuca yaklaşan bir başka görüş için bkz. Deillon-Schegg, s. 187.

²²⁷ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 87, dn. 347; Hürlimann-Kaup, **Schranken**, s. 70; ZK-Liver, art. 730 ZGB, N. 92; M. Zobl, s. 88.

²²⁸ Roma hukukunda öngörülmüş, ama Medeni Kanun'a alınmamış devamlılık ilkesi için bkz. Monier, s. 433; Öcal Apaydın, s. 123.

²²⁹ Temperli, s. 77.

²³⁰ Galland, **Contenu**, s. 63; Mooser, **Habitation**, s. 152; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2736; D. Piotet, **Traité**, s. 45.

kullanılabilmesi gerekir. Böylece tek kullanım için irtifak tesis edilebileceği görüşüne karşı çıkılmalıdır. Kaldı ki bir kere kullanılmak ile konusu kalmayacak ya da kullanılmaya başlandıktan itibaren kısa süre içinde konusuz kalacak bir hak, sadece bir irtifaka değil, aynı hakka konu olabilecek nitelikte değildir²³¹. Bu sebeple, inşaat malzemesini inşaat süresince komşu arazinin üzerine konulmasını konu alan bir irtifak hakkı tesis edilemez.

Kanaatimizce, irtifakın sağlayacağı menfaatin sürekli olması ile, irtifakın kullanımının sürekli olması kavramları birbirinden ayrı değerlendirilmelidir. Her ne kadar, yüklü taşınmazdaki taş ocağından taş çıkarıp almaya ilişkin bir irtifak kurulsun ve bu irtifakın kullanımı taşların bitmesi ile sona erecek olsa da²³²; irtifakın hizmet ettiği amaç kalıcıdır. Bununla birlikte, süreklilik unsuru bulunmadığından, kurumakta olan küçük bir göl üzerinde kaynak irtifakı kurulamayacağı açıktır. Tek bir kullanım için kurulabilecek irtifaklara gösterilen örneklerde ise, irtifaklara hakim olan özdeşlik ilkesi²³³ gözetilmemiştir. Bir irtifak, ön sırada yer tutması için kurulamaz. Bu sebeple, kurgulanan örnek uygun değildir.

Diğer taraftan, aynı hakka süreklilik sağlanmayacak ise, irtifak hakkının kurulması yönündeki haklı menfaati sorgulamak gerekir. Her ne kadar tek bir kullanım için irtifak hakkı tesisindeki menfaat, hakkın üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi olarak da gösterilse²³⁴; bu irtifak hakkının sağladığı bir menfaat olmayacak, hakkın mutlaklık özelliğinden ileri gelecektir. Bu çerçevede MK m. 748 düzenlemesi yol göstericidir. İlgili hüküm, “[t]aşınmaz malikinin taşınmazını işletme veya iyileştirme ya da taşınmazı üzerinde yapı yapma amacıyla komşu taşınmaza geçici olarak girme hakkı” ile yine geçici olduğu kabul edilebilecek tarla yolu, hayvan sulama yolu, kış geçidi ya da tomruk kaydırma yolu ve oluğu gibi geçici geçit haklarını düzenlemektedir²³⁵. Hükümün son fıkrası, kural olarak bu geçit

²³¹ Bertan, C. II, s. 1113.

²³² Roma hukukunda Jüstinyanus’tan önce, taşların geleceği tehlikeye gireceği için, bir taş ocağından taş almaya ilişkin irtifak kurulamayacağı da kabul edilmekte idi. Pichonnaz, s. 309.

²³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm II. C. Yaranın Özdeşliği İlkesi.

²³⁴ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 87.

²³⁵ Surlu, Öztürk, **Geçit**, s. 77. Kültür ve tabiat varlığı sayılan sahilhanenin tamiratı sırasında inşaat malzemesi taşınabilmesi için geçici nitelikte bir geçit irtifakı tanınabileceğine ilişkin olarak bkz. Yarg. 14. HD., 17.02.2004, E. 8380, K. 896 (Surlu, Öztürk, **Geçit**, s. 87-88); evin bakım ve onarım çalışmalarının görülebilmesi için komşu taşınmazdan geçit talebinin

haklarının kendiliğinden doğduğunu, sürekli nitelikte ise de tapu kütüğünün beyanlar hanesine kaydedileceğini öngörmüştür. Bu sebeple, bu geçici geçit ihtiyacını düzenleyen MK m. 748, kanundan doğan bir irtifaktan ziyade, mülkiyet hakkının kanundan kaynaklanan kısıtlaması olarak değerlendirilmelidir²³⁶. Kanunun geçici geçit haklarına ilişkin hükmü, bu hakları irtifak olarak nitelemez iken, sözleşme ile geçici olarak kurulacak hakların da evleviyet ile irtifak hakkı olmaması gerekir.

C. Yararın Özdeşliği İlkesi

Yararın özdeşliği ilkesi, irtifak hakkının kuruluşundaki yararın irtifakın varlığını sürdürdüğü süre boyunca devam etmesini zorunlu kılar. Kuruluşundaki yarar zamanla değişmiş, farklı bir yarar gösteren irtifak hakkı ayakta tutulamaz.

1. İlkenin Düzenlenme Amacı

Hayat olaylarının çoğunda, irtifak hakkı sahibi maddi anlamda sona ermiş bir irtifak hakkının şekli bakımından da sonlandırılabilmesi için, terkin talebinde bulunmaya gönüllü yaklaşmayacaktır. İrtifak hakkının, hak sahibinin terkin talebi üzerine sona erdirilmesini düzenleyen MK m. 783 bu sebeple fazla uygulama alanı bulmaz. Bu gönülsüzlüğün temelinde ise, irtifak hakkı sahibinin maddi bakımdan sona ermiş dahi olsa, irtifak hakkını bir karşı edim elde etmek için kullanmaya çalışması ya da bu irtifak sayesinde yüklü taşınmaz üzerinde dolaylı bir faydaya kavuşmuş olması yer alır. İrtifak hakkı sahibinin hukuk tarafından korunmayan bu menfaati, yararın özdeşliği ilkesinin uygulanması ile büyük ölçüde engellenmektedir.

Yararın özdeşliği ilkesi ile, irtifak hakkının kurulduğu anda arz ettiği yararın, irtifak hakkının varlığı süresince mevcut olması aranmaktadır. İrtifakın ayakta

kanundan doğan geçit irtifakı olarak değil, MK m. 748/f. I çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Yarg. 14. HD., 03.11.2011, E. 10510, K. 13428 (Surlu, Öztürk, **Geçit**, s. 221).

²³⁶ Bununla birlikte, arka oluşan tıkanmanın açılması için dönem dönem komşu taşınmazdan geçilmesi gerekiyor ise, bu geçit ihtiyacının geçici nitelikte olmadığı ve hakkın tanınmasının kanundan doğan geçit irtifaklarına ilişkin MK m. 747 çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Yarg. 14. HD., 10.05.2005, E. 1327, K. 4510 (Surlu, Öztürk, **Geçit**, s. 87).

kalabilmesi için, hakkın kullanımından bağımsız bir menfaat yeterli değildir; irtifak hakkı, kuruluş amacına yabancı bir menfaat dolayısıyla ayakta tutulamaz²³⁷. Örnek olarak, yakında komşu taşınmazın kamulaştırılacağını haber alan bir kimsenin, kamulaştırma bedelinden pay alabilmek için kamulaştırılacak taşınmazda irtifak hakkı elde etmesi korunmaz²³⁸. Aynı şekilde, irtifak hakkı salt yasaklayıcı işlevi sebebi ile ayakta tutulamaz²³⁹. Böylece kurulma amacı çerçevesinde artık yarar sağlamayan bir geçit irtifakı, sırf yüklü taşınmazda yapılaşmayı engelleyerek yararlanan taşınmazın manzarasının kapanmamasını sağlaması nedeniyle varlık göstermeye devam edemeyecektir.

İrtifak hakkının kurulur iken gösterdiği yararın zaman içinde farklılaşması, irtifak hakkının kurulduğunda hizmet edeceği öngörülen amaç çerçevesinde kullanılmamasından farklıdır. Örnek vermek gerekir ise, üst hakkının konusu olan arazinin, yapı inşa etmekten başka bir biçimde kullanılması üst hakkının verdiği yetkinin sınırını aşmak anlamına gelir. Böyle bir halde yüklü taşınmaz maliki, irtifak hakkı sahibi ile aralarındaki sözleşmesel ilişki ya da aynı ilişkiye dayanarak; hatta bazı durumlarda mülkiyet hakkının saldırılardan korunmasına ilişkin MK m. 683/f. II'ye müracaat ederek hakkını koruyacaktır²⁴⁰. Oysa irtifakın arz ettiği yararın, kurulduğu andaki yarardan farklılaştığı tespit edilirse, MK m. 785/f. I uygulanma imkanı bulacaktır²⁴¹.

²³⁷ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 83; Besson, **Suppression et adaptation**, s. 265; HandK-Göksu, art. 736 ZGB, N. 4; Köprülü, Kaneti, s. 70; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2843; D. Piotet, **Traité**, s. 90; Riemer, **Beschränkten**, s. 63; Tekinay, **II/3**, s. 35; Temperli, s. 125-126. İrtifakın arz ettiği yararın varlığının devam edip etmediğinin, kurulduğu andaki yarara göre değerlendirileceğine ilişkin bkz. BGE 121 III 52; BGE 107 II 334; 5C.201/2002 = RNRF 85/2004, s. 306. Yargıtay'ın kararına konu olmuş uyuşmazlıkta, bir yardım ve dayanışma derneği adına kurulan ve öğrenci yurdu olarak işletilmesi öngörülen intifa hakkının, çıkan öğrenci olayları sonucunda öğrenci yurdu olarak kullanılması sakıncalı bulunmuş; bina otel olarak işletilerek geliri öğrencilere burs olarak dağıtılmıştır. Yargıtay, intifa hakkı ile güdülen amacın dolaylı olarak sağlandığına hükmederek, başlangıçtaki yararın kalmaması sebebi ile intifa hakkının terkini talebini reddetmiştir. Yarg. 14. HD., 12.05.1992, E. 1991/1601, K. 1992/5291 (www.kazanci.com).

²³⁸ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 83, dn. 331. Kamulaştırılacağı öğrenilen taşınmazda reklam panosu kurulmasına ilişkin bir irtifakın tesis edilmesi halinde, bu irtifakın bedele hak kazandırmayacağına ilişkin bkz. Federal Mahkeme'nin 22 Ocak 2014 tarih ve A-511/2013 sayılı kararı, JdT 2015 I 284.

²³⁹ ZK-Liver, art. 736 ZGB, N. 58. Bir irtifakın sadece yasaklayıcı etkisi sebebi ile ayakta tutulamayacağına ilişkin bkz. ATF 91 II 190 = JdT 1966 I 255.

²⁴⁰ Akipek, Akıntürk, s. 706.

²⁴¹ BSK-Petitpierre, art. 736 ZGB, N. 15; Rodondi, s. 112.

2. Yararın Özdeşliğinin Tespiti Usulü

Yararın özdeşliği, irtifak hakkının kuruluş amacına göre belirlenecektir. Kuruluş amacı ise, irtifak hakkının hukuki sebebinde araştırılır; zira yarar, irtifak hakkının kapsamına dahildir²⁴². Bu yarar mutlak bir biçimde irtifakın kurulduğu aşamada aranmamalı; yakın bir gelecekte ortaya çıkacağı öngörülen yarar da araştırılmalıdır²⁴³. Ama irtifak ilişkisine üçüncü kişinin dahil olması halinde, sıkı bir şekilde taraf iradelerine bağlı hukuki sebep, iyiniyetle hak kazanmış bu kişiye karşı ileri sürülemeyecektir. Bu halde, irtifakın içeriğinin belirlenmesi usulünü gösteren MK m. 787, irtifak hakkının kuruluş amacı, dolayısıyla da kuruluş anında hizmet ettiği yararın tespit edilmesi için yol gösterecektir²⁴⁴.

a. İrtifak Sözleşmesi İle İrtifak İlişkisinin Tarafları Aynı İse

İrtifak sözleşmesinin tarafları ile irtifak ilişkisinin tarafları aynı ise, başka bir deyişle, irtifak ilişkisine üçüncü bir kişi dahil olmadıysa²⁴⁵, sözleşmenin yorumlanmasına dair kurallar uygulanarak irtifak hakkının kurulur iken arz ettiği yarar tespit edilir²⁴⁶. Bu çerçevede irtifak hakkını kuran sözleşme, herhangi bir irade açıklaması ile aynı şekilde yorumlanmalıdır. Bir sözleşme olduğundan, TBK m. 19'a uygun olarak tarafların gerçek ve ortak iradelerine bakılmalı, bu irade dürüstlük kuralına göre belirlenmelidir. İrtifakın kuruluşundaki amaç belirlenir iken, sözleşmenin akdedildiği andaki ifadeler ile sözleşmenin akdedilmesi öncesindeki ve sırasındaki tarafların davranışları dikkate alınmalıdır²⁴⁷.

²⁴² Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 230; D. Piobet, **Traité**, s. 91. İrtifak hakkının amacının, hakkın kapsamının yorumunda başvuru MK m. 787'ye göre belirleneceğine ilişkin bkz. ATF 130 III 554 = RNRF 86/2005, s. 53

²⁴³ Simonius, Sutter, **Bd. II**, s. 59.

²⁴⁴ **KurzK-Schmid-Tschirren**, art. 738 ZGB, N. 19. Yararlanan taşınmazın ihtiyaçlarının değişmesi halinde, irtifakın yeni ihtiyaçlara da cevap vermesi sorgulanır iken özdeşlik ilkesinin göz önünde tutulacağına ilişkin bkz. BGE 117 II 536.

²⁴⁵ Külli halefin üçüncü kişi sayılmayacağına dikkat edilmelidir.

²⁴⁶ Bettina Hürlimann-Kaup, "Die Ermittlung des Zwecks einer Grunddienstbarkeit", **RSJ** 2006, s. 7; Pfäffli, **Errichtung**, s. 19. İrtifak hakkını kuran sözleşmede TBK m. 19 uyarınca tarafların gerçek iradelerinin araştırılması gerektiğine ilişkin bkz. 5C.240/2004 (www.swisslex.ch).

²⁴⁷ Hürlimann-Kaup, **Zweck**, s. 8-9; Gauch, Schulep, Schmid, Rey, Emmenegger, N. 1212 vd.

Bazı hallerde, irtifak sözleşmesinin amacı yoruma ihtiyaç duyulmayacak derecede açık olabilir. Luzern Yüksek Mahkemesi'nin önüne gitmiş bir olayda²⁴⁸, kedi, köpek veya herhangi bir ev hayvanının beslenmeyeceğine ilişkin bir irtifak kurulmuştur. Yüklü taşınmaz malikinin güvercin beslemesi üzerine taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkta Mahkeme, güvercini de ev hayvanı sayarak irtifak hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Somut olay bakımından, hakkın gösterdiği yarar açık ve karışıklığa mahal vermeyecek derecede anlaşılırdır. İrtifak sözleşmesinin amacının saptanması için somut olay bakımından bir yorum faaliyeti yapılmamış olsa da, uyuşmazlık konusunun yine bu irtifak ile yasaklanan unsurlardan biri olup olmadığının araştırılması için bir yorumun yapılması gerektiğine dikkat çekmek isteriz.

İrtifak sözleşmesi kurulur iken kararlaştırılmış amacın saptanabilmesi için, tarafların gerçek iradeleri araştırılacaktır²⁴⁹. Bu çerçevede, sözleşmedeki terimlere tarafların vermiş oldukları anlamın göz önüne alınması gerekir. Böylece kurucu sözleşmede geçit hakkının “*unbeschränkt*” ya da “*uneingeschränkt*” yani sınırsız olarak nitelendirilmesinden, geçit irtifakının yükünün serbestçe ağırlaştırılabileceği yorumu reddedilmiştir. Federal Mahkeme bu ifadelerden irtifakın tek bir işlev göreceği şekilde tesis edilmediği sonucuna varmış ve bir olayda irtifakın hem yaya hem araç geçişine uygun olduğu; diğer olayda ise yararlanan taşınmazdaki ticari işletmeye mal taşımak için tesis edilen geçit irtifakından, bu taşınmazda sonradan inşa edilen evden anayola ulaşmak için de faydalanılabileceğinin öngörüldüğüne hükmetmiştir²⁵⁰.

İrtifak sözleşmesi taraflarının ifadelerinden, irtifakın kuruluştaki amacı yine de çıkarılamamış ise, olayın tüm şartları dikkate alınarak dürüst ve makul sözleşmeler

²⁴⁸ Luzern Yüksek Mahkemesi'nin 9 Ekim 1974 tarihli kararı, RNRF 57/1976, s. 145.

²⁴⁹ İrtifak sözleşmesinden, yüklü taşınmazda inşaat yapma yasağının asıl amacının A yolundaki trafiğin artmasının engellenmesi olarak saptanması ile, yüklü taşınmaz üzerindeki mevcut yapının genişletilmesi çalışmasının irtifak hakkı ihlali sayılmayacağına ilişkin bkz. 5A_204/2009 = SJ 2010 I 49.

²⁵⁰ Örnek kararlar için bkz. 5A_264/2009; 5C.199/2002 (www.swisslex.ch). Aynı şekilde, “*beständiges*” yani kalıcı geçit irtifakının, kullanımı zamansal olarak kısıtlanmamış, bütün yıl kullanılabilir bir irtifak hakkı olduğu yönünde bkz. BGE 64 II 411.

olarak irtifakın hangi amaca hizmet etmiş olmasını isteyecekleri araştırılmalıdır²⁵¹. İrtifak sözleşmesinden tarafların bu hakkı kurmadaki amaçları çıkarılmadığında, dürüstlük kuralına dayanan bu objektif yorum metodu kapsamında *utilitas* ilkesine başvurulacaktır. *Utilitas* ilkesi dolayısıyla, tarafların gerçek iradeleri tespit edilemediğinde, irtifak hakkını yararlanan taşınmaza hizmet etmek amacı ile kurulduğu kabul edilir²⁵².

b. İrtifak İlişkinde Üçüncü Kişi Dahil Olmuş İse

İrtifak hakkının tapu kütüğündeki tescili²⁵³, irtifakın kapsamını irtifakı nitelendiren bir deyim ile belirler. İrtifakın kurulmasındaki amaç, sadece tescildeki ifadeler ile açıkça anlaşılabilir ise, tescil tek başına dikkate alınır²⁵⁴. Ancak, bu tescilde irtifakın ayrıntılarını gösterme imkanı olmayabilir. Böyle bir halde, irtifak ilişkisine üçüncü kişi dahil olmuş ise²⁵⁵, irtifakın kurulmasındaki yararın tespiti için tescil sınırında kalması koşulu ile hukuki sebebe de bakılacaktır²⁵⁶. Zira, irtifak ilişkisine üçüncü bir kişinin dahil olması durumunda, yararın tespiti için başvurulacak yorum kuralları tapu siciline güvenin korunması ilkesi ile

²⁵¹ Şener Akyol, **Sözleşmenin Yorumu**, İstanbul, Vedat, 2010, s. 56; **BSK**-Petitpierre, art. 738 ZGB, N. 6; Fabienne Hohl, “Le contrôle de l’interprétation des servitudes par le Tribunal fédéral”, **RNRF** 90/2009, s. 78; Kocayusufoşpaşaoğlu (Hatemi, Serozan, Arpacı), s. 333; Pfäffli, **Errichtung**, s. 19.

²⁵² **BK**-Leeman, art. 730 ZGB, N. 28; Hürlimann-Kaup, **Zweck**, s. 9; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2843; Wieland, art. 730 ZGB, s. 483; **ZK**-Liver, art. 738 ZGB, N. 52. Taraflar arasındaki sözleşmeden kurulma amacı tespit edilemeyen inşaat kısıtlamasına yönelik bir irtifak hakkının yararlanan taşınmazın güneş ve manzaradan istifade etmesine yaradığının kabulüne ilişkin bkz. ATF 115 II 434 = JdT 1991 I 88.

²⁵³ Yüklü taşınmazın tapu kütüğündeki sayfesindeki irtifak tescili esas alınır.

²⁵⁴ *Falsa demonstratio non nocet* ilkesi tapu sicili tescillerinde kısıtlanmaktadır. Tapu sicilinden, tarafların gerçek iradesinin anlaşılabilmesi gerekir. Zira ilişkiye üçüncü kişi dahil olduğunda, durumu olduğu gibi görme ihtiyacı söz konusu olacaktır. Eschmann, s. 27.

²⁵⁵ İrtifak ilişkisine üçüncü kişi dahil olmuşsa, ama iyiniyetli değilse, sözleşmenin amacı yine genel kurallara göre yorumlanacaktır. Hohl, s. 79; P. Piotet, **Contenu**, s. 288.

²⁵⁶ Hürlimann-Kaup, **Zweck**, s. 7; N. Jeandin, s. 133; Michel Pellascio, “Art. 712a-712t, Art. 737-744”, **Kommentar-Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, (edit. Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf), 2. Auf., Zurich, Orell Füssli, 2011, art. 738 ZGB, N. 9. Bir yüksek gerilim hattının kurulması ve işletilmesi için tanınmış mecca irtifakının, hattın telekomünikasyon hizmetleri için işletilmesi yetkisini vermeyeceğine ilişkin bkz. BGE 132 III 651; tescile sadece yaya ve araba için geçit irtifakı olarak yansıtılan hakkın, yararlanan taşınmazdaki işletmeden S Sokağı’na çıkılmasını mümkün kıldığı ve somut olayda da yararın değiştiğinin saptanmadığına ilişkin bkz. 5C.282/2005 (www.swisslex.ch).

sınırlanacaktır²⁵⁷. Üçüncü kişi tapu kütüğüne güvenerek aynı hak iktisap etmiş ise, tarafları irtifak sözleşmesi akdetmeye yönlendiren saikler tescilden anlaşılacağı sürece, artık üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Sadece irtifak tescilinin sınırları içinde kalacak şekilde, sözleşme metninde belirtilen kişisel sebepler üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilir²⁵⁸. Böyle bir halde, objektif yorum metodu benimsenir. İrtifakın kurulması aşamasındaki bütün menfaatler değerlendirilerek tarafların aslında ne istemiş olabilecekleri araştırılır²⁵⁹. Federal Mahkeme de kişisel durumları bilemeyecek, sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişilerin korunması gerektiği görüşünü ortaya koymaktadır²⁶⁰.

Oysa başka yazarlar²⁶¹, irtifak sözleşmesine taraf olan hak sahipleri ile taraf olmayan hak sahipleri arasında bir ayırım gözetilmemesi gerektiğini, zira irtifak sözleşmesinin değil, bu sözleşme sonucunda tescil edilmiş hakkın yorumlandığını ileri sürmektedirler. Üçüncü kişinin de ulaşabileceği belgelere dayanılarak irtifak

²⁵⁷ Hohl, s. 79. Sözleşmedeki ifadelerle sıkı surette bağlı kalınmaması gerektiğine ilişkin bkz. Cour de Justice, chambre civile, 09.10.1998 tarihli kararı, RNRF 81/2000, s. 130. “*Servitude de jour*” ifadesinin gün ışığından değil, manzaradan yararlanmayı ifade ettiği sonucuna varılmıştır.

²⁵⁸ İrtifak hakkı çerçevesinde yararlanan ya da yüklü taşınmaz üçüncü kişilere devredildiğinde dahi, irtifakın kuruluşundaki yararın saptanabilmesi için irtifak sözleşmesinin açıkça kaleme alınması; hatta olması gereken hukuk bakımından irtifak sözleşmesinde açıkça yararın belirtilmesi gerektiği; yararın yazılmadığı sözleşmelere istinaden tapu sicil memurunun tescil taleplerini reddetmesinin birçok sorunu engelleyeceği de ifade edilmektedir. Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 232-233; N. Jeandin, s. 132-133; Temperli, s. 40-41.

²⁵⁹ **BSK**-Petitpierre, art. 738, N. 6; Hürlimann-Kaup, **Zweck**, s. 9; Naegeli, s. 137; **OFK**-Pellascio, art. 738 ZGB, N. 13; **ZK**-Liver, art. 738 ZGB, N. 94-96. Bu yöntem ile yararın özdeşliği ilkesinin esnetildiğine yönelik eleştiri için bkz. Hürlimann-Kaup, **Neuerungen**, s. 32. Yararlanan taşınmaz malikinin vefatı ve yüklü taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının değişmesi üzerine, inşaat yapmama irtifakının amacının araştırılması için bkz. BGE 107 II 331. Somut olayda, yüklü taşınmazın yeni maliki taşınmaz üzerinde turistlere yönelik villalar yapmak istemekte, ne var ki yararlanan taşınmaz maliki irtifakın terkinine rıza göstermemektedir. İnşaat yapmama irtifakının hangi amaçla kurulduğunu saptamaya çalışan Federal Mahkeme, üç muhtemel menfaat tespit etmiştir. İlki manzarayı korumak ve ferahlık sağlamak, ikincisi irtifak ile yüklü komşu taşınmazı daha sonra ucuz fiyata satın alabilmek ve üçüncüsü de tarım arazileri ile yapılaşan ve turizme açılan araziler arasında bir set çekmek olarak düşünülmüştür. İrtifakın kurulduğu 1932 yılında bölge henüz turizme açılmamış olduğundan ve o yıllarda muhtemel bir turizm patlaması da öngörülemeyeceğinden üçüncü ihtimal elenmiş; irtifak sözleşmesinden tarafların amacı tam olarak saptanamadığından, yararlanan taşınmaz malikinin salt kişisel menfaatine hizmet eden yan taşınmazı daha düşük fiyat ile satın almak fikri de yorum ilkeleri gereği kabul edilmemiştir. Nihayetinde Federal Mahkeme, somut olayda irtifakın manzarayı koruma amacına hizmet ettiği sonucuna varmıştır.

²⁶⁰ İrtifak ilişkisine üçüncü kişi dahil olduğunda, üçüncü kişinin iyiniyetinin korunabilmesi adına objektif yorum metodunun subjektif yorum metoduna üstün geleceğine ilişkin bkz. ATF 128 III 169 = JdT 2003 I 118; ATF 130 III 554 = JdT 2004 I 245.

²⁶¹ Eschmann, s. 76-77; D. Piotet, **Traité**, s. 102; Stadlin, N. 17.

hakkının içeriği belirlenir. Güven ilkesinden faydalandırılan üçüncü kişi, bilebileceği ya da tapu sicilinde tutulan belgeler vasıtasıyla erişebileceği kişisel sebeplerden de yararlanabilmelidir. Ancak, bu görüş Federal Mahkemece kabul görmemiştir.

Tescilden ya da tescil çerçevesinde kalacak şekilde irtifak sözleşmesinden, irtifakın kurulmasındaki amaç anlaşılabilir ise, ayrıca bir unsur araştırılmaz. Bu çerçevede, uzun süre boyunca davasız ve iyiniyetli bir şekilde, tescili aşan bir kullanım gerçekleşmiş olsa da, irtifak hakkının kurulmasındaki yararı etkilemez²⁶². Ayrıca belirtelim ki, uzun süreli kullanım ile irtifak hakkının kapsamının belirlenebilmesi için, bu kullanımın tescilin sınırları içinde kalması gerekir²⁶³.

Federal Mahkeme'nin bir kararına konu olan uyuşmazlıkta²⁶⁴, yüklü taşınmaz üzerinde yararlanan taşınmaz malikinin araç park yeri ihtiyacı için kullanılacak bir irtifak tesis edilmiştir. Ayrıca tescilde, tamamlayıcı belgelere atıf yapılmıştır. Davanın açıldığı 2005 yılına kadar yararlanan taşınmaz iki kere devredilmiş ve son malike gelinceye kadar yüklü taşınmaz malikinin irtifak hakkına aykırı fiillerine karşı çıkmamıştır. İrtifakın terkinini için açılan davada Federal Mahkeme, tescil yazısının çok kısa olmasından ötürü irtifakın yararının saptanmasında dikkate alınmayacağına; ancak, irtifak sözleşmesinden irtifakın yararlanan taşınmazdaki lokantanın müşterilerinin arabalarını park etme ihtiyacı için tesis edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme'ye göre lokantanın kapanması ile irtifakın arz ettiği yarar da sona erer. Yararlanan taşınmaz üzerinde bir otopark işletilmeye başlanması ile irtifakın kapsamı aşılmıştır. İrtifak sözleşmesinde irtifakın arz ettiği yarar açıkça ortaya konulduğundan, uzun süredir irtifakın otopark işletmesine hizmet etmesi göz önüne alınmayacaktır. Her ne kadar davalı yararlanan taşınmaz maliki, hem yüklü taşınmaz hem de yararlanan taşınmazdaki binalarda yaşayan sakinlerin otopark ihtiyacının görülmesi, kendisinin de ek gelir elde etmesi bakımlarından irtifakın yararını kaybetmediğini ileri sürse de, Federal Mahkeme bu savunmayı kabul etmemiştir. Yüklü taşınmaz malikinin irtifakın kullanımındaki bazı değişikliklere katlanma yükümlülüğü bulursa da, bu yükümlülük irtifakın tescili ve kuruluşundaki amaç ile sınırlıdır. Somut olay bakımından, irtifak hakkı sahibine yüklü taşınmaz

²⁶² Köprülü, Kaneti, s. 76; Özakman, s. 96; Surlu, Öztürk, **Mecra**, s. 521.

²⁶³ Olguç, s. 63.

²⁶⁴ 5C.13/2007 = SJ 2008 I 125.92

üzerinde ticari bir otopark işletmesi hakkı tanınmadığı gözetilerek, mevcut kullanımın irtifakın kurulmasındaki amaca uygun olmadığını, otoparkın ticari işletilmesinin yeni bir amaç olduğu sonucuna varılmış ve özdeşlik ilkesine aykırı bir durumun varlığı saptanmıştır.

İrtifakın tescilinden, bu tescil kapsamında yorumlanacak hukuki sebebinden ya da uzun zamandır davasız ve iyiniyetle kullanılma biçiminden de kuruluştaki amacı anlaşamıyor ise, özdeşlik ilkesinden vazgeçilir ve *utilitas* ilkesi taşınmaz lehine irtifaklar bakımından bir yorum ilkesi olarak kullanılır. Böylece, irtifak hakkının yararlanan taşınmaza hizmet etmek amacı ile kurulduğu sonucuna varılır²⁶⁵.

III. Yararın Kalmaması Ya Da Azalması

Yarar irtifak hakkının kurucu unsuru, hatta varlık sebebidir. Bu sebeple, yarar ortadan kalktığında irtifak hakkı da sona erecektir. Yararın azalması hali tek başına irtifak hakkının sona ermesi için yeterli değilse de, MK m. 785/f. II'de öngörülen şartlar oluştuğunda, gösterdiği yarar büyük ölçüde azalan irtifak hakkını da sona erdirmeye imkanı doğmaktadır.

A. Yararın Kalmaması

1. Yararın Kalmaması Sebebi İle İrtifak Hakkının Sona Ermesinin Düzenlenme Gerekçesi

a. Roma Hukuku Ve Karşılaştırmalı Hukukta Durum

İrtifak hakkının arz ettiği yararın kalmaması, Roma hukukunda irtifak hakkını tek başına sona erdirmemektedir. Aynı zamanda, yararlanan ya da yüklü taşınmazlardan birinin yok olması da irtifakı sona erdiren hallerden biri olarak ele

²⁶⁵ BSK-Petitpierre, art. 738, N. 10; Hohl, s. 80; Köprülü, Kaneti, s. 76; KurzK-Schmid-Tschirren, art. 738 ZGB, N. 19; ZK-Liver, art. 738 ZGB, N. 52. İrtifakın yararlanan taşınmaza hizmet edeceği sonucuna varılan birkaç karar örneği için bkz. BGE 117 II 536; BGE 115 II 434; BGE 107 II 331.

alınmamaktadır²⁶⁶. Her iki halde de irtifak hakkı, yarar kalmadığı için kullanılmıyorsa ya da kullanma imkanı ortadan kalkmışsa ve bu kullanmama hali zamanaşımı süresi kadar devam etmişse sona erecektir²⁶⁷.

İrtifak haklarının zamanaşımı süresinin geçmesi ile sona ermesi, Roma hukukunun ilk dönemlerinden kalma bir kurala dayanır. Bu dönemde geçit ve su geçirme irtifakları, taşınmazın bir parçası olarak görüldüklerinden, *res mancipi* kapsamındaki eşyalardan sayılmaktaydı²⁶⁸. Bu eski irtifaklar taşınmazdan bağımsız düşünülmediği için de, *iter, actus, via* ya da *aquaeductus*'un kullanılmaması halinde, yüklü taşınmaz malikinin taşınmazın o parçasını zamanaşımı ile tekrar kazanabileceği kabul edilmekteydi. Yüklü taşınmaz maliki tarafından kazandırıcı zamanaşımı ile kazanılan taşınmaz bölümü, bu şekilde irtifaktan kurtulmaktaydı. Ancak, bu hakların taşınmazdan bağımsız olarak düşünülmesi ile birlikte, irtifak haklarının zamanaşımı süresi içinde kullanılmaması, hakkı sona erdirici bir sebep olarak görülmeye başlanmıştır²⁶⁹.

Roma hukukunda ayrıca, köy irtifakı ve şehir irtifakı ayrımı yapılmaktaydı. Genel kabule göre²⁷⁰, köy irtifaklarında yüklü taşınmaz maliki, yararlanan taşınmaz malikinin hakkını kullanmasına katlanmak zorundadır. Yararlanan taşınmaz malikinin hakkını kullanıp kullanmadığı ise rahatça tespit edilebilmektedir. Şehir irtifaklarında ise daha çok, yüklü taşınmaz maliki mülkiyet hakkından kaynaklanan bir yetkiyi kullanmaktan kaçınmak yükü altındadır. Bu durumda yüklü taşınmaz maliki irtifak hakkını ihlal eder ve irtifak hakkı sahibi de ihlale sessiz kalırsa kullanmama durumu gündeme gelecektir²⁷¹. Şehir irtifaklarında salt kullanmama, irtifakı sona erdirici bir sebep sayılmamaktadır; çünkü yüklü taşınmaz malikinin belirli bir faaliyeti yapmaması halinde yararlanan taşınmazdan sağlanan yarar artmaktadır.

²⁶⁶ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 17.

²⁶⁷ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 16.

²⁶⁸ Öcal Apaydın, s. 41-42.

²⁶⁹ Öcal Apaydın, s. 55.

²⁷⁰ Köy irtifakı ile şehir irtifakı ayrımının hangi kıstaslara göre yapıldığına ilişkin çeşitli görüşler ortaya atılmışsa da, ayırım gene de belirsiz kalmıştır. Ama yapılacak ayırma göre uygulanacak hükümler değişmektedir. Mesela kullanmama dolayısıyla irtifakın sona ermesi halinde, kullanmama süresinin hangi anda başlatılacağı, irtifakın köy ya da şehir irtifakı olmasına göre farklılık gösterir.

²⁷¹ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 15-16.

Bu iki irtifak çeşidi arasındaki fark, Roma hukukunda belirli bir süre kullanılmamanın hakkı sona erdirdiği göz önüne alındığında, bu sürenin hangi andan itibaren başlayacağını tespit bakımından önem taşır. Köy taşınmazlarını konu alan irtifakların iki yıl kullanılmaması, şehir taşınmazları ile ilgili irtifakların ise iki yıllık süre içinde yüklü taşınmaz malikinin irtifaka aykırı davranışına sessiz kalınması hallerinde (*usucapio libertatis*) irtifak sona erecektir²⁷². Jüstinyanus döneminde ise, taşınmazların zamanaşımı ile kazanılmasına ilişkin süreler irtifak haklarının kullanılmama sebebi ile sona ermesi bakımından da benimsenmiş; böylece irtifak hakkının sona ermesi bakımından aynı eyalettekiler için on yıl, farklı eyalettekiler için yirmi yıllık süre uygulanmaya başlanmıştır²⁷³.

Ortaçağ'da ise, mülkiyet haklarının çakışmasına vurgu yapılmaktaydı. Aynı taşınmaz üzerinde, birden fazla kişinin farklı mülkiyet hakları olduğu düşünülmekteydi. 16. yüzyılda bireysel mülkiyet fikrinin canlanmasıyla irtifak kavramına yeniden başvurulmaya başlandı. İrtifakın uzun süre kullanılmayarak sona ereceği fikri varlığını sürdürdü.

19. yüzyılda benimsenen tapu sicili sistemi de, irtifakın belirli bir süre kullanılmamak ile sona ermesini engellemiştir. Alman hukukunda aynı haklara ilişkin iki farklı zamanaşımı gündemdedir: İlk olarak, hakkı sicil dışı kazanmış ama tescil ettirmemiş kişinin hakkı, zamanaşımı süresi sonunda sona ermektedir²⁷⁴. Bununla birlikte aynı hak tescil ettirilmişse, hakkı sona erdirici zamanaşımının istisnaları da düzenlenmiştir²⁷⁵. Bu durumun pratik sonucu, yolsuz olarak sicilden terkin edilmiş aynı hakkın zamanaşımına uğrayabilmesi riskidir²⁷⁶. Sadece taşınmaz üzerinde tescil edilmesine gerek olmayan aynı haklar BGB § 901 ve 902'nin uygulama alanına girmezler; bununla birlikte hak sahibine dava yetkisi de tanımamaktadırlar. İkinci olarak ise, hak sahibinin üçüncü kişinin irtifak hakkını ihlal eden fiiline zamanaşımı süresi içinde itiraz etmemesi durumunda, irtifak hakkı sona erecektir²⁷⁷. Aynı haklara ilişkin davaların zamanaşımına uğraması, aynı hakların da

²⁷² Öcal Apaydın, s. 178.

²⁷³ Öcal Apaydın, s. 182.

²⁷⁴ BGB § 901.

²⁷⁵ BGB § 902.

²⁷⁶ D. Piotet, **Prescription**, s. 28.

²⁷⁷ BGB § 1028.

dolaylı olarak zamanaşımına uğramasına sebebiyet vermektedir²⁷⁸. Böylece hak sahibinin hiçbir dava açma hakkına sahip olmadığı aynı haklar ile karşılaşılmaktadır.

Avusturya hukukunda da ABGB § 1479'a göre, tapu siciline tescil edilmiş olsun ya da olmasın, otuz yıl boyunca kullanılmayan aynı hak sona erer.

Tapu siciline güven ilkesini düzenlemeyen Fransa'da irtifakın sona erme sebepleri, kullanımın imkansız olması (FrMK m. 703), otuz yıl boyunca irtifakın kullanılmaması (FrMK m. 704)²⁷⁹ ve yararlanan taşınmaz ile yüklü taşınmazın birleşmesi (FrMK m. 705) olarak karşımıza çıkmaktadır. İmkansızlık halinin kesin olması ya da en azından otuz yıl boyunca irtifakın kullanımını mümkün kılmaması gerekir²⁸⁰. Yararlanan taşınmaz ile yüklü taşınmazın birleşmesi halinde irtifak hakkı sona erer. Ancak, aynı malike ait iki farklı taşınmaz olarak kalmaları, imkansızlık sebebi ile bu irtifakın kullanılamayacak olması durumunda, hakkı sona erdiren bir sebep olarak görülebilir²⁸¹.

Görüldüğü üzere, Fransız hukukunda sırf irtifakın gösterdiği yararın ortadan kalkması sebebi ile irtifak hakkı sona ermez. Fransız hukukunda irtifak haklarının bir menfaat buldukça ayakta kaldığı düşünülür. İrtifakın kullanılmaması, bu yararın ortadan kalkması anlamına gelecektir. Hak, terk karinesi yardımı ile sona erer. Bunun için sona erdirici zamanaşımından yararlanır²⁸². FrMK m. 706'ya göre, irtifakı kullanmanın imkansızlaşması sadece zorunlu bir kullanmama halidir. Otuz yıllık hak düşürücü süre dolmadan hakkın kullanımını engelleyen sebep ortadan kalkarsa, irtifak ayakta tutulur²⁸³. Bununla birlikte hakkın otuz yıl boyunca kullanılmaması sebebi ile sona ermesinin ardında, artık irtifakın arz ettiği yarar ve

²⁷⁸ D. Piotet, **Prescription**, s. 27.

²⁷⁹ Kanundan doğan irtifaklar (FrMK m. 2177) ve mücbir sebep dolayısıyla kullanılmayan sözleşmesel irtifaklar bakımından otuz yıllık zamanaşımı süresi uygulanmamaktadır. Atias, N. 271.

²⁸⁰ Atias, N. 271. Birkaç binanın altındaki ticari işletmeler arasındaki geçişin kolaylaştırılması için tanınmış geçit irtifakının, örülen duvar ile geçişin imkansızlaşması dolayısıyla sona ereceğine ilişkin bkz. Cass. 3^{ème} civile, 9 avril 1974, no. 72-13850 (www.legifrance.gouv.fr); yüklü taşınmaz ile yararlanan taşınmaz arasındaki geçişin kesin olarak imkansızlaşması sebebi ile geçit irtifakının sona ermesi hakkında bkz. Cass. 3^{ème} civile, 10 février 1976, no. 74-13597 (www.legifrance.gouv.fr).

²⁸¹ Atias, N. 271.

²⁸² André Haon, **De l'extinction des droits réels principaux par le non-usage en droit français**, Toulouse, Imprimerie Lagarde&Seville, 1909, s. 40.

²⁸³ Haon, s. 42.

sürekliğin mevcut olmadığı düşüncesi yatar²⁸⁴. İrtifak, otuz yıl kullanılmamak ile sona erer; bu tarihten sonra yararlanılan taşınmaz maliki irtifakı tekrar kullanmaya başlasa da hak canlanmaz²⁸⁵. Fransız temyiz mahkemesinin yeni tarihli bir kararında, yararın kalmaması sebebi ile irtifak hakkının ortadan kalktığı, hakkın sona erdirilebilmesi için gereken otuz yıllık kullanmama süresinin beklenmemesi gerektiği ifade edilmiştir²⁸⁶. Mahkemenin bu yenilikçi kararı, Fransız öğretisi tarafından da olumlu karşılanmıştır²⁸⁷.

b. İsviçre Ve Türk Medeni Kanunları'ndaki Düzenleme Ve Gerekçesi

İsviçre Medeni Kanunu Taslağı'nın 726. maddesi, uzun süre kullanmama sonucunda irtifak hakkının sona ereceğini düzenlemiştir²⁸⁸. İlgili hüküm uyarınca irtifak hakkını kullanabilecek durumda olan hak sahibi, on yıl boyunca irtifak hakkını kullanmamışsa yüklü taşınmaz maliki irtifakın terkinini talep edebilir. Uzmanlar Komisyonu tarafından ilgili durumun yararın kalmaması başlığı altında da ele alınabileceği değerlendirilmiştir yapılmış ve hüküm kanunlaştırılmamıştır²⁸⁹.

Bu şekilde MK m. 785, yararı kalmayan ya da büyük ölçüde azalan bir irtifak hakkının sona ermesini düzenlemek sureti ile, irtifakın sona erme hallerini Roma hukukuna oranla genişleten bir hüküm olarak karşımıza çıkar. Uzun süre kullanmama dolayısıyla irtifak hakkı sona ermeyecektir, bunun yerine MK m. 785 uygulama alanı bulacaktır²⁹⁰. MK m. 785'in amacı, irtifakın sona erme hallerini genişletmektir. İrtifak hakkının sona ermesi, hak sahibinin hakkını uzun süre kullanmaması ya da yüklü taşınmaz malikinin irtifak hakkını ihlaline uzun süre karşı

²⁸⁴ Cornu, N. 101.

²⁸⁵ Haon, s. 82.

²⁸⁶ Fransız temyiz mahkemesi, bir atölyeye ulaşmak için tesis edilen geçit irtifakının, atölye kaldırıldıktan sonra ayakta tutulamayacağına hükmetmiştir. Atölyenin kaldırılması ile, irtifakın hizmet ettiği amaç da sona erdiğinden irtifakın ayakta tutulmasının anlamı yoktur. Karar için bkz. Cass. 3^{ème} civile, 9 juillet 2003, no. 01-00876 (www.legifrance.gouv.fr).

²⁸⁷ Cornu, N. 101, dn. 255.

²⁸⁸ FF 1904, s. 292.

²⁸⁹ Temperli, s. 82.

²⁹⁰ Kurulduğu yıldan beri kullanılmayan bir irtifak için sona erdirici bir zamanaşımı söz konusu olamaz, bu durum MK m. 785 çerçevesinde değerlendirilir: ATF 62 II 135 = JdT 1937 I 165.

çıkarmaması (*usucapio libertatis*) halleri ile sınırlanmamış²⁹¹; bu iki sona erme halinin kapsamına girmeyen durumlarda dahi yararın kalmadığı tespit edildiğinde irtifakın sona ermesinin önü açılmıştır²⁹².

İsviçre kanun koyucusunun uzun süre kullanmama ve *usucapio libertatis* hallerini, irtifakı sona erdiren sebepler arasında düzenlememesi önemli bir adımdır. Öncelikle uzun süre kullanmama dolayısıyla sona erdirme, herkesin birbirini tanıdığı kırsal bölgelerde uygulanabilir. Kamuya açıklık ilkesinin benimsendiği ve üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunduğu bir sistemde uzun süre kullanılmama dolayısıyla irtifak hakkının sona ereceğini, bu sona ermenin de ispat edilebileceğini düşünmek gerçekçi değildir²⁹³. El değiştirmeler dolayısıyla ispat başlı başına bir problem olacaktır. Aynı gerekçe ile, *usucapio libertatis*'in şartlarının gerçekleştiğini saptamak da güçtür. Tapu sicilinin kamuya açık olmadığı Vaud Kantonu'nda kişilerin değişmesi ile irtifakın unutulduğu, hakların dolaylı ya da doğrudan terk edildiği, bu sebeple *usucapio libertatis*'in bir çözüm olarak sunulduğu bildirilmiştir²⁹⁴. Ne var ki tapu sicilinin aleni olduğu bir sistemde mülkiyet, sadece imkansızlık ve *usucapio libertatis* ile gereksiz yüklerden kurtarılamaz. Bu sona erme halini işletmek hak sahibi açısından tehlikelidir ve yüklü taşınmaz malikinin ihtiyaçlarını dikkate almaz²⁹⁵. Bu sebepler ile, MK m. 785'in düzenlemesi diğer Avrupa hukuk sistemlerine kıyasen devrim niteliğindedir.

Diğer taraftan, uzun süre kullanılmayan aynı hakkın zamanaşımıyla sona ereceğini düzenleyen sistemlerdeki genel sorun, irtifakın kullanılmayacak olsa da zamanaşımı süresince ayakta tutulmasıdır. Ayrıca, imkansızlık, uzun süre kullanmama ya da *usucapio libertatis* halleri dışında bir sebeple irtifak yararsız hale

²⁹¹ Hakkın uzun süre kullanılmaması ile *usucapio libertatis* birbirinden farklı kavramlardır. Uzun süre kullanılmama dolayısıyla irtifakın sona ermesinde başka bir şart aranmaz. *Usucapio libertatis*'te ise yüklü taşınmaz maliki sadece uzun süre boyunca sınırlı aynı hakka aykırı bir zilyetlik sürdürmek ile kalmaz; aynı zamanda hak sahibinin de bu ihlale karşı hareketsiz kalması gerekir. D. Piotet, **Prescription**, s. 39; Steinauer, **T. II**, N. 2246.

²⁹² Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 203-204; Rodondi, s. 103-104. İrtifak hakkının zamanaşımı ile sona ermeyeceği, ama güven teorisi ışığında hakkın kullanılmamasının hak sahibinin hakkından vazgeçtiği şeklinde yorumlanabileceğine ilişkin bkz. ATF 95 II 605 = JdT 1971 I 255.

²⁹³ Besson, **Suppression et adaptation**, s. 263.

²⁹⁴ Besson, **Suppression et adaptation**, s. 263.

²⁹⁵ Wieland, art. 736 ZGB, s. 501.

gelse de, sona erdirilmesi hak sahibinin terkine rıza göstermesine bağlıdır²⁹⁶. Hak sahibi bu rızayı göstermedikçe, yararsız kalmış irtifak mülkiyet hakkını kısıtlamaya devam edecektir. Başka bir bakış açısı ile, irtifakın sona erme hallerini genişleten bu hüküm, taşınmaz lehine irtifakların karşısında, yüklü taşınmaz üzerindeki mülkiyetin gereği gibi kullanımını güçlendirmektedir²⁹⁷. Bu çerçevede İsvMK m. 736/f. I (MK m. 785/f. I), İsviçre kanun koyucusunun taşınmazı gereği gibi kullanımına yönelik ortaya koyduğu hukuk politikasına hizmet eden bir hüküm olarak değerlendirilmelidir.

Hüküm, aynı hakların zamanaşımına uğramadığı bir sistem ile de uyum içerisindedir²⁹⁸. İsviçre ve Türk hukuklarında aynı haklar ya da maddi hakkın ayakta kalmasından bağımsız olarak aynı talepler zamanaşımına uğramaz²⁹⁹. Bu durum, 19. yüzyılda tapu sicilinin benimsenmesi ile beraber, tescil edilmiş bir aynı hakkın kullanılmamaya sona ermeyeceği fikrine dayanmaktadır³⁰⁰. Aynı hakların zamanaşımı ile sona ermemesi, MK m. 847/f. I'deki "[t]aşınmaz yükü zamanaşımına tâbi değildir" hükmü ile açıkça ifade edilmiştir. İrtifaklar bakımından böyle açık bir düzenlemenin bulunmaması, MK m. 785'in varlığı ile açıklanmaktadır³⁰¹.

MK m. 785'in genişletici düzenlemesine rağmen, İsviçre hukukunda irtifakın uzun süre kullanılmamasının kendi başına dürüstlük kuralı temelli ve MK m. 785'ten ayrılan bir sona erme sebebi olup olmadığı sorgulanmıştır. Şayet irtifak hakkını uzunca bir süre kullanmayıp sonradan kullanmanın hakkın kötüye kullanılması olduğu kabul edilir ise, bu kullanım MK m. 2 çerçevesinde engellenebilecektir. Ne var ki, bu görüş taraftar bulmamıştır. Hakkın kötüye kullanılması, somut olay koşullarının haklı çıkardığı istisnai bir çözümdür. MK m. 2'nin uygulanması ile irtifak hakkının sona erdirilmesi, aynı hakkı sona erdirici sebeplerin sınırlı sayıda

²⁹⁶ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 49-50

²⁹⁷ E. Huber, s. 515.

²⁹⁸ Tescilsiz kurulan ama kullanılmayan irtifaklar bakımından *usucapio libertatis*'in kabul edilebileceği yönünde bkz. P. Piotet, **Traité**, s. 56, dn. 6.

²⁹⁹ Miras sebebi ile istihkak davasında zaman geçtiği için bir aynı talebin ileri sürülemeyecek olması, kanun koyucu tarafından istisnai olarak düzenlenmiştir. D. Piotet, **Prescription**, s. 36. Aynı husus, kadastro işlemleri bakımından da vardır. Amaç, geçici bir hukuki statüyü en kısa zamanda kalıcı hale getirmektir.

³⁰⁰ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 20.

³⁰¹ Besson, **Suppression et adaptation**, s. 263; D. Piotet, **Prescription**, s. 65-66.

olması ya da sona erdirici zamanaşımının uygulanmasını gerektirecek bir kanun boşluğunun varlığı tartışmalarından ayrık tutulmalıdır³⁰².

Son olarak sorgulanması gereken husus ise, yolsuz tescillerin hakimın kararı ile terkin edilebildiği MK m. 1025 maddesini düzenleyen bir sistemde, MK m. 785/f. I düzenlemesinin gerekip gerekmediğidir. Taşınmaz rehninde alacağa bağlılık ilkesi, MK m. 883 ile açık olarak düzenlenmiştir. Bunun gibi, irtifaklarda da yararlılık ilkesi mevcuttur. İrtifak hakkının varlık sebebi, mülkiyet hakkını sınırlamasına olanak sağlayan yararın bulunmasıdır. Yarar yoksa, mülkiyet hakkına getirilen yük ve sınırlama da olmaz. Fakat MK m. 779 hükmü ile tek başına bu yararlılık anlaşılmamakta; bu hüküm MK m. 785/f. I ile desteklendiğinde ortaya çıkmaktadır.

2. Yararın Kalmamasının Kriterleri

Yararın kalmamasından kasıt, irtifakın tesisi ile sağlanmak istenen yararın artık gerçekleştirilemeyecek olmasıdır. İrtifakın arz ettiği yararın kalıp kalmadığı irtifak hakkının kapsamına, içeriğine ve kurulma amacına göre belirlenecektir. Bu çerçevede irtifakın başlangıçta bir yarar arz etmesi -ya da kurulduğu zaman öngörülebilir bir gelecekte yarar arz edecek olması- ve bu yararın değişen şartlar nedeniyle sonradan ortadan kalkmış olması lazımdır³⁰³. Örnek olarak, bir okulun öğrencilerinin geçmesi için tesis edilen geçit irtifakının, okulun başka bir yere taşınması sebebi ile artık o okul öğrencilerine yaramayacak olması gösterilebilir. Belirlemenin yapılabilmesi için yararın özdeşliği ilkesinden yararlanılır³⁰⁴. İrtifak hakkının kuruluş amacından farklı bir amaç için kullanılması, hak sahibine sağladığı yararın tamamen ortadan kalktığı anlamına gelecektir³⁰⁵. Başlangıçta var olan yararın değişen şartlar sebebi ile ortadan kalkması gerekir. Bu değişen şartlar genellikle dışsal bir olgudan kaynaklanır. Malik, taşınmazı üzerinde bir karı-koca lehine intifa

³⁰² D. Piotet, **Prescription**, s. 37.

³⁰³ **BSK**-Petitpierre, art. 736 ZGB, N. 9; **HandK**-Göksu, art. 736 ZGB, N. 6; Temperli, s. 115; Tonella, s. 231.

³⁰⁴ İrtifak yararlanan taşınmaz için bir yarar sağlıyorsa ve bu yarar ortadan kalkmışsa da, irtifak hakkı sahibi aynı zamanda kişisel bir menfaatinin bulunduğunu ileri sürerek irtifakın terkinine karşı çıkamaz. Rodondi, s. 115-116.

³⁰⁵ Sonradan ortaya çıkması mümkün olan değişiklikler, kuruluşteki menfaatin olduğu gibi devam ettiğine delil olamaz. Bertan, **C. II**, s. 1201; **ZK**-Liver, art. 736 ZGB, N. 65.

hakkı kurmuşsa ve eşler boşanmışlarsa, intifa hakkını fiilen kullanacak eş lehine olmak üzere karı-koca lehine olan hakkın terkinini isteyebilir. Söz konusu durum da MK m. 785/f. I'nin uygulama alanına girecektir³⁰⁶. Yine de şartların değişmesi mutlaka dışsal bir olgudan kaynaklanmayabilir; irtifak hakkı sahibinin ya da yararlanan taşınmazın ihtiyaçlarındaki bir değişiklik irtifakın kurulma anındaki kapsamına göre kullanılmasına imkan tanımıyor ise, bu irtifakın artık amaca elverişsiz hale geldiğinden söz edilir ve irtifakın hizmet ettiği yarar ortadan kalkar³⁰⁷. Aynı zamanda, yararlanan taşınmaz maliki kendi taşınmazını irtifakı kullanılmaz ve anlamsız kılacak şekilde değiştirmişse ve yakın bir gelecekte irtifakın kullanılabilmesi için yeni bir düzenlemenin yapılmayacağı kesinse, yararın yine ortadan kalktığı sonucuna varılarak MK m. 785/f. I uygulanmalıdır³⁰⁸. Her ne kadar irtifakın kurulmasındaki yarar da objektif kriterlere bakılmasa da, yararın kalıp kalmadığının tespitinde objektif kriterler göz önüne alınır³⁰⁹.

Olumlu irtifaklarda, hak sahibi irtifak konusu eşya üzerinde fiili bir hakimiyet sağladığı için yararın ortadan kalktığını saptamak daha kolaydır. Oysa olumsuz irtifaklarda, hak sahibinin irtifak konusu eşya üzerinde fiili bir hakimiyeti yoktur. Bu durumda yararın varlığını değerlendirebilmek için, hak sahibinin irtifak hakkının ihlali halinde aynı hakkına dayanan davaları açtığı veya hak zilyetliğine dayanarak zilyetliğini gasp ya da saldırıya karşı koruyup korumadığına bakılacaktır³¹⁰. Zira hak sahibinin ihlale rağmen kalıcı olarak hakkını ya da zilyetliğini koruyan davalara başvurmadığı tespit edilebilirse, olumsuz irtifakın devamında bir yararının olmadığı sonucuna da varılabilir.

³⁰⁶ Farine Fabbro, **Usufruit**, s. 224, dn. 52. Pencere açma ve balkon yapmaya ilişkin irtifakın kaldırılması talebi, yeni bir durumun doğduğu ispat edilemediğine göre reddedilmelidir: Yarg. 14. HD., 28.06.1988, E. 1987/5103, K. 1988/4904 (www.kazanci.com).

³⁰⁷ Akipek, Akıntürk, s. 663; Hürlimann-Kaup, **Zweck**, s. 6; Özakman, s. 129.

³⁰⁸ Argül Grossrieder, **Extinction**, s. 145. Yararlanan taşınmazın başka bir taşınmaz ile birleştirilmesi sonucunda yol ihtiyacı kalmadığından, geçit irtifakının MK m. 785/f. I'e göre terkin edilmesi gerekir. Yarg. 14. HD., 23.10.2000, E. 2000/5798, K. 2000/6511 (www.kazanci.com).

³⁰⁹ Curti-Forrer, art. 736 ZGB, s. 558; Steinauer, **T. II**, N. 2267; Riemer, **Beschränkten**, s. 63-64. BGE 100 II 105. Böylece sadece imar planında bir yol geçirileceğinin öngörülmesi, ancak plan henüz uygulamaya geçirilmeden ve tahsis yapılmadan fiili bir yol durumunun ortaya çıkması sebebi ile MK m. 785 uygulanamaz: Yarg. 14. HD., 01.03.2002, E. 899, K. 1401 (www.kazanci.com).

³¹⁰ Köprülü, Kaneti, s. 46.

İrtifakın devri de yararın ortadan kalkmasında bir rol oynayabilir. Kişisel bir irtifak üçüncü kişiye devredildiğinde, üçüncü kişi irtifakı sadece irtifak sözleşmesi tarafının kendine özgü ihtiyaçları dışında kalan oranda kullanabilecektir. Şayet irtifak hakkı bütünüyle kişisel ihtiyaçlar için kurulmuşsa, yeni hak sahibinin kullanımı bu kişisel alana etki edemez³¹¹. Örnek vermemiz gerekir ise, belirli bir bitkinin dikilmemesini konu alan taşınmaz lehine irtifakın kurulması yararlanan taşınmaz malikinin alerjisinden kaynaklanıyor ise; yararlanan taşınmaz devredildiğinde yeni malik de bu alerjiye sahip değilse, bu çok kişisel sebepten kaynaklanan yarar ortadan kalkacaktır. İrtifak hakkı da yararın kalmaması sebebi ile sona ermiş olur.

Yararın kalmamasından söz edilebilmesi için, bu yararın kalıcı bir biçimde yok olmuş olması gerekir³¹². Eğer yarar öngörülebilir bir gelecekte doğabilecek ise irtifak ayakta tutulur. Ne var ki yararın doğması teorik düzeyde kalmamalı, somut verilere dayanmalıdır³¹³. Yararın tekrar canlanacağına ilişkin ciddi bir olasılık varsa MK m. 785/f. I uygulanmaz³¹⁴.

Yararın kalmamasının aynı zamanda kesin olması icap eder. Hak sahibinin irtifak ile karşılanan yararı farklı bir imkan ile elde etmesi kendiliğinden irtifakın arz ettiği yararı ortadan kaldırmayacaktır. Örnek olarak, geçit irtifakı sahibinin yeni bir anayola çıkış imkanına kavuşmuş olması, kendiliğinden geçit irtifakının yararının kalmadığı anlamına gelmez. İrtifakın hizmet ettiği yararın kalmadığı sonucuna varılabilmesi için, anayola çıkış imkanının irtifak hakkı ile aynı ya da irtifak hakkına

³¹¹ Rodondi, s. 113-114.

³¹² Davacının taşınmazı üzerindeki sarnıcın kullanılmasına ilişkin, davalı taşınmaz lehine bir irtifak kurulmuştur. Şehir suyu gelmesi üzerine bu sarnıca su koyulmadığını iddia eden yüklü taşınmaz maliki, hakkın terkinini için mahkemeye başvurmuştur. Mevsimlerin kurak geçmesi olasılığı dikkate alınarak ihtiyacı karşılamak için kurulduğu tespit edilen bu irtifakın sona erdirilemeyeceği, gerektiğinde yararlanmak üzere bu irtifaka her zaman başvurulabileceğine ilişkin bkz. Yarg. 14. HD., 24.10.1994, E. 1994/7551, K. 1994/ 9825 (Surlu, Öztürk, **Mecra**, s. 543-544).

³¹³ **CR**-Argul, art. 736 CC, N. 8; Rossel, Mentha, N. 1372; Steinauer, **T. II**, N. 2268. Taşınmaz üzerinde yapı yapılmasının kısıtlanması üzerine terkinini istenen geçit irtifakının, imar kurallarının değişebileceği gerekçe gösterilerek ayakta tutulamayacağına ilişkin bkz. ATF 130 III 393 = JdT 2004 175. Resmi projelere göre ileride geçirilecek bir anayola çıkış imkanı sağlayan geçit hakkının ayakta tutulmasına ilişkin bkz. ATF 81 II 189 = JdT 1956 I 11.

³¹⁴ **BSK**-Petitpierre, art. 736 ZGB, N. 9. Bu irtifak hakkının vazgeçme iradesi olmaksızın kullanılmaması ihtimalinde, hakkın yararının tekrar canlanabileceğine ilişkin bkz. 5C. 189/2003 (www.swisslex.ch).

oranla daha elverişli bir geçiş imkanı sunması gerekir³¹⁵. Federal Mahkeme bir kararında³¹⁶, yeni yapılan kamu yolunda kaldırım olmaması, bu yolun yokuş ve tek yönlü olması, ve bu sebep ile bazı hallerde birkaç yüz metrede bir geri dönmeyi gerektirmesini göz önüne alarak geçit irtifakı ile sağlanan amacı gerçekleştirmediğini tespit etmiştir. Geçit irtifakı, yeni yapılan kamu yoluna oranla daha elverişli olduğundan ayakta tutulacaktır.

İki taşınmazda birbiri lehine karşılıklı irtifaklar kurulmuşsa, birinin sona ermesi, diğerinin de sona ereceği anlamına gelmez. Bu irtifak hakları birbirinden bağımsızdır. Bu ihtimalde doğrudan MK m. 785/f. 1'e başvurulamayacaktır. İrtifaklardan biri sona erse dahi diğeri ayakta kalacaktır³¹⁷.

Bununla beraber bir taşınmaz üzerinde irtifak, asıl yüklü taşınmazdaki hakkın konusundan yararlanmayı elverişli hale getirmek için kurulmuş ise, irtifakın herhangi bir sebeple sona ermesinin bu aracı irtifakın yararını sona erdireceği ileri sürülmüştür³¹⁸. Sınır komşusu olmayan iki taşınmaz arasındaki irtifak ilişkisinin işlerlik kazanabilmesi için aradaki taşınmaz da irtifak ile yükümlenmiş ise, asıl taşınmazdaki irtifak sona erdiğinde ara taşınmazdaki irtifak da yararın kalmaması gerekçesi ile sona erecektir³¹⁹.

İncelenmesi gereken başka bir özellikli hal ise, taşkın inşaat dolayısıyla kurulan irtifaklarda ortaya çıkmaktadır. Taşkın inşaat sonucu tesis edilen irtifak hakkı, taşınmazın hukuki kaderine tâbi olacaktır; zira bu irtifak, taşma sürdüğü müddetçe bir anlam ifade eder. Taşma olgusu varlığını korudukça, irtifak ayakta kalacak; yeniden bir yapılandırılmaya gidilmesi ihtimalinde ise irtifak varlık sebebini kaybedecektir. Taşma varlığını koruduğu sürece, irtifak hakkı bir yarara hizmet

³¹⁵ Federal Mahkeme, 5A_360/2014 (www.swisslex.ch). Taşınmazın yanından genel yol geçirilmesi imar planında öngörülmüş ise de, tahsis kararı alınmadıkça bazı kimseler tarafından kurulan fiili yol ilişkisi hukuki korumadan yoksun olduğu için geçit hakkını sona erdirecek bir sebep olamaz. Yarg. HGK, 01.06.1983, E. 14-2083, K. 601 (Surlu, Öztürk, **Geçit**, s. 766-767). Anayol vasfında olmayan fiili yol ilişkisinin meydana gelmesi ile, geçit hakkının yararının kalmadığı gerekçesi ile terkini istenemez. Yarg. 14. HD., 01.03.2002, E. 2002/899, K. 2002/1401 (www.kazanci.com).

³¹⁶ ATF 130 III 554 = JdT 2004 I 245.

³¹⁷ Wieland, art. 730 ZGB, s. 485.

³¹⁸ Burdet, s. 44.

³¹⁹ Birbirine bitişik birden çok taşınmazı ayrı ayrı yükümleyen geçit irtifakının, bu taşınmazlardan biri için yararını kaybetmesi ihtimalinde, diğerleri için de yararını kaybedeceğine ilişkin bkz. ATF 121 II 52 = JdT 1998 I 159.

etmektedir; bu durumda MK m. 785 çerçevesinde yararın sona ermesi gündeme gelmeyecektir. Ama yapının yıkılması örneğinde olduğu gibi, eğer taşma olgusu ortadan kaldırılırsa, irtifakın varlık sebebi de kendiliğinden ortadan kalkacaktır³²⁰.

Diğer taraftan irtifaka bağlı bir yapma borcunun, MK m. 790'daki gibi bir kanunen eşyaya bağlı borcun ya da kişisel borcun ortadan kalkması sebebi ile irtifakın arz ettiği yararın da ortadan kalkıp kalkmayacağı da incelenmelidir. MK m. 779/f. II'ye göre kararlaştırılmış bir yapma borcunun ortadan kalkması ya da azaltılması dolayısıyla irtifak hakkının konusu da ortadan kalkmış ya da sağladığı menfaat çok azalmış olursa, irtifakın MK m. 785 uygulanarak sona erdirilebileceği ileri sürülmüştür³²¹.

3. Yararın Kalmamasının Özel Uygulama Halleri

a. İmkansızlık Hali İle İlgili Görüşler

İrtifak haklarının uzun süre kullanılmaması ya da *usucapio libertatis* yolu ile sona ermesini düzenleyen sistemlerde, hakkın kullanımının imkansızlaşması ayrı bir sona erme sebebi olarak öngörülmüştür. Oysa irtifakın gösterdiği yararın tamamı ile ortadan kalkması halinde irtifakın da son bulacağı bir sistemde, irtifaktan yararlanmanın imkansızlaşması, yararın kalmaması ile birlikte düşünülmelidir³²². Zira, irtifak hakkından yararlanmanın imkansızlaşması halinde, hak sahibinin bu irtifak hakkına sahip olmakta bir menfaat bulunmayacaktır. Dolayısıyla, MK m. 785/f. I'nin uygulama alanı daha geniş olmakla birlikte, irtifak hakkından

³²⁰ Taşkın yapı irtifakı kurulmuş ve taşkın bina sonradan yıkılmış ise, irtifak hakkının yapının yıkılması bozucu şartına mı bağlı olduğu, yoksa MK m. 785/f. I'nin mi uygulama alanına dahil olduğu sorunu, irtifak sözleşmesinin yorumlanması ile çözümlenmelidir. **BK**-Meier-Hayoz, Art. 674 ZGB, N. 26; Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 637.

³²¹ Bertan, **C. II**, s. 1199; Erel, s. 197; **ZK**-Liver, art. 736 ZGB, N. 38.

³²² Besson, **Suppression et adaptation**, s. 260; Deschenaux, **Traité**, s. 705-706; Schmid, Hürlimann-Kaup, N. 1310; **ZK**-Liver, art. 736 ZGB, N. 16. İrtifak hakkının kullanılmasındaki imkansızlığın tartışılabilir ya da ispat edilebilir nitelikte olması ihtimalinde, durumun MK m. 785 çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Köprülü, Kaneti, s. 69-70. Yazarlar, imkansızlık halinde irtifakın kendiliğinden sona ereceğini, hatta terkinin MK m. 1026/f. II'ye göre yapılacağını ileri sürerler iken, artık yarar göstermeyen bir irtifakın ancak MK m. 785/f. I uygulanarak, hakim kararı ile sona erdirilebileceğini ifade etmektedirler. Biz, imkansızlığı da bir yararın kalmaması hali olarak değerlendiriyoruz.

yararlanmanın imkansızlaşmasının da bu çerçevede düşünülmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Ne var ki öğretilerde ikinci bir görüş³²³, imkansızlık halinin irtifakın yararının kalmamasından farklı olduğunu ortaya koymaktadır. İmkansızlık irtifak hakkının yararın kalmaması sebebi ile sona ermesinden ayırt edilmesi gereken, farklı bir sona erme nedenidir. Bu görüşe göre, irtifak hakkını kullanılmasının imkansızlığı fiili bir durumdur ve hakkın sona ermesi, MK m. 1026 çerçevesinde incelenmelidir. Başka bir deyişle, hak sicil dışında her türlü hukuki değerini kaybettiği için, tapu sicil memurundan terkinin istenecektir. Oysa MK m. 785/f. I'de irtifak hakkının kullanılması fiilen mümkün olmasına rağmen, böyle bir kullanım irtifak hakkı sahibi için bir menfaat sağlamaz. Aşağıda detaylı olarak açıklayacağımız üzere, imkansızlığı irtifak hakkının ayrı bir sona erme sebebi olarak görmediğimizden bu görüşe katılmıyoruz.

1) İmkansızlık İle MK m. 785/f. I'in Genel Olarak İlişkisi

Medeni Kanun'un 785. maddesinin ilk fıkrasının özel uygulama hali olan imkansızlık, irtifak sözleşmesinin akdedildiği sıradaki objektif bir imkansızlık değildir. Aksi takdirde, sözleşmenin konusunun imkansız olmasından ötürü TBK m. 27 uygulanır ve kesin hükümsüz olan sözleşme, sebebe bağlılık ilkesi dolayısıyla irtifak tescilini de yolsuzlaştırır³²⁴. Sözleşmenin akdedildiği andaki subjektif bir imkansızlık halinde ise, yararın öngörülebilir bir sürede ortaya çıkacağıının anlaşılabilirliği ölçüde irtifak ayakta tutulacaktır.

İrtifak hakkından yararlanılması sonradan imkansızlaştığında³²⁵, MK m. 785/f. I ile duruma göre TBK m. 112 ya da m. 136'nın yarışacağı ileri sürülmüştür³²⁶. İrtifak sözleşmesi tarafları ile irtifak ilişkisi taraflarının aynı olması ihtimali için

³²³ Bertan, **C. II**, s. 1194; Özakman, s. 146; Surlu, Öztürk, **Mecra**, s. 520.

³²⁴ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 61; Rodondi, s. 153-154.

³²⁵ Bu imkansızlık halinin kalıcı olması gerekir. İrtifak hakkından geçici süre ile yararlanmanın imkansızlaşması, hakkı sona erdirmez. Ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm II. B. 4. b. 1) Yararın Öngörülebilir Bir Gelecekte Yeniden Doğacak Olması Bakımından.

³²⁶ Galland, **Contenu**, s. 51. Kaynağın kuruması halinde, kaynak irtifakının durumu örneğinden yola çıkılarak aynı sonuç için bkz. **CR-Piotet**, art. 780 CC, N. 3.

geçerli olan bu görüş, irtifak ilişkisine üçüncü bir kişinin dahil olması ile birlikte artık kabul edilemez. Zira irtifak sözleşmesi nispi bir borç ilişkisi doğurur; bu ilişkiden kaynaklanan borçların ifa edilmemesinin yaptırımları üçüncü kişiye karşı ileri sürülemez. Dolayısıyla, ilişkiye sonradan dahil olan kişiye karşı TBK m. 112 ya da m. 136'ya müracaat edilemez. Yine de edimin imkansızlaşması aynı etkili bir sonuç olduğundan, irtifak ilişkisine sonradan giren bu kişiye MK m. 785/f. I çerçevesinde başvurulmalıdır. Dolayısıyla irtifak sözleşmesi tarafları ile irtifak ilişkisi tarafları aynı değil ise, irtifak hakkından yararlanılmasının sonradan imkansızlaşması durumunda MK m. 785/f. I ile TBK m. 112 ya da m. 136 yarışmaz.

İrtifak hakkının imkansızlık sebebi ile sona ermesinin tipik örneği, yararlanan ya da yüklü taşınmazın yok olmasıdır (MK m. 783)³²⁷. Yararlanan ya da yüklü taşınmazlardan birinin yok olması, objektif olarak irtifakı sona erdirir. Örnek olarak, oturma hakkının kullanıldığı bina yıkılmışsa ve yeniden yapılmayacaksa; ya da yerine mesken olarak kullanılmayacak bir dükkan, mağaza vs. inşa edilecekse yüklü taşınmazın yok olması sebebi ile oturma hakkı sona erer³²⁸.

İmkansızlığın bir görünüm hali olan yararlanan ya da yüklü taşınmazın yok olması, MK m. 783'te özel olarak düzenlenmiştir. Ancak, irtifak haklarından yararlanmanın imkansızlaşması sadece yararlanan ya da yüklü taşınmazın yok olması ile sınırlı değildir. Dolayısıyla, irtifak hakkından yararlanmanın farklı bir sebeple

³²⁷ Bizim sistemimiz ile aynı hakların kullanılmamak ile sona ereceğini öngören Fransız hukuku arasındaki bir farklılık da yararlanan ya da yüklü taşınmazın yok olması hususunda kendisini göstermektedir. Zira Fransız hukukunda taşınmazlardan birinin yok olması sebebi ile irtifak hakkının kullanımı imkansızlaşmışsa, irtifak hakkı sona ermez; askıda kalır (FrMK m. 703). Kullanımı imkansızlaşan bu irtifak, otuz yıl süresince kullanılmadıktan sonra sona erebilecektir. Fransız temyiz mahkemesi, Fransız öğretisinde ortaya koyulan irtifakın kullanımının imkansızlaşması sebebi ile yararın kalmamasından ötürü hakkın sona ereceği görüşüne katılmamaktadır. İdari bir yasaklama sebebi ile kullanılması imkansız hale gelen geçit hakkının ancak otuz yıllık zamanaşımı süresinin dolması ile sona ereceğine ilişkin bkz. Cass. 3^{ème} civile, 10 octobre 1984, no. 83-14443 (www.legifrance.gouv.fr).

³²⁸ Mooser, **Habitation**, s. 243-244. Bununla birlikte binanın yıkılması ile oturma hakkı kendiliğinden sona ermez. Bina makul bir sürede yapılacaksa, hakkın kullanımı askıdadır; bina inşa edildiğinde hak yeniden kullanılabilir. **BK**-Leeman, art. 776 ZGB, N. 23; Heinz, s. 68; Mooser, **Habitation**, s. 242; Mooser, **Fin**, s. 354; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 3074, dn. 448; Steinauer, **T. III**, N. 2505. Karşı görüş için bkz. Simonius, Sutter, **Bd. II**, s. 123. Yazarlar, yüklü taşınmaz maliki binayı inşa etmedikçe ya da inşa etmeyi taahhüt etmedikçe hakkın sona erdiğini ileri sürmektedirler. Belirtelim ki, taşınmazda yeniden inşa edilen binanın mesken olarak kullanımı mümkün değilse, oturma hakkının MK m. 785 dolayısıyla sona erdiği de ileri sürülmektedir. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 3074, dn. 448.

imkansız hale gelmesi ihtimalinde, hakkın sona ermesi artık yarar göstermeyeceği gerekçesi ile MK m. 785/f. I çerçevesinde değerlendirilmelidir. Kaldı ki, kanun koyucunun irtifaktan yararlanma imkanının imkansızlaşmasını münhasır bir sona erme sebebi olarak düzenleme amacı olsa idi, MK m. 783'te sadece yararlanan ya da yüklü taşınmazın yok olması değil; genel bir ifade ile irtifaktan yararlanmanın imkansızlaşması düzenlenirdi. Bu sebeple, yararlanan ya da yüklü taşınmazın yok olması halinde, özel hüküm olması dolayısıyla MK m. 783 uygulanacak, genel olarak irtifak hakkından yararlanmanın imkansızlaşması halinde ise MK m. 785/f. I'e başvurulacaktır.

Kaldı ki MK m. 783, yararlanan taşınmazın yok olduğunu öngörmesi bakımından taşınmaz lehine irtifaklar için uygulanabilecek iken, MK m. 785 kişisel irtifaklardan yararlanmanın imkansızlaşması halinde, özellikle de taşınır konuları konu alan intifa hakkının imkansızlaşması bakımından da uygulama alanı bulabilecektir³²⁹. Taşkın yapı dolayısıyla kurulan taşınmaz lehine irtifaklarda, kısmi bir yok olma, hakkın tamamı ile sona ermesine de sebep olabilir. Taşkın yapının yanması ya da yıkılması irtifakı sona erdirir ve artık yüklü taşınmaz maliki yeni bir inşaatın arazisine taşmasına katlanma yükümlülüğü altında bulunmaz³³⁰.

İrtifak hakkından yararlanma imkanı sadece irtifakın konusundan kaynaklanan sebepler ile imkansızlaşmaz; irtifak hakkı sahibinin kendisinden kaynaklanan sebepler ile de imkansızlaşabilir. Bu hale, kişisel irtifaklarda rastlanılacaktır. Oturma hakkı sahibinin sürekli bakıma muhtaç hale gelmesi ile bakımevine kaldırılması dolayısıyla, kullanılması imkansızlaşan oturma hakkı sona erecektir³³¹. Oturma hakkına konu meskende kendisi ile birlikte kalan yakınlarının bulunması da bu sonucu değiştirmez; zira oturma hakkı sadece hak sahibinin kullanımını hedefler.

³²⁹ BK-Leeman, art. 748 ZGB, N. 19.

³³⁰ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 879. Taşkın yapı dolayısıyla kurulan irtifakların, taşkın kısım yıkılınca kendiliğinden sona ereceğine ilişkin bkz. BGE 78 II 131 = JdT 1952 I 546.

³³¹ Mooser, **Habitation**, s. 254; Mooser, **Fin**, s. 353; Steinauer, **T. III**, N. 2505a.

2) İmkansızlığın MK m. 792-793'teki Özel Görünümleri

Medeni Kanun'un 792. ve 793. maddeleri, yararlanan³³² ve yüklü taşınmazların³³³ bölünmesi halinde irtifakın her yeni parsel³³⁴ üzerinde devam edeceğini; ne var ki durum ve koşullara göre hakkın yalnızca belirli parseller üzerinde kullanılabileceği ya da belirli parselleri kayıtlayabileceği görülüyorsa, diğer parseller bakımından irtifakın sona erdirileceği düzenlenmiştir³³⁵. Bu maddeler, irtifak hakkının artık bir yarar arz etmemesine ilişkin MK m. 785/f. I'nin özel görünümüleri olarak kabul edilmektedir³³⁶. Bununla birlikte, MK m. 785'in uygulanma alanında irtifakın sonradan yararını kaybetmesi, MK m. 792 ve m. 793'te ise yeni oluşan parsellerde hiç yarar göstermemesi söz konusudur³³⁷. Yine de durumu geniş değerlendirmek ve değişen koşulu, yararlanan ya da yüklü taşınmazın bölünmesi olarak görmek gerekir. Dolayısıyla burada da yeni oluşan taşınmazın üzerinde baştan itibaren hiçbir yarar arz etmeyen bir irtifakın bulunduğu sonucuna varılmamalı; taşınmazın bölünmesi sebebi ile değişen koşulların irtifakın baştan arz ettiği yararı sona erdirdiği kabul edilmelidir.

Aynı haklara hakim olan belirlilik ilkesi gereği, irtifak fiilen taşınmazın belirli bir bölümünde kullanılıyor olsa da taşınmazın tamamını kayıtlar³³⁸. Aynı prensip,

³³² Yararlanan taşınmazın bölünmesi halini düzenleyen MK m. 792, kişisel irtifaklarda doğası gereği uygulanamaz.

³³³ Tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar, doğası gereği bölünmeye elverişli olmadığından MK m. 792 ve 793'ün uygulama alanında yer almaz. Bertan, **C. II**, s. 1324.

³³⁴ Taşınmazların bölünmesi ile, taşınmazdan parça ayrılması birbirinden farklı kavramlardır. Bölünmede her yeni oluşan parsel için tapu kütüğünde ayrı bir sayfa açılır ve bölünen taşınmaza ait sayfa tapu kütüğünden çıkarılır. Ayrılmada ise, ya taşınmazdan bir alan ayrılır ve o alan için yeni bir sayfa açılır ya da ayrılan alan başka taşınmaz ile birleştirilir. Ancak, mevcut taşınmaz sayfası kütükten çıkarılmaz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şebnem Akipek, **Tapuya Kayıtlı Taşınmazların Bölünmesi, Birleştirilmesi ve Arazi Topulaştırılmasının Genel Esasları**, Ankara, Yetkin, 2010, s. 69-70; Deschenaux, **Traité**, s. 76; Moullet Auberson, s. 14-15. Bölünen taşınmazın üzerindeki yükler olduğu gibi yeni parsellere aktarılır iken, ayırmada yükler paylaşılır. Deschenaux, **Traité**, s. 81. Bununla birlikte hukukumuzda ayırma, artık sadece TST m. 65 ile düzenlenmektedir. İlgili hüküm uyarınca taşınmazın ayrılması yalnızca kamulaştırma halinde kabul edilmiştir.

³³⁵ Türk hukuku bakımından kat mülkiyetine tâbi bağımsız bölümler ayrı birer taşınmaz olduğundan, bir arazi üzerinde kat mülkiyetinin tesis edilmesi halinde de MK m. 792 ve 793 uygulanma imkanı bulacaktır. Bertan, **C. II**, s. 1324.

³³⁶ Ş. Akipek, s. 107; Besson, **Suppression et adaptation**, s. 261; BSK-Petitpierre, art. 743 ZGB, N. 1; E. Huber, s. 518.

³³⁷ Kocabaş, s. 140; Moullet Auberson, s. 182-183; ZK-Liver, art. 743 ZGB, N. 60.

³³⁸ Ş. Akipek, s. 105; Moullet Auberson, s. 98; Steinauer, **T. II**, N. 2200.

yararlanan taşınmaz bakımından da geçerlidir. Bu durumda, yararlanan ya da yüklü taşınmazın bölünmesi durumunda, bazı parseller üzerine hiçbir uygulanma kabiliyeti olmayan irtifaklar geçirilecektir. Böylece irtifakın yararına olarak ya da üzerinde kullanılmadığı parsellerden hakkın terkin edilmesi, aslında irtifak hakkının imkansızlık sebebi ile sona ermesine dayanmaktadır. Örnek vermemiz gerekirse, kaynak hakkı ile yüklü taşınmaz iki parsel bölündüğünde, kaynağı içermeyen parsel üzerinde irtifak hakkından yararlanılması imkansız olacak; irtifakın sona ermesi, imkansızlık sebebi ile yararın kalmamasına dayanacaktır.

Yüklü taşınmazın parsellere bölünmesi halinde³³⁹, irtifak hakkı her bir parsel üzerinde devam edecektir. Kural, yüklü taşınmazın bölünmesi halinde, irtifakın yeni parsellere geçmesi ve yeni oluşan parsellerdeki irtifak haklarının birbirinden bağımsız olmasıdır³⁴⁰. Taşınmazın bölünmesi halinde irtifak hakkı bölünmez, çoğalır³⁴¹. Bu durum hem irtifak hakkının bölünmezliği ilkesinin, hem de bir

İki komşu malikin, birisinin arazisinde yapılacak garaj üzerinde paylı mülkiyete sahip olacaklarına, buna karşılık da inşaat masraflarını paylaşacaklarına ilişkin yaptıkları anlaşma, masraflara katılma konusunda ihtilafa düşmeleri üzerine bozulmuş; bunun üzerine komşu malik inşa edilen garajın yerleşmiş olduğu bölümü üzerinde kendi lehine bir üst hakkı kurulmasını istemiştir. Federal Mahkeme, üzerinde irtifak tesis edilecek taşınmazın belirli olmamasını gerekçe göstererek talebi reddetmiştir. Karar için bkz. BGE 111 II 134.

³³⁹ Yüklü taşınmazın parsellere bölünmesi anlamına gelmeyen, ancak bölünme ile benzer etkileri doğurabilecek başka bir durum da, yüklü taşınmaz üzerindeki mülkiyetin kat mülkiyetine çevrilmesidir. Arazi üzerindeki küçük bir yapıda intifa ya da oturma hakkı tesis edildiği ve sonra da bu yapının yıkıldığı düşünülür ise, tekrar inşa etme zorunluluğu bulunmayan yüklü taşınmaz malikinin yaptığı yeni binayı kat mülkiyetine çevirmesi de engellenemez. Ne var ki bu durumda, yeni yapılan bağımsız bölümlerin hepsinin intifa ya da oturma hakkı ile kayıtlanması menfaatler dengesine aykırı bir durum yaratacaktır. İntifa ya da oturma hakkının değeri neyse, o değeri karşılayacak kadar bağımsız bölümün hak ile kayıtlanması gerekir. Hak birden çok bağımsız bölüm üzerinde sirayet edecek ise, bu bağımsız bölümler ekonomik birlik sağladıkları düşünülerek, tapu kütüğüne tek bir bağımsız bölüm şeklinde kaydedilmeleri yerinde olacaktır. Eğer hakkın kullanıldığı eski taşınmazdaki bağımsız kullanıma elverişli bölümler belirlenebiliyor ise, oturma ya da intifa hakkı sadece üzerinde kurulduğu kısım kadar bir bağımsız bölümü kayıtlayabilir. Jale Akipek, “Türk Hukukunda Kat Mülkiyeti”, **ABD**, C. 23, S. 3, 1966, s. 481. Kat mülkiyetine geçmeden önce anataşınmaz üzerinde tesis edilmiş haklar, bağımsız bölümler üzerindeki mülkiyeti kural olarak, arsa payı oranında kayıtlar. Ancak, manzara kapatmama irtifakı gibi kullanımı bölünemeyen irtifaklar sonradan arsa payı oranında bağımsız bölümlere paylaştırılmayacağı için, MK m. 793’ün uygulanması gerekir. M. Kemal Oğuzman, “Kat Mülkiyeti Hakkında İsviçre’de ve Türkiye’de Hazırlanan Kanun Tasarıları, Tahlili ve Tenkidi”, **İÜHFİM**, C. 25, S. 1-4, 1959, s. 182-183.

³⁴⁰ Bölünme anında irtifakın yeni parsellere ilişkin tapu kütüğü sayfasına tescil edilmemiş olması bu durumu değiştirmez. D. Piotet, **Traité**, s. 97.

³⁴¹ Ş. Akipek, s. 106; Farine Fabbro, **Usfruit**, s. 41-42; Moullet Auberson, s. 112; Denis Piotet, “Comment organiser les rapports d’usage entre les bénéficiaires de servitudes de même rang”, **Mélanges Paul Piotet**, Berne, Stämpfli, 1990, s. 91.

irtifakın birden çok parseli yükümleyememesi sonucunu doğuran aynı hakların belirliliği ilkesinin bir sonucudur.

Kişiyle kaim irtifaklar ile yüklü taşınmazların bölünmesi, bazı atipik durumlara da sebebiyet vermektedir. Öncelikle oturma hakkı ile yüklü taşınmazın bölünmesi halinde, üzerinde yapı olmayan parseller de oturma hakkı ile yükümlü hale gelirler³⁴². Bu durumda doğrudan üzerinde yapı olan parselin yüklü tutulması, diğer parseller üzerindeki oturma irtifakının terkin edilmesi doğru bir uygulama olmaz. Zira, üzerinde yapı olmayan bu parsellerden bazıları da oturma hakkının kullanılmasına hizmet ediyor olabilir. Anayola çıkış yolunun bulunduğu parsel, malikin hak sahibinin kullanım alanını genişlettiği yerleri içeren parsel veya havuz, bahçe ya da garaj gibi MK m. 824/f. III'e kıyasen ortak kullanıma öngülenen yerleri kapsayan parsel üzerinde de oturma hakkı terkin edilemez³⁴³. Aksine bir uygulama, oturma hakkı sahibinin aynı hakkından kaynaklanan yararlanma yetkisini haksız biçimde daraltacaktır³⁴⁴.

Yararlanan taşınmazın parsellere bölünmesi halinde, oluşan her yeni taşınmaz üzerinde ayrı ve bağımsız irtifak hakkı oluşur³⁴⁵. Bir taşınmaz üzerinde tesis edilen tek bir irtifak hakkından birden çok taşınmazın yararlanmasına izin veren toplu irtifak ise, bizim hukukumuzda kabul edilmemiştir³⁴⁶.

Yararlanan taşınmazın parsellere bölünmesi ve irtifakın oluşturulan her yeni taşınmaza aktarılması dolayısıyla, yüklü taşınmaz üzerindeki külfet ağırlaşabilir.

³⁴² Mooser, **Habitation**, s. 217.

³⁴³ Mooser, **Habitation**, s. 218-219.

³⁴⁴ Mooser, **Fin**, s. 359.

³⁴⁵ **ZK-Liver**, art. 730 ZGB, N. 28-30.

³⁴⁶ Esener, Güven, s. 431. Taşınmaz lehine toplu (*collectif*) irtifak tesis edilemeyecek olsa da, kişisel irtifaklarda paylı mülkiyete ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceği ve bu şekilde toplu irtifaka benzer bir durumun yaratılacağı ifade edilmiştir. **BK**-Meier-Hayoz, Vorb. zu den art. 646-654 ZGB, N. 24; D. Piotet, **Rapport d'usage**, s. 95; **ZK**-Haab, Vorb. zu den art. 646-654 ZGB, N. 13; **ZK**-Liver, art. 730 ZGB, N. 43; Zurbriggen, s. 43. Hatta taşınmaz lehine irtifaklarda da paylı mülkiyete ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceğini ileri süren yazarlar olsa da irtifak üzerinde pay sahipliği bulunmayacağı için bu görüş eleştirilmektedir. D. Piotet, **Rapport d'usage**, s. 99. Konu üst hakkı özelinde ele alındığında ise, tek bir yapının birden fazla taşınmazı kayıtlayan üst hakkının konusu olamayacağı, belirlilik ilkesi gereği taşınmaz sayısı kadar üst hakkının bulunması gerektiği bildirilmektedir. Yapısal bütünlüğü olan yapının bölümleri üst hakkına konu olamaz. MK m. 726/f. III de, bağımsız bölümler üzerinde ayrıca üst hakkı kurulamayacağını düzenlemiştir. Bu durumda önerilen çözüm, yüklü taşınmaz üzerinde üst hakkının tesis edilmesi ve komşu taşınmaz malikinden de, üst hakkı sahibine taşkın inşaat hükümlerine göre bir irtifak hakkı tanınmasının istenmesidir. Steinauer, **Superficie**, s. 140.

Bununla beraber, MK m. 788 gereği, “[y]ararlanan taşınmazın ihtiyaçlarındaki değişiklik, yüklü taşınmazın irtifaktan doğan yükünü ağırlaştıramaz”. Dolayısıyla, yararlanan taşınmazın bölünmesi dolayısıyla yüklü taşınmaz üzerindeki külfet artıyorsa yüklü taşınmaz maliki bu yük artışına itiraz edebilir³⁴⁷. Bu itiraz çerçevesinde, MK m. 683’e dayalı aynı hakkı koruyucu talepler ileri sürülebilecekse de, bu taleplerin irtifak hakkını korumada yetersiz kalacak ise, irtifak hakkının kullanılması yasaklanacaktır. Bu durumda hak, MK m. 785/f. II’nin uygulanması ile bedel karşılığında sona erdirilir.

Yüklü taşınmaz üzerindeki yükün ağırlaştırılmasının engellenmesi ve MK m. 788, dolayısıyla da MK m. 785/f. II’nin uygulanmasının önüne geçilmesi için, her bir parselin irtifakın orantılı bir bölümüne hak kazanabileceğine ilişkin anlaşmalar yapılmaktadır³⁴⁸. Bu anlaşmaların yapılabilmesi için, irtifak hakkının sağladığı yetkinin bölünebilir ve ölçülebilir olması gerekir. Örnek olarak ağaç kesme irtifaklarında, yük yeni parsellerin alanları ile orantılı biçimde bölüştürülmelidir³⁴⁹. Yükün yeni oluşan parsellere orantılı bir biçimde paylaşılması, bölünmenin kendisinden kaynaklanmaz³⁵⁰; yeni oluşan parsel maliklerinin aralarında akdedecekleri bir sözleşmeye -bütün parseller tek bir malike ait ise, bu yönde alınmış bir karara- dayanır. Dolayısıyla yükün parsellere paylaşılması, bölünmenin kendisinden doğan bir sonuç değildir. Bu anlaşma, yükün paylaşılma usulü, sadece sözleşmenin tarafı olan parsel sahiplerini bağlayacak; yüklü taşınmaz malikinin müdahale edebileceği bir ilişki olmayacaktır³⁵¹. Bununla birlikte, özellikle irtifakın kullanılabilmesi ancak bir tesisat ile mümkün ise, yüklü taşınmaz maliki ile yararlanan taşınmaz malikleri arasında yapılacak bir sözleşme ile, bu tesisatın kullanım şeklinin paylı mülkiyete tâbi tutulması mümkündür³⁵². Bu anlaşmanın tapu

³⁴⁷ D. Piotet, **Traité**, s. 97; P. Piotet, **Traité**, s. 63.

³⁴⁸ Moullet Auberson, s. 128 vd.; P. Piotet, **Traité**, s. 63; Simonius, Sutter, **Bd. II**, s. 71.

³⁴⁹ D. Piotet, **Traité**, s. 97.

³⁵⁰ Bölünmenin kendisinden kaynaklanacağına ilişkin karşıt görüş için bkz. Ş. Akipek, s. 107-108. Bununla birlikte yararlanan taşınmaz üzerindeki mülkiyet kat mülkiyetine çevrilmiş ise, anataşınmaz lehine kurulmuş irtifak haklarından da, kural olarak bağımsız bölüm malikleri arsa payları oranında yararlanır. Ancak, geçit ya da manzara kapatmama irtifakı gibi kullanımı bölünemeyecek irtifak hakları açısından MK m. 792’ye benzer bir durum ortaya çıkacaktır ve bütün bağımsız bölüm malikleri bu irtifaklardan eşit oranda yararlanacaktır. J. Akipek, **Kat Mülkiyeti**, s. 481.

³⁵¹ D. Piotet, **Rapport d’usage**, s. 99.

³⁵² D. Piotet, **Rapport d’usage**, s. 102-103.

siciline de tescil edilmesi gerekir³⁵³. Böylece yüklü taşınmaz maliki, anlaşmaya aykırı davranılması halinde, hangi yararlanan taşınmaz malikine başvurabileceğini öngörebilecektir.

3) Harap Olan İntifa Konusu Taşınmaza İlişkin MK m. 798'deki İstisnai Düzenleme

Kural olarak, irtifak hakkına konu olan taşınmazın yararlanılamayacak seviyede harap olması, haktan yararlanmayı imkansızlaştıracığından hakkın sona ermesine sebep olacaktır. Ancak, MK m. 798'de özel bir düzenleme öngörülerek bu kurala istisna getirilmiştir. Hükmün ilk fıkrası uyarınca, yararlanılamayacak derecede harap olan³⁵⁴ taşınmaz yararlanılacak hale getirilmiş ise, intifa hakkı başka bir işleme gerek duyulmaksızın kendiliğinden yeniden doğar³⁵⁵.

Aynı maddenin ikinci fıkrası ise, kanundan kaynaklanan bir aynı ikame halini düzenlemiştir. Taşınmaz yararlanılamayacak derecede harap halde bırakılır ise, intifa hakkı taşınmaz yerine geçen karşılık üzerinde devam edecektir. Malikin harap olmuş taşınmazı yararlanılacak hale getirmesi halinde ise, karşı değer üzerindeki intifa hakkı, ilk görüşe göre, MK m. 796'daki “*yasal intifa hakkı, sebebin ortadan kalması ile sona erer*” hükmü gereği sona erecektir³⁵⁶. Farklı görüşteki yazarlar³⁵⁷, intifa konusu şeyin intifanın uygulanmasındaki bütün yararı yok edecek biçimde sona ermesi halinde MK m. 785/f. I'nin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu

³⁵³ Moullet Auberson, s. 128.

³⁵⁴ Taşınmazın harap olması, haksız bir el atma neticesinde meydana gelmiş ise, intifa hakkı sona ermez. Yargıtay önüne gelmiş bir uyuşmazlıkta, metruk olduğu belirlenen, ama belediye tarafından yıkım kararı verilmeyen bina yüklü taşınmaz malikince yıktırılmıştır. Yargıtay, yüklü taşınmaz malikinin amacının kendisini kira gelirinden yoksun bırakmak olduğunu ileri süren intifa hakkı sahibinin hakkının devam ettiğini tespit etmiş ve tazminat talebini kabul etmiştir. Yarg. 13. HD., 03.07.2003, E. 2003/5183, K. 2003/9068 (www.kazanci.com).

³⁵⁵ Farine Fabbro, **Usufruit**, s. 113-114; Steinauer, **T. III**, N. 2468. Taşınmazın yararlanılamayacak derecede harap olması dolayısıyla yeniden doğamayacak bir intifa hakkı için bkz. Yarg. 14. HD., 25.09.2008, E. 2008/8875, K. 2008/10834. İncir bahçesi niteliğindeki taşınmazın ½ payına kanuni intifa hakkı konulmuştur. Bu taşınmaza sonradan malik olan davalının intifa konusu malı yok ettiği, incir ağaçlarını keserek bina inşa ettirdiği tespit edilmiştir. Yargıtay, fiili duruma göre artık intifa hakkının sürdürülmesinin mümkün olmadığını ortaya koyarak, hakkın bozulan yarar dengesi dolayısıyla intifa hakkı bedeli karşılığında sona erdirilmesine karar vermiştir (www.kazanci.com).

³⁵⁶ Steinauer, **T. III**, N. 2469c.

³⁵⁷ Farine Fabbro, **Usufruit**, s. 222; D. Piotet, **Traité**, s. 159.

durumda, intifa konusunun yeniden yararlanılacak hale getirilmesi ile kandan doğan bir ikame gündeme gelecektir. D. Piotet'ye göre, malikin intifa konusu malı yeniden yararlanılır hale getirme yükümlülüğü olmadığı gibi, intifa hakkı sahibinin de inşa edilen malı kabul yükümlülüğü olmamalıdır. İlk görüşün aksine, yazara göre burada kanuni intifa değil, hak sahibinin rızasına bağlı bir kanundan doğan bir ikame bulunmaktadır³⁵⁸.

b. Kanundan Doğan İrtifaklar Bakımından Zorunluluk Halinin Ortadan Kalkması

Kanundan doğan irtifak haklarının kurulmasında, nitelikli bir yarar aranır. Bu nitelikli yarar, zorunluluktur³⁵⁹. Böylece, yararlanan taşınmaz malikinin öznel menfaati yerine, taşınmazın niteliğine bağlı gerçek bir ekonomik ihtiyaç göz önüne alınır³⁶⁰. Bu ihtiyaç tespit edilir iken, taşınmazın kullanımı ve işletme tarzı, yerel şartlar ve o bölgedeki genel gelişme değerlendirilerek, kanundan doğan irtifakın kurulmasını talep eden kişinin taşınmazı bakımından zorunluluk durumu saptanır³⁶¹. Şartların değişmesi ile söz konusu nitelikli yarar, başka bir deyişle zorunluluk unsuru

³⁵⁸ İkame görüşüne katılan başka bir yazar için bkz. **BSK-Müller**, art. 750 ZGB, N. 5.

³⁵⁹ Temperli, s. 18. Bu zorunluluk unsuru, hak sahibinin kendi kusuru ya da iradi bir fiili ile ortaya çıkmış olsa da, zorunlu irtifakın kurulması istenebilecektir; ne var ki böyle bir halde bedel miktarının belirlenmesinde talep edenin kusuru göz önüne alınmalıdır. Abik, s. 84; Robert Haab, August Simonius, "Art. 704-714 ZGB", **Das Eigentum, Zürcher Kommentar**, Bd. IV/1, 2. Auf., Zürich, Schulthess, 1977, art. 709-710 ZGB, N. 14; Zahit İmre, **Kaynak-Yeraltı Suları ve Hukuki Durumları**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1951, s. 114. Yargıtay zorunluluk haline düşülmesinde, kanundan doğan irtifak hakkının tesisini talep eden malikin dürüstlük kuralına aykırı bir davranışının bulunmamasını aramaktadır. Örnek olarak, kendi taşınmazında otel yapar iken yol yeri bırakmayan malikin, komşu taşınmazdan kanundan doğan geçit hakkı istemesinin dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığı ve bu halde iradi irtifak kurulması gerektiğine ilişkin bkz. Yarg. 14. HD., 20.03.2006, E. 1950, K. 3131 (Surlu, Öztürk, **Geçit**, s. 268).

³⁶⁰ Tekinay, **II/1**, s. 96. Bu çerçevede, kanundan doğan geçit irtifakının kurulması için davacının iki taşınmazını birbirine bağlamak istemesinde zorunluluk hali bulunmadığı (Yarg. 14. HD., 12.10.2012, E. 9592, K. 11708; Surlu, Öztürk, **Geçit**, s. 217-218) gibi; ev ile yol arasındaki arazinin düzeltilmesi ile anayola çıkılması mümkün ise de zorunluluk halinin varlığından söz edilemez (Yarg. 14. HD., 24.12.2002, E. 7169, K. 8867; Surlu, Öztürk, **Geçit**, s. 296-297).

³⁶¹ Federal Mahkeme'nin önüne gelmiş bir olayda malik, kırsaldaki taşınmazında sinema ve fotoğraf atölyesi kurmuştur. Komşusundan, atölyenin ihtiyacı olan ekipmanın motorlu araçlarla getirilmesini sağlayacak nitelikte kanundan doğan bir geçit irtifakı talep etmektedir. Taşınmazın tahsis amacının objektif bir nitelikte olmaması ve o bölgedeki taşınmazların ekonomik özgülenme amacı ile uyum göstermemesi bakımından Federal Mahkeme talebi reddetmiştir. ATF 107 II 323 = JdT 1982 I 469.

ortadan kalktığında, irtifak hakkı da kendiliğinden sona erecektir. İhtilaf halinde mahkemenin vereceği karar, zorunluluk halinin ortadan kalkması ile hakkın sona erdiğinin tespitine yönelik olacaktır³⁶².

Bununla birlikte, öğretide herkesin zorunluluk unsurunun ortadan kalkması ile kanundan doğan irtifak hakkının sona erdiği görüşünü paylaşmadığı ifade edilmelidir. Bir görüşe göre³⁶³, zorunluluk unsurunun ortadan kalması ile, kanundan doğan irtifak hakkı sona ermez. Yüklü taşınmaz malikinin bir eda davası açarak hakimden hakkı sona erdirmesini istemesi gerekir. Bu durumda hak, terkinin gerçekleşmesi ile sona erecektir. Dolayısıyla bu görüş kabul edildiğinde, MK m. 785/f. I uygulama alanı bulmaz.

Oysa bizim de katıldığımız diğer görüşe göre³⁶⁴, zorunluluk unsuru kanundan doğan irtifak hakkının varlık sebebi olduğundan, zorunluluk hali ortadan kalktığında bu irtifak hakkı da kendiliğinden sona erecektir. Kanundan doğan irtifaklarda zorunluluk unsuru, özellikli bir yarar olarak kendini gösterir. Zorunluluk hali ortadan kalkmasa dahi, kanundan doğan irtifakın arz ettiği yarar sona ermiş olabilir. Böylece yarar kavramı, zorunluluk halinden daha geniş anlaşılmalıdır. Örnek olarak, kanundan doğan su hakkına konu olan kaynak tamamı ile kurumuş ise, suya olan zorunluluk sona ermemiş olsa dahi, yüklü taşınmaz üzerindeki kanundan doğan irtifak hakkı kendiliğinden sona erecektir³⁶⁵. Böyle bir halde, zorunluluk unsurunun ortadan kalkmamış olmasına rağmen, yarar sağlamanın imkansızlığı sebebi ile MK m. 785/f. I uygulanır³⁶⁶. Yine de, özellikli bir yarar olan zorunluluk halinin ortadan

³⁶² CR-Piotet, art. 691-693 CC, N. 38; Simonius, Sutter, **Bd. I**, s. 454; Şahiniz, **Mecra**, s. 158-159.

³⁶³ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 233; Kazancı, s. 180; D. Piotet, **Traité**, s. 91-92. Bu son yazar, daha sonraki tarihli bir eserinde fikrini geliştirerek, kanundan doğan irtifak karşılığında bir bedel ödenmemiş ise, hakkın zorunluluk halinin ortadan kalkması ile sona ereceğini; ancak, bir bedel ödenmiş ise, hakkın kurulma şartlarına kıyasen, ödenmiş bedelden hakkın kullanılmadığı süreye isabet ettiği kısmının iade edilmeden sicil dışı sona ereceğinin kabul edilmemesi gerektiğini ifade etmiştir. CR-Piotet, art. 691-693 CC, N. 38.

³⁶⁴ Bertan, **C. I**, s. 867; CR-Argul, art. 736 CC, N. 6; Özakman, s. 217; P. Piotet, **Traité**, s. 56; Pittet, s. 57; Rey, **Grundlagen**, N. 1161; Rodondi, s. 20; ZK-Liver, art. 736 ZGB, N. 75. Taşkın yapı dolayısıyla kurulan irtifakların, taşan kısım yıkılınca kendiliğinden sona ereceğine ilişkin bkz. BGE 78 II 131 = JdT 1952 I 546.

³⁶⁵ Örnek için bkz. Kazancı, s. 197.

³⁶⁶ Bosshart, s. 60; Temperli, s. 110-111.

kalkması, tek başına irtifakın MK m. 785/f. I uyarınca sona ermesine sebep olacaktır³⁶⁷.

Bu tartışma kapsamında, kanundan doğan su hakkına ilişkin MK m. 761'e dikkati çekmek isteriz. İlgili hükmün son fıkrası, şartların değişmesi halinde irtifak hakkının değiştirilmesi ya da kaldırılmasının istenebileceğini düzenlemiştir³⁶⁸. Böylece, kanundan doğan irtifakın kurulmasındaki şartlar değiştiğinde, örnek olarak irtifakın kurulduğu anda yüklü taşınmaz malikinin ihtiyacından fazla su sağlayan kaynağın, yoğun kuraklık nedeni ile yüklü taşınmaz malikine ancak yettiği ihtimalde, hakkın içeriğinin değiştirilmesi ya da sona erdirilmesi için mahkeme kararı gerekecektir. Bu hüküm kanaatimizce, kanundan doğan mecra irtifaklarında durumun değişmesini öngören MK m. 746 ile birlikte okunmalıdır. Her iki hükmün düzenlenme amacı hakların değişen şartlar karşısında uyarlanması olup, hükümlerin uygulama alanı zorunluluğun ortadan kalkması durumunu da içerecek şekilde esnetilemez. Zorunluluk unsurunun ortadan kalkması, kanundan doğan irtifak hakkının artık kurulduğu andaki yararını arz etmeyeceği anlamına geldiğinden, hakkın MK m. 785/f. I çerçevesinde sona erdiğini kabul etmek gerekir³⁶⁹.

Kanundan doğan irtifakın arz ettiği yararın ortadan kalkması ile irtifak hakkının sona ermesi, sözleşmesel bir irtifakın arz ettiği yararın ortadan kalkması sonucu sona ermesinden daha esnek uygulanmaktadır. Bu çerçevede Federal Mahkeme'nin önüne gelmiş bir uyuşmazlıkta³⁷⁰, davacı yüklü taşınmaz maliki, yeni bir yolun geçirilmesi üzerine kanundan doğan irtifak olduğunu ileri sürdüğü geçit hakkının zorunluluk halinin ortadan kalktığını iddia etmiş ve hakkın terkinini

³⁶⁷ **ZK-Liver**, art. 736 ZGB, N. 186. Kanundan doğan mecra irtifaklarının kurulması için, tescile ihtiyaç yoktur. Bu hak, genel kabule göre, şartlarının oluşması ile birlikte sicil dışında doğar. Tapu kütüğüne tescil ettirilirse de varlığını sürdüren bu hak, zorunluluk unsurunun ortadan kalkması ile beraber yine tapu dışında kendiliğinden sona erecektir. Hak tapu kütüğüne tescil ettirilmediğinden, MK m. 785 uyarınca terkin ettirilmesi söz konusu değildir. Hakkın sona erme sebebi yararın kalmamasıdır. Bu sonuca MK m. 785/f. I'ın uygulanması sureti ile ulaşılr. D. Piotet, **Prescription**, s. 66; Rodondi, s. 61; Tekinay, **II/1**, s. 105.

³⁶⁸ Hükmü karşılayan İsvMK m. 710, şartların değişmesi ile kanundan doğan su hakkının sadece değiştirilebileceğini düzenlemiştir. Hükmün uygulanma şartlarına ilişkin verilen örneklerde, hakkın sona erdirilmesi imkanı da ortaya koyulmaktadır. Örnek olarak bkz. Steinauer, **T. II**, N. 1888f. MK m. 761'in gerekçesinde de hükmün kaynak İsviçre Medeni Kanunu'na uygun olarak öngörüldüğü belirtilmiştir. Çevrimiçi, 27.02.2017: www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723m-2.htm.

³⁶⁹ Bertan, **C. I**, s. 929.

³⁷⁰ 5A_412/2009 = RNRF 92/2011, s. 196.

istemmiştir. Öncelikle irtifak hakkının sözleşmesel bir irtifak olduğunu tespit eden Mahkeme, yeni yolun geçirilmesinin geçit hakkını kendiliğinden sona erdirmeyeceğini, MK m. 785'in şartlarının varlığının kontrol edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. İnceleme sonucunda, yeni yolun geçit irtifakında olduğu gibi, yararlanan taşınmazdaki fitness merkezine giden kestirme yol olma ve müşterilerce tercih edilme avantajlarını göstermediğine, bu sebeple geçit irtifakının gösterdiği yarar devam ettiğinden hakkın sona ermediğine hükmetmiştir. Oysa kanundan doğan bir irtifak hakkı mevcut olsa idi, anayola başka bir geçiş imkanının bulunması hakkın sona ermesi için yeterli sayılarak mevcut yolun gösterdiği ekstra avantajlar araştırılmayacaktı. Kanaatimizce bu ayırımın yapılması haklıdır. Zira, kanundan doğan irtifaklarda zorunluluk haline odaklanılır ve salt bu nitelikli yararın ortadan kalkması, irtifak hakkını da kendiliğinden sona erdirir. Oysa, sözleşmesel irtifaklarda irtifakın göstereceği yarar, tarafların iradeleri çerçevesinde şekillenir. Burada sadece anayola çıkma kendinden bir amaç olarak karşımıza çıkmaz; ne şekilde çıkılacağı da irtifakın gösterdiği yararın şekillenmesinde rol oynar³⁷¹.

Zorunluluk hali ile karıştırılmaması gereken farklı bir husus, mevcut kanundan doğan irtifakın, yükümlü taşınmaz üzerinden geçirilmesi zorunluluğunun ortadan kalkmasıdır. Böyle bir ihtimalde, irtifakın varlık sebebi ortadan kalkmadığından, hak kendiliğinden sona ermez³⁷². Kaldı ki, başka yerden geçirilmesi imkansız ya da aşırı ölçüde masraflı olma unsuru, sadece irtifak hakkının kurulması aşamasında dikkate alınacaktır. Eğer kanundan doğan irtifakın yerinin değiştirilmesine ilişkin şartlar, hakkın kullanıldığı yerin başka bir taşınmaza taşınmasını haklı çıkarıyor ise; diğer taşınmazın malikinin de, yükümlü taşınmaz maliki olduğu ihtimalde, duruma göre MK m. 746, m. 761 ya da m. 791'in uygulanması gündeme gelecektir. Hakkın nakledilmesi amaçlanan taşınmaz malikinin farklı bir kişi olması ihtimalinde,

³⁷¹ CR-Argul, art. 736 CC, N. 6. Kaldı ki sözleşmesel irtifakın gösterdiği yarar yoruma açıktır. Taşınmazlar el değiştirdiğinde objektif bir yorum yolu benimsenerek amacın tespiti gündeme gelirken, tarafların esas iradelerinden bir ayrılma söz konusu olabilir. Ama kanundan doğan irtifak kanun hükmüne dayanacağından, taraflar değişse de hakkın içeriği bu kanun hükmü çerçevesinde şekillenecektir. Hakkın, yararlanan taşınmaz bakımından bir zorunluluk haline dayanması, amacının tespitinde yoruma mahal vermez. Örnek olarak, anayola çıkmak için kullanılan yolun uzun olması dolayısıyla komşu taşınmazdan kestirme bir yol istenmesi, kanundan doğan geçit irtifakına konu olamaz iken, sözleşmesel bir geçit hakkına konu olabilecektir. Surlu, Öztürk, **Geçit**, s. 204.

³⁷² Şahiniz, **Mecra**, s. 159; aksi görüş için bkz. Özakman, s. 218.

yükümlü taşınmaz maliki, kendi taşınmazındaki kanundan doğan irtifakın sona erdirilip, bu kişinin taşınmazında yeni bir kanundan doğan irtifak kurulması işlemlerine başlanmasını isteyemez³⁷³.

4. Yararın Kalmamasının Benzer Kavramlar İle İlişkisi

a. Haktan Vazgeçilmesi İle İlişkisi

1) İrtifak Haklarından Vazgeçilmesi

İrtifak hakkından vazgeçilmesi, iki farklı durumu çağırıştırır. İlk olarak, irtifak hakkının kendisinden vazgeçilmesi, ikinci olarak ise lehine irtifak hakkı tesis edilen taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının terki bu kapsamda anılmalıdır.

Öncelikle, yüklü taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının terki ile, irtifak hakları sona ermez³⁷⁴.

Yararlanan taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının terk edilmesinin ise, irtifak hakkından da vazgeçildiği anlamına gelip gelmeyeceği sorgulanmıştır. Bir görüşteki yazarlar³⁷⁵ yararlanan taşınmazdaki mülkiyet hakkının terkinin irtifak haklarının varlığını etkilemeyeceğini ortaya koymaktadırlar. Yüklü taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının terki halinde irtifak hakları ayakta kaldığına göre, pasif süjesi olmayan hakkın aktif süjesinin de bulunmaması bir fark yaratmaz. Yüklü taşınmaz malikinin elinde, terk edilmiş yararlanan taşınmazı işgal edip irtifak hakkını sona

³⁷³ Kanundan doğan mekra irtifakları bakımından, irtifakın geçirileceği daha elverişli bir taşınmazın bulunması halinde, yükümlü taşınmaz malikinin irtifak hakkı sahibinden mekra irtifakının terkin edilmesine rıza göstermesini isteyebileceği ve hak sahibinin kaçınması halinde, mahkemeye başvurarak MK m. 716 çerçevesinde bir karar alabileceğine ilişkin aksi görüş için bkz. Şahin, **Mecra**, s. 159-160.

³⁷⁴ **BK-Rey**, art. 730 ZGB, N. 193; **BSK-Rey/Strebel**, art. 666 ZGB, N. 8; Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 626; Simonius, Sutter, **Bd. I**, s. 340; **ZK-Liver**, Einleitung zum Dienstbarkeitskommentar, N. 22 ve art. 734 ZGB, N. 135.

³⁷⁵ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 175-176; Maria Consuelo Argul Grossrieder, "Comment se débarrasser d'une servitude foncière qui gêne un projet de construction?", **DC** 2005, s. 112; **BK-Meier-Hayoz**, art. 658 ZGB, N. 16; Simonius, Sutter, **Bd. I**, s. 341; **ZK-Haab**, art. 658 ZGB, N. 7.

Bu görüşü savunan yazarlardan Argul Grossrieder bir ayırım gözeterek, yararlanan taşınmazın tapuda ayrı sayfaya kaydedilmiş bağımsız ve sürekli bir irtifak hakkı olması ihtimalinde, taşınmazın, haktan vazgeçilmesi ile yok olacağını, bunun sonucunda bu taşınmaz üzerindeki irtifakların da kendiliğinden sona ereceğini ileri sürmektedir. Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 179.

erdirmek gibi bir imkan bulunmaktadır. Bu sebeple irtifak hakkı sahibinin karşısında muhatap olmamasından çekinmemesi gerektiği vurgulanmıştır. Yine bu görüşteki yazarlara göre, irtifak hakkı terkin işlemi ile sona ereceğinden; özel bir terkin talebi olmadıkça, sırf yararlanan taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının terk edilmesi ile irtifak hakkının sonlanmayacağı ortaya koyulmuştur.

Diğer görüşteki yazarlar ise³⁷⁶, süjesi olmayan hak bulunmayacağını; yüklü taşınmaz malikinin yıllar yılı karşısında bir muhatap olmaksızın külfet altında bırakılamayacağı ve mülkiyet hakkını terk eden kişinin evleviyetle bu taşınmazın yararlandığı irtifaklardan da vazgeçtiği gerekçeleri ile, yararlanan taşınmazdaki mülkiyet hakkının terki halinde de irtifakın kendiliğinden sona ereceği ileri sürmektedirler. Yararlanan taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının terki halinde mülkiyet hakkı terkin edilmiş, ama taşınmaz lehine irtifak³⁷⁷ terkin edilmemiş ise, irtifak şekli olarak varlığını korur. Bu durumda, üçüncü bir kişinin yararlanan taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını zamanaşımı ya da işgal yolu ile iktisap etmesi irtifak hakkını yeniden canlandırır. Maddi bakımdan sona eren irtifakın yeniden canlanması tehlikesine karşı ise yüklü taşınmaz maliki, ya yararlanan taşınmazı işgal etmeli ya da MK m. 1026 uyarınca tapu sicilinin düzeltilmesini talep etmelidir. Yararlanan taşınmazın üzerinde aynı zamanda bu irtifaktan yarar sağlayan bir intifa ya da rehin hakkı varsa, tapu sicilinin düzeltilmesinin talep edilmesi için bu hak sahiplerinin de rızası gerekecektir³⁷⁸.

³⁷⁶ Bertan, **C. II**, s. 1182-1183; Charles Besson, “La révision de l’art. 976, Vers une nouvelle conception du rôle du conservateur du registre foncier”, **RNRF** 71/1990, s. 267; Deschenaux, **Traité**, s. 707; **KurzK-Schmid-Tschirren**, art. 734 ZGB, N. 19; **OFK-Kähr**, art. 734 ZGB, N. 16; P. Piotet, **Traité**, s. 53; Rodondi, s. 152; Steinauer, **T. II**, N. 2254c; Tonella, s. 228; Damien Ventura, **Abandon d’un droit réel**, Zürich, Schulthess, 2009, s. 90; **ZK-Liver**, art. 734 ZGB, N. 141-143.

³⁷⁷ Mülkiyet hakkının terkenden önce, taşınmaz lehine irtifak kişisel irtifaka çevrilmiş ise, mülkiyet hakkının terki irtifakı sona erdirmeyecektir. P. Piotet, **Traité**, s. 53.

³⁷⁸ P. Piotet, **Traité**, s. 53.

a) İrtifak Hakkından Vazgeçilme Yolları

i. İrtifak Hakkından Bir Borçlandırıcı İşlemin İfası Olarak Vazgeçilmesi

İrtifak hakkından vazgeçme iki şekilde olabilir. İlk yol, taraflar arasında yapılacak aynı hakkı sona erdirici bir sözleşmenin ya da ölüme bağlı bir tasarrufun ifası amacı ile, irtifak hakkı sahibinin tapu sicil memurundan irtifak hakkının terkinini talep etmesidir³⁷⁹. Böyle bir durumda tapu sicil memuru, terkinin hukuki sebebini ve irtifak hakkı sahibinin tasarruf yetkisini inceleyerek terkinin gerçekleştirilecektir³⁸⁰. İrtifak hakkı, MK m. 784'e uygun olarak terkin ile sona erecektir.

İsviçre hukukunda irtifak hakkından vazgeçilmesini öngören sözleşmenin, ibranın sona ermesine ilişkin hükmün kıyasen uygulanarak şekil şartına tâbi olmadığı belirtilmişse de³⁸¹, bu görüş Türk hukuku bakımından savunulmamalıdır. İrtifak hakkından vazgeçilmesini konu alan sözleşme bir borç sözleşmesi olduğundan, bir tasarruf işlemi öngören ibra sözleşmesine ilişkin hükümlere başvurmamak gerekir. Bu durumda, TBK m. 13 uygulanarak, irtifak hakkından vazgeçilmesini öngören sözleşmenin resmi yazılı şekilde yapılması gerektiği sonucuna varılmalıdır. Eğer irtifak hakkı sahibi, taahhüdüne uymayıp terkin talebinde bulunmaz ise, yüklü

³⁷⁹ Yararlanan taşınmaz malikine, bir ölüme bağlı tasarruf ile irtifakı terkin borcunun yüklenmesi durumunda, ölüme bağlı tasarruf şekillerine uyulması gerektiğine ilişkin bkz. **CR-Argul**, art. 734 CC, N. 4; Steinauer, **T. II**, N. 2258.

³⁸⁰ Federal Mahkeme'nin haktan vazgeçmenin temelini değerlendirmeden, hak sahibinin hukuki temel göstermeksizin hakkını terkin ettirebileceğine ilişkin kararı için bkz. ATF 112 II 26 = JdT 1986 I 645. Terkinin sebebini bir sözleşme ya da ölüme bağlı tasarruf olduğu durumda, terkinin gerçekleştirilebilmesi için bu temel ortaya konulması gerekir. Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 131; Simonius, Sutter, **Bd. II**, s. 54. Bu durum tapu siciline hakim olan sebebe bağlılık ilkesinin bir gereğidir. Mahkeme kararı ile, sebebe bağlılık ilkesine istisna getirildiğine ilişkin eleştiriler için bkz. D. Piotet, **Traité**, s. 83-84; P. Piotet, **Renonciation**, s. 670; Steinauer, **T. II**, N. 2262a; Ventura, s. 97-98.

³⁸¹ Bir sözleşmenin ifası amacı ile yapılan terkin talebinde, arz edilecek hukuki sebebin şekli İsviçre öğretisinde tartışma konusu olmuştur. Öğretide bir görüşe göre, ibra sözleşmesinin hiçbir şekilde tâbi olmamasından yola çıkılarak, terkin talebi ile birlikte hukuki sebebin gösterilmesi şart değildir. Deschenaux, **Traité**, s. 387; **ZK-Liver**, art. 734 ZGB, N. 16-17. Bununla birlikte, terkinin temelinde olan sözleşmenin şekle bağlı olmamasının, terkin talebi esnasında bir hukuki sebep gösterme zorunluluğundan farklı olduğunu, irtifak hakkı sahibinin terkin talebinde bulunurken tapu sicil memuruna bir sebep sunmasının gerektiğine ilişkin bkz. Paul Piotet, "La renoncation à une servitude et le registre foncier", **JdT** 1987 I 669, s. 670.

taşınmaz maliki MK m. 716 gereği hakimden terkin talebi için irade beyanında bulunmasını isteyebilecektir³⁸².

ii. İrtifak Hakkından Tek Taraflı Hukuki İşleme Vazgeçilmesi

İrtifak hakkından vazgeçilmesi için diğer bir imkan ise, irtifak hakkı sahibinin tek taraflı iradesi ile hakkını sona erdirmesidir. İrtifak hakkından vazgeçilmesinin bir anlaşmaya dayanması ya da hak sahibinin tek taraflı hukuki işlemine dayanması arasındaki farkın, maddi hukuk bakımından da etkileri bulunur. İrtifaka bağlı yükler ve oturma hakkında yakınları barındırma yetkisinin sona erme anı ya da vazgeçme için gerekli fiil ehliyetinin tespiti anı bu farklılıklara verilebilecek birkaç örnektir³⁸³.

İrtifak hakkından tek taraflı hukuki işlem ile vazgeçilmesinin etkisi öğretide tartışmalıdır. Özellikle İsviçre öğretisinde baskın olarak ortaya koyulan ilk görüşe göre³⁸⁴, irtifak hakkından tek taraflı irade ile vazgeçilmesi bir tasarruf işlemidir; bu sebeple bir borç doğurmaz ve hak üzerindeki etkisini derhal gösterir. Vazgeçme işlemi, açık ya da örtülü bir irade beyanı ile olabileceği gibi, irade beyanı yerine geçen davranışlarla da gerçekleştirilebilir. Hayat olaylarının çoğunda irtifak hakkından vazgeçilmesi, hak sahibinin tapu sicil memurundan irtifak hakkının terkin talebinde bulunması şeklinde olacaktır. Terkin talebinde bulunulduğu anda hak sona ermiş olduğundan, terkin işlemi açıklayıcı nitelik arz edecektir. Böylece vazgeçilen irtifak hakkının sona ermesi, terkin işleminin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinden bağımsız olarak, MK m. 1014 çerçevesinde gerçekleşmektedir³⁸⁵. İrtifakın vazgeçme iradesinin gösterildiği anda sona erdiği

³⁸² Mooser, **Fin**, s. 348; Mooser, **Habitation**, s. 231-232; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2939. Taşınırlar üzerindeki intifa hakkından vazgeçme borcu yerine getirilmez ise, intifa hakkı, mahkeme hükmünün İİK m. 24'e göre icra edilmesi sureti ile sona erecektir. Köprülü, Kaneti, s. 123.

³⁸³ Mooser, **Habitation**, s. 232, dn. 28.

³⁸⁴ **BSK**-Petitpierre, art. 734 ZGB, N. 11; Deschenaux, **Traité**, s. 247-248; **KurzK**-Schmid-Tschirren, art. 734 ZGB, N. 14; Mooser, **Fin**, s. 347; Mooser, **Habitation**, s. 231; D. Piotet, **Traité**, s. 86-87; P. Piotet, **Renonciation**, s. 669; Riemer, **Beschränkten**, s. 65-66; Rodondi, s. 97; Rossel, Mentha, N. 1370; Steinauer, **T. II**, N. 2252; Ventura, s. 39-40. Türk hukukunda da bu görüşü benimseyen yazarlar için bkz. Aral, s. 73-74; intifa hakkı bakımından Özen, s. 163-164.

³⁸⁵ Bu görüş bakımından bir kıyas noktası olarak da mülkiyetin devri incelenebilir. Mülkiyetin devri için tescil talebinde bulunulduğu anda, talepte bulunan, mülkiyetin devri için gerekli tescil prosedürünü harekete geçirmiştir. Artık başlayan prosedürü tek başına durduramaz. Her

kabul edilir ise, irade beyanı yerine geçen davranış ile de haktan vazgeçmenin yolu açılacaktır. Bu çerçevede, hak sahibinin bilinçli bir şekilde irtifak hakkına aykırı tasarruflarda bulunması, haktan vazgeçme iradesini açığa vurur. Örnek olarak hak sahibinin daha sonraki bir tarihte, irtifak hakkı ile açık şekilde çelişen yeni bir irtifak hakkının tesisini kabul etmesi³⁸⁶ ya da irtifak hakkı sahibinin kendi taşınmazı üzerinde, irtifak hakkının kullanılması imkanını bırakmayacak fiili düzenlemeler yapması³⁸⁷ gösterilebilir. Bu ilk görüş kabul edilecek olur ise, böyle hallerde irtifak hakkı sicil dışında sona ermiştir ve yüklü taşınmaz malikinin terkin talebi üzerine gerçekleştirilecek terkin, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, açıklayıcı olacaktır³⁸⁸.

İrade beyanı yerine geçen davranış ile haktan vazgeçilebileceği kabul edilse de, tapu sicilinde şekli olarak varlığını koruyan tescilin terkin edilebilmesi için hak sahibinin vazgeçme iradesinin ispat edilebilmesi gerektiği ifade edilmiştir³⁸⁹. Bu durumda ise, hak sahibinin hakkından vazgeçtiğine ilişkin irade beyanını tapu sicil

ne kadar hakkın iktisabı tescille olsa da, tasarruf edenin hakkının konusu, tescil talebinde bulunup bu talebin yevmiye defterine kaydıyla malvarlığından ayrılmıştır. Engel, s. 325. Tescil talebi hem bir idari işlem, hem de bir özel hukuk tasarruf işlemidir. İdare hukuku, işlemin geri alınabilmesine izin verse dahi, tasarruf işleminin dogmatik temelleri bu geri almayı engeller.

³⁸⁶ Steinauer, **Développements récents**, s. 12. Tarafların daha önce geçit irtifakı tesis edilen yerde araba park edilmesine ilişkin bir irtifak kurmaları ile geçit irtifakından örtülü biçimde vazgeçtiklerine ilişkin bkz. ATF 128 III 265 = JdT 2003 I 113; yüklü taşınmaz maliki ile yararlanan taşınmaz maliki arasında daha sonraki bir tarihte akdedilen ve mevcut geçit hakkının kullanılmasını imkansız hale sokan üst hakkı sözleşmesi ile, geçit hakkının zımnî olarak vazgeçilmesi sebebi ile sicil dışı sona erdiğine ilişkin bkz. ATF 127 III 440 = JdT 2002 I 542.

³⁸⁷ İmar kurallarına istisna getirecek şekilde tanınmış pencere tutma irtifakı sahibi, pencereli binasını yıkıp yerine penceresiz bir modern yapı inşaa etmesi halinde irtifak hakkından vazgeçmiştir. Zürih Yüksek Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi'nin 6 Aralık 1963 tarihli kararı, karar metni için bkz. RNRf 47/1966, s. 65; geçit güzergahına kolayca kaldırılabilir metal bir çitin konulmasının, geçit irtifakından vazgeçildiği anlamına gelmeyeceğine ilişkin bkz. RNRf 87/2006, s. 161.

³⁸⁸ Eski bir görüşe göre, irtifak hakkı sahibi yüklü taşınmaz malikinin irtifak hakkı ile bağdaşmayan fiiline ses çıkarmamış ama sonra irtifak hakkından kaynaklanan yetkilerini kullanmaya karar vermişse, MK m. 785 yine uygulama alanı bulabilecektir. Wieland, art. 736 ZGB, s. 504. Mesela A, manzara kapatma irtifakı olmasına rağmen B'nin 3 metreden yüksek yapı yapmasına ses çıkarmamış, daha sonra da yapının yıktırılmasını talep etmişse, artık el atmanın önlenmesini talep etme hakkını kaybetmiş sayılmalıdır. Ne var ki irtifakın arz ettiği yararın ortadan kalkması yüklü taşınmaz malikinin tasarruflarından kaynaklanamayacağından, burada MK m. 785/f. I'nin uygulanamayacağı kanaatindeyiz. İrtifak hakkı sahibinin hakkına aykırı tasarruflara ses çıkarmamasının haktan vazgeçme anlamına gelebileceği düşüncesi ise, *usus capio libertatis*'in kabulü yolunu açması sebebi ile kanunu dolanmak anlamına gelecektir; bu sebeple kabul edilmemelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm III. A. 4. 2) İrtifak Hakkından Vazgeçmenin Yararın Kalmaması İle Bağlantısı.

³⁸⁹ Deschenaux, **Traité**, s. 715; Rodondi, s. 98; Ventura, s. 40, dn. 224; **ZK-Liver**, art. 734 ZGB, N. 98.

memuru önünde ifade etmeli ya da mahkemeden bu iradenin tespitine ve tapu kütüğünün düzeltilmesine yönelik bir karar alınmalıdır³⁹⁰. Vazgeçme olgusunun ispatlanabilmesi için irtifak hakkından vazgeçen kişinin tapu sicil memurunun huzuruna gelip irade beyanını tekrarlamasının gerekmesi, vazgeçmenin tapu sicili dışında sonuç doğurmasını pratik olarak anlamsızlaştırmakta ve bu ilk görüşün zayıf tarafını ortaya çıkarmaktadır. Gerçekten de MK m. 1015'e göre bir tasarruf işlemi olan terkinin yapılabilmesi, talepte bulunanın kendi tasarruf yetkisi ile birlikte terkinin hukuki sebebini de belgelemesine bağlıdır. Hukuki sebebin belgelenmesi ise, geçerlilik şekline uyulması ile mümkündür. Dolayısıyla Medeni Kanun sisteminde tasarruf işlemi olarak görülen husus haktan vazgeçme değil; terkin talebi ve terkindir. Haktan vazgeçmenin, terkin talebi ve terkinden oluşan tasarruf işleminin hukuki sebebini teşkil ettiğinin kabulü, sistem açısından daha doğru olur.

İrtifak hakkından vazgeçmenin, hakkı sicil dışı sona erdirdiğine ilişkin ilk görüşe karşı ileri sürülen ve bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre³⁹¹, hak sahibinin vazgeçme iradesine istinaden irtifak hakkının sona ermesi için hakkın terkinini gerekir. Bu sebeple, irade beyanı yerine geçen davranış ile irtifak hakkından vazgeçilemeyeceğini; özellikle ilk irtifak ile bağdaşmayan ikinci irtifakın kurulması örneğinde, irtifak hakları kuruluş tarihine göre sıra alacaklarından, ikinci irtifakın uygulanamayacağını da ifade etmek gerekir³⁹². Vazgeçmeye yönelik irade beyanı yerine geçen davranış ile irtifak hakkı sona ermeyecek; bunun yerine yüklü taşınmaz maliki MK m. 785/f. I'e dayanarak yararını tamamı ile kaybetmiş irtifakın terkinini isteyebilecektir.

³⁹⁰ Deschenaux, **Traité**, s. 715; Mooser, **Fin**, s. 354; Özen, s. 163-164; Rodondi, s. 98; Ventura, s. 40; **ZK-Liver**, art. 734 ZGB, N. 101.

³⁹¹ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 139-140; Canarlan, **İntifa**, s. 104; Esener, Güven, s. 410; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 854; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2812 ve 2938; Simonius, Sutter, **Bd. II**, s. 54, dn. 90; Sirmen, **Eşya**, s. 535; Wieland, art. 734 ZGB, s. 497. Ayrıca bkz. Özakman, s. 215. Yazar, kanundan doğan mecra irtifakına ilişkin açıklayıcı tescilin henüz yaptırılmamış olduğu hallerde, önce açıklayıcı tescilin yaptırılacağını ve sonra hakkın terk edilebileceğini ileri sürmektedir. Genel olarak, sicil dışı aynı hak iktisaplarında aynı hakkın sona erdirilmesinin sicile yansıtılabilmesi için öncelikle tescil edilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Suat Sarı, "Tapu Sicilinde Terkin İşlemi", **Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan**, İstanbul, Der, 2015., s. 772; Saim Üstündağ, **Tapu Kütüğünün Tashihi Davası**, İstanbul, Baha Matbaası, 1959, s. 12.

³⁹² Argul Grossrieder, **Construction**, s. 110. Ayrıca bkz. Mooser, **Fin**, s. 347. Yazar, terk iradesi ve terkin talebinin yazılı bir şekilde yapılması gerektiğini aradığı için, irade beyanı yerine geçen davranış ile irtifak haklarının terk edilemeyeceğini ileri sürmektedir.

İrtifak hakkından tek taraflı irade beyanı ile vazgeçilmesine ilişkin farklı görüşleri destekleyen yazarlar, görüşlerine dayanak sağlayabilmek için Medeni Kanun hükümlerine başvurmuşlardır. Haktan vazgeçmenin irtifak hakkını tek başına sona erdirdiğini ortaya koyan ilk görüşteki yazarlara göre, MK m. 796/f. II yol göstericidir. İlgili hüküm uyarınca, “[s]ürenin dolması veya hak sahibinin vazgeçmesi ya da ölümü gibi diğer sona erme sebepleri, taşınmazlarda malike terkinini isteme yetkisi verir”. Hak sahibinin intifa hakkından vazgeçmesi, ölümü ya da intifa hakkı süresini sona erdirmesi gibi intifa hakkını sicil dışında sona erdiren sebeplerle birlikte düzenlenmiştir. Aynı zamanda, terkin talebinde bulunacak kişinin yüklü taşınmaz maliki olduğu özellikle vurgulanmıştır. Bu iki hali de göz önüne alan ilk görüşteki yazarlar, intifa hakkı sahibinin intifa hakkından tek taraflı bir biçimde vazgeçmesi ile birlikte, intifa hakkının maddi olarak sona erdiği; yüklü taşınmaz malikinin şeklen varlığını sürdüren intifa hakkını tamamı ile sona erdirmek için terkin talebinde bulunabileceği sonucuna varırlar. Yapılacak terkin, bu durumda açıklayıcı olacaktır³⁹³. Bu hükmün kıyasen diğer irtifaklara da uygulanması ile, malikin vazgeçme iradesini gösterdiği anda irtifak hakkının sona erdiği sonucuna ulaşılacaktır³⁹⁴.

Bununla birlikte öğretide³⁹⁵, MK m. 796/f. II'nin problemleri bir hüküm olduğu ve iki farklı türde sona erme sebebini beraberce düzenlediği bildirilmektedir. Buna göre fıkra da sayılan sürenin dolması ve intifa hakkı sahibinin ölümü halleri hakkı sicil dışında sona erdirecek iken; hak sahibinin hakkından vazgeçmesi dolayısıyla

³⁹³ **CR-Farine Fabbro**, art. 748 CC, N. 10; **Esmer**, s. 784. Federal Mahkeme'nin kararına konu olmuş bir uyuşmazlıkta, mirasbırakanın vefatı ile kanun gereği taşınmaz üzerinde intifa hakkına sahip olan dul eşi, sonradan bu taşınmazın açık arttırma yolu ile satışa çıkarılması üzerine icra müdürlüğüne intifa hakkından vazgeçtiğini beyan etmiştir. Yeni malikin intifa hakkını terkin ettirmek istemesi üzerine, tapu sicil memuru terkin talebini kabul etmemiştir. Yeni malikin açtığı davada Federal Mahkeme, intifa hakkını terk etmenin aynı bir etki doğurmadığını, somut olayda da intifa hakkı sahibinin terkin talebinde bulunmaması üzerine intifa hakkının ancak hakim kararı ile sona erdirilebileceğine hükmetmiştir. Karar için bkz. **RNRF 32/1951**, s. 38. Karar, vazgeçme beyanının bir tasarruf işlemi olduğunun dikkate alınmaması ve terkin talebine ilişkin bir borçlandırıcı işlem olarak görülmesi bakımından, bu ilk görüşü savunan yazarlarca eleştirilmektedir. **Deschenaux**, **Traité**, s. 270, dn. 50; **Ventura**, s. 41, dn. 232; **ZK-Liver**, art. 734 ZGB, N. 102.

³⁹⁴ **Ventura**'ya göre, işlem güvenliği için MK m. 796/f. II'nin dar yorumlanması gerekir. Yine de yazar, hükümün irtifak hakkını sona erdirmeye taahhütlerine ya da rehin haklarına uygulanamayacağını, yoksa kıyasen diğer irtifaklara uygulanabileceğini ortaya koymaktadır. **Ventura**, s. 84-85.

³⁹⁵ **CR-Argul**, art. 734 CC, N. 5; **Oğuzman**, **Seliçi**, **Oktay-Özdemir**, **Eşya**, N. 2941.

hakkın sona ermesi için terkin işleminin gerçekleştirilmesi şarttır. Terkin talebini, intifa hakkı sahibi ileri sürecektir. Bu fıkradaki vazgeçme halinin sadece taşınır ları konu alan intifa hakkına uygulanabileceği de ifade edilmiştir.³⁹⁶

Vazgeçilen irtifak hakkının terkin ile sona ereceğini ilişkin ikinci görüş bakımından ise³⁹⁷, MK m. 784/f. II dayanak gösterilmektedirler. İlgili hüküm, aynı kişinin hem yararlanan hem de yüklü taşınmaza malik olması halinde, irtifakın terkin ettirilmedikçe aynı hak olarak varlığını devam ettireceğini düzenler. Böylece, irtifak hakkından vazgeçen kişi hem yararlanan taşınmaza hem de yüklü taşınmaza malik olsa da, irtifak hakkının sona ermesi için terkinin yapılması gerekir. Bu yaklaşıma karşı çıkan Ventura³⁹⁸, yüklü taşınmaz ile yararlanan taşınmazın aynı kişiye ait olması halinde, bu kişinin irtifak hakkını terk etmek istediğinde bir muhatabının bulunmadığına dikkati çeker. Yararlanan ve yüklü taşınmazın malikinin hakkını terkin ettirmesi, tapu sicilinin açıklığı ilkesi gereğidir. Yoksa, iki taşınmazın farklı kişilere ait olması halinde, yararlanan taşınmaz maliki terk iradesini açıklaması ile irtifak hakkını tapu sicilinin dışında sona erdirmiş olacaktır.

Kanaatimizce irtifak hakkının vazgeçme yolu ile sona ermesine ilişkin bu tartışmada, taşınmaz lehine irtifakların kurulmasını düzenleyen MK m. 780 ile intifa haklarının kurulmasını düzenleyen MK m. 795'ten kıyasen yararlanılabilir. Her iki hüküm de hakların kurulmasında açıkça mülkiyete ilişkin hükümlere atıfta bulunmaktadır. Hakkın kurulmasında olduğu gibi, irtifak hakkının sona ermesinde de bazı özellikli haller dışında, mülkiyete ilişkin düzenlemelerden ayrılmak için bir sebep yoktur. Bu durumda, taşınmaz mülkiyetinin terkin ya da taşınmazın tamamen yok olması ile sona ereceğini düzenleyen MK m. 717'nin kıyasen uygulanması ile, vazgeçilen bir irtifak hakkının sona ermesi için terkin edilmesi gerektiği sonucuna varmak bizce doğru olacaktır.

³⁹⁶ Ayan, s. 90, dn. 130; Bertan, C. II, s. 1371-1372.

³⁹⁷ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 151.

³⁹⁸ Ventura, s. 85.

b) İrtifak Hakkından Vazgeçilmesi İçin Diğer Hak Sahiplerinin Vermeleri Gereken Rızalar

i. Rızayı Verecek Kişiye Yönelik Tartışmalar

İrtifak hakkından vazgeçilmesinde MK m. 1014 uygulama alanı bulur; dolayısıyla hakkından vazgeçecek olan kişinin yazılı beyanda bulunması gerekir. Bu çerçevede, irade yerini tutan davranış ile haktan vazgeçilmesinin çok da etkin olmadığı ortaya çıkar; zira yüklü taşınmaz malikinin hakkın sona erdiğini kanıtlayabilmesi için irtifak hakkı sahibinin yazılı beyanda bulunması şarttır³⁹⁹. Zira bu görüşün kabulü halinde irtifak hakkı sahibi yazılı beyanda bulunmaz ise, yüklü taşınmaz maliki tapu sicilinin düzeltilmesini dava yolu ile talep edecektir.

Bununla birlikte, haktan vazgeçilebilmesi için irtifakın hak sağladığı diğer kişilerin de yazılı beyanına ihtiyaç vardır. Örnek vermemiz gerekir ise, yararlanan taşınmaz aynı zamanda bir rehin hakkı ile kayıtlanmış ise, irtifak hakkının vazgeçme yolu ile sona erdirilebilmesi, rehin hakkı sahibinin rızasını gerektirir⁴⁰⁰. Aynı şekilde, vazgeçilen irtifak hakkına konu olan taşınmaz bir aile konutu ise, MK m. 194 gereği haktan vazgeçme için hak sahibi olmayan eşin de rızası aranacaktır⁴⁰¹. Diğer taraftan, kural olarak kiracının rızası aranmamak ile birlikte, hakkının şerh edilmesi ihtimalinde kiracının da rızasını aramak gerekecektir⁴⁰². Oturma hakkı sahibi ile birlikte meskeni kullanan yakınlarının da vazgeçmeye yönelik rızalarının varlığı

³⁹⁹ Farine Fabbro, **Usufruit**, s. 215.

⁴⁰⁰ Deschenaux, **Traité**, s. 253; Steinauer, **Retour anticipé**, s. 71.

Federal Mahkeme'nin önüne gelmiş bir olayda davacı, tapu sicilinde ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilmiş bağımsız ve sürekli üst hakkından vazgeçmek istemektedir. Ne var ki, yüklü taşınmaz maliki üç yıllık üst hakkı bedeli alacağını teminat altına almak için kanuni ipotek hakkını kullanmış olduğundan ve haktan vazgeçilmesine de izin vermediğinden, davacının bu talebi kabul görmez. Bunun üzerine üst hakkı sahibi talebini değiştirerek, üst hakkının taşınmaz olarak kaydedildiği sayfadaki malik sütunundan kendi mülkiyet hakkının terkin edilmesini ister. Federal Mahkeme ise, bağımsız ve sürekli üst hakkının ayrı bir sayfaya kaydedilerek taşınmaz niteliğine kavuşmadığına, sadece bazı işlemler için taşınmaz gibi ele alındığına dikkati çekerek talebi reddeder. BGE 118 II 115.

⁴⁰¹ CR-Wermelinger, art. 776 CC, N. 21; Farine Fabbro, **Usufruit**, s. 215; Mooser, **Fin**, s. 347; Mooser, **Habitation**, s. 230.

⁴⁰² BSK-Petitpierre, art. 734 ZGB, N. 13; Jürg Schmid, "Art. 942-977, 18 SchlT, 38-48 SchlT, 55-55a SchlT", **Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar**, (edit. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), 5. Auf., Basel, Helbing&Lichtenhahn, 2015, Art. 959 ZGB, N. 2 vd. ; D. Piotet, **Traité**, s.85.

araştırılmaz⁴⁰³. Yüklü taşınmaz malikinin ise vazgeçme işlemi için rızasının bulunması gerekmez; irtifak hakkı sahibinin tesislerinden yararlanması bu durumu değiştirmeyecektir⁴⁰⁴.

Eski bir görüşe göre⁴⁰⁵, yararlanan taşınmaz da başka bir taşınmaz lehine irtifak ile kayıtlanmış ise, asıl irtifak hakkından vazgeçilmesi için bu diğer yararlanan taşınmaz malikinin rızası gerekmez. Ancak, bu görüş öğretide taraftar bulamamıştır. Kaynak irtifakından yararlanan taşınmaz üzerinde, komşu taşınmaz lehine başka bir kaynak irtifakı tesis edildiğinde, ilk kaynak irtifakının sona erdirilmesi komşu malikin zararına olacaktır⁴⁰⁶. Yine de MK m. 1014'ün katı uygulanmaması gerektiği ortaya koyulmaktadır; bu son yararlanan taşınmaz maliki irtifak hakkından vazgeçilmesinden zarar görmeyecek ise, hakkın sona erdirilmesinde rızası aranmamalıdır⁴⁰⁷.

ii. İrtifak Hakkından Önce Kurulmuş Aynı Hak Ya Da Şerh Edilmiş Nispi Hak Sahiplerinin Rızasının Aranmasına Yönelik Tartışmalar

İrtifak hakkından vazgeçilmesine gösterilecek rızaya ilişkin ikinci bir tartışma ise, irtifakın tesisinden önce yararlanan taşınmaz üzerinde⁴⁰⁸ tesis edilen hakların sahiplerinin rızasının aranıp aranmayacağıdır. Zira, irtifakın kurulmasından sonra hak sahibi olanlar, irtifaka güvenerek hak sahibi olmuşlardır; bu sebep ile irtifaktan vazgeçilmesi halinde rızalarını aramak gerekir. Ama irtifakın tesisinden önce aynı hak ya da şerh edilmiş nispi hak sahibi olmuş kişiler, kendi haklarını irtifakı bilmeksizin edinmişlerdir. Bu durumda bazı yazarlara göre⁴⁰⁹, sadece irtifakın kurulmasından sonra yararlanan taşınmazda aynı hak ya da şerh edilmiş kişisel hak

⁴⁰³ Mooser, **Fin**, s. 347.

⁴⁰⁴ P. Piotet, **Traité**, s. 55.

⁴⁰⁵ Fritz Ostertag, **Besitz und Grundbuch, Berner Kommentar, Bd. IV/3, 2. Auf.**, Bern 1917, art. 964 ZGB, N. 7.

⁴⁰⁶ Deschenaux, **Traité**, s. 253, dn. 28.

⁴⁰⁷ Deschenaux, **Traité**, s. 253.

⁴⁰⁸ Kişisel ve devredilebilir bir irtifak hakkından vazgeçilmesi halinde de, hak üzerindeki aynı hak ve şerh edilmiş kişisel hak sahiplerinin rızası alınacaktır. P. Piotet, **Traité**, s. 54.

⁴⁰⁹ **BK**-Leeman, art. 734 ZGB, N. 5; **BK**-Ostertag, art. 964 ZGB, N. 9; Moullet Auberson, s. 117; P. Piotet, **Traité**, s. 53; **ZK**-Liver, art. 734 ZGB, N. 29.

edinen kişileri korumak, onların vazgeçmeye rızalarını aramak yerinde olacaktır. Bir kıyas noktası olarak MK m. 865, ipotek hakkı sahibinin ipotek hakkına konu olan taşınmaz üzerindeki haklarını sınırlamıştır. İpotek hakkı kurulduktan sonra ipotek hakkına konu olan taşınmaz değerlendirilmiş olduğundan, ipotek hakkı sahibinin bir ilgisi olmadan sonradan kurulmuş olan bir irtifak hakkını kaldırma yetkisi olmamalıdır⁴¹⁰. Yararlanan taşınmaz üzerinde aynı hak sahibinin durumu, irtifak hakkının kaldırılması ile kurulduğu zamankinden daha zararlı hale düşecek olursa, ancak bu halde rızası aranacaktır⁴¹¹. Diğer görüşteki yazarlar ise⁴¹², irtifakın kurulmasından önce ya da sonra tesis edilmiş olmasına bakılmaksızın irtifak hakkından vazgeçilmesinden zarar görecektir bütün hak sahiplerinin vazgeçmeye rıza göstermesinin aranacağını ifade etmektedirler⁴¹³.

İsviçre’de küçük bir çaydan komşunun taşınmazına geçen suyu alıp arazisini sulama hakkına sahip olan ve sonra da artan suyu alttaki araziye bırakan kimse, uzun süredir bu hakkını kullanmadığı gibi, arazisinin imara açıldığını ve sulama hakkına artık ihtiyacının bulunmadığını belirterek, yüklü taşınmazdan su yolu geçirilmesine ilişkin irtifak hakkının terkin edilmesini istemiştir. Tapu sicil memuru, alttaki ve üstteki taşınmazların da bu sulama hakkından yararlandıklarını gözeterek, ilgili taşınmazların maliklerinin rızası olmadıkça terkinini gerçekleştiremeyeceğini bildirmiştir. Ancak, Federal Mahkeme⁴¹⁴ yararlanan taşınmazın malikinin terkinini isteme hakkı bulunduğu hükmetmiştir.

Diğer taraftan vazgeçme için rızası aranan hak sahiplerinden birinin rıza göstermemesine rağmen irtifak hakkı sicilden terkin edilmiş ise, irtifak hakkı rıza

⁴¹⁰ **ZK-Liver**, art. 734 ZGB, N. 38.

⁴¹¹ Bertan, **C. II**, s. 1181.

⁴¹² Gürsoy, Eren, Cansel, s. 783; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2814; Özakman, s. 132; Wieland, art. 964 ZGB, s. 541; **ZK-Homberger**, art. 964 ZGB, N. 10.

⁴¹³ Önceki sıralı hak sahiplerinin irtifak hakkından vazgeçilmesine rıza göstermelerinin aranması, ipotek hakkı sahibinin taşınmazın değerinin korunması ilkesine uygun görülmüştür. Deschenaux, **Traité**, s. 254. Taşınmaz rehninde değer düşmelerine karşı önlem alma yetkisinin dahi MK m. 865 gereği rehin konusu eşya üzerindeki sonraki kötüleşmeleri hedef aldığı belirtilerek, MK m. 1014’ün uygulamasının genişletilmemesi gerektiği de savunulmuştur. **ZK-Liver**, art. 734 ZGB, N. 38-42.

⁴¹⁴ BGE 82 I 36.

gösteren hak sahipleri açısından dahi sona ermez; her hak sahibi tekrardan tescili isteyebilir⁴¹⁵.

iii. İrtifak Hakkından Serbestçe Vazgeçilmesi Sorunu

İrtifak hakkından vazgeçilmesi için MK m. 1014 dolayısıyla diğer hak sahiplerinin de rızasının aranması, haktan vazgeçmenin ancak terkin ile mümkün olabileceğini ileri süren görüş bakımından farklı bir dayanak noktası olmuştur⁴¹⁶. Bu çerçevede, irtifak hakkının vazgeçme ile tapu sicili dışında sona ermediği için ilgililerin rızasının arandığı vurgulanmaktadır. Vazgeçilen irtifak hakkının aynı hak olduğu ve ancak terkin ile sona erdiği düşünüldüğünde, irtifak hakkından vazgeçilmesi dolayısıyla kendi hakları zarar görecektir kişilerin rızalarının alınması anlamlıdır; zira bu kişiler rıza göstermezler ise irtifak sona ermeyecektir⁴¹⁷.

İrtifak hakkının aynı hak olması karşısında, terkin beyanının aynı hakkı sona erdirmesi kaçınılmazdır. İrtifak hakkından yararlanılabilmesi için bir tesis yapılmış ve bu tesisin masrafları hak sahibi ile yüklü taşınmaz malikince paylaşılmış olsa dahi, irtifak hakkı sahibi yüklü taşınmaz sahibinin rızasına ihtiyaç olmaksızın irtifak hakkından vazgeçebilir⁴¹⁸. Fakat bu vazgeçme irtifak sözleşmesine aykırı ise, yüklü

⁴¹⁵ P. Piotet, **Traité**, s. 54. Sadece rıza göstermeyen hak sahibinin tescili isteyebileceğine ilişkin karşı görüş: **ZK-Liver**, art. 734 ZGB, N. 60-62.

⁴¹⁶ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 152.

⁴¹⁷ Bu görüş, irtifaktan vazgeçilmesi dolayısıyla hakkı zarar görecektir kişilerin rızasının açıklayıcı terkin aşamasında, yani vazgeçme ile hakkın sona erdirilmesinden sonraki bir aşamada gerekli olduğu öne sürülerek eleştirilmiştir. Söz konusu durum, tasarruf işlemi ile üçüncü kişilerin haklarının zarara uğratılmaması ilkesinin gereğidir. Vazgeçme iradesi açıklanırken de MK m. 1014'e uygun olarak ilgili kişilerin rızasının alınmasının yerinde olacağını ileri sürülmüştür. Ventura, s. 86. Kanaatimizce irtifak hakkı sahibinin tek taraflı tasarrufu ile diğer hak sahiplerini zarara uğratamayacağından yola çıkıldığında dahi, vazgeçme işleminin yapılmasının kanun hükmü gereği, bu tasarruf işlemi ile hakkı zedelenebilecek diğer aynı hak ve şerh edilmiş kişisel hak sahiplerinin rızasına bağlandığını belirtmek yerinde olacaktır.

⁴¹⁸ İrtifak hakkının sona ermesi ile, yan borçların da kendiliğinden sona ereceğine ilişkin olarak bkz. BGE 67 I 124. Yargıtay'ın kararına konu olmuş bir uyuşmazlıkta, kat mülkiyetine tâbi bir taşınmaz üzerindeki bağımsız bölüm maliklerinin havuz ihtiyacının karşılanabilmesi için davalılara ait taşınmaz üzerindeki havuzdan yararlanılmasını konu alan bir irtifak tesis edilmiştir. İki bağımsız bölüm maliki, artık bu havuzdan yararlanmak istemediklerini ileri sürerek adlarına düzenlenen irtifak hakkının terkinini talep etmişlerdir. Yargıtay, havuzdan yararlanmak istemeyen kişilerin ilelebet havuzdan yararlanmaya ve buna karşılık her yıl kullanma bedeli ödemeye zorlanamayacağını belirterek talebi kabul etmiştir. Yarg. 14. HD., 05.11.1998, E. 1998/7795, K. 1998/8121 (Surlu, Öztürk, **Mecra**, s. 540-541). İrtifak hakkı terk edilince buna bağlı bakım yükümlülükleri de sona erer: Jürg Schmid, **Wandel**, s. 290.

taşınmaz maliki haktan vazgeçilmesinden kaynaklanan zararının tazminini talep edebilecektir. İrtifak sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi kurduğu göz önüne alındığında, haktan vazgeçilmesi için sözleşmesel yükümlülükler açısından bir fesih ihbarı süresinin tanınması gerekebilir⁴¹⁹.

İrtifak hakkından vazgeçen kişi aynı zamanda irtifakı kurucu sözleşmenin de tarafı ise, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerine uygun davranmadığından tazminat ödemesi gerekebilecektir. İrtifak ilişkisine üçüncü bir kişi dahil olmuş ise, terkin ile aynı hak sona erecektir. Ancak, kanundan doğan sürekli bir ilişki söz konusu olduğundan, ilişkinin sona ermesi için uygun fesih ihbar sürelerine uyulması icap edebilir. Birtakım borçların, terkine rağmen belli bir süre devam edeceği kabul edilmelidir⁴²⁰.

Örnek olarak, kanundan doğan sürekli bir borç ilişkisine dayanması dolayısıyla intifa hakkından MK m. 796/f. II çerçevesinde vazgeçilmesi, yüklü taşınmaz maliki için olumsuz etkiler gösterebilir. Zira haktan vazgeçilmesi ile, eşyanın korunması ve bakımına ilişkin giderler bundan böyle malike yüklenecektir. Bu nedenle öğretide, vazgeçmenin amaca uygun bir şekilde sınırlanması gerektiği ifade edilmektedir. Hatta intifa hakkının karşılık elde etmek amacı ile kurulup kurulmadığına göre yapılan bir ayırimda⁴²¹, hakkın sahibinin gerçek kişi olması ve hakkın bakım ve gözetim sağlama amacı ile tesis edilmesi halinde, intifa hakkından serbestçe vazgeçilebileceği ileri sürülmüştür. Zira, başka bir sona erme sebebi, mesela hak sahibinin vefatı da malikin mali külfetlerini aynı şekilde arttıracaktır. Buna karşılık, intifa hakkının bir karşılık elde etmek amacı ile tesis edilmesi durumunda, hak sahibinin hakkından serbestçe vazgeçerek malikin ekonomik beklentilerini zedelemesi uygun görülmemektedir. Böyle bir durum karşısında Özen⁴²², intifa

⁴¹⁹ İrtifak hakkından vazgeçildiği anda hakkın sona erdiği ve terkinin açıklayıcı olduğuna ilişkin katılmadığımız görüş kabul edilecek olur ise de, bir karşılık öngörülerek tesis edilmiş irtifak hakkından vazgeçilebilmesi için, taşınmazlara ilişkin kira sözleşmelerindeki fesih dönemlerine kıyasen, yüklü taşınmaz malikin mali beklentilerinin karşılanabilmesi için belli bir sürenin geçmesi, beyanın ancak bu süre sonunda etki doğurarak hakkı sona erdirmesi düşünülebilir.

⁴²⁰ Aynı yönde bkz. Yarg. 13. HD., 08.03.2002, E. 2001/12361, K. 2002/2274: “[...] davalı irtifak hakkından vazgeçtiğini yeni dönem kullanım bedelinin yatırılacağı son gün yaptığından o tarihten başlayan ilk yıl irtifak hakkı kira bedelinden ve bunun gecikmesinden doğan gecikme zammından sorumludur.” (www.kazanci.com).

⁴²¹ Bu ayırım hakkında geniş bilgi için bkz. Özen, s. 160 vd.

⁴²² Özen, s. 161.

hakkının temelinde bulunan borç ilişkisinin temel hükümler çerçevesinde sona erdirilmesini ve bundan sonra intifa hakkından vazgeçilmesini önermektedir. Yazara göre bu şarta uyulmadan, yani serbestçe vazgeçme imkanı olmadan haktan vazgeçilmiş ise, vazgeçme beyanı yine sonuç doğuracak ve hak sona erecektir. Ne var ki, temel ilişkiden kaynaklanan yükümlülüğüne aykırı davranan intifa hakkı sahibi, yüklü taşınmaz malikinin vazgeçme sebebi ile oluşan zararını tazmin etmelidir⁴²³.

2) İrtifak Hakkından Vazgeçmenin Yararın Kalmaması İle Bağlantısı

Yukarıda da işaret ettiğimiz gibi⁴²⁴, kabul ettiğimiz görüşe göre hukuki öngörülebilirliğin sağlanabilmesi açısından irtifak hakkı irade yerine geçen bir davranış ile tek başına sona erdirilemeyecek; bu gibi hallerde yüklü taşınmaz maliki MK m. 785/f. 1'e dayanarak yararını tamamı ile kaybetmiş irtifakın terkinini isteyebilecektir⁴²⁵.

⁴²³ Özen, s. 162.

⁴²⁴ Bkz. İkinci Bölüm III. A. 4. a. 1) a) ii. İrtifak Hakkından Tek Taraflı Hukuki İşlem İle Vazgeçilmesi.

⁴²⁵ Kabul etmediğimiz görüş çerçevesinde, irtifak hakkının uzun süre kullanılmamasının haktan vazgeçme iradesini ortaya koyup koymayacağına ilişkin bir tartışma ilgi çekicidir. Genel kabule göre, sırf kullanılmadığı için irtifak hakkından vazgeçildiği sonucuna varmak kanuna karşı hile teşkil eder. Zira, uzun süre kullanılmayan haktan vazgeçilmiş olduğu sonucuna varmak, kanun koyucunun aynı hakların zamanaşımına uğramayacağı yönündeki iradesini dolanmak anlamına gelecektir. D. Piotet, **Traité**, s.87; Riemer, **Beschränkten**, s. 64-64; Simonius, Sutter, **Bd. II**, s. 58; Ventura, s. 41. Azınlıktaki karşı görüşe göre ise, kullanmama hali bazen zımni vazgeçme olarak görülebilir. Yine de iradenin çok açık olması lazımdır. Mesela intifa hakkı sahibinin, malikin intifa hakkının kullanılmasını engelleyen hiçbir fiiline karşı çıkmamış olması gerekir. Farine Fabbro, **Usufruit**, s. 217. Haksız olarak terkin edilen irtifak hakkının on bir yıl sonra yeniden tesisini istemenin hakkın kötüye kullanılması sayılmayacağına ve kullanmamakla hakkın sona ermeyeceğine ilişkin bkz. ATF 95 II 605 = JdT 1971 I 255. Nitekim Federal Mahkeme de, hakkın uzun süre kullanılmamasını vazgeçme olarak değerlendirmemektedir. ATF 123 III 461 = JdT 1998 I 664; on yıl boyunca irtifakın hak sahibi tarafından kullanılmamasının hakkın sona erme sebebi sayılmayacağına, aynı haklar bakımından sona erdirici zamanaşımının söz konusu olmadığına ilişkin bkz. 5A_478/2007 = RNRF 90/2009, s. 52. Yargıtay'ın da benzer yaklaşımından söz edilebilir. Köy tüzel kişiliğine okul yapılması için tanınan intifa hakkının ödeneksizlikten bir yıl kullanılmaması ve okulun inşasına başlanmamasının haktan vazgeçildiği anlamına gelmeyeceği; tahsis amacının gerçekleşmesi için bir süre beklenmesinin gerektiğine ilişkin bkz. Yarg. 1. HD., 28.04.2003, E. 2003/4680, K. 2003/5070 (www.kazanci.com).

Aynı hakkın zamanaşımına uğrayacağını öngören Fransız hukukunda da temyiz mahkemesinin farklı yorumlarına rastlanabilmektedir. Lyon İstinaf Mahkemesi'nin önüne gelmiş bir

Bu çerçevede, uzun süre kullanılmayan ya da yüklü taşınmaz malikinin tecavüzlerine karşı bir koruma talep edilmeyen irtifaklar için, hakkın arz ettiği yararın varlığı özellikle sorgulanmalıdır. Böyle hallerde her ne kadar irtifak hakkından vazgeçildiği sonucuna varılamayacak ise de, hakkın yararının kalmadığı karine olarak kabul edilecektir. MK m. 785/f. I hükmü gereği irtifakın terkini istendiğinde de ispat yükü yer değiştirmiş olacaktır⁴²⁶. Hatta öğretide, uzun süre kullanmama hali için taşınmazlardaki olağan zamanaşımı süresinin kıyasen uygulanması teklif edilmekte ve on yıl boyunca kullanılmamış irtifak hakkının karine olarak artık yarar arz etmediği düşünülmektedir⁴²⁷. Bununla birlikte, irtifakın kullanılmaması yararın mevcut olmadığı yönünde bir işarettir; etkisi daha fazla değildir⁴²⁸. Hakkını on yıl kullanmamış irtifak hakkı sahibinin artık irtifakın kullanılmasında bir yararı kalmadığı karine olarak kabul edilmelidir. Bu durumda, MK m. 785/f. I'e göre dava açan yüklü taşınmaz malikinin, on yıl boyunca hakkın kullanılmadığını ispatlaması yeterli sayılmalıdır. İrtifak hakkı sahibi kullanmamaya rağmen halen menfaatinin mevcut olduğunu ileri sürerse, bu iddiasını ispatlayacaktır⁴²⁹.

Federal Mahkeme bir kararında⁴³⁰, otuz yıl boyunca geçit hakkının kullanılmamış olmasının, hakkın artık bir yarar arz etmediği anlamına

uyuşmazlıkta, 1837 yılında kurulmuş bir irtifak söz konusudur. İki mirasçıya kalmış iki parsel, mirasçılardan birinin taşınmazların mülkiyetine sahip olacağı, diğerinin ise bu taşınmazlardaki büyümüş ya da ileride büyüyecek ağaçları kesme hakkını alacağı şeklinde bir paylaşımına konu olmuştur. Ne var ki bu irtifak hakkı, en azından mevcut hak sahibi tarafından hiç kullanılmamıştır. Mevcut hak sahibi hakkını kullanmak istediğinde ise, yüklü taşınmaz maliki 30 yıllık zamanaşımı süresinin dolduğunu ileri sürmüştür. Temyiz mahkemesi de somut olayda istinaf mahkemesinin kararını onayarak, büyümüş ve büyüyecek ağaçları kesme yetkisinin sürekli olduğunu ve bu sebeple otuz yıllık zamanaşımı ile sona ermeyeceğini ifade etmiştir. Cass. 3^e civ, 23 mai 2012, no: 11-13202 (www.legifrance.gouv.fr).

⁴²⁶ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 143; Bertan, **C. II**, s. 1186-1187; Burdet, s. 44; Rodondi, s. 109; Riemer, **Beschränkten**, s. 65. Belirtelim ki, intifa hakkı sahibine semere elde etme imkanı tanındığından, bu sonuca dahi kolaylıkla varılamaz. **CR-Farine Fabbro**, art. 748 CC, N. 16.

⁴²⁷ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 243-244; Rodondi, s. 109; Surlu, Öztürk, **Mecra**, s. 521; Temperli, s. 123; Ventura, s. 41; **ZK-Liver**, art. 736 ZGB, N. 68. D. Piotet ise on yıllık kullanmama süresini yararın kalmaması yönünde karine için asgari süre olarak görmekte birlikte, bu süreci olağanüstü zamanaşımı süresine kadar uzatmaktadır. D. Piotet, **Traité**, s. 91.

⁴²⁸ E. Huber, s. 516; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2826; Özakman, s. 146.

İsviçre Medeni Kanunu'nun taslağında da irtifakın on yıl kullanılmaması halinde, yüklü taşınmaz malikinin hakimden irtifakın terkini isteyebileceği yönünde bir düzenleme bulunmaktaydı. İrtifak hakkını sona erdirici nitelikteki bu zamanaşımı, daha sonra yararın kalmaması hali içinde değerlendirilerek taslaktan çıkarılmıştır.

⁴²⁹ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 243-244.

⁴³⁰ 5A_360/2014 (www.swisslex.ch).

gelmeyebileceğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre, irtifak hakkı sahibinin güncel menfaatini araştırmak gerekir. Somut uyuşmazlıkta da, geçit irtifakının yolu bürüyen çalı ve yüklü taşınmaz malikinin yol üzerindeki kapıyı kilitli tutması sebebi ile kullanılmadığını saptayan Mahkeme, yeni yapılan anayolun yaya trafiği için tehlike arz ettiğini de gözeterek, irtifakın tarım yapılan 796 numaralı parselde gitmek ve merkeze yürümek bakımından hâlâ yarar gösterdiğini, kaldı ki belediyenin yapacağını açıkladığı ve 796 numaralı parseli de kapsayan yeni mahalle planlaması dolayısıyla gelecekte de yarar göstereceğini saptamış; bu sebeple uzun süre kullanılmayan bu geçit hakkının ayakta tutulmasına hükmetmiştir.

Bununla beraber, irtifakın MK m. 785/f. I'e dayanılarak sona erdirilmesi yönündeki tek hukuki sebep hakkın uzun süre kullanılması değil ise, sona erme için diğer sebeplere dayanılır. Federal Mahkeme'nin kararına konu olmuş bir olayda⁴³¹, akaryakıt istasyonu işletilmesi için üst hakkı tanınmıştır. Bir süre sonra hak sahibi benzin kolonları söküp, yüklü taşınmazı ikinci el araba satımı ve kiralanması için kullanmaya başlar. Federal Mahkeme'ye göre, somut olayda üst hakkının on yıl boyunca kullanılmaması sebebi ile irtifakın yarar arz etmediği hususuna dayanarak hüküm verilmemelidir; zira burada öncelikle irtifakın arz ettiği yararın özdeşliği ilkesine aykırı bir durum vardır. Hükmün özdeşlik ilkesine aykırılığa dayanılarak kurulması gerekir.

Uzun süre kullanılmayan irtifakın yeniden canlandırılması sadece hak sahibine bağlıysa, öğreti sicil dışı vazgeçme görüşünü ortaya atmıştır; ne var ki böyle bir halde, MK m. 785/f. I'e başvurulması daha uygun olacaktır⁴³².

3) İdari İrtifaktan Vazgeçilmesi Ve Yargıtay Uygulamasının Yarattığı Karışıklık

Kamulaştırma Kanunu'nun 21. ilâ 23. maddelerinde, idarenin kamulaştırmadan vazgeçmesi ve bu durumun sonuçları düzenlenmiştir. Bu çerçevede, kamulaştırmadan vazgeçen idarenin, eski malike ya da mirasçılara kamulaştırılan

⁴³¹ 5C.126/2004 = RNRF 86/2005, s. 307.

⁴³² Argul Grossrieder, *Extinction*, s. 153-154.

taşınmazı kamulaştırma amacına uygun kullanmayacağını, taşınmazı bir başka amaca tahsis etmeyeceğini ya da taşınmazı başka bir idareye devretmeyeceğini bildirerek geri alma hakkını kullanmalarını teklif etmesi gerekir. İdarenin eski malik ya da mirasçılarını geri alma hakkını teklif etme yükümlülüğü bulunur; bu hususta idareye bir takdir yetkisi tanınmamıştır⁴³³. Kamulaştırılan taşınmazın eski malikine iade edilmesi, aynı kamulaştırmadaki gibi kamu yararındandır. Bu şekilde, gerçekte kamu yararı bulunmayan durumlarda kamulaştırma yapılmasının önüne geçilir⁴³⁴.

Kamulaştırma Kanunu'nun 23. maddesi, belirli şartlar altında kamulaştırılan taşınmazın malikine taşınmazını geri alma imkanı tanımıştır⁴³⁵. Bu şartlar, kamulaştırma bedelinin kesinleşmiş olması⁴³⁶, bedelin kesinleşme tarihinden itibaren beş yıl geçmesi, idarenin bu beş yıl içinde kamulaştırma veya devir amacına uygun hiçbir işlem veya tesisat yapmaması ya da taşınmazı ihtiyaca tahsis etmeyerek olduğu gibi bırakması⁴³⁷ ve son olarak, malikin kamulaştırma bedelini tahsil ettiği tarihten itibaren işlemiş yasal faizi ile birlikte idareye iade etmesidir. Aynı zamanda, geri alma hakkı bir hak düşürücü süreye bağlanmıştır; şartlarının oluşmasından itibaren bir yıl içinde kullanılmayan geri alma hakkı düşer⁴³⁸. Eski malikin, geri alma hakkını kullanması ihtiyaridir; istemediği takdirde, idare tarafından geri alma hakkını kullanmaya zorlanamaz⁴³⁹.

⁴³³ Turan Yıldırım, "Kamulaştırmadan Vazgeçme", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, C. 9, S. 101-102, 2013, s. 14.

⁴³⁴ Eren Solmaz, **Kamulaştırma Hukukunda Malikin Geri Alma Hakkı**, İstanbul, XII Levha, 2016, s. 21.

⁴³⁵ Her durumda malikin kamulaştırılan taşınmazını belli şartların oluşması halinde geri alma yetkisi bulunmaz. KamK m. 3/f. II, m. 12/f. VI, 1164 sayılı kanun, 775 sayılı kanun ve 6001 sayılı kanun geri alma hakkının kullanılmayacağını öngörmektedir.

⁴³⁶ Kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinin aranmasının, Kamulaştırma Kanunu'nun hükümleri arasında düzensizliklere sebep olduğu ifade edilmiştir. KamK m. 22 gereği beş yıllık süre, kamulaştırmanın kesinleşmesinden itibaren başlamaktadır. Ama geri almaya ilişkin KamK m. 23 kamulaştırma bedelinin kesinleşmesini aramaktadır. Beş yıllık sürenin başlangıcı, kamulaştırma bedelinin kesinleşmesine bağlandığında, bedel davalarının sonuçlanacağı süre farklı olacağından geri alma hakkının doğum anı da farklılaşacak; yeknesak bir uygulama yapılamayacaktır. Taşınmazın idarenin mülkiyetinde kaldığı süre her davada artıp azalacaktır. Solmaz. s. 92-93. Bedelin kesinleşmesi tescilden sonra uzun süre alabildiğinden, idarece taşınmazın olduğu gibi bırakılmış olması gereken beş yıl kuralı çelişki yaratmaktadır. Beş yıllık sürenin tescil tarihinden itibaren başlatılmasının daha doğru olacağı yönünde bkz. Solmaz. s. 94-95.

⁴³⁷ Tahsis amacının imkansızlaşması halinde beş yıllık sürenin dolmasının beklenmesi gerekmez. Yarg. HGK, 17.01.1979, E. 1977/5-381, K. 1979/9 (www.kazanci.com).

⁴³⁸ KamK m. 23/f. II.

⁴³⁹ Yarg. 5. HD., 02.05.1974, E. 1974/3723, K. 1974/3573 (www.kazanci.com).

İdarenin kamulaştırmadan vazgeçmesi üzerine, malikin geri alma hakkını kullanabilmesi için, idarenin taşınmaz üzerinde kamulaştırma amacına uygun hiçbir devir veya tesisat yapmamış olması veya taşınmazı bir kamu amacına tahsis etmeyerek olduğu şekilde bırakması lazımdır. Taşınmaz yine kamu ihtiyacından doğan, ama kamulaştırma amacından farklı bir ihtiyaca tahsis edilmiş ise, taşınmaz hakkında yine kamu yararını gözetilen bir işlem yapılmıştır⁴⁴⁰. Dolayısıyla, taşınmaz malikin geri alma hakkı bulunmaz. Ne var ki idarenin kamu yararı içermeyen özel bir amaç için taşınmazı kullanacak olması halinde ise, malikin derhal geri alma hakkını kullanabilmesi gerekir⁴⁴¹. Böyle bir halde, KamK m. 22 gereği iade ve devir prosedürüne başlanılmalıdır.

Kamulaştırma Kanunu'ndaki kamulaştırmadan vazgeçme ve geri alma imkanına ilişkin hükümlerin, bir taşınmazın mülkiyetinin kamulaştırılması ihtimali göz önünde tutularak düzenlendiği dikkati çekmektedir. Hükümlerde yer alan “mal sahibi”, “taşınmaz malın geri alınması”, “taşınmaz malın olduğu gibi bırakılması” ifadeleri, bu görüşümüzü destekler. Bununla beraber Yargıtay, arazisi üzerinde idari irtifak kurulan yüklü taşınmaz maliklerinin de KamK m. 22'ye kıyasen geri alma hakkından yararlanabileceklerine karar vermiştir. İdareye ödenecek geri alma bedelinin tespiti için, yüklü taşınmaz malikin irtifak süresi boyunca mülkiyet hakkını kullanmaması dolayısıyla uğradığı zararın belirleneceği de ifade edilmiştir⁴⁴².

Yargıtay'ın önüne gelmiş uyuşmazlıklardan birinde⁴⁴³, yüklü taşınmaz üzerinde enerji nakil hattı geçirilmesi için bir idari irtifak hakkı tesis edilmiştir. Bir süre sonra, nakil hattındaki tellerin kaldırılması ile irtifak yararsız kalmış; yüklü taşınmaz malikin talebi üzerine de yerel mahkeme, bedel ödemeye yer olmaksızın irtifak hakkının terkin edilmesine hükmetmiştir. Yargıtay, KamK m. 22'in kıyasen

⁴⁴⁰ Başpınar, **Müdahale**, s. 315. Böyle bir halde, kamulaştırmadan el atma hükümlerinin uygulanması sureti ile, taşınmazın başka amaca özgülenme tarihindeki bedel ile kamulaştırma bedeli arasındaki farkın malik tarafından idareden istenebileceğine ilişkin bkz. Tayfun Akgüner, Hasan Erman, “Kamulaştırmada Son Gelişmeler Ve Malikin Geri Alma Hakkı (İlginç Bir Karar)”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. I, S. 1-2, 2002, s. 18.

⁴⁴¹ Akgüner, Erman, s. 19; Solmaz, s. 96-97.

⁴⁴² Solmaz, s. 117.

⁴⁴³ Yarg. 18. HD., 07.02.2005, E. 2004/8756, K. 2005/493 (www.kazanci.com).

uygulanması gerektiğini bildirerek; ilgili maddenin şartlarının arasında kamulaştırma bedelinin iade edilmesinin olduğunu, bedel ödenmeksizin yüklü taşınmaz malikinin geri alma hakkını kullanamayacağını ortaya koymuştur. Başka bir uyuşmazlıkta ise⁴⁴⁴, yüklü taşınmaz malikinin arazisinden geçirilen enerji nakil hattının sökülmesi üzerine geri alma hakkını kullanabileceğine vurgu yapan Yargıtay, beş yıllık hak düşürücü sürenin geçmesi dolayısıyla irtifakın sona erdirilemeyeceğine karar vermiştir.

Yargıtay'ın, kamulaştırma sonucu bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkına son verilmesi ve daha sonra idarenin kamulaştırmadan vazgeçmesi ihtimaline göre düzenlenmiş hükümleri idari irtifak haklarına da uygulaması kanaatimizce haksızdır ve hukuk sistemi dahilinde çelişkiye sebep olacak sonuçlar doğurmaktadır. İdari irtifakların kurulma usulü, idare hukuku kurallarına tâbi olmakla beraber, bu hakların kurulmasından itibaren Medeni Kanun'daki irtifak hükümlerinin uygulanması gerekir⁴⁴⁵. İrtifak hakkının arz ettiği yararın sona ermesi, hakkın varlık sebebinin kaybettiği anlamına gelir. Böyle bir durumda ise MK m. 785/f. I uygulanmalıdır. Varlık sebebinin kaybeden irtifak hakkın ayrıca sona erdirilmesi için bir bedel ödenmeyeceği gibi, durumun tespiti ve tapu sicilinden terkin işleminin yaptırılması herhangi bir süreye bağlı değildir.

İdarenin tamamı ile kamulaştırılmış taşınmaz bakımından kamulaştırmadan vazgeçmesi halinde, eski malikin geri alma hakkını kullanmaması bu taşınmazın idarenin özel mallarına tâbi olması sonucunu doğurur. İdare, kamu yararının dışına çıkılsa dahi, bu taşınmazdan faydalanma imkanını sürdürebilecektir. Oysa idari irtifak hakkından vazgeçilmesi durumunda, Yargıtay önüne gelmiş somut olaylar da göz önüne alınır ise, irtifak hakkı hiçbir yarar sağlamamaktadır. İrtifakın yarar sağlamaması objektif bir olgudur ve herkes için geçerlidir. Dolayısıyla, idarenin kamulaştırma yolu ile kazandığı irtifak hakkının artık yarar göstermemesi halinde, bu irtifaktan başka bir amaç ile fayda sağlanması mümkün olmaz. Kaldı ki, bu yaklaşım irtifak haklarının gösterdiği yararın özdeşliği ilkesine de aykırıdır. Vazgeçilen idari irtifakın terkin edilmesi için, geri alma hakkının şartlarını aramak irtifak haklarına

⁴⁴⁴ Yarg. 5. HD., 11.11.2014, E. 2014/9612, K. 2014/25680 (www.kazanci.com).

⁴⁴⁵ Bkz. yukarıda İkinci Bölüm I. B. 2. İdari Karara Dayanan İrtifaklara Uygulanması.

ilişkin hiçbir ilke ile uyuşmadığı gibi, gereksiz yüklerden kurtulması istenen mülkiyet hakkının haksız biçimde zedelenmesine de sebep olur.

b. İrtifak Hakkının Bağlı Olduğu Bozucu Şartın Gerçekleşmesi İle İlişkisi

1) İrtifak Hakkının Bozucu Şarta Bağlanmasına İlişkin Türk Ve İsviçre Hukuklarındaki Farklı Yaklaşımlar

İrtifak hakkının varlığı, geciktirici bir şarta bağlanamaz⁴⁴⁶; başka bir deyişle, söz konusu şart ya da vade gerçekleştiğinde irtifak hakkının doğacağı kabul edilemez. Aksi bir görüş, tapu sicilinin açıklığı ve tapu siciline güven ilkelerini ciddi olarak zedeler⁴⁴⁷. TST m. 16/f. II'deki irtifak hakkının tescili talebinin şarta bağlanamayacağı düzenlemesi de bu hususa temas etmektedir. Diğer taraftan irtifakın tescilinin şarta bağlanması yasağı, tapu sicilindeki açıklık ve tapu sicilindeki güven ilkeleri çerçevesinde gözetilen aynı etkili hükümler bakımından uygulama alanı bulur. Yoksa irtifakın tescili borcu dahil olmak üzere⁴⁴⁸, irtifak sözleşmesinden kaynaklanan kişisel nitelikli borçların tarafları, mirasçıları ve borcu üstlenenleri etkileyecek biçimde geciktirici şart ya da vadeye bağlanmasının önünde bir engel yoktur⁴⁴⁹. Kişisel nitelikli hükümler için öngörülen bozucu şartın gerçekleşmesi ile

⁴⁴⁶ Taşınırları konu alan intifa sözleşmeleri bakımından bu ilke geçerli değildir. İntifa sözleşmesinde bozucu şart kararlaştırılabilir; şartın gerçekleşmesi ile intifa hakkı kendiliğinden sona erer. Bu farklılık, taşınırlarda zilyetlik devrinin yeterli açıklık sağlanmasından kaynaklanmaktadır. Gürsoy, Eren, Cansel, s. 853.

⁴⁴⁷ Galland, **Contenu**, s. 22-23; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 759; Kocabaş, s. 75; D. Zobl, s. 159. Bununla birlikte ilgili yasağın, intifa hakkı bakımından sadece bozucu şartlar için söz konusu olduğu, yoksa geciktirici şarta bağlı intifa hakkı tesis edilebileceği görüşü için bkz. Özen, s. 24-25, dn. 52.

⁴⁴⁸ Tapu Sicil Müdürlüklerince Düzenlenen Resmi Senetlere İlişkin Usul ve Esas Hakkında Yönetmelik'in 11. maddesinin 2. fıkrası, resmi senede tescili hükümsüz kılıcı kayıt ve şart yazılamayacağını düzenlemektedir. Aynı yönetmeliğin resmi senetlerin içeriğini düzenleyen 7. maddesi, "tasarrufi işleme yönelik tescil talebini içeren irade beyanları"nın da bu resmi senette yer alacağını bildirmektedir. Salt bir sözleşmesel hükmün de doğrudan tescili etkileyemeyeceği düşünüldüğünde; ilgili hüküm TST m. 16/f. II ile birlikte okunmalı ve tapu sicil müdürlüklerince düzenlenen resmi senetlerde yer alan tescil taleplerinin şarta bağlanamayacağı sonucuna varılmalıdır.

⁴⁴⁹ **BSK-Petitpierre**, art. 734 ZGB, N. 5; Alexandra Farine, "La constitution conditionnelle d'un usufruit immobilier", **Transmission du patrimoine, questions choisies: Contributions à l'honneur de Paul-Henri Steinauer à l'occasion de ses cinquante ans**, Fribourg, Editions universitaires, 1998, s. 143; Galland, **Contenu**, s. 23; Isler, s. 90; D. Piotet, **Traité**, s. 92;

aynı hak kendiliğinden sona ermez⁴⁵⁰. Bozucu şartın gerçekleşmesi ile, irtifak hakkı sahibi terkin talep etme borcu altına girer. Eğer irtifak hakkını sona erdirme borcunu ifa etmezse, kıyasen MK m. 716 uygulama alanı bulur ve hakimın kararının irtifak hakkı sahibinin terkin beyanı yerine geçmesi sureti ile irtifak hakkı sona erdirilir⁴⁵¹.

İrtifak hakkını kurucu sözleşme ile, hakkın tesisinden sonraki aynı ilişkiyi etkileyecek şekilde, bazı aynı etkili hükümlerin geciktirici şarta bağlanması mümkündür. Ne var ki bu aynı etkili hükümler irtifakın varlığını değil, kullanılmasını ilgilendirecektir. Burada şart, irtifakın varlığını değil, içeriğini ilgilendirmektedir; bu sebeple de geçerlidir. Örnek vermemiz gerekirse, bir geçit irtifakının sadece nehrin taşması sebebi ile hak sahibinin başka bir yolu kullanmaktan mahrum kaldığı zamanlarda kullanılacağı ya da yol buzlandığında kullanılmayacağı kararlaştırılabilir. İrtifakın kurulması ya da sona erdirilmesini ilgilendirmeyen, sadece kullanım şeklini düzenleyen bu geciktirici şart ya da vadeler, hakkın kullanımını bir süre kesintiye uğratmaları sebebi ile aynı etkilidir; bu sebeple de tescilden anlaşılabilirler gerekir⁴⁵².

İrtifak hakkının bozucu bir şarta bağlanması özel olarak incelenmelidir. Türk hukuku bakımından bir inceleme yapılırken, öncelikle TST m. 16/f. II'deki yasağın bozucu şartları da kapsadığı ve irtifak hakkının tescilinin bozucu şarta bağlanamayacağı göz önünde bulundurulmalıdır.

Bozucu şartın, irtifak hakkının varlığını etkilemesine şüphe ile yaklaşılmaktadır. İrtifakın süreye ya da bozucu şarta bağlanmasının pratik ihtiyaçlara cevap verebileceği ve TST m. 16/f. II'deki yasağın yorum yolu ile sınırlı aynı hak tescillerindeki geciktirici ve belirsiz bozucu şartlara özgülenebileceği ifade edilmiştir⁴⁵³. Yine de tapu sicilinin açıklığı ilkesine önem atfedilerek, üçüncü kişilerin sicil dışı araştırma yükümlülüğü altına sokulmamaları gerektiği

Simonius, Sutter, **Bd. II**, s. 47; Lâle Sirmen, **Türk Özel Hukukunda Şart**, Ankara, BATİDER, 1992, s. 106-107; Tekinay, **II/3**, s. 56.

450

Gürzumar, s. 172; Sirmen, **Şart**, s. 106.

451

Borçlandırıcı işlemin bağlı olduğu bozucu şartın gerçekleşmesi ile malike dönme hakkının tanınması gerektiği ve malikin dönme bozucu yenilik doğuran hakkının geciktirici şarta bağlı olduğuna ilişkin farklı bir görüş için bkz. Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 673-674.

452

Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 94; Galland, **Contenu**, s. 29.

453

Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 569; Özakman, s. 54. Bozucu şartın gerçekleştiğinin tapu sicilinden anlaşılabilir olması halinde, bozucu şarta bağlı irtifak haklarının tescilinin kabul edilebileceğine ilişkin görüş için bkz. Ünal, **Kavram**, s. 1748

bildirilmektedir⁴⁵⁴. Bununla birlikte, hukuk düzenimizin art mirasçı atama ya da bağışlayana dönme koşullu bağışlama⁴⁵⁵ imkanları ile, aynı hakkın bozucu şartta mutlak bir biçimde bağlanamayacağını öngörmediğine de dikkat çekilmektedir. Dolayısıyla, bozucu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tapu sicilinden anlaşılması halinde, şartta bağlı irtifak hakkının tesis edilebileceği sonucuna varılmaktadır⁴⁵⁶.

İsviçre hukukundaki irtifak hakkının bozucu şartta bağlanamayacağına ilişkin eski görüş⁴⁵⁷ terk edilmiştir; şartın gerçekleştiği şüpheye yer bırakmadan kolayca belirlenebilecek ise irtifak hakkının bozucu şartta bağlanabileceği öğretisi ve yargı kararlarında baskın olarak savunulmaktadır⁴⁵⁸. Örnek olarak, Federal Mahkeme içtihadında bir boşanma protokolü çerçevesinde eski eş lehine tanınan oturma hakkının, bu kişinin sonradan yeniden evlenmesi halinde sona ereceğine ilişkin bozucu şartı kabul etmiştir⁴⁵⁹. Bozucu şartın gerçekleşmesi hakkı sona erdirmeye yetmiyor ve belli bir prosedürün izlenmesi aranıyorsa, hukuki sebepte bu prosedüre de yer verilmelidir⁴⁶⁰. Tapu kütüğünden irtifakın bir bozucu şartta bağlandığı

⁴⁵⁴ Özakman, s. 54-55.

⁴⁵⁵ Bağışlayana dönme koşullu bağışlamalarda bozucu şartın kişisel etkili olduğuna ilişkin farklı görüş için bkz. Mustafa Alper Gümüş, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C. I, 3. Bası, İstanbul, Vedat, 2013, s. 215.

⁴⁵⁶ Özakman, s. 55-56. İrtifak hakkının tescilinin bozucu şartta bağlanmış olması halinde işlemin tamamı ile hükümsüz olduğu, kısmi hükümsüzlüğün dahi uygulanamayacağına ilişkin karşıt görüş için bkz. Sirmen, **Şart**, s. 115.

⁴⁵⁷ **BK**-Leeman, art. 779 ZGB, N. 26; Isler, s. 91-92; Mugglin, s. 62; P. Piottet, **Traité**, s. 38; Riemer, **Baurecht**, s. 28. Üst hakkının bozucu şartta bağlanmasının tapu sicilinin açıklığı ilkesine aykırı olduğuna ilişkin bkz. ATF 52 II 27 = JdT 1926 I 521.

⁴⁵⁸ **BSK**-Müller, art. 749 ZGB, N. 4; **BK**-Rey, art. 730 ZGB, N. 134; Eggen, **Kontroversen**, s. 135; H. Pfister, s. 369-370; **ZK**-Liver, art. 730 ZGB, N. 71-72; D. Zobl, s. 159. Şartın varlığının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için tescile yansıtılması, ya da en azından tescildeki bir anahtar kelime ile hukuki sebebe atıfta bulunulması gerektiğine ilişkin bkz. **CR**-Argul, art. 730 CC, N. 6.

⁴⁵⁹ ATF 106 II 329 = RNRF 64/1983, s. 300. Somut olayda, evli çift boşanırlarken, kocanın malik olduğu aile konutu üzerinde karısı lehine oturma hakkı tanınmıştır. Hakkın kadının tekrar evlenmesi halinde sona ereceği kararlaştırılmıştır. Tapu sicil memuru bu irtifakı tescil etmeyi reddetse de, Federal Mahkeme oturma hakkının zaten hak sahibinin hayatı ile sınırlı olduğunu ve tapu sicilini kontrol eden birinin bu yönü ile hakkın sona erip ermediğini bilemeyeceğini ifade ederek yeniden evlenmeme şartının ölümünden daha farklı bir hukuki durum doğurmayacağına ve hakkın ayakta olup olmadığını merak eden ilgili kişinin, kişisel durum sicillerinden kolayca şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini öğrenebileceğine ve bu sebeple ilgili şartın tescilinin tapu sicilinin açıklığı ilkesine aykırı olmadığına hükmetmiştir.

⁴⁶⁰ ATF 115 II 213 = RNRF 71/1990, s. 51. Somut olayda X, evleneceği Y'ye evlendikleri günden itibaren hüküm doğuracak şekilde bir oturma hakkı tanımak istemektedir. Oturma hakkı ayrılık, boşanma ya da malikin hak sahibinden önce ölmesi ve hak sahibinin yeniden evlenmesi ihtimallerinde sona erecektir. Şayet malik 1 Ocak 1993, 1998, 2003 ya da 2008'den önce ölürse, oturma hakkı ölümünden itibaren iki, üç, dört ya da beş yıl uzatılacaktır. Bu dönem kaçırılmış ise, oturma hakkı yine de kendiliğinden sona ermeyecek, yeni malik hak sahibine

anlaşılabilirliktir; zira tescile yansıtılmayan bozucu şart⁴⁶¹ aynı etkiye kavuşmaz, sadece tarafları bağlar. Bununla birlikte sadece intifa ya da oturma hakkı gibi devredilemeyen ya da miras ile geçmeyen irtifakların tescillerinin bozucu şarta bağlanabileceği, bu durumun genelleştirilmemesi gerektiği de ifade edilmişse de⁴⁶², İsviçre hukukundaki baskın eğilim her türlü irtifakın bozucu şarta bağlanabileceği şeklindedir⁴⁶³.

Bozucu şartın tapu kütüğünde yer alması gerekse de, gerçekleştiğinin sicilden anlaşılması aranmamaktadır. Bu çerçevede intifa hakkının hak sahibinin ölümü ile sona ermesi ile bir karşılaştırma yapılmaktadır; zira, intifa hakkının bozucu şarta bağlanması ile hak sahibinin ölümü sureti ile kanunun öngördüğü sona erdirici vadeye bağlanmış olması halleri arasında bir fark bulunmaz⁴⁶⁴. İntifa hakkı hak sahibinin ölümü ile sona ermektedir; oysa, ölüm olgusu tapu sicilinden anlaşılmaz. Yine de şartın gerçekleşmesinin şüpheye yer bırakmaksızın, kolayca belirlenebilir olması gerekmektedir⁴⁶⁵. Kamuya açık olan resmi sicillerden bozucu şartın gerçekleşip gerçekleşmediği öğrenilebilecek ise, hakkın geçerli olarak bozucu şarta

taşınmaz boşaltması için 12 aylık bir mehil tanıyacak ve terkin, oturma hakkı sahibinin öngörülen 500.000 Frank+ÜFE tutarındaki tazminatı aldığı beyan etmesi üzerine gerçekleştirilecektir. Tapu sicil memuru, söz konusu irtifakın tescili talebini reddetmiştir. Federal Mahkeme, tarafların oturma hakkını kurucu sözleşmeyi akdettikten beş gün sonra evlendiklerini saptayarak, bozucu şartlara uygun bir tescilin yapılmasına hükmetmiştir. Yeniden evlenmeme şartı, ölüm şartından daha ileri düzeyde bir araştırma gerektirmemektedir. İkisi de aynı sicile bakılarak tespit edilecektir. Açıklık ilkesinin sadece tapu sicilinin incelenmesi ile yerine gelebileceğini ileri sürmek abartılı bir yorumdur. Önemli olan, bozucu şartın gerçekleştiğinin ikileme neden olmadan veya takdir ya da yorum gerektirmeksizin anlaşılabilir olmasıdır. Somut olayda malikin erken ölümü üzerine hak sahibinin ne kadar süre daha hakkından yararlanabileceği açık kıstaslara bağlanmıştır. Mehil ve tazminatın nasıl hesaplanacağı problem yaratabilirse de, oturma hakkı devredilmez bir hak olduğundan hak sahibi üçüncü kişinin hakkının zedelenmesi durumu ile karşılaşmaz. Şartların gerçekleşmesi durumunda tapu sicil memuru da fazladan bir denetleme yükümlülüğü altında değildir; bir ihtilaf halinde, denetlemeyi hakim yapacaktır. Bu sebeplerle irtifakın mevcut hali ile tescili kabul edilmelidir.

⁴⁶¹ İntifa hakkının bozucu şarta bağlanabilmesi için, şartın tapu kütüğünde beyanlar hanesine yazılması gerektiğini ortaya koyan bir görüş bulunmaktadır. Farine Fabbro, **Usufruit**, s. 124. Biz bu görüşe katılmamaktayız. Bozucu şarta bağlanabilecek bir tescilin varlığı kabul edilebilirse, bir anahtar kelime ile yeterli açıklığın sağlanması ya da irtifakı kuran hukuki işleme yönlendirilmesi lazımdır.

⁴⁶² Farine, s. 147.

⁴⁶³ Rey, **Funktionen**, s. 268. Yine de tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilecek bağımsız ve sürekli irtifak haklarının bozucu şarta bağlanmaması gerektiği ifade edilmektedir. Rey, **Funktionen**, s. 268.

⁴⁶⁴ Farine Fabbro, **Usufruit**, s. 127; Germann, s. 150-151. Yine de bu suretle tapu sicilinin açıklığının, üçüncü kişilerin şartın gerçekleştiğini bilip bilmemeleri açısından tartışmalı hale geldiğine ilişkin bkz. Simonius, Sutter, **Bd. II**, s. 53.

⁴⁶⁵ **BSK-Petitpierre**, art. 734 ZGB, N. 6; Farine, s. 146; Galland, **Contenu**, s. 25-26.

bağlandığı kabul edilmektedir⁴⁶⁶. Ek olarak, resmi sicillerdeki belgenin tartışma ya da yoruma kapalı olması gerektiği de ifade edilmektedir⁴⁶⁷. Bununla beraber, kolayca erişilebilirlik kavramını geniş yorumlayarak sadece resmi sicillere hasredilmemesini, kamu ile paylaşılan her çeşit bilginin bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koyan bir görüş de bulunmaktadır⁴⁶⁸. Şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini öğrenmek için hak sahibi, yüklü taşınmaz maliki ya da eski hak sahibinden bir belge isteyecek ise, bozucu şart kolayca belirlenebilir değildir. Böyle bir ihtimalde irtifak hakkının bozucu şarta bağlanması kabul edilemez⁴⁶⁹.

İsviçre hukukunda, tarafların bu çerçevede karşı edim ifa edilmediği takdirde irtifak hakkının sona ereceği hususunda anlaşmaları tartışma konusu yapılmaktadır. Kamu ile paylaşılan herhangi bilginin bozucu şartın gerçekleşmesinin tespitinde yeterli olduğunu savunan yazarlara göre⁴⁷⁰, karşı edimin ifa edilmediği şüpheye yer bırakmayacak şekilde anlaşılabilir ve üçüncü kişinin özel bir izin gereksizinin ifanın yerine getirildiği ya da getirilmediği hususunu öğrenmesi mümkün kılınabilir ise, bu bozucu şart geçerli sayılmalıdır. Yine de bu görüş uyarınca⁴⁷¹, üst hakkının süresinden önce devir istemini düzenleyen hükümler ile bu bozucu şart birlikte uygulanamaz; zira, üst hakkına ilişkin söz konusu hükümler emredici niteliktedir.

Bozucu şartın gerçekleşmesi ile aynı hak kendiliğinden ve ileri etkili olarak sona erer ve taşınmaz maliki, irtifak hakkının terkinini tapu sicil memurundan talep eder⁴⁷².

⁴⁶⁶ BSK-Petitpierre, art. 734 ZGB, N. 6; Rodondi, s. 151; Steinauer, **T. II**, N. 2197a; M. Zobl, s. 65.

⁴⁶⁷ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 107-108.

⁴⁶⁸ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 108; Galland, **Contenu**, s. 26; Mooser, **Fin**, s. 351, dn. 46; Mooser, **Habitation**, s. 198; D. Piotet, **Traité**, s. 130.

⁴⁶⁹ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 109 vd. İrtifak hakkı, gerçekleşeceği şüpheye yer bırakmayacak şekilde ve kolayca belirlenemeyecek bir bozucu şarta bağlanmış ise, şart aynı etki doğurmayacaktır. İrtifak hakkını kuran sözleşme ise, kısmi hükümsüzlük hükümleri çerçevesinde, bozucu şart olmasa idi, sözleşme yine de akdedilebilecek ise ayakta tutulacaktır.

⁴⁷⁰ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 111; Mooser, **Habitation**, s. 202, dn. 307.

⁴⁷¹ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 111, dn. 434.

⁴⁷² Besson, **Révision**, s. 267; BSK-Schmid, art. 976a ZGB, N. 6-7; Deschenaux, **Traité**, s. 270, dn. 49; Farine, s. 147-148; Farine Fabbro, **Usufruit**, s. 130; Mooser, **Habitation**, s. 237. Böyle bir durumda, İsvMK m. 975 (MK m. 1025)'in uygulanması gerektiğine ilişkin farklı görüş için bkz. Simonius, Sutter, **Bd. I**, s. 212.

2) İrtifak Hakkının Bozucu Şarta Bağlanmasının MK m. 785 İle İlişkisi

Türk hukukunda tescil, bozucu şarta bağlanamaz. Ancak, yararın tanımlanması doğru bir şekilde yapılır ise, tescilin şarta bağlanamayacağı engelinin aşılabileceğini düşünüyoruz. MK m. 787 mülkiyet ve rehin haklarının tesciline oranla, irtifaklar için bu esnekliği sağlamaktadır. Şöyle ki, hükümde irtifak hakkının kapsamının tescilin sınırları içinde belirleneceği öngörülmüştür. Yararın sınırları sözleşme ile çizilip tescile yansıtıldığında, bu yararın varlığı tescil üzerinde bozucu şart ile çok benzer bir etki gösterecektir.

Bu surette, hakkın bozucu şarta bağlanmasının MK m. 785 ile ilgisini ortaya koyan ilginç bir Federal Mahkeme kararını anmak gerekir. Karara konu olan uyuşmazlıkta⁴⁷³, Kurhaus Rosenloui AG. Rosenloui Oteli ve eklentilerini Ernst Kehrlı'ye satmıştır. Aynı zamanda satılan taşınmaz lehine iki irtifak hakkı tesis edilmiştir: İlki, otelin otopark işletebilmesi için Rosenloui çayırı üzerinde bir kullanım hakkı; ikincisi ise adı geçen çayır üzerinde, Kehrlı lehine bir ticari işletme kısıtlaması irtifakı. Söz konusu irtifak uyarınca, Kehrlı'nin izni olmadıkça çayır üzerinde başka bir otel işletilmeyecektir; ancak, yararlanan taşınmaz üzerindeki otel faaliyetleri kalıcı olarak durur ise, bu işletme kısıtlaması irtifakı sona erecek ve yüklü taşınmaz maliki tapu sicilinde irtifakın terkinini isteyebilecektir. Tapu sicil memuru, kullanma hakkının içeriğinin belli olmamasını, işletme kısıtlaması irtifakının da şarta bağlanamayacağını gerekçe göstererek tescil taleplerini reddetmiştir.

Federal Mahkeme, irtifakın şarta bağlanarak kurulmasının kabul edilemeyeceğini bildirdikten sonra⁴⁷⁴, tarafların irtifakın konusunu net bir biçimde belirleyerek her yeni malikin ciddi bir değişiklikte MK m. 785'e başvurmasının yolunun açılabileceğini ifade etmiştir⁴⁷⁵. Otelin faaliyetlerinin kalıcı bir biçimde

⁴⁷³ ATF 87 I 311 = JdT 1962 I 237.

⁴⁷⁴ Mahkeme, kullanım hakkına ilişkin olarak ise, tapu sicil memurunun tescilden kaçınmasını haksız bulmuştur. Mahkeme'ye göre, taraflar ileride ortaya çıkacak ihtiyaçları çerçevesinde irtifak hakkını şekillendirebilirler. Gelecekteki malikler de irtifak sözleşmesine bakarak, otelin kullanım ihtiyacı arttıkça kendi kullanma yetkilerinin azalacağını göreceklerdir. Bunun için irtifak sözleşmesinin değiştirilmesi gerekmez.

⁴⁷⁵ Ayrıca bkz. Galland, **Contenu**, s. 27.

durması ise tartışmaya açık bir husus olduğu için, bu amaç belirlenmesinde yeterli açıklık sağlamaz.

B. Yararın Azalması

1. Yararın Azalması Sebebi İle İrtifak Hakkının Sona Ermesinin Düzenlenme Gerekçesi

Hakim kararı ile irtifak haklarının sona erdirilmesini öngören MK m. 785'in, ilk fıkrası itibari ile bir hukuk politikası seçimi olduğu ve bu suretle Roma hukuku sistemlerinde öngörülen sona erdirici zamanaşımı ile *usucapio libertatis* kavramlarının reddini ifade ettiği yukarıda açıklanmıştır⁴⁷⁶. Ne var ki madde ile getirilen asıl yenilik, Roma hukuku ya da komşu hukuk sistemlerinde bulunmayan ve irtifak hakkının arz ettiği yararın azalması sonucunda hakkın hakim kararı ile sona erdirilebileceğini düzenleyen ikinci fıkradır.

Maddenin temelinde hakkın kötüye kullanılmasının engellenmesi değil; mülkiyet hakkının korunması düşüncesi bulunur. MK m. 785/f. II, mülkiyet özgürlüğünün korunmasına yönelik bir eşya hukuku aracıdır⁴⁷⁷.

2. Yararın Azalmasının Kriterleri

Medeni Kanun'un 785. maddesinin ikinci fıkrası, “[y]üküne oranla çok az yarar sağlayan bir irtifak hakkının, bedel karşılığında kısmen ya da tamamen” terkininin istenebileceğini düzenlemektedir. İrtifakın, bedel karşılığında hakim kararı ile sona erdirilebilmesi için, yüküne oranla çok az yarar sağlaması aranmaktadır. Maddeyi karşılayan İsvMK m. 736/f. II'nin Fransızca metninde, yararın azalması anılır iken, Almanca metinde yüklü taşınmaza dengesizce külfet getirilmesi vurgulanmaktadır. MK m. 785/f. II düzenlemesi de yüküne oranla çok az yarar sağlayan irtifakları düzenleyerek, mehzaz kanunun Almanca metnine yaklaşmaktadır.

⁴⁷⁶ Bkz. İkinci Bölüm III. A. 1. Yararın Kalmamasının Düzenlenme Gerekçesi.

⁴⁷⁷ Simonius, Sutter, **Bd. II**, s. 77. Ayrıca bkz. Birinci Bölüm II. B. 2. b. 2) MK m. 785'in Düzenlenme Amacına İlişkin Kabul Edilen Görüş.

İki ifade arasındaki farklılık, İsviçre Federal Mahkemesi kararların yansımış ve Fransızca metne sadık kalan Mahkeme'nin, uzun yıllar boyunca MK m. 785/f. II'nin uygulama alanını kısıtlayan kararlar vermesine sebep olmuştur⁴⁷⁸. Mahkeme, sadece irtifakın arz ettiği yararın azalması halinde bu hükmün uygulanabileceğine ilişkin yerleşik içtihadından, 1981 yılında dönmüştür⁴⁷⁹. İrtifakın arz ettiği yararın azalması ile gösterdiği külfetin artması birbirinden farklı kavramlardır. Her ne kadar külfetin artması Fransızca metinde geçmese de, Mahkeme yüklü taşınmazın başka makul bir kullanım alanı yoksa ve yükün artması yüklü taşınmaz malikinin bir fiilinden kaynaklanmamışsa MK m. 785/f. II'nin uygulama alanı bulabileceğine hükmetmiştir.

Gerçekten de maddenin Almanca metni göz önüne alındığında, irtifak hakkının gösterdiği yararın azalması değil; irtifak hakkının ayakta tutulmasının gösterdiği menfaatin irtifak hakkının yüküne oranla orantısız olması vurgulanır. Böylece artık kabul edilmeyen eski görüşteki yazarların bildirdiklerinin aksine⁴⁸⁰, sadece irtifakın gösterdiği yararın azalması hali değil, irtifakın arz ettiği külfetin artması da MK m. 785/f. II'nin uygulanmasına imkan tanıyacaktır⁴⁸¹. Bütün bu değişiklikler sonucu, taşınmazdan makul yararlanma imkanları ortadan kalkmalı ve irtifak hakkının ayakta tutulmasındaki menfaat neredeyse yok denilecek kadar azalmalıdır⁴⁸². Sadece ilgili bölgedeki taşınmazların emsal bedellerinin artması ve irtifakın varlığı sebebi ile yüklü taşınmaz malikinin kendi taşınmazını bu artan emsal bedellerden faydalanarak satamayacak olması, MK m. 785/f. II'nin uygulanması için yeterli değildir⁴⁸³. Aynı şekilde, inşaat yapmama irtifakı tesis edildikten bir süre sonra bölge imara açıldığında, yüklü taşınmaz maliki büyük kâr elde edebilecek iken hiçbir şey

⁴⁷⁸ Bu kararlar için bkz. ATF 79 II 56 = JdT 1954 I 105; ATF 70 II 96 = JdT 1944 I 532; üzerinde şarap ticareti yapılan yüklü taşınmazın, ticari faaliyetin geliştirilmesi dolayısıyla yükün arttığı iddiasının reddine ilişkin olarak bkz. ATF 66 II 243 = JdT 1941 I 291. Son kararı değerlendiren Guisan da, İsvMK m. 736/f. II'nin dar yorumlanarak hakime gereğinden fazla takdir yetkisi tanınmamasını uygun görmüştür. François Guisan, "Note sur l'arrêt Wyss-Henggeler et cons. c. Fuchs et Cie", **JdT** 1941 I 302.

⁴⁷⁹ İchtihattan açıkça dönüldüğüne ilişkin bkz. BGE 107 II 331.

⁴⁸⁰ Akipek, Akıntürk, s. 664; Curti-Forrer, art. 736 ZGB, s. 558; Tuor, s. 549.

⁴⁸¹ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 164-165; Bertan, **C. II**, s. 1237; **BK-Leeman**, art. 736 ZGB, N. 10; **BSK-Petitpierre**, art. 736 ZGB, N. 13; Burdet, s. 46; Kaya Kızıllırmak, s. 865; Köprülü, Kaneti, s. 71; Liver, **Aufhebung**, s. 17; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2830-2831; D. Piotet, **Traité**, s. 94; Steinauer, **T. II**, N. 2275; Temperli, s. 145.

⁴⁸² Besson, **Suppression et adaptation**, s. 267; Rodondi, s. 132-133; Steinauer, **T. II**, N. 2275a; Temperli, s. 73.

⁴⁸³ 5C.213/2002 = RNRF 2004, s. 93.

yapamadığı gerekçesi ile MK m. 785/f. II kapsamında irtifakın sona erdirilmesini isteyemez. Federal Mahkeme'ye göre, irtifak zaten bölge imara açıldıktan sonra hak sahibine asıl menfaati arz edecektir⁴⁸⁴. Yine de durum, somut olayın şartlarına göre değerlendirilmelidir. İrtifakın varlığı sebebi ile yüklü taşınmaz maliki, bu hızlı şehirleşen bölgedeki taşınmazdan gereği gibi bir ekonomik fayda göremiyor ise, yükün artması sebebi ile irtifakın ayakta tutulmasının kabul edilemeyeceği sonucuna varılabilir⁴⁸⁵. Örnek olarak, irtifakın tesisi anında imara yeni açılmış bir bölgedeki taşınmaz inşaat yapmama irtifakı ile kayıtlanmış ancak, yılların geçmesi ile bu bölge hızla yapılaşarak şehir merkezi halini almış ise, üzerinde inşaat yapılamayan bu taşınmaz, şehrin toz ve gürültüsü nedeni ile tarıma da elverişli olmayacaktır. Yüklü taşınmaz maliki irtifakın varlığı sebebi ile arazisinden makul bir ekonomik yarar elde edemeyeceğinden, irtifakın arz ettiği yarar mevcut olsa dahi, külfetin çekilemez boyutlara ulaşması sebebi ile MK m. 785/f. II uygulama alanı bulabilecektir⁴⁸⁶.

Diğer taraf, irtifak hakkının arz ettiği yük ağırlaşmamış olsa da, hakkın kullanılması yüklü taşınmaz maliki için yıkıcı bir hale gelmiş ise tarafların menfaatleri arasında bir denge sağlanması ve MK m. 785/f. II'nin kıyasen uygulanarak hakim kararı ile irtifak hakkının sona erdirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁴⁸⁷. Aynı sonuca MK m. 2'deki dürüstlük kuralının uygulanması yoluyla da ulaşılabilecektir⁴⁸⁸. Yargıtay da, önüne gelmiş bir uyuşmazlıkta⁴⁸⁹, intifa hakkı

⁴⁸⁴ Yüklü taşınmaz üzerinde, imar kuralları gereği zaten yapı yapılamadığı dönemde kurulmuş bir manzara kapatmama irtifakının asıl yararını bölge imara açıldığı sırada göstereceğine ve sadece bölgedeki taşınmaz fiyatlarının artmasının tek başına irtifakın arz ettiği yükün artmış olduğu anlamına gelmeyeceğine ilişkin bkz. BGE 107 II 331.

⁴⁸⁵ Yargıtay önüne gelmiş bir uyuşmazlıkta, 1964 yılında onanan şehir imar planı göz önüne alınarak 10 numaralı taşınmaz üzerinde 11 numaralı taşınmaz lehine, yüklü taşınmazdaki Kuran kursunun estetik görünümünü bozmamak kaydıyla 261 m²lik kısım üzerinde otopark tanzimi ve kullanılması için bir irtifak tesis edilmiştir. 1964 tarihli şehir imar planına göre bu kısmın aslında yeşil alana ayrılması gerekirken bu hususun yerine getirilmediği, bu adanın tamamının ticari konut yapımına ayrıldığı ve 24 metre yüksekliğinde konut yapılabileceğini belirleyen Yargıtay, irtifak hakkının yüklü taşınmaz için arz ettiği külfet ile sağladığı menfaatin belirlenmesi gerektiğini bildirmiştir. Yarg. HGK, 28.03.1990, E 1990/14-73, K. 1990/202 (www.kazanci.com)

⁴⁸⁶ Hayvan otlatma irtifakı gibi dolaylı etkisi inşaat kısıtlaması olan irtifakların, ilgili bölgeden imar geçmesi üzerine yüklü taşınmaz maliki için orantısız bir külfet arz edeceği, bu sebeple MK m. 785/f. II gereği sona erdirilebileceği düşünülebilir. Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 167; Rodondi, s. 132.

⁴⁸⁷ **ZK-Liver**, art. 737 ZGB, N. 62-64.

⁴⁸⁸ Eschmann, s. 143; MK m. 786 uygulamasının yeterli olacağına ilişkin aksi kanaat için bkz. **BSK-Petitpierre**, art. 737 ZGB, N. 6.

⁴⁸⁹ Yarg. 14. HD., 22.02.2006, E. 2006/1277, K. 2006/1861 (www.kazanci.com).

sahibinin intifa hakkından kaynaklanan borçlarını yerine getirmemesi dolayısıyla intifa ilişkisinin yüklü taşınmaz maliki için ağır bir külfet oluşturduğuna, bu sebeple intifa hakkının bedel karşılığında sona erdirilebileceğine karar vererek bu görüşe yakın durmuştur.

Kişiyle kaim irtifaklar bakımından irtifakın ayakta tutulmasındaki menfaatin orantısız biçimde azalması daha esnek yorumlanmalıdır. Zira kişi ile bağlılık unsuru, bu irtifakların arz ettiği menfaatin niteliğini de etkilemektedir. Bu gibi hallerde çok sıkı bir nesnellik aramak, MK m. 785/f. II'nin uygulanmasını kişiyle kaim irtifaklar bakımından ciddi biçimde kısıtlayacaktır. Örnek olarak, oturma hakkı sahibi binayı ya da bir bölümünü malik ile birlikte kullanıyorsa ve oturma hakkı kurulduktan sonra hak sahibi, birlikte yaşamı çekilmez hale getirecek bir akıl hastalığı ya da başka bir hastalığa yakalanmışsa, malikin MK m. 785/f. II'ye başvurması kabul edilmelidir⁴⁹⁰. Benzer şekilde, her iki eş lehine de tanınan oturma hakkı, eşler boşansalar da hak sahipleri açısından bağımsız olarak devam edecektir. Böyle bir ihtimalde, boşanma protokolünde hangi eşin oturma hakkından yararlanmaya devam edebileceğine yönelik bir anlaşma var ise, oturma hakkını fiilen bir eş kullanabilecektir. Bu durumda yüklü taşınmazın maliki, oturma hakkını fiilen kullanamayacak eşe karşı MK m. 785/f. II'ye başvurarak hakkı sona erdirebilir⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ Mooser, **Habitation**, s. 259. Malik ile oturma hakkı sahibi binanın tamamı ya da bir bölümünü beraberce kullanıyorlar ise, yüklü taşınmaz maliki oturma hakkı sahibi ile birlikte yaşamının kendisi açısından irtifakı ağırlaştırdığını iddia ederek MK m. 785/f. II'ye başvuramaz; zira bu durum hakkın kurulma amacına aykırıdır. Yüklü taşınmaz maliki en fazla MK m. 824/f. I çerçevesinde, oturma hakkı sahibinin yeni kişisel ihtiyaçlarını gerekçe göstererek hakkın terkin edilmesi yolunu deneyebilir. Mooser, **Habitation**, s. 358-359. Diğer taraftan yüklü taşınmaz malikinin değişmesi halinde, malik ile oturma hakkı sahibi anlaşmıyorlar ise, oturma hakkı sahibi ile malikin birarada söz konusu meskeni kullanmaları mümkün olmayabilir. Böyle bir durumda oturma hakkının bağımsız hale dönüştürülmesi ya da oturma hakkını kuran sözleşmenin haklı sebeple feshedilmesi gündeme gelebileceği ifade edilmişse de (Gürsoy, Eren, Cansel, s. 887), her iki öneri de yeni yüklü taşınmaz malikinin tarafı olmadığı bir sözleşmeye müdahale edemeyeceği gerekçesi ile reddedilmelidir.

⁴⁹¹ Mooser, **Habitation**, s. 251-252. Bununla birlikte hakimin, boşanma davası sürerken, oturma hakkı çerçevesinde edinilen aile konutunun eşlerden birinin kullanımına bırakması, diğer eşin hakkının sona erdirilmesi için yeterli bir gerekçe sağlamaz. Aynı kurgu, intifa hakkı için de yapılmış; eşlerden sadece birinin fiilen intifa hakkı konusunu kullanacağı boşanma kararında yer almış ise, yüklü taşınmaz malikinin diğer eş adına olan tescilin terkinini MK m. 785 gereği isteyebileceği ifade edilmiştir. **CR-Farine Fabbro**, art. 748 CC, N. 24. Yazar, aksi takdirde intifa hakkından fiilen yararlanan eşin vefatı halinde, diğer eşin intifa hakkına konu taşınmazı kullanmaya devam edebilme riski olduğunu bildirmektedir. Kanaatimizce, aynı kurgunun intifa hakkı bakımından ileri sürülmesi kabul edilemez. Boşanma sonrasında, intifa hakkına sahip eşlerden biri intifa konusu taşınmazı fiilen kullanamayacak

Aynı zamanda, irtifak hakkının ayakta tutulmasındaki menfaati bu derece azaltan olayın, irtifakın kurulmasından sonra ortaya çıkması gerekir⁴⁹². Yoksa, irtifak hakkı tesis edilirken tarafların menfaatleri arasında bir dengesizlik bulunması, aynı ilişkiyi etkileyecek bir husus değildir. Diğer taraftan, irtifakın ayakta tutulmasındaki menfaatin orantısızlaşmasını tespit edebilmek için, yine yararın özdeşliği ilkesine başvurulur⁴⁹³. İrtifak değişen olaylar sonucunda hak sahibine, kurulduğu andaki yararı sağlamıyor ise, irtifakın sağladığı yarar ile gösterdiği külfet arasında bir orantısızlık bulunmasına rağmen doğrudan MK m. 785/f. I uygulanır ve hak, bedel ödenmesine gerek olmaksızın tapu sicilinden terkin edilir⁴⁹⁴.

İrtifak hakkının arz ettiği yarar ile gösterdiği külfet arasındaki orantısızlık, nesnel sebeplere dayanmalı ve yüklü taşınmaz malikince yaratılmamış olmalıdır⁴⁹⁵. İrtifakın bedel karşılığında sona erdirilmesine yol açabilecek nesnel sebeplere, mevzuatın değişmesi, teknik ve becerinin gelişmesi ya da doğal şartların değişmesi⁴⁹⁶ örnek gösterilmektedir⁴⁹⁷. Yüklü taşınmaz malikinden kaynaklanan ve MK m. 785/f. II'nin uygulanmasına yol açmayan sebepler ise, sırf estetik sebeplerle yüklü taşınmazdaki binada sadece düz çatı kullanılacağına bir irtifak ile kararlaştırılmasının yeni malikin estetik anlayışı ile uyuşmaması⁴⁹⁸ ve taşınmazı üzerinde bir tamirhaneye tanıdığı motor sürme ve park etmeye ilişkin irtifakın, yüklü

olsa da, bu taşınmazın semerelerinden yararlanma hakkına sahip olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Dolayısıyla taşınmazı fiilen kullanamayacak olan eşin, fiilen kullanan eşten semere alacağı olduğu müddetçe, hakkın kendisi için gösterdiği yararın azalması gündeme gelmez.

⁴⁹² Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 166; Besson, **Suppression et adaptation**, s. 266; P. Piotet, **Traité**, s. 61; Steinauer, **T. II**, N. 2274; Temperli, s. 73.

⁴⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm II. C. Yararın Özdeşliği İlkesi.

⁴⁹⁴ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 164.

⁴⁹⁵ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 166; Burdet, s. 51; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2830, dn. 181; Steinauer, **T. II**, N. 2275a; Temperli, s. 141. Federal Mahkeme'nin önüne gelen bir olayda, bir tarım işletmesi üzerinde geçit irtifakı tanınmıştır. Yüklü taşınmaz el değiştirmiş ve yeni malik, ev ve bahçe düzenini yenileyerek, ailesi ile taşınmaza yerleşmiştir. Yeni malik, ailesi için tehlike arz ettiği gerekçesi ile geçit irtifakının terkinini istemiştir. Federal Mahkeme, her ne kadar irtifakın arz ettiği yükün şartların değişmesi sebebi ile arttığını ifade etse de, yükün artmasının yüklü taşınmaz malikinin kendi değişiklik kararından kaynaklandığına, bu sebeple MK m. 785/f. II'nin uygulanmayacağına hükmetmiştir. ATF 5C.287/2001 (www.swisslex.ch).

⁴⁹⁶ Atlı arabaların yerini motorlu taşıtların alması gibi teknik gelişmeler karşısında gürültü yapmama irtifakının orantısız bir yük oluşturabileceğine ilişkin bkz. BGE 91 II 343.

⁴⁹⁷ Temperli, s. 141-142.

⁴⁹⁸ Temperli, s. 143.

taşınmaz malikinin evlenip taşınmazını çocukları için oyun alanına çevirmek istemesi şeklinde örneklendirilebilir.

Yararın azalmasının da kesin olması gerekir. Yargıtay'ın önüne gelmiş bir uyuşmazlıkta da⁴⁹⁹, 3 parsel sayılı taşınmaz üzerinde, 4 parsel sayılı taşınmaz lehine kuyudan yararlanma irtifakı bulunmaktadır. Yüklü taşınmaz maliki, yararlanan taşınmaz malikinin kendi taşınmazında da bir kuyu açtırması halinde aynı oranda su elde edebileceğini iddia ederek, kuyu açma masrafı bedel olacak şekilde MK m. 785/f. II gereği irtifakın sona erdirilmesini talep etmiş, yerel mahkeme de bu talebi kabul etmiştir. Yargıtay, bir varsayıma dayanarak hüküm kurulamayacağını ifade ederek yerel mahkemenin kararını bozmuştur⁵⁰⁰.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre⁵⁰¹, zamanla irtifaka bağlanan yapma borcu asıl edim ya da tek edime dönüşür ve yan edim irtifakın kullanımına değil de, irtifak hakkı sahibinin şahsına hizmet eder ise, yüklü taşınmaz maliki MK m. 785/f. II gereği bedel karşılığı irtifak hakkının sona erdirilmesini isteyebilecektir. Kanaatimizce bu görüşe katılmanın imkanı yoktur. Yan edim asli edim halini almış ve irtifakın önüne geçmişse akla gelebilecek ilk durumda irtifak yararını kaybetmiştir. Bu durum zaten MK m. 785/f. I'nin kapsamına girer. İrtifakın sona ermesi ile ona bağlı yan edim de kendiliğinden sona erer. İrtifakın hizmet ettiği menfaat ayakta olmak ile birlikte yan edim asli edime dönüşmüş ise, artık yan edimin salt kişisel borca uyarlanmasından söz etmek gerekir. Tapu sicilindeki yan edim tescili yolsuz hale geldiğinden, iyiniyetli üçüncü kişilerin kazanımının önlenmesi için tescilin MK m. 1025 uygulanarak hakim kararı ile düzeltilmesi gerekir.

3. Yararın Azalmasının Özel Uygulama Halleri

İrtifak hakkının yararının yüküne oranla azalmasının özel uygulama alanı olarak görülebilecek benzer kavramlar, MK m. 788'de düzenlenen irtifakın arz ettiği yükün ağırlaşması ve MK m. 791'de düzenlenen irtifak hakkının ilişkin olduğu yerin

⁴⁹⁹ Yarg. 14. HD., 13.06.1996, E. 1996/3864, K. 1996/4232 (Surlu, Öztürk, **Mecra**, s. 542).

⁵⁰⁰ Öngörülebilir bir gelecekte, yarar sağlamayan bir irtifakın yeniden yarar gösterebileceğine ilişkin makul bir olasılık bulunuyor ise, MK m. 785/f. I uygulanamasa da, f. II uygulama alanı bulabilir. D. Piotet, **Traité**, s. 90; P. Piotet, **Traité**, s. 60.

⁵⁰¹ **BK-Leeman**, art. 730 ZGB, N. 38.

değiştirilmesidir. Bu hükümlerin hangi çerçevede MK m. 785/f. II'nin özel uygulama hali sayılabileceğine yönelik açıklamalarımıza geçmeden önce, MK m. 785/f. II'nin bu hükümlere nazaran çok daha geniş bir uygulama alanı olacağına dikkati çekmek isteriz. Şöyle ki, MK m. 788'in uygulanabilmesi için, irtifakın arz ettiği yükün ağırlaşması gerekecek iken; MK m. 785/f. II yük ağırlaşmasa, sadece yarar azalsa da uygulanabilir. Aynı zamanda, MK m. 791 çerçevesinde irtifakın kullanıldığı yer değiştirilir iken, MK m. 785/f. II aynı zamanda hakkın bedel karşılığında tamamen sona erdirilmesini de öngörmektedir.

a. İrtifakın Arz Ettiği Yükün Ağırlaşması İle İlişkisi

Medeni Kanun'un 788. maddesi uyarınca, “[y]ararlanan taşınmazın ihtiyaçlarındaki değişiklik, yüklü taşınmazın irtifaktan doğan yükünü ağırlaştıramaz”. MK m. 788'in temelinde, irtifakın kurulduğu amaç bulunur. İrtifak hakkı, bu amacı gerçekleştirecek şekilde kullanılmalı; amacın ötesine geçen bir kullanım kabul edilmemelidir⁵⁰². Yine de, irtifakın kuruluş amacı çerçevesindeki öngörülebilir kullanım artışları, yükün ağırlaşması olarak kabul edilmez⁵⁰³. Böylece üzerinde bir otel binası bulunan taşınmaz lehine tesis edilen geçit irtifakından, otelin işlerinin gelişmesi sebebi ile geçecek kişi sayısının artacağı öngörülebilir bir olgudur. Yükün artışı öngörülemezse dahi önemsiz ise, bu artışlar kabul edilmeli ve MK m.

⁵⁰² CR-Argul, art. 739 CC, N. 5; Hans Fleischli, “Die Mehrbelastung nach Art. 739 ZGB”, **Universität Freiburg**, Dissertation, Freiburg, 1980, s. 36; **OFK**-Pellascio, art. 739 ZGB, N. 3. Yükün ağırlaştığının tespitinde, irtifakın kurulduğundaki amaç dikkate alınır. ATF 122 III 358 = JdT 1998 I 55. Yararlanan taşınmazda bir çiftlik evi varken, bu çiftliğin işletmesine hizmet eden geçit irtifakının, bu çiftlik evinin iki ailenin oturacağı bir konut ve garaja çevrilmesi ile başlangıçtaki yararını kaybettiğine ilişkin bkz. ATF 117 II 536 = JdT 1993 I 333.

⁵⁰³ Köprülü, Kaneti, s. 83; Saymen, Elbir, s. 454; Wieland, art. 739 ZGB, s. 506. Federal Mahkeme'nin önüne gelmiş bir olayda, yararlanan taşınmazın yeni malikleri, geçitin kullanıldığı yerin 2,3 metre genişliğinde olduğunun tespiti için dava açmışlar; her iki yanından 20 cm'lik bir alanın boşaltılarak geçit genişliğinin 2,7 metreye çıkartılmasını istemişlerdir. Yerel mahkemenin talebi reddetmesi üzerine Federal Mahkeme, irtifak sözleşmesinde geçidin özellikleri bildirilmediğini, bu durumda irtifakın içeriğinin yararlanan taşınmazın ihtiyaçlarına göre belirleneceğini ifade etmiştir. Her ne kadar değişen ihtiyaçlar sebebi ile irtifak yükü ağırlaştırılmayacak olsa da, taraf iradesine dayanmayan teknik gelişmeler İsvMK m. 739 (MK m. 788) çerçevesinde değerlendirilemez ve bu gelişmeler çerçevesinde irtifak yükünün ağırlaştırılması istenebilir. İrtifak hakkı, yararlanan taşınmazdaki tarım işletmesi için tesis edilmiştir ve tesis anında, 2,5 metrelik bir genişlik, tarım araçlarının geçmesi için yeterlidir. Gelişen teknolojiler ile, tarım araçlarının genişliği 2,7 metreye çıktığından Mahkeme, yüklü taşınmazda 2,7 metrelik bir geçit imkanı tanınması gerektiğine; geçit güzergahındaki çitin 20'şer cm içeri çekilmesine ve bitkilerin kesilmesine hükmetmiştir.

788 çerçevesinde değerlendirilmemelidir⁵⁰⁴. Bununla birlikte, yararlanan taşınmaza ilişkin değişiklikler ve irtifaktan yararlanan kişi çevresine ilişkin değişiklikler sebebi ile irtifak hakkının arz ettiği yükün ağırlaştırılması kabul edilemez.⁵⁰⁵

İrtifak yükündeki kuruluş amacı çerçevesinde öngörülebilir ya da önemsiz artıştan başka, kanundan doğan irtifaklar da MK m. 788'in uygulama alanına girmez. Bu irtifaklarda ihtiyaç zamanla artacak olur ise, zorunluluğun boyutuna göre irtifakın yükü ağırlaştırılabilir. Verilen örnek, kanundan doğan geçit irtifakında mevcut yolun ihtiyaçlar dahilinde genişletilmesidir⁵⁰⁶. Kanundan doğan irtifaklar ile yararlanan taşınmazdan gereği gibi yararlanma ihtiyacı giderildiğinden, söz konusu ihtiyaç zaman içinde objektif olarak artmış ise, kanundan doğan irtifakın yükü de artacaktır. MK m. 788 kanundan doğan irtifaklara uygulanmaz. Yüklü taşınmaz maliki yeni ihtiyaçlar yüzünden irtifakın ağırlaşmasına karşı çıkamasa da, yeni bir bedel isteyebilecektir⁵⁰⁷.

Kanundan doğan irtifak hakları bakımından su hakkına dair MK m. 761, MK m. 788'in karşısına özel hüküm olarak çıkmaktadır⁵⁰⁸. MK m. 761/f. III uyarınca, durumun değişmesi halinde zorunlu su hakkının değiştirilmesi ya da kaldırılması istenebilir. Bu çerçevede, debisinin artması ya da yüklü taşınmaz malikinin su kullanımının azalması hallerinde olduğu gibi şartlar değişince, hak sahibi de yüklü

⁵⁰⁴ **BK**-Leeman, art. 739 ZGB, N. 6; **CR**-Argul, art. 739 CC, N. 6; Wieland, art. 739 ZGB, s. 511. Önemli ağırlaşmanın anlamı hususunda öğretide birlik yoktur. Liver'e göre, sınırlardaki küçük değişiklik ve yenilikler hükmün uygulanmasına sebep olmaz. MK m. 868'e kıyasen, taşınmazın alanının en az 1/20 oranında artması lazımdır. **ZK**-Liver, art. 739 ZGB, N. 21. Yararlanan taşınmaz malikinin üçüncü kişiye karşı manzara kapatmama irtifakını ayakta tutacak olmayı borçlanmasının, bu irtifaktan vazgeçmeyeceği anlamına gelmekle birlikte, irtifakın arz ettiği yükün ağırlaşmasına sebep olmayacağına ilişkin bkz. ATF 100 II 105 = JdT 1975 I 136; yararlanan taşınmazın bölünmesi ama geçit irtifakının taşınmazın sadece yeni oluşan taşınmazlardan birinin kullanımına özgülenmesi dolayısıyla yükün ağırlaşmadığına ilişkin bkz. 5C.201/2002 = RNRF 85/2004, s. 306.

⁵⁰⁵ Fleischli, s. 60-61; Moullet Auberson, s.126. Yararlanan taşınmazdan anayola çıkılabilmesi için tamamlayıcı bir yol olarak tanınmış geçit irtifakının, yararlanan taşınmazın başka bir taşınmaz ile birleşmesi ile, bu birleşen taşınmazdaki yazlık evin malikleri ve kiracıları tarafından kullanılmaya başlamasının irtifak hakkının kurulmasındaki amacı aştığına ilişkin bkz. ATF 94 II 145 = JdT 1969 I 371.

⁵⁰⁶ Olgaç, s. 64; Özsunay, s. 208.

⁵⁰⁷ İmre, s. 115; Pittet, s. 117. Aynı zamanda bu son yazar, zorunluluk hali hafiflediğinde, yüklü taşınmaz malikinin bedelden indirim karşılığında irtifak yükünün azaltılmasını isteyebileceğine dikkat çekmektedir.

⁵⁰⁸ İrtifakın ilişkin olduğu yerin değiştirilmesi bakımından, kanundan doğan mecra irtifakına dair MK m. 746 da, MK m. 791 karşısında benzer bir işlev görmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm III. B. 3. b. İrtifak Hakkının Kullanıldığı Yerde Değiştirilmesi İle İlişkisi.

taşınmaz malikinden daha çok su almak isteyebilir⁵⁰⁹. MK m. 788, bu hükmün uygulama alanı karşısında yetersiz kalmaktadır. Zira yük geçici olarak ağırlaşırsa, zaten irtifakın şartlarının değiştirilmesine gerek olmaz. Yükü arttıran yeni şartlar kalıcıysa da, bu sebeplerin giderilebilmesi için irtifak hakkının kullanımının askıya alınması elverişli bir çözüm değildir⁵¹⁰.

Medeni Kanun'un 788. maddesinin uygulama alanına girmeyen halleri belirdikten sonra, maddenin uygulanma şartlarını ele almak gerekir.

1) Yararlanan Taşınmaza İlişkin Değişiklikler

Yararlanan taşınmaza ilişkin değişiklikler, bu taşınmazdaki işletme ihtiyaçlarının değişmesi, yararlanan taşınmazın başka bir taşınmaz ile birleşmesi ve bölünmesi hallerinde karşımıza çıkar.

a) Yararlanan Taşınmazın İşletme İhtiyaçlarının Değişmesi Halindeki Değişiklikler

İrtifak hakkının arz ettiği yükün ağırlaşması, irtifak sözleşmesinin aynı etkili hükümlerine göre belirlenecektir⁵¹¹. Bu çerçevede irtifak hakkının içeriği ve kullanım tarzının irtifak sözleşmesi ile belirli bir şekilde düzenlenip düzenlenmediğinin araştırılması gerekir. Eğer bu hususlar aynı ilişkiyi değiştirmek üzere sözleşmede belirlenmemiş ise, irtifak hakkı sahibinin ya da yararlanan taşınmazın ihtiyacı arttıkça, irtifak hakkını kullanım oranı da artacaktır⁵¹².

⁵⁰⁹ Pittet, s. 128; Steinauer, **T. II**, N. 1888f. Masraflara, değişiklikten yararlanan taraf katlanacaktır.

⁵¹⁰ Esener, Güven, s. 388.

⁵¹¹ Farklı bir görüş için bkz. Temperli, s. 134. Yazar, irtifak sözleşmesinin esaslı unsurlarının belirleyici olduğunu ileri sürmektedir. Ne var ki irtifak hakkı için belirlenen karşı edim de yerine göre bu esaslı unsurlardan sayılabileceğinden, bize göre aynı etkili hükümlerin temel alınması daha uygundur.

⁵¹² İntifa bakımından MK m. 817/f. II'deki özel düzenlemeye dikkat edilmelidir. İntifa hakkı sahibi, kural olarak hakkını yüklü taşınmaz maliki aleyhine kullanamaz ve hatta yüklü taşınmaz maliki lehine de olsa, intifa konusu şeyin özünü değiştiremez. MK m. 817/f. II'ye göre, malike önceden haber vermek ve taşınmazın ekonomik özgülenmesinde bir değişiklik yapmamak şartıyla taşınmazda taş, kireç, mermer ve turba ocakları ile benzerini açabilir. Bu durum, intifa hakkının arz ettiği yükün ağırlaşması değildir. Eğer malikin haklı sebepler ile

Yararlanan taşınmazın büyümesi ya da üzerinde ev bulunur iken fabrika yapılması hallerinde, irtifaktan yararlanma oranının irtifakın kurulduğu zamana oranla fazlalaşacağı, bu sebeple de irtifakın arz ettiği yükün artacağı açıktır. Ama bu artan ihtiyaçların karşılanmasının tarafların farazi iradelerine uygun ve irtifak sözleşmesinin amacı çerçevesinde olduğu sonucuna varılabiliyor ise, yükün ağırlaştığı sonucuna varılamaz⁵¹³.

Artan ihtiyaçların karşılanması tarafların farazi iradesine uygun değil ise, irtifakın kullanımının ya da kapsamının sınırlanmasına hükmedilecektir⁵¹⁴. Böylece irtifak hakkının içerik ve kapsamı, hakim kararı ile irtifakın yükünü ağırlaştırdığı ölçüde kısıtlanacaktır. Farklı bir tedbir de, irtifakın kullanımının askıya alınmasıdır⁵¹⁵. Hakkın kullanımının askıya alınması, irtifakın arz ettiği yükün geçici bir ağırlaşmaya yol açtığı hallerde etkili bir tedbirdir. Örnek olarak⁵¹⁶, bir okulun elektrik ihtiyacını gidermek üzere kurulmuş elektrik mecrasının, sonradan bu yerde fabrika açılması halinde amaca yeteri kadar hizmet edemeyeceği gösterilmektedir. Hakim, öngörülebilir değişiklikleri gözeterek mecra irtifakının kullanımını belirli bir süre için durduracaktır. Durum, hakkın eski kapsamı ile kullanılmasına elverir şekilde değişir ise, mecra irtifakı tekrar kullanılabilir. Hakimin irtifakın kullanımını askıya alması kararı davanın taraflarına, tarafların külli haleflerine ve iyiniyetle hak iktisap etmemiş cüzi haleflerine karşı ileri sürülebilecektir. Kullanımın askıda olması da tapu siciline tescil edilebilecek ve irtifak hakkının yeni sahiplerine karşı da ileri sürülebilecektir⁵¹⁷. İrtifakın kullanımı ya da kapsamının sınırlandırılması mümkün olamayacaksa; başka bir deyişle hakimin aldığı tedbirler uygulanamayacak ise⁵¹⁸ ya da irtifak hakkını kullanılmaz hale sokacak ise, mahkeme irtifakın bedel karşılığında

itiraz etmesine rağmen intifa hakkı sahibi bu ocakları açmaya başlarsa hakim ondan zilyetliği alıp bir kayıma devredecektir (MK m. 810).

⁵¹³ Yararlanan taşınmazda çamaşırhane hizmeti veren bir ticari işletme bulunması halinde, irtifak sözleşmesi kurulurken bu ticari işletmenin müşterilerinin de avludan yararlanacaklarının öngörülebileceğine ve müşterilerin avludan yararlanma irtifakını kullanmalarının irtifakın yükünün ağırlaşması sayılamayacağına ilişkin bkz. ATF 131 III 345 = JdT 2005 I 567.

⁵¹⁴ **BK**-Leeman, art. 739 ZGB, N. 9; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2881-2882; D. Piotet, **Traité**, s. 106; Wieland, art. 739 ZGB, s. 513.

⁵¹⁵ **BK**-Leeman, art. 739 ZGB, N. 10; Özakman, s. 129.

⁵¹⁶ Örnek için bkz. Özakman, s. 129.

⁵¹⁷ D. Piotet, **Traité**, s. 108.

⁵¹⁸ Kaynak irtifakından yararlanan taşınmazdaki evin yıkılıp yerine otel yapılması ihtimalinde, irtifakın yükü ağırlaşacaktır. Ne var ki böyle bir halde oteli yıktırmaya imkan yoktur. Örnek için bkz. Bertan, **C. II**, s. 1286.

sona erdirilmesine de karar verebilir⁵¹⁹. Bu çerçevede, MK m. 785/f. II'nün kıyasen uygulanması söz konusudur. Bununla birlikte, öğretide başka bir görüşe göre⁵²⁰, hakim sadece irtifakın kullanımını yasaklayabilir. Ama bu yasaklama, MK m. 785/f. II'ye dayanarak irtifakın terkininin talep edilmesi için meşru bir zemin yaratmaktadır.

b) Yararlanan Taşınmazın Başka Bir Taşınmaz İle Birleşmesi Ve Bölünmesi Halindeki Değişiklikler

Yararlanan taşınmaza ilişkin değişiklikler, yararlanan taşınmazın başka bir taşınmaz ile birleştirilmesi ve yararlanan taşınmazın parsellere bölünmesi hallerinde de karşımıza çıkabilir. Bu değişikliklerin ne zaman irtifakın arz ettiği yükün ağırlaşması sonucunu doğurduğu ayrı ayrı incelenmelidir.

Yararlanan taşınmazın bir başka taşınmaz ile birleştirilmesi, birleştirilen taşınmazların eski tapu kütüğü sayfalarının sicilden çıkarılarak yeni oluşturulan taşınmazın kütükte ayrı bir sayfaya kaydedilmesi şeklinde gerçekleştirilir. Birleştirilen taşınmazlardan birinin lehine bir irtifak varsa, birleşme yüklü taşınmaz üzerindeki yükü ağırlaştırılmaz. Özdeşlik ilkesi bakımından belirleyici olan yarar, yararlanan taşınmazın birleşmeden önce irtifak hakkından sağladığı yarardır⁵²¹. Bu çerçevede, yararlanan taşınmazın başka bir taşınmaz ile birleşmesi, yüklü taşınmaz malikine fazladan hiçbir külfet yüklemeyebilir. Ne var ki, söz konusu birleşme irtifak

⁵¹⁹ Bertan, C. II, s. 1286; Besson, **Suppression et adaptation**, s. 280-281; BK-Leeman, art. 739 ZGB, N. 11; BSK-Petitpierre, art. 736 ZGB, N. 7 ve art. 739 ZGB, N. 13; Fleischli, s. 128; Köprülü, Kaneti, s. 85; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2284; D. Piotet, **Traité**, s. 107; P. Piotet, **Traité**, s. 68; Steinauer, T. II, N. 2300d. Bununla birlikte tam tersi bir imkana, yani irtifakın bedel karşılığında ağırlaştırılmasına taşınmaz lehine irtifaklara ilişkin düzenlemeler çerçevesinde izin verilmemektedir. Bedel karşılığında yükün ağırlaştırılması, kanundan doğan irtifaklara ilişkin MK m. 744, m. 747 ve m. 761'de özel olarak düzenlenmiştir. Bu haller dışında hakim, yüklü taşınmaz malikine bedel karşılığı irtifak yükünün ağırlaştırılmasını dayatamaz. CR-Argul, art. 739 CC, N. 9; P. Piotet, **Traité**, s. 68; Steinauer, T. II, N. 2300d. Bu şekilde, kanundan doğan geçit hakkının, MK m. 788'in nadir istisnalarından biri olduğuna ilişkin bkz. 5C.312/2001 (www.swisslex.ch). İrtifak yükünün ağırlaştırılması yasağının temelinde, mülkiyet hakkına haksız bir müdahaleye izin verilmeyeceği düşüncesinin yattığı; ne var ki uygun bir bedel ile bu müdahalenin haksız olmaktan çıkarılabileceğine ilişkin katılmadığımız aksi görüş için bkz. Fleischli, s. 170 vd.

⁵²⁰ Mooser, **Habitation**, s. 281; Moullet Auberson, s. 132; Wieland, art. 739 ZGB, s. 513; ZK-Liver, art. 739 ZGB, N. 54.

⁵²¹ BSK-Petitpierre, art. 736 ZGB, N. 17.

hakkından kaynaklanan yükün ağırlaşmasına sebep olacak ise, yüklü taşınmaz malikinin taşınmazların birleşmesini düzenleyen TST m. 66 çerçevesinde yararlanan taşınmaz malikine karşı ileri sürebileceği bir hukuki imkan mevcut değildir⁵²². Yine de MK m. 788, yararlanan taşınmazdan kaynaklanan bir değişiklik dolayısıyla irtifak hakkının gösterdiği külfetin artamayacağını düzenlediğinden, böyle bir durumda irtifak yükünün artmasına razı olmayan yüklü taşınmaz malikinin, MK m. 788 çerçevesinde irtifakın yararlanan taşınmaz ile birleşen taşınmaz için de kullanılmasına karşı çıkabilmelidir⁵²³. Yükün artıp artmadığı, irtifakın kurulma anına göre belirlenecektir. Yararlanan taşınmazın bir başka taşınmaz ile birleşmesinin yüklü taşınmaz malikine zarar vermeyeceğini, birleşmeyi isteyen yararlanan taşınmaz malikin ispatlaması gerekir⁵²⁴.

Bazı hallerde yüklü taşınmazın da başka bir taşınmaz ile birleştirilmesi, dolaylı olarak yararlanan taşınmazın durumunu değiştirdiği için, yüklü taşınmaz maliki bakımından irtifakın ağırlaşmasına yol açar. TST m. 66/f. V uyarınca, birleştirilen taşınmazlar üzerindeki yükler, aynen yeni oluşan taşınmaza aktarılacaktır⁵²⁵. Böyle bir durumda, birleşen taşınmazlardan birini kayıtlayan irtifak hakkı da yeni

⁵²² İsvMK m. 974b uyarınca, yararlanan taşınmazın başka bir taşınmaz ile birleşmesi sonucunda irtifakın arz ettiği yük artacak ise, yüklü taşınmaz malikinin birleşmeye rızası aranır. Bu rıza olmadan birleşme gerçekleştirilmez. Tapu sicil memurunun reddetmesi gereken bir birleşme talebini kabul etmesi halinde, üç farklı çözüm önerilmektedir. İlk çözüm, şartları varsa irtifakın kanundan doğan irtifaka tahvil edilmesidir. Bu çerçevede özellikle yüklü taşınmaz malikine tazminat ödeneceği gözden kaçırılmamalıdır. İkinci çözüm, hakimın tapu sicilinin taşınmazların birleşmesinden önceki haline geri çevrilmesine hükmetmesidir. Paul-Henri Steinauer, “A propos de la réunion des biens-fonds”, **Mélanges Jacques-Michel Grossen**, Bâle, Helbing&Lichtenhanh, 1992, s. 279. Bu karar, bir nevi el atmanın önlenmesi kararı niteliğinde olacaktır. Üçüncü ve son çözüm ise, hakimın irtifakın kullanımını birleşmeden önceki durum ile sınırlamasıdır. ATF 94 II 145 = JdT 1969 I 371. Bu son çözüm ise, yararlanan taşınmaz malikinin kazandırıcı olağan zamanaşımı ile irtifakı edinmesi ya da iyiniyetli üçüncü kişinin tapu siciline güvenerek irtifak hakkını kazanması risklerini içerir. Steinauer, **Réunion**, s. 281.

⁵²³ Bertan, **C. II**, s. 1230; Deschenaux, **Traité**, s. 82. ATF 94 II 145 = JdT 1969 I 371; ATF 114 II 426 = JdT 1989 I 640. Bu son kararda, geçit irtifakının MK m. 785/f. I gereği yararını kaybettiği tespit edilmiştir. Federal Mahkeme, somut olayda yarar mevcut olsaydı bile MK m. 788 bakımından irtifakın birleşen taşınmaza sirayet ettirilemeyeceğini vurgulamak istemiştir

⁵²⁴ Bkz. Cenevre Kantonu Tapu Sicili Denetleme Makamı'nın 25 Mart 1954 tarihli kararı, RNRF 37/1956, s. 58. Yükün ağırlaşıp ağırlaşmadığının tespiti için bilirkişi incelemesi yapılacaktır: YHGK, 28.03.1990, E. 1990/14-73, K. 1990/202 (www.kazanci.com).

⁵²⁵ Aynı maddenin 3. fıkrası uyarınca, yüklü taşınmaz ile yararlanan taşınmaz birleştirilecek ise irtifak, hak sahiplerinin rızası olmaksızın tapu sicil memurunca re'sen terkin edilecektir. Birleşen taşınmazlardan birisi üzerinde intifa hakkı mevcut ise, oluşan yeni taşınmaz kaim değer olarak görülür ve ortadan kalkan taşınmaz üzerindeki intifa hakkı, kendiliğinden bu yeni oluşan taşınmazı kayıtlar. Özen, s. 145. Yeni taşınmaz üzerinde, intifa hakkının tescili açıklayıcıdır.

taşınmazın bütününe yayılır⁵²⁶. Geçit irtifakı örneğinde olduğu gibi, irtifak hakkının kullanım yeri yüklü taşınmazda belirli ise, irtifakın arz ettiği yükün ağırlaşması söz konusu olmaz⁵²⁷. Ancak, taşınmazların birleşmesinden sonra irtifakın kapsamı belirsiz kalıyor ise, yani inşaat yapmama irtifaklarında olduğu gibi yeni oluşan taşınmazın tamamına sirayet edip etmeyeceği hususu açık değil ise, yüklü taşınmaz maliki açısından irtifakın arz ettiği yük ağırlaşmış olacaktır. Birleşme için hak sahibinin rızasının arandığı da göz önüne alındığında (TST m. 66/f. I)⁵²⁸, yeni oluşacak taşınmazın tamamını etkileyecek böyle bir irtifakın kurulabilmesi, ancak taraflar arasında yeni bir irtifak sözleşmesi yapıp tapu siciline tescil edilmesi ile mümkün olabilecektir⁵²⁹. Dolayısıyla bu durum, MK m. 788'in uygulama alanına girmez.

Medeni Kanun'un 792. maddesi uyarınca, yararlanan taşınmazın parsellere bölünmesi ile, oluşan her parsel irtifak hakkından faydalanabilecektir. İrtifak hakkının her parsel yararına devam etmesi, ilk irtifakın sınırlarını aşıyor ise, irtifakın arz ettiği yükün ağırlaşması söz konusu olur. Yükün ağırlaştığının kabul edilmesi için, irtifak hakkı sahiplerinin, irtifakın kendilerine sağladığı yetkileri aşmaları dahi gerekmez; haklarını yetki sınırlarında kullanmaları halinde de irtifakın arz ettiği yük ağırlaşmış olabilir⁵³⁰. Böyle bir durumda, yüklü taşınmaz maliki irtifakın kapsamını gerekçe göstererek, yükün ağırlaşmasına MK m. 788 kapsamında karşı çıkacaktır⁵³¹. Böyle bir ihtimalde ilk olarak MK m. 683'e dayalı ayni hakkı koruyucu talepler ileri sürülebilecekse de, bu taleplerin irtifak hakkını korumada yetersiz kalacağı öngörülebiliyor ise, irtifak hakkının kullanılması engellenecektir. Bu durumda hak, MK m. 785/f. II'nin uygulanması ile bedel karşılığında sona erdirilir.

⁵²⁶ Farine Fabbro, **Usufruit**, s. 44-45. Aynı şekilde, taşınmaza kat ilave edilmesi halinde, intifa hakkı sahibinin eklenen katlardan da yararlanacağına ilişkin olarak bkz. Yarg. 4. HD., 14.12.1965, E. 1965/6233, K. 1965/7322 (www.kazanci.com).

⁵²⁷ Taşınmazın belirli bir bölümünde kullanılan intifa hakları bakımından bkz. Farine Fabbro, **Usufruit**, s. 45.

⁵²⁸ Birleşen taşınmazlardan birisi intifa hakkı ile kayıtlı ise, hak sahibinin rızasının alınması daha da fazla önem arz eder. Zira, kanundan doğan borç ilişkisi dolayısıyla, yüklü taşınmazın başka taşınmaz ile birleşmesi sonucunda, intifa hakkı sahibinin yükü artacaktır. Özen, s. 41.

⁵²⁹ Deschenaux, **Traité**, s. 82.

⁵³⁰ Yararlanan taşınmazın bölünmesi halinde, irtifaktan yararlanma yetkisinin yeni oluşturulan taşınmazlara orantılı bir biçimde paylaşılması gerektiği, aksi halde irtifak yükünün ağırlaşacağına ilişkin bkz. **BSK**-Petitpierre, art. 743 ZGB, N. 4.

⁵³¹ **BK**-Leeman, art. 739 ZGB, N. 1; Moullet Auberson, s. 127; **ZK**-Liver, art. 739 ZGB, N. 1.

2) İrtifaktan Yararlanan Kişi Çevresine İlişkin Değişiklikler

İrtifaktan yararlanan kişi çevresinin değişmesi de irtifak yükünün artmasına sebep olabilir. Ne var ki her kişi çevresindeki artış, yükün ağırlaşması sonucunu doğurmaz. Örnek olarak, irtifak hakkı kurulduğu zaman nasıl kullanılmakta ise o yolda kullanılmasına rağmen yararlanan taşınmaz üzerinde başkası yararına bir aynı ya da şahsi hak kurulursa, mesela kiraya verilip kiracıların çokluğu, irtifak hakkının sahibine verdiği yetkilerin daha çok kullanılmasını gerektirirse, bu yoldaki kullanım artışı MK m. 788'e göre irtifak hakkının kurulurken umulandan daha ağır bir kullanım olarak kabul edilmez⁵³².

İrtifak hakkı sahibi olmamak ile birlikte, irtifaktan yararlanan kişi çevresinin değişmesi özellikle oturma hakkı bakımından gündeme gelecektir. Oturma hakkı sahibinin bir yere olan ihtiyacı zamanla değişiklik gösterebilir; örnek olarak, bekar oturma hakkı sahibi sonradan evlenip çocuk sahibi olabilir. Benimsemediğimiz ilk görüşe göre⁵³³, oturma hakkının kapsamı oturma hakkı sahibinin kişisel ihtiyaçlarına göre belirlendiğinden, kişisel ihtiyaçlar hakkın kurulduğu ana göre tespit edilmelidir. Oturma hakkı devam ederken meydana gelen değişiklikler sebebi ile hakkın kapsamının genişletilmesi kabul edilemez. Bize göre, oturma hakkı, hak sahibinin şahsına özgülenmedikçe ve oturma hakkı sahibi ile birlikte yaşamaları hayatın olağan akışı çerçevesinde normal karşılanan çevre aşılmadıkça, oturma hakkının arz ettiği yük ağırlaşmamıştır⁵³⁴.

b. İrtifak Hakkının Kullanıldığı Yerin Değiştirilmesi İle İlişkisi

Geçit irtifakı örneğinde olduğu gibi, irtifak hakkının içeriğinden kullanım alanının sınırlı olduğu anlaşılabilir⁵³⁵ ya da irtifak sözleşmesi ile, irtifak hakkının taşınmazın sadece belirli bir yerinde kullanılacağı kararlaştırılmış olabilir. Bu şekilde

⁵³² Bertan, C. II, s. 1281.

⁵³³ Wieland, art. 777 ZGB, s. 619.

⁵³⁴ Bertan, C. II, s. 1522, 1525; BK-Leeman, art. 777 ZGB, N. 7; Fleischli, s. 154.

⁵³⁵ Kullanım alanının öğrenilebilmesi için kendiliğinden hukuki sebebin araştırılması gerektiğinden, alan belirlemesinin tescile yansıtılması gerekmez. Gökçe Canarslan, "Eşyaya Bağlı İrtifak Haklarında İrtifakın Yerinin Değiştirilmesini Talep Hakkı", **Legal Hukuk Dergisi**, C. 13, S. 154, 2015, s. 187.

irtifakın kullanıldığı yer belirlenir ve tescile de yansıtılarak üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir⁵³⁶.

İrtifak hakkı, yüklü taşınmaz malikine en az zararı verecek şekilde uygulanmalıdır. Bu çerçevede, yüklü taşınmaz malikinin taşınmazını daha iyi şekilde kullanabilmesi, ondan daha iyi şekilde yararlanabilmesi için ortaya çıkan yeni ihtiyaçlar, hakkın yerinin değiştirilmesini gerektirebilir⁵³⁷. Bu surette, irtifak hakkının yerinin değiştirilmesindeki menfaatini ve yeni yerin irtifak hakkı sahibinin hakkını kullanmasını zorlaştırmayacağını ispat eden yüklü taşınmaz maliki, giderleri de üstlenerek irtifak hakkının kullanıldığı yerin değiştirilmesini isteyebilir⁵³⁸.

Medeni Kanun'un 791. maddesinin lafzına göre, yerin değiştirilmesi sadece yüklü taşınmaz maliki tarafından talep edilebilecektir; hak sahibinin bu yerin değiştirilmesinde ne kadar önemli menfaati bulunursa bulunsun, bunu istemeye yetkisi yoktur⁵³⁹. Yine de, irtifak hakkı sahibinin de, menfaatini ispat etmesi ve giderleri üstlenmesi kaydıyla, irtifakın kullanıldığı yerin yüklü taşınmaz maliki için elverişsiz olmayacak başka bir yere nakledilmesini isteyebileceği ileri sürülmektedir⁵⁴⁰. Hakkın aynı yerde kullanılmasında ısrar etmenin hakkın kötüye

⁵³⁶ Sözleşmeye plan eklenmesi de önerilmektedir. Michel Mooser, "La description de l'assiette d'une servitude", **RNRF** 72/1991, s. 259-260.

⁵³⁷ Medeni Kanun'un 791. maddesi, kanundan doğan mecra ve su irtifaklarından farklı olarak kanundan doğan geçit irtifakı için uygulanma alanına sahiptir. Kanundan doğan geçit irtifakının yerinin değiştirilmesinde MK m. 791'in kıyasen uygulanacağına ilişkin bkz. **CR-Piotet**, art. 694 CC, N. 40. Bu yöndeki bir Yargıtay kararı için bkz. 14. HD., 26.06.2007, E. 6715, K. 8327 (karar için bkz. Surlu, Öztürk, **Geçit**, s. 742-744). Mecra irtifakının yerinin değiştirilmesine ilişkin MK m. 746'nın, kıyasen diğer kanundan doğan irtifaklara da uygulanacağına ilişkin karşıt görüş için bkz. Bosshart, s. 61. Oysa İsviçre Medeni Kanunu'nu kabul edilir iken, elektrik ve su dağıtım şirketlerinin kanundan doğan mecra ve su haklarını kurmalarının kolaylaştırılması amaçlanmıştır. Yüklü taşınmaz maliklerinin kanundan doğan mecra ve su irtifaklarının kullanıldığı yerin değiştirilmesini istemeleri halinde, masraflara değişikliği isteyen yüklü taşınmaz malikinin değil de, hak sahibinin katlanması, bu hakların anlaşma sureti ile, mahkemeye başvurulmaksızın kurulmasını özendirme amacı taşır. Pradervand-Kernen, **Valeur**, s. 94. Kanundan doğan geçit hakları için kitlesel bir ihtiyaç bulunmadığından, bu irtifakların yerinin değiştirilmesinde MK m. 746 yerine, MK m. 791'in kıyasen uygulanması daha doğrudur. Taşkın inşaat irtifaklarında ise, irtifakın ilişkin olduğu yer zaten işin doğası gereği bellidir ve değiştirilemez.

⁵³⁸ MK m. 791. İrtifakın kullanıldığı yerin değiştirilmesi için, rehin hakkı sahibi ya da başka sınırlı aynı hak sahiplerinin rızası aranmaz. **BK**-Leeman, art. 742 ZGB, N. 7; D. Piotet, **Traité**, s. 109.

⁵³⁹ Akipek, Akıntürk, s. 659; Canarslan, **Yer**, s. 174-175; Kocabaş, s. 125.

⁵⁴⁰ **CR**-Argul, art. 742 CC, N. 1; **KurzK**-Schmid-Tschirren, art. 742 ZGB, N. 4; Mooser, **Habitation**, s. 214. Yargıtay'ın bazı kararları da bu görüşü desteklemektedir. Örnek olarak bkz. Yarg. 14. HD., 26.06.2007, E. 2007/6715, K. 2007/8327: "Yararına irtifak tesis edilen kişinin de irtifakın yerinin değiştirilmesini istemesi halinde bunda yararı var ise, yüklü

kullanılması niteliğinde olması halinde, irtifak hakkı sahibi yer değiştirme talebinde bulunabilmelidir⁵⁴¹. Yüklü taşınmaz maliki için zararlı olmayan ve aynı hak sahibine menfaat sağlayan bir dava hakkından kimsenin mahrum edilmemesi gerekir.

İrtifakın kullanıldığı yerin değiştirilebilmesi için, yüklü taşınmaz malikinin yer değiştirme masraflarını önceden ödemesi lazımdır⁵⁴². Yüklü taşınmaz malikinin irtifakın kullanıldığı yerin değiştirilmesindeki menfaati ekonomik sebeplere dayanabileceği gibi, estetik sebeplere de dayanabilir⁵⁴³. Ne var ki yüklü taşınmaz malikinin menfaati ile irtifak hakkı sahibinin menfaati arasında bir denge gözetilmeli ve yerin değiştirilmesi sonrasında irtifakın kullanımının yararlanan taşınmaz maliki için önemli ölçüde elverişsiz kalmamasına dikkat edilmelidir. Yararlanan taşınmaz malikinin önemsiz zararları dikkate alınmayacak ve yüklü taşınmaz malikinin yer değiştirme talebi kabul edilecektir. Bununla birlikte, yararlanan taşınmaz malikinin önemsiz zararı irtifakın kullanıldığı yerin değiştirilmesi talebinin reddine olanak sağlanmasa da, bu fedakarlığın denkleştirilmesi gerekir⁵⁴⁴.

İrtifak hakkının yerinin değiştirilmesi çerçevesinde, hakkın yüklü taşınmaz malikine ait başka bir taşınmaza aktarılması da kanunun amacı ile uyumludur⁵⁴⁵. Bu

taşınmaz malikinin buna karşı çıkmasının hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirildiği durumlarda kabul edilmektedir.” (www.kazanci.com).

⁵⁴¹ Esener, Güven, s. 386; **HandK**-Göksu, art. 742 ZGB, N. 6; **ZK**-Liver, art. 742 ZGB, N. 28.

⁵⁴² Bununla birlikte MK m. 791/f. III'ün sözleşmesel mecra irtifaklarında komşuluk hukuku kurallarına atıf yapması dolayısıyla, yer değiştirme masraflarına MK m. 746/f. II'ye kıyasen mecra hakkı sahibi katlanacaktır. Hükmü karşılayan İsvMK m. 742'deki komşuluk hukukuna yapılan atıf, İsviçre öğretisinde oldukça eleştirilmekteydi. Besson, **Suppression et adaptation**, s. 284; Simonius, Sutter, **Bd. II**, s. 75; **ZK**-Liver, art. 742 ZGB, N. 87-88. İsviçre aynı haklar revizyonu sonrasında sözleşmesel mecra irtifaklarının yerinin değiştirilmesinde komşuluk hukuku hükümlerine atıfta bulunan İsvMK m. 742/f. III kaldırılmıştır. Sözleşmesel mecra irtifakları ile iradi şekilde kurulan diğer irtifaklar arasındaki eşitsizliğin sona erdirilmesi sebep olarak gösterilmiştir. FF 2007, s. 5044.

⁵⁴³ **BK**-Leeman, art. 742 ZGB, N. 4; **BSK**-Petitpierre, art. 742, N. 9; Moullet Auberson, s. 172; **ZK**-Liver, art. 742 ZGB, N. 31; karşı. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2861. Estetik amaçlarla da irtifakın kullanıldığı yerin değiştirilebileceğini anan kararlar için bkz. BGE 57 II 155; 5A_178/2011 = RNRF 93/2012, s. 263.

⁵⁴⁴ Kullanma yerinin değiştirilmesi, irtifak hakkı sahibi için hakkını ihlal etmeyecek ölçüde elverişsiz ise, zararın tazminine karar verilerek irtifakın kullanıldığı yer değiştirilebilir: **BK**-Leeman, art. 742 ZGB, N. 17; Rossel, Mentha, N. 1381; Wieland, art. 742 ZGB, s. 519.

⁵⁴⁵ **BK**-Leeman, art. 742 ZGB, N. 10-11; D. Piotet, **Traité**, s. 110; Simonius, Sutter, **Bd. II**, s. 74; Steinauer, **T. II**, N. 2309g; Wieland, art. 742 ZGB, s. 518; **ZK**-Liver art. 742 ZGB, N. 37. Geçit irtifakının yine aynı malike ait, yüklü taşınmaza bitişik olan başka bir taşınmaza taşınabileceğine ilişkin bkz. BGE 88 II 150. Yüklü taşınmaz malikinin bir üçüncü kişi ile anlaşması durumunda, diğer şartlar da mevcut ise irtifakın bu üçüncü kişinin arazisine taşınabileceğini kabul eden yazarlar vardır. Bertan, **C. II**, s. 1311; **BK**-Leeman, art. 742 ZGB, N. 10; D. Piotet, **Traité**, s. 110; **ZK**-Liver, art. 742 ZGB, N. 44-45; karşı. Oğuzman, Seliçi,

şekilde irtifak hakkı, yüklü taşınmazdan terkin ettirilip ikinci taşınmaza tescil edilecektir. Ancak, yer değiştirmenin hak sahibini zarara uğratmaması gerektiğinden, irtifak hakkının bu ikinci taşınmaz üzerinde kendisinden önce kurulmuş olan sınırlı aynı haklar ve şerh edilmiş kişisel haklar sebebi ile ciddi bir riske girmemesi aranmalıdır.

İrtifak hakkının kullanıldığı yerin değiştirilmesi, yüklü taşınmaz maliki açısından sürdürülmesi gereksiz olacak zararlı bir durumun giderilmesi anlamına gelir⁵⁴⁶. Bu sebeple, MK m. 785 ile MK m. 791 birbirini tamamlayan hükümler olarak düşünülmelidir⁵⁴⁷.

Medeni Kanun'un 791. maddesinin uygulanabilmesi için gerekli şartlar oluşmamış ise, örnek olarak irtifak hakkı sahibi, yerin değiştirilmesinden sonra, hakkını eskisi kadar elverişli şekilde kullanamayacak ise, irtifakın yeri değiştirilmez. Yine de, hakkın mevcut yerinde tutulmasının yüklü taşınmaz maliki açısından orantısız bir külfet oluşturması durumunda, MK m. 785/f. II'nin uygulanması da gündeme gelebilecektir⁵⁴⁸.

Diğer taraftan, irtifakın gösterdiği yararın azaldığı hallerde de aynen tazmin yöntemi olarak kullanıldığı yerin değiştirilmesi yoluna başvurularak irtifak hakkı

Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2870. Böyle bir durumda, kanaatimizce irtifak hakkının kullanıldığı yerin değiştirilmesi değil, irtifak hakkının üçüncü bir kişi tarafından devralınması söz konusudur.

⁵⁴⁶ Özellikle irtifak hakkının yerinin değiştirilmesinin estetik sebeplere de dayanabileceğinden yola çıkılarak, irtifakın kullanıldığı yerin değiştirilmesini talep hakkından önceden vazgeçilebileceğini ileri sürülmüştür. Bkz. **ZK**-Liver, art. 742 ZGB, N. 17. MK m. 791 hükmünün, bir taşınmazdan makul bir şekilde yararlanabilmek için sevk edildiğine işaret edilerek, yüklü taşınmaz malikinin ancak haklı bir sebep durumunda irtifakın kullanılacağı yerin değiştirilmesini talep edebileceği belirtilmektedir. Böyle bir halde ise, irtifakın yerinin değiştirilmesini istemek hakkından önceden vazgeçilemez. **BK**-Leeman, art. 742 ZGB, N. 15; Wieland, art. 742 ZGB, s. 519. Kanaatimizce, irtifakın kullanıldığı yerin değiştirilmesi, mülkiyet hakkının gereği gibi kullanılması fikrine dayansa da; amaç, mülkiyetin korunmasından ziyade, irtifak hakkının kapsamının, yüklü taşınmaz malikine bir tasarruf sahası tanıyacak şekilde değiştirilmesidir. Bu durum ise, *clausula rebus sic stantibus* kuralının bir uygulaması olarak görülebilir. Kanundan doğan mecra irtifakının yerinin değiştirilmesini düzenleyen MK m. 746 açısından aynı görüş için bkz. Özakman, s. 206; Halûk Tandoğan, "Türk Hukukunda Mecralar", **AÜHF**D, C. 10, 1953, s. 635; **ZK**-Haab, art. 691-693 ZGB, N. 15. Bu durumda, MK m. 791 hükmünün emredici olduğu kabul edilmemelidir.

⁵⁴⁷ Bertan, **C. II**, s. 1302-1303; Canarlan, **Yer**, s. 189.

⁵⁴⁸ **BSK**-Petitpierre, art. 736 ZGB, N. 22; **CR**-Argul, art. 742 CC, N. 5; **KurzK**-Schmid-Tschirren, art. 742 ZGB, N. 5; Moullet Auberson, s. 173; **OFK**-Pellascio, art. 742 ZGB, N. 14; D. Piotet, **Traité**, s. 110; P. Piotet, **Traité**, s. 70; Rossel, Mentha, N. 1381; Steinauer, **T. II**, N. 2309i; Temperli, s. 184.

kısmen sona erdirilebilmektedir⁵⁴⁹. Ancak, bu durum MK m. 791 ile karıştırılmamalıdır; zira, MK m. 791'in uygulama alanına giren hallerde irtifakın arz ettiği yarar azalmamıştır⁵⁵⁰.

4. Yararın Azalmasının Benzer Kavramlar İle İlişkisi

a. Sözleşmenin Uyarlanmasından Farkları

Medeni Kanun'un 785. maddesinin düzenlenme amacına yönelik açıklamalarımızda da belirttiğimiz gibi⁵⁵¹, MK m. 785'in uygulanması dürüstlük kuralını devre dışı bırakmaz. Bu çerçevede dürüstlük kuralından kaynaklanan bir talep olarak *clausula rebus sic stantibus* sonucunda irtifak sözleşmesinin uyarlanması⁵⁵² da MK m. 785 karşısında kabul edilebilecektir.

⁵⁴⁹ Argul Grossrieder, **Construction**, s. 108; **BK**-Leeman, art. 736 ZGB, N. 11; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2863; **ZK**-Liver, art. 742 ZGB, N. 74.

⁵⁵⁰ **BSK**-Petitpierre, art. 742 ZGB, N. 7. Yüklü taşınmaz üzerinde kurulan iki pillondan geçen enerji nakil hattının yer altına alınması halinde irtifak hakkının gösterdiği yararın sona ermiş olmayacağına; MK m. 791 çerçevesinde irtifakın kullanıldığı yerin değiştirilmiş olduğuna ilişkin bkz. Yarg. 14. HD., 05.05.2011, E. 2011/4518, K. 2011/6179 (www.kazanci.com).

⁵⁵¹ Bkz. Birinci Bölüm II. B. 2. b. 2) b) MK m. 785'in Dürüstlük Kuralı İle Birlikte Uygulanması.

⁵⁵² İrat biçiminde ödenmesi kararlaştırılsa dahi, üst hakkı bedeli üst hakkının kurulmasının karşılığıdır. **BSK**-Isler/Gross, art. 779a ZGB, N. 28; Mugglin, s. 60; Nomer, **Bedel**, s. 435. İrtifak bedelinin ne şekilde uyarlanacağına dair irtifak sözleşmesinde bir hüküm yer alabilir. Mooser, **Superficie**, s. 18; üst hakkı bedeline ilişkin uyarlama hükmü için bkz. **BSK**-Isler/Gross, art. 779a ZGB, N. 29-30. Örnek olarak bkz. Yarg. 13. HD., 13.05.2010, E. 11658, K. 6695: “[...] müteakip yıllar zemin üst hakkı bedelleri ile binalara ilişkin üst hakkı bedelleri Maliye ve Gümrük Bakanlığı'na her yıl yayımlanan Devlet İhaleleri Genelgesinde belirtilen artış oranlarının bir önceki yılın irtifak hakkı bedeline eklenmesi suretiyle saptanır. Her beş yılda bir zemin üst hakkı bedelleri ile binalara ilişkin üst hakkı bedelleri yeniden takdir edilir”. Yargıtay somut olayda iki çelişkili bilirkişi raporu bulunması dolayısıyla eksik incelemeden yerel mahkeme kararını bozmuşsa da, dürüstlük prensibine de dayanarak, üst hakkı bedelinin fahiş olarak belirlenmiş olması halinde hakim irtifak bedeline müdahale edebileceğini belirtmiştir. (Özkan, s. 117-119). Yıllık olarak yüklü taşınmaz değerinin belirli bir faiz oranı ile bir sonraki yılın bedelinin belirlenmesi veya enflasyon oranı ya da üretici fiyat endeksinin yansıtılması ile belirlenmesi uygulamada rastlanılan örneklerdir. Spycher, s. 116. Karşı edimin elli senede bir belirleneceğine ilişkin sözleşme hükmü, bu duruma örnek gösterilebilecektir. ATF 93 II 185 = JdT 1968 I 191. Uygulamada, irat şeklinde kararlaştırılmış irtifak bedellerinin kira bedeli olarak değerlendirilmesi karışıklıklara yol açsa da, irtifak bedeli ödeme borcu için, kira bedelinin uyarlanmasından kıyasen yararlanılmaktadır. Sözleşmede kararlaştırılmamış olsa dahi, hakim irtifak hakkı bedeline müdahale ederken, “[...] sözleşmenin kurulduğu tarihteki intifa bedelinin dava tarihine göre ne miktara ulaşacağı yabancı para cinsi karşılıkta Türk parasının uğradığı değer kaybı mukayese edilerek bulunmalı, bu hesaplama yapılırken de intifa hakkına konu taşınmazın niteliği, bulunduğu yer, bölgedeki kira parasını etkileyecek ticari gelişmeler, dava konusu hakkın kapsamında kalan taşınmazlar rayicine uygun kiraya verilseydi getireceği emsal kira gibi unsurlar da dikkate alınmalıdır”. Yarg. 14. HD., 29.09.2006, E.

İrtifak sözleşmesinin uyarlanmasında dikkat edilmesi gereken husus, irtifak sözleşmesi ile, irtifak ilişkisinin taraflarının aynı olduğu sürece uyarlama talebinin ileri sürülebileceği; irtifak ilişkisine üçüncü bir kişinin dahil olması ile artık sözleşmenin uyarlanmasının istenemeyeceğidir. Bu ikinci halde yani hakkın üçüncü kişiye devredilmesi durumunda, sözleşme ilişkilerinin nispiyeti ilkesinden ötürü, kişisel borcu üstlenmemiş yeni hak sahibine karşı uyarlamaya başvurulamayacağını belirtmek gerekir⁵⁵³. Böyle bir durumda, Medeni Kanun'un aynı ilişkiyi düzenleyen hükümlerinden, bu kapsamda da MK m. 785/f. II'den yardım alınmalıdır⁵⁵⁴. Yine de, irtifak sözleşmesinde uyarlanması istenen husus değiştirilecek olan husus irtifaka bağlanmış yan borçlar ise, eşyaya bağlı borç etkisi mevcut olduğundan yapılacak olan değişiklik yeni yüklü taşınmaz malikine de ileri sürülebilir⁵⁵⁵.

İrtifak sözleşmesinin ani edimli bir borç ilişkisi doğurduğunu ve irtifak hakkının tescili ile bu sözleşmeden kaynaklanan karakteristik edimin ifa edildiğini ileri süren yazarlar⁵⁵⁶, sözleşmeden kaynaklanan aynı nitelikteki hükümlerin uyarlanamayacağını; bu sözleşmeden doğan kişisel nitelikteki hükümler ile eşyaya bağlı borç etkisi doğuran hükümlerin uyarlamaya konu olabileceğini ortaya koymaktadırlar⁵⁵⁷. Bu yazarlara göre, aynı hakkın kurulması ile taraflar arasındaki ilişkiye Medeni Kanun'un hükümlerinin uygulanması gerekir; bu çerçevede, irtifak hakkının sona erme rejimi kanundan kaynaklanan sebeplere dayandırılmalıdır. İrtifak hakkının kurulması ile, taraflar arasında sözleşmesel ilişki kalkacağına ve aynı ilişki oluşacağına göre, *pacta sunt servanda* ve *clausula rebus sic stantibus* temelli hiçbir

2006/8036, K. 2006/10113. Fahiş olduğu iddia edilen irat biçimindeki irtifak bedellerinin uyarlanmasında kıyasen kira sözleşmesi hükümlerinden yararlanır. Nomer, **Bedel**, s. 438. Bu çerçevede, hakkaniyet indirimi uygulanabilir: Yarg. HGK, 03.06.2009, E. 2009/13-175, K. 2009/229. İrat şeklinde kararlaştırılmış irtifak bedeline ÜFE oranının yansıtılacağına ilişkin bkz. Yarg. 11. HD., 06.11.2003, E. 2003/8183, K. 2003/10476 (www.kazanci.com).

⁵⁵³ Demirsatan, s. 76-77; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2822a; D. Piotet, **Traité**, s. 92; P. Piotet, **Traité**, s. 58; **ZK-Liver**, art. 737 ZGB, N. 67. Ayrıca, hakkın kendisinin de bir sınırlı aynı hak ile kayıtlanması halinde uyarlamanın yapılamayacağına, zira üçüncü kişinin tasarruf yetkisini gerekiren bir işleme rıza vermesinin beklenemeyeceğine ilişkin bkz. Demirsatan, s. 85.

⁵⁵⁴ İrtifak hakkını ilk tesis eden malik ile taşınmazı sonradan satın alan kişi açısından, MK m. 785'in şartlarının oluşması hususunda bir farklılık bulunmadığı yönünde bkz. Yarg. 14. HD., 26.06.2007, E. 5817, K. 8320 (Surlu, Öztürk, **Geçit**, s. 775-777).

⁵⁵⁵ D. Piotet, **Traité**, s. 93; Scacchi, s. 38.

⁵⁵⁶ Liver, **Aufhebung**, s. 3; Temperli, s. 94-95.

⁵⁵⁷ Ballif, s. 24-25; Bertan, **C. II**, s. 1197; Mooser, **Habitation**, s. 215-216; Temperli, s. 97-98.

talep yöneltilemez⁵⁵⁸. Sadece irtifakın içeriğine yönelik talepler ileri sürülebilir. İrtifak sözleşmesine dayanılarak irtifak hakkı kurulunca, sözleşme ifa edilmiş olur; bu noktadan sonra geriye dönülerek, adalet hisleri ile yerine getirilmiş anlaşmanın hükümleri değiştirilemez.

Katıldığımız diğer görüşe göre ise⁵⁵⁹, hakim hukuki sebebi tarafların farazi iradesine göre tamamlayarak irtifakın sona ermesine ya da irtifak yükünün taraflar arasında hakkaniyete uygun biçimde paylaştırılmasına karar verebilir. Bu durum ise, *clausula rebus sic stantibus* kuralına başvurmaktır. Asli edim taraflar arasında ifa edilmiş olsa da sözleşmesel ilişki taraflar arasında devam etmektedir⁵⁶⁰. Sözleşme tarafları ile hak tarafları aynıysa hakimin takdir yetkisi sınırlandırılmaz⁵⁶¹. Bu çerçevede aynı ilişki değiştirilebilecektir. Ne var ki uyarılma sonucu verilen fesih kararı hakka doğrudan etki yapmaz. İrtifak hakkı sahibinin hakkı terkin ettirme borcu doğar⁵⁶². Hakim irtifak sözleşmesinin sona ermesi ile hakkın terkinine de karar verecektir. MK m. 716'nın kıyasen uygulanması ile, karar kesinleştiğinde irtifak hakkı sona erer. Değişen koşullar dolayısıyla ifa kendisinden beklenemeyecek taraf, irtifak hakkının tescil edilmesi ile birlikte sürekli borç ilişkilerine özgü sonuçlara tâbi tutulacağından; buradaki sona erme fesih şeklinde anlaşılacaktır⁵⁶³. Ayrıca irtifak sözleşmesinin uyarlanması ile, hakkın sona ermesi dışında sonuçların da doğacağı ifade edilmektedir⁵⁶⁴. Yine bu görüşü savunan yazarlardan D. Piotet⁵⁶⁵, her ne kadar kanunda açık olarak düzenlenmese de, irtifak hakkı sahibinin hakkı ortadan kaldırıldığında hakimin bir bedele hükmetmesi gerektiğini; ama hakkın değiştirilmesi halinde bedele hükmedilmeyeceğini ifade etmektedir.

⁵⁵⁸ Bertan, **C. II**, s. 1196-1197; **ZK-Liver**, art. 736 ZGB, N. 163.

⁵⁵⁹ **BSK-Isler/Gross**, art. 779a ZGB, N. 30; Demirsatan, s. 72; **HandK-Henggeler**, art. 779a ZGB, N. 2; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2822a; Özen, s. 162; D. Piotet, **Traité**, s. 92; Stadlin, N. 27; Steinauer, **T. III**, N. 2545a, dn. 78; **ZK-Baumann**, Art. 748-749 ZGB, N. 29. Kaynak hakkı karşılığında kararlaştırılan bedelin uyarlanması ile ilgili bkz. BGE 45 II 386.

⁵⁶⁰ Demirsatan, s. 43; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2822a.

⁵⁶¹ Demirsatan, s. 85; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2822a.

⁵⁶² Demirsatan, s. 86; D. Piotet, **Traité**, s. 92-93. İrtifak hakkını kuran sözleşmenin feshedilmesi sonrasında, irtifak hakkının kaldırılmasının istenebileceğine ilişkin bkz. 14. HD., 28.02.2007, E. 2007/1569, K. 2007/1921 ve HGK, 31.01.2007, E. 2007/14-46, K. 2007/42 (www.kazanci.com).

⁵⁶³ Demirsatan, s. 83-84.

⁵⁶⁴ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2282a.

⁵⁶⁵ D. Piotet, **Traité**, s. 93.

Şimdiden belirtelim ki, irtifak sözleşmesinin dengesinin bozulduğunu ileri süren yüklü taşınmaz maliki açısından, sözleşmenin uyarlanması talebinde bulunmak büyük bir fark yaratmaz. Zira yüklü taşınmaz malikinin MK m. 785/f. II'ye dayanarak irtifak hakkının kendisine yüklediği külfet karşısında çok cüzi bir yarar gösterdiğini ortaya koyarak hakkı sona erdirmeye imkanı vardır. Bu bakımdan, irtifak sözleşmesinin uyarlanması, asıl karşı edim borçlusu irtifak hakkı sahibi bakımından önem taşır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararına konu olmuş bir ihtilafta⁵⁶⁶, açılan bir ihale sonucu Migros Kooperatifi'nin idarenin iki taşınmazı üzerinde uydu kent inşa etmesi için bir üst hakkı sözleşmesi akdedilmiştir. Ancak, ilgili taşınmazlar, idari bir karar ile önce inşaat sınırlamasına sonra da inşaat yasaklamasına konu olmuştur. Üst hakkı bedeli, imara açık bölgedeki taşınmazların emsal değeri üzerinden hesaplanmış; inşaat kısıtlaması üzerine, üst hakkı sahibinin hakkını kullanamaması sebebi ile bedel ödeme borcuna bazı muafiyet ve indirimler uygulanmıştır. Taşınmazların tamamen imara kapalı bölge kapsamına alınması üzerine Migros'un sözleşmeyi feshettiğini bildirmesi ile, idare geriye dönük olarak üst hakkı bedellerini tahsil etmek istemiştir. Federal Mahkeme, şartların değişmesinin yüklü taşınmaz maliki aleyhine sözleşme dengesini bozması durumunda MK m. 785'e başvurulacağı; yararlanan taşınmaz maliki açısından sözleşme dengesini bozması ihtimalinde ise hak sahibinin irtifak hakkından vazgeçebileceği ilkelerini ortaya koymuştur. Fakat, irtifak hakkı sahibinin irtifak sözleşmesinden kaynaklanan kişisel nitelikteki borçları, haktan vazgeçme ile sona ermez. Böyle bir durumda, irtifak hakkı sahibinin sözleşmenin uyarlanmasını istemesi; hakimin irtifak sözleşmesine müdahalede bulunarak edimler arasında bir denge sağlaması ya da sözleşmeyi sona erdirmesi gerekir. Somut olay bakımından da, imar yasaklaması sonucunda üst hakkına konu olan taşınmazlardan sadece hasılat kirası yolu ile gelir elde edilmesinin mümkün olduğu, bu gelirin de üst hakkı bedeli karşısında çok cüzi kalacağı göz önüne alınarak sözleşmenin dengesinin önemli ölçüde bozulduğu sonucuna varılmıştır. Sözleşmenin kurulması esnasında öngörülemeyen bu riskin taraflar arasında paylaşılması gerektiğinden⁵⁶⁷, üst hakkı

⁵⁶⁶ ATF 127 III 300 = JdT 2001 I 239.

⁵⁶⁷ Riskin paylaşılması gerekçesi ile *clausula rebus sic stantibus*'a dayanmaktansa, somut olay bakımından inşaat kısıtlamasının üst hakkının kullanılmasını imkansızlaştırdığı, bu sebeple

sözleşmesinin uyarlanması gerekir⁵⁶⁸. İmara kapatılmış bir bölgede inşaat yapılamayacağından, üst hakkının sona erdirilmesi en makul çözümdür.

Bu karardan çıkarılabilecek sonuçlardan ilki, MK m. 785'in özel hüküm olduğu ve bu maddenin uygulanma şartları oluşmuş ise, sözleşmenin uyarlanamayacağıdır⁵⁶⁹. İkinci olarak ise Federal Mahkeme, temeldeki irtifak sözleşmesinin aynı unsurlarına dokunulamayacağını vurgulamıştır⁵⁷⁰.

Bununla birlikte, bu iki sonuca dayanarak irtifak sözleşmesinin uyarlama ile asla bağdaşmayacağı çıkarımında da bulunulamaz. Öncelikle, yüklü taşınmaz malikinin irtifak hakkının gösterdiği yararın arz ettiği külfet karşısında cüzi kalması halinde MK m. 785/f. II'ye başvurabileceğini; bu hükmün varlığının irtifak sözleşmesinin uyarlanması talebini engelleyeceğini ileri sürmek kanaatimizce hatalıdır. MK m. 785'in düzenlenme amacı, mülkiyetin korunmasıdır. Bu hüküm ile sözleşme özgürlüğüne müdahale edilemeyeceğinden; hükmün uygulanması,

İsvMK m. 119 (TBK m. 136)'un uygulanarak üst hakkı sözleşmesinin sona erdirilmesi gerektiğini ortaya koyan eleştiri için bkz. Stefan Sulzer, "Clausula rebus sic stantibus und der gestörte Vertragszweck Zugleich Bemerkungen zu BGE 127 III (2001) 300 ff", **PJA** 2003, s. 993-994.

⁵⁶⁸ Kararda, sözleşmelerin uyarlanmasının dogmatik temelleri tartışılmaksızın, öngörülemeyen ve önlenemeyen hallerde tarafların edimleri arasındaki dengenin ciddi şekilde bozulmasının uyarlama bakımından yeterli olduğu belirtilmiştir. Böylece tarafların edimleri arasındaki dengesizlikten alacaklının menfaat sağlaması şartı aranmamaktadır. Oysa daha önceleri, bu son şartın yokluğu sebebi ile uyarlama talepleri reddedilmekteydi. Örnek için bkz. BGE 122 III 97. Uzun süreye yayılmış irtifak hakları bakımından, uyarlamanın öngörülemezlik şartı da esnek yorumlanmaktadır. Valais Kanton Mahkemesi önüne gelen bir olayda (Valais, Tribunal cantonal, 24.02.2014, RVJ 2015, s. 175), davalı 1976 yılında taşınmazı üzerinde trafo merkezi kurulması için davacıya 99 yıllığına bir irtifak hakkı tanımıştır. 2007 yılında davacının, hakkından vazgeçmesi üzerine davalı, o yılın üst hakkı bedelini talep etmiştir. Yerel mahkeme halkın elektrik ihtiyacının dört katına çıkması ve trafoyu büyütme ihtiyacının öngörülemezlik olması sebebi ile borcun sona erdirilmesini kabul etmiştir. Davacı öngörülemezlik sebeplerden dolayı yeni bir trafo istasyonu kurmak zorunda kaldığını ve bu sebeple sözleşmeyi süresinden önce sona erdirdiğini ileri sürmüştür. Elektrikli ev aletlerinin yaygınlaşması ve geliştirilmesi ile birlikte 1970'lerden bugüne elektriğe olan ihtiyaç artmış ve gelişen teknolojiler daha farklı alt yapılar, özellikle de fiber optik kullanımı gerektirmiştir. Sürekli borç ilişkilerinde şartların değişebileceği göz önüne alınabilmelidir; 99 yıllık bir süreçte elektriğe olan ihtiyacın aynı kalacağını düşünmek anlamsızdır. Ne var ki bu borç ilişkisi on yılları aşan bir süreye yayıldığında insanların elektronik alet kullanma ve bu aletleri gündelik bazda şarj etme ihtiyaçlarının getirdiği elektrik tüketiminin bu derece yoğunlaşacağını öngörülemezlik normaldir. Bu sebeple öngörülemezlik şartının somut olay bakımından daha esnek yorumlanması gerekmektedir. Değişikliklerin boyutu, irtifak sözleşmesinin haklı sebeple sona erdirildiğinin kabulünü destekler.

⁵⁶⁹ Eschmann, s. 133.

⁵⁷⁰ D. Piotet, **Traité**, s. 93, dn. 432. MK m. 785/f. II, hakkın değiştirilmesine imkan tanıyan bir hüküm değildir. Aynı hakkın değiştirilmesi, zorunlu su hakkının değiştirilmesine ilişkin MK m. 761/f. III gibi bir düzenleme ile mümkün olabilir. D. Piotet, **Traité**, s. 94.

uyarlama talebi yerine geçmez⁵⁷¹. Verilebilecek en somut örnek, yüklü taşınmaz malikinin irtifak bedelinin uyarlanması istemidir. İrtifak bedelinin değişen şartlar karşısında yetersiz kalması, MK m. 785/f. II'ye müracaat edilmesini haklı çıkarmaz; zira, irtifak bedeli aynı bir unsur olmadığından, irtifak yükünün ağırlaşması ile ilintili değildir⁵⁷². Yüklü taşınmaz malikinin MK m. 785/f. II'ye başvurabileceğini ortaya koyarak maliki irtifak sözleşmesinin uyarlanması talebinden mahrum etmenin haklı bir yönü bulunmaz. MK m. 785/f. II'ye dayanma imkanı olmayan yararlanan taşınmaz malikinin ise, sonradan sözleşmenin dengesinin değişmesi sebebi ile uyarlama talep etmesi evleviyetle kabul edilmelidir.

Başka bir farklılık ise, zamanla yan edim ile irtifakın arz ettiği menfaat arasında bir dengesizlik meydana gelmesi ile kendini gösterir. Yan edimin değişen şartlar sonucu sözleşenlerin menfaat dengesini bozması ihtimalinde, MK m. 785/f. II dolayısıyla irtifak hakkı sona erdirilmez; zira, hakkın gösterdiği yarar ile arz ettiği külfet arasında herhangi bir oransızlık gündeme gelmez⁵⁷³. MK m. 785/f. II, irtifak haklarının sona erdirilmesi için öngörülmuş bir araç olduğundan, yan edimin sona erdirilmesinde de kullanılmaz⁵⁷⁴. Böyle bir durumda, yan edim borçlusunun elindeki tek hukuki imkan, yine irtifak sözleşmesinin uyarlanmasını talep etmek olacaktır⁵⁷⁵.

b. İrtifak Yerine Mülkiyetin Devri İmkani İle İlişkisi

İrtifak hakkı tesisi yerine mülkiyetin devri imkanı, kanundan doğan irtifaklarda karşımıza çıkar. Taşkın yapılara ilişkin MK m. 725/f. II, belirli şartlar altında taşkın

⁵⁷¹ Temperli, s. 95; **ZK-Liver**, art. 736 ZGB, N. 49. Bununla birlikte, MK m. 785 dolayısıyla taraflar arasındaki ilişki değiştirilirken MK m. 2 tarafların farazi iradesinin belirlenmesinde rol oynayabilir. Eschmann, s. 134; Temperli, s. 92.

⁵⁷² MK m. 785'teki sorun irtifakın gösterdiği yararın arz ettiği külfet karşısında ölçüsüzce azalması iken; TBK m. 138'in uygulama alanına giren hallerde dengesizliği borçlandırıcı işlem yaratmaktadır. 49 yıl için kurulan intifa hakkına karşılık kararlaştırılan bedelin uyarlanmasının, tarafların menfaatleri arasındaki dengenin korunabilmesi için şart olduğuna yönelik bkz. Yarg. 14. HD., 29.09.2006; E. 2006/8036, K. 2006/10113 (www.kazanci.com).

⁵⁷³ Erel, s. 122; Neuenschwander, s. 164; **ZK-Liver**, art. 730 ZGB, N. 244-245. Aksi kanaatte: **BK-Leeman**, art. 730 ZGB, N. 38.

⁵⁷⁴ **BK-Leeman**, art. 730 ZGB, N. 38; Neuenschwander, s. 164; **ZK-Liver**, art. 730 ZGB, N. 244 ve art. 736 ZGB, N. 38.

⁵⁷⁵ Neuenschwander, s. 164; **ZK-Liver**, art. 730 ZGB, N. 243 ve art. 736 ZGB, N. 37. Bu borcun salt kişisel borç sayılması ve malik tarafından önemli sebep ile feshedilebilmesi gerektiğini ortaya koyan görüş için bkz. Erel, s. 121-122.

yapıyı iyiniyetle yapan kimsenin “uygun bir bedel karşılığında taşan kısım için bir irtifak hakkı kurulmasını veya bu kısmın bulunduğu arazi parçasının mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyebilmesini” düzenlemektedir. Kanundan doğan mecra irtifakları bakımından da yükümlü taşınmaz malikinın menfaatinin korunmasına ilişkin olan MK m. 745/f. II’ye göre, “[a]razinin üzerinden geçecek mecralarda olağanüstü durumlar varsa malik, bu mecraları üzerinden geçirileceği arazi parçasının uygun bir kısmının, zararını tam olarak karşılayacak bir bedelle satın alınmasını isteyebilir”. Her iki hükümde de amaç, salt irtifak hakkı tesis edilse bile, değişen durumda amaca uygun ve makul bir şekilde kullanılmayacak arazi parçası üzerindeki mülkiyet hakkının korunmasıdır. Burada, MK m. 785/f. II’den farklı olarak, irtifak hakkının geçirilmesinin yüklü taşınmaz maliki için orantısız bir yük oluşturacağı baştan bellidir. Hakkının özüne dokunulan malik, kalan yerde makul bir kullanımın mümkün olmayacağını baştan itibaren anladığı için, irtifak hakkının kurulması yerine arazi parçasının mülkiyetinin hak sahibi olacak kişiye devredilmesi talebi gündeme gelmektedir.

İrtifakın kurulması ya da mülkiyet hakkının devredilmesi hususlarında hakimın takdir yetkisi bulunur⁵⁷⁶. Bu çerçevede, imar kuralları gibi taşınmazın mülkiyetinin devrine engel bir durumun mevcut olmadığı da kontrol edilmelidir⁵⁷⁷.

Kanundan doğan mecra irtifakında, sadece yüklü taşınmaz malikinın talebi gözetilir; hak sahibi olacak kişinin diğer şartların varlığını ispatlaması halinde dahi taşınmaz mülkiyetini devralma talebine sonuç bağlanmaz⁵⁷⁸. Taşkın yapılarda ise, geri kalan arazi parçasının mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyecek olan, taşkın yapıyı iyiniyetle yapan kimsedir. Ne var ki öğretilerde, arazisine taşılan malikin de, artık kendisi için yararsız kalacak arazi parçası üzerindeki mülkiyetin devrini isteyebileceği savunulmaktadır⁵⁷⁹. Danıştay’ın önüne gelmiş bir uyuşmazlıkta, enerji

⁵⁷⁶ Davanın kimin tarafından açıldığı önemli olmaksızın, taşkın yapıya katlanma yükümlülüğünün doğduğuna hükmeden mahkemenin ya taşılan kısmın mülkiyetinin geçirilmesine ya da bu kısımda taşkın yapı maliki için bir irtifak hakkı tesis edilmesine takdir etmesinin zorunlu olduğuna ilişkin bkz. Yarg. HGK, 03.02.1982, E. 1980/4-2458, K. 1982/65 (www.kazanci.com).

⁵⁷⁷ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 874.

⁵⁷⁸ Özakman, s. 194-195.

⁵⁷⁹ MK m. 725/f. II gereğince, sadece yapısını iyiniyetle taşıyan kişi bir irtifak hakkının kurulmasını ya da taşan yapının bulunduğu arazi parçasının mülkiyetinin kendisine

nakil hattı geçirilmesi için tesis edilen irtifakın, arazinin ortasından geçmesi nedeni ile, irtifak tesis edilen kısım dışında kalan taşınmaz parçasında davacının inşaat yapma ve yararlanma hakkının ortadan kalkması nedeni ile irtifak hakkının tesisi yerine, taşınmaz mülkiyetinin kamulaştırılmasının gerektiğine karar vermiştir⁵⁸⁰.

Mülkiyetin tamamının devrinin talep edilmesi halinde, taşınmazı alınan malik tam bir bedele hak kazanır. Bedel hesaplanırken, sadece o taşınmazın normal satış fiyatı değil, aynı zamanda taşınmazın elinden çıkması dolayısıyla malikin uğradığı diğer zararlar da hesaba katılır⁵⁸¹.

Bununla birlikte, mülkiyetin devredilmesi yoluna başvurulmamış ve bu durumlarda irtifak tesis edilmiş ise, MK m. 785/f. II uygulanabilecektir. Söz konusu irtifakın ayakta tutulması, sağladığı menfaate oranla yüklü taşınmaz maliki için orantısız bir külfet arz ediyor ise, irtifakın sona erdirilmesi gerekir⁵⁸². Özellikle taşkın yapı irtifakının MK m. 785 uygulanarak terkin edilmesi, yapının ekonomik değerinin heba edildiği anlamına gelmez. Zira, hak sahibinin bu değeri ayakta tutmakta ya hiç menfaati yoktur ya da çok az menfaati kalmıştır⁵⁸³.

geçirilmesini isteyebilir. Dolayısıyla, madde metninden hareket edildiğinde, kötü niyetli yapı malikinin böyle bir yetkisi olmayacaktır. Ancak öğretide, yapısını taşıyan kişinin kötünietli olması halinde dahi, MK m. 722'nin kıyasen uygulanarak ilgili bölümün yıktırılmaması gerektiği savunulmaktadır. Zira amaç, inşa edilen yapının ekonomik değerinin korunmasıdır. Böyle bir halde, aynı haklardaki açıklık ve belirlilik niteliklerinin gözetilmesi ile, taraflara taşma oranında pay tanınması yoluna gidilmemelidir. Komşuluk hukuku kurallarına kıyasen, hakim tam bir bedel karşılığında ilgili taşınmaz parçasının mülkiyetinin devredilmesine ya da irtifak tesis edilmesine karar vermesi gerekecektir. Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 638; böyle bir durumda sökülme istenemeyeceğini belirtmekle yetinen görüş için bkz. Akipek, Akıntürk, s. 538. Sungurbey ise, kötünietli yapı maliklerinin komşularının arsalarını gasp etmelerine yol açacak böyle bir imkanın kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir. İsmet Sungurbey, "Medenî Yasa Öntasarısında Yöntem ve İçerik Bakımından Temel Yanılgılar (İsviçre-Türk Öğreti ve Uygulaması Işığında Uyarılar)", **Türk Medeni Kanunu Öntasarımının İncelenip Değerlendirilmesi**, MHAUM VIII. Sempozyum, 22-23 Kasım 1985, İstanbul, Türkiyat Matbaacılık, 1988, s. 36. Taşkın yapıyı yapanın iyiniyetli olması gerektiğini belirtmek ile birlikte, iyiniyetin esnek yorumlanacağına, hukuka aykırılık bilincine sahip olmayan ve bu bilince sahip olmamakta ağır kusurlu olmayan kişinin iyiniyetli sayılacağına ilişkin bkz. Rona Serozan, "Komşunun Arsasına Taşan Yapı", **Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, İÜHFİM**, C. 42, S. 1-4, 1976, s. 367.

⁵⁸⁰ Davacının taşınmazından idari irtifak olarak bir yol geçirildikten sonra taşınmazın kalan kısmının yararlanmaya elverişli olmayacağı gerekçesi ile taşınmazın tamamen kamulaştırılması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Dan. 6. Daire, 17.12.1986, E. 1986/961, K. 1986/1141 (www.kazanci.com).

⁵⁸¹ Tandoğan, **Mecra 2**, s. 635.

⁵⁸² Pittet, s. 84.

⁵⁸³ Bosshart, s. 88.

c. MK m. 697 İle İlişkisi

Mülkiyet hakkının korunmasını amaçlayan başka bir hüküm ise, MK m. 697'dir⁵⁸⁴. İlgili düzenlemeye göre, “[b]ir paydaşın çıkarılmasına ilişkin hükümler, kıyas yoluyla pay üzerinde intifa veya diğer bir aynı ya da tapuya şerh edilmiş kişisel yararlanma hakkı sahipleri hakkında da uygulanır. Ancak, devri caiz olmayan bir hakkın uygun bir tazminat karşılığında sona ermesine karar verilir”.

Bir payın konu olabileceği sınırlı ayni haklar, intifa ya da rehin hakkıdır. Bu haklar arasında devri mümkün olmayan ise, pay üzerindeki intifa hakkı olacaktır. Pay üzerindeki intifa hakkı sahibinin davranışları ile paylı mülkiyet ilişkisi çekilmez bir hal almış ise, intifa hakkı devredilemeyeceği için, intifa hakkının devri yolu ile intifa hakkı sahibi ilişkiden çıkarılamaz. Payın devredilmesi halinde de hâlâ intifa ile kayıtlı olacağı dikkate alındığında, pay sahibinin paylı mülkiyet ilişkisinden çıkarılması ile de intifa hakkı sahibinin ilişki dışına itilemeyeceği görülür⁵⁸⁵. Böyle bir durum için MK m. 697, paylı mülkiyetin sona erdirilmesine ilişkin hükümlerin

⁵⁸⁴ Paydaşıktan çıkarma kurumunun temelinde esas olarak mülkiyet hakkının korunması düşüncesinin yattığına ilişkin bkz. Yarg. 6. HD., 20.04.2000, 3067/3649 (www.kazanci.com). Karş. Yarg. İBK, 14.03.1960, E. 1960/1, K. 1960/3: Paylı mülkiyete tâbi bir taşınmazda, paylardan birinin intifa hakkı ile kayıtlanması durumunda, taşınmaz mal, mahkemece paylı mülkiyetin paylaşılmasına dair verilen karar gereği satılırsa, pay alıcıya intifa hakkı ile yüklü olarak geçer. Kararı uygun gören yazarlar için bkz. Gürsoy, Eren, Cansel, s. 820. Uygun görmeyen yazarlar için bkz. Bertan, **C. II**, s. 1363; Köprülü, Kaneti, s. 126, Tekinay, **II/3**, s. 45. Tekinay'a göre paydaş, paylaşımın güçleştirilmesi için payı üzerinde üçüncü kişi lehine muvazaalı intifa hakkı tesis edebilir ve muvazaanın ispatındaki güçlük karşısında malın satışına bu yoldan engel olabilir. Bu kararın emsal alınması üzerine yerleşen içtihat (Yarg. 1. HD., 26.01.1989, E. 1988/12521, K. 1988/464, www.kazanci.com), paylı mülkiyetin giderilmesi halinde pay üzerindeki intifa hakkının sona ermeyeceğini, alıcıya geçeceğini öngördüğünden, söz konusu intifa hakları muvazaalı kurularak paydaşa bütün taşınmazı ucuz bir şekilde satın alma imkanı tanımıştır. Bu mahsuru giderebilmek için, 2002 yılında yürürlüğe giren Medeni Kanun'a 700. madde eklenmiş ve paydaşlara intifa hakkının kurulduğunun kendilerine tebliğinden itibaren üç ay içinde paylı mülkiyetin giderilmesini isteme yetkisi tanınmıştır. Söz konusu sürenin kaçırılması halinde, paylı mülkiyet konusu taşınmaz yine pay üzerinde intifa hakkı ile yüklü şekilde satışa çıkarılacak ve bu durum taşınmazın bedelini düşürerek mağduriyetlere sebep olacaktır. Gerek paydaşın diğer paydaşların rızasını almaksızın kendi payı üzerinde intifa hakkı tesis edebilmesini, gerek MK m. 798'de açıkça düzenlenen aynı ikame halini dikkate alan yazarlar, MK m. 700'ün hukuk sistemi ile hiç uyuşmayan bir hüküm olduğu sonucuna varmaktadırlar. Bu yazarlara göre olması gereken, aynı ikamenin uygulanması sureti ile, paydaşlığın giderilmesine konu olan taşınmazın satılması sonrasında paydaşa düşen paranın üzerinde intifa hakkının devam etmesidir. Bkz. E. Sabâ Özmen, Melek Bilgin Yüce, “MK “Madde 700” Hükmünce Pay Üzerindeki İntifa Haklarının Paylı Hâlinin Giderilmesi Dâvalarına İlişkin Hukukî Sonuçlar”, **İBD**, C. 81, S. 3, 2007, s. 960 vd.; A. Lâle Sirmen, “Yeni Türk Medenî Kanununda Paylı Mülkiyete İlişkin Düzenlemeler”, **Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan**, Ankara, Turhan, 2003, s. 739-740.

⁵⁸⁵ Özen, s. 177.

kıyasen uygulanarak intifa hakkının tazminat karşılığı sona erdirileceğini düzenlemiştir.

Tazminatı kimin ödeyeceği ise öğretilerde tartışmalıdır. İlk görüşe göre⁵⁸⁶, tedbir almak ile yükümlü olduğu için, tazminatı pay sahibi ödeyecektir. Bu tedbiri almaz ise, paydaşlıktan çıkarılır. İkinci görüş uyarınca⁵⁸⁷, tazminatı intifa hakkına son verilmesini isteyen paydaşlar öder ve iç ilişkide intifa ile yüklü pay sahibine de yansıtırlar. Son görüş ise⁵⁸⁸, intifa hakkına son verilmesi ile eski intifa hakkı sahibi ile paylı mülkiyet birliği arasında bir kira ilişkisinin kurulduğunu, hakim bu yöndeki kararının da tazminat yerine geçtiğini ortaya koymaktadır. Baumann'a göre⁵⁸⁹, böyle bir halde İsvMK 762 (MK m. 819) uygulanmalıdır. Paydaşların sorun çıkaran intifa hakkı sahibine açacakları davada intifa hakkı sahibinin eşyanın zilyedi olmaktan çıkarılması ve intifa hakkının kullanılmasının bir kayıma bırakılması istenecektir. Kayyım, intifa hakkı sahibi hesabına ve giderleri ona ait olmak üzere hakkı kullanacaktır.

Hangi görüş kabul edilirse edilsin, açılacak dava sonrasında intifa hakkının sona ermesi dolayısıyla payı intifa hakkı ile kayıtlı paydaşın, hakkı üzerindeki bu sınırlamadan rahatça kurtulması söz konusudur⁵⁹⁰. Dolayısıyla ortada bir sebepsiz zenginleşme hali bulunur.

Medeni Kanun'un 697. maddesinin atıfta bulunduğu MK m. 696 uyarınca, pay üzerindeki hak sahibine hakkını devretmesi için bir süre tanınır. Devir gerçekleşmez ise, devrin cebri icra hükümleri uyarınca yapılması gerekir⁵⁹¹. Devredilemeyen hak ise, uygun bir tazminat karşılığı sona erdirilir. Tazminatın miktarı, TBK m. 51-m.

⁵⁸⁶ BK-Meier-Hayoz, art. 649b-649c ZGB, N. 36.

⁵⁸⁷ Edmond Perruchoud, "Art. 646-651a CC", **Commentaire Romand, Code civil II**, (edit. Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Denis Piotet), Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2016, art. 649c CC, N. 11-12.

⁵⁸⁸ Liver, **Eigentum**, s. 74; Sutter-Somm, N. 232; Abdülkadir Arpacı, **Türk Medenî Kanunu Açısından Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim**, Ankara, Kazancı, 1990, s. 89. Son yazarın İsviçre hukukunu değerlendirdiğine dikkat edilmelidir.

⁵⁸⁹ ZK-Baumann, art. 748-749 ZGB, N. 38.

⁵⁹⁰ Christoph Brunner, Jürg Wichtermann, "Art. 646-654a", **Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar**, (edit. Heinrich Honsell/Peter Nedim Vogt/Thomas Geiser), 5. Auf., Basel, Helbing&Lichtenhahn, 2015, art. 649c ZGB, N. 3-4; D. Piotet, **Traité**, s. 160-161; Simonius, Sutter, **Bd. I**, s. 503.

⁵⁹¹ Zekeriya Kurşat, **Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi**, İstanbul, Arıkan, 2008, s. 133.

52'deki genel hükümlere göre hesaplanacaktır⁵⁹². Tazminatın borçlusu, davayı açan paydaştır. Söz konusu hakkın kalkması ile, paylı yükten kurtulan paydaşa rücu hakkı gündeme gelir⁵⁹³.

Görüldüğü üzere, MK m. 697'nin temelinde de mülkiyet hakkının korunması fikri olsa da, bu hükmün uygulanması ile paylı mülkiyet ilişkisi sona ermez; MK m. 785/f. II'den farklı olarak, sadece intifa hakkı sahibinin tazminat karşılığında paylı mülkiyet ilişkisi dışına çıkarılması söz konusudur. Kaldı ki hak, sona erdirilen intifa hakkı sahibi açısından bir yarar göstermeye devam etmektedir. Bu yararın hakkın gösterdiği külfet karşısında azalması gündeme gelmese de, hakkın ayakta tutulması diğer paydaşlar açısından paylı mülkiyet ilişkisine devamı çekilmez hâle getirdiği için, intifa hakkına son verilmektedir.

d. Cebri İcrada Terkin Edilen İrtifak Hakları İle İlişkisi

Medeni Kanun'un 869. maddesi, taşınmaz rehninden sonra kurulan irtifakların, rehinin paraya çevrilmesi sırasında rehinli alacaklılara zarar verdiği ölçüde terkin edileceğini düzenlemiştir. Bu durumda da, hak sahibi açısından hâlâ yarar arz eden bir irtifakın sona erdirilmesi söz konusudur.

Rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip esnasında sona erdirilen irtifak hakları için, hak sahibine MK m. 785'ten farklı olarak, elde edilen satış parası üzerinden bir bedel ödenmeyecektir. Bu durumda hâlâ yarar arz eden, hatta MK m. 785/f. II'nin uygulanma şartlarından farklı olarak arz ettiği bu yarar da azalmamış bir irtifakın sona erdirilmesi dolayısıyla hak sahibinin zararının ne şekilde karşılanacağı sorunu ile karşılaşılır⁵⁹⁴. Her ne kadar hüküm⁵⁹⁵, rehinli alacaklılar tatmin edildikten sonra terkin edilen irtifak hakkı ve taşınmaz yükü sahiplerinin geriye kalan meblağdan zararlarının karşılanacağını bildirirse de, geriye yeterli bir meblağ kalmaması durumunda bu hak sahiplerinin zararlarının nasıl tazmin edileceği düzenlenmemiştir.

⁵⁹² Kurşat, s. 133; Etem Sabâ Özmen, **Türk Hukukunda Paydaşlıktan Çıkarma Davası**, Ankara, Kazancı, 1992, s. 176.

⁵⁹³ **BSK**-Brunner/Wichtermann, art. 649c ZGB, N. 4; Kurşat, s. 133-134; Simonius, Sutter, **Bd. I**, s. 503.

⁵⁹⁴ Mooser, **Habitation**, s. 34, dn. 42.

⁵⁹⁵ MK m. 869/f. III.

Rehnin paraya çevrilmesi halinde, terkin edilen irtifak hakkı yarar göstermeye devam ettiğinden, zararın tazmin edilebilmesi için öncelikle irtifak hakkının arz ettiği yararın parasal karşılığının hesaplanması gerekir. Örnek olarak oturma hakkının değeri, hak sahibinin öngörülen süre içinde taşınmazı mesken olarak kullanabilme kabiliyetidir. Dolayısıyla, muadil bir meskene kendisine tanınmış süre boyunca ödeyeceği bedel hesaplanarak oturma hakkının değeri bulunacaktır⁵⁹⁶.

Bu zararın tazmini, sözleşmesel sorumluluk esasına dayanacaktır. Taşınmazın cebri icra ile satışa çıkarılması nedeni ile rehinden sonra sıra alan irtifak hakkı terkin edilmiş ise ve satış sonunda artan para ile irtifak hakkı sahibinin zararı karşılanamıyorsa, irtifak hakkı sahibi irtifak sözleşmesi uyarınca zararının karşılanmasını isteyebilecektir⁵⁹⁷. Bu sonuç irtifak sözleşmesinin sürekli bir borç ilişkisi oluşturduğu görüşümüz ile de uyumludur. Sürekli bir borç ilişkisi öngören irtifak sözleşmesi uyarınca, hakkın taşınmaz rehninin paraya çevrilmesi dolayısıyla sona erdirilmesi halinde, yüklü taşınmaz malikinin irtifak sözleşmesinden kaynaklanan borcunu gereği gibi ifa etmediği sonucuna varılacaktır. Bu sebeple, hakkı terkin edilen irtifak hakkı sahibi, yüklü taşınmaz malikinden olumlu zararının tazmin edilmesini isteyebilir.

Bununla birlikte, irtifak sözleşmesi ile irtifak ilişkisinin tarafları aynı değil ise, artık terkin edilen hak dolayısıyla oluşan zararın tazmin edilmesi için irtifak sözleşmesine dayanma imkanı ortadan kalkmıştır. Yüklü taşınmaz malikinin taşınmazının irtifak yükünden kurtarılmış bir şekilde satılması durumunda, malikin taşınmazın irtifak yükü ile birlikte satılmasından daha fazla bir satış bedeli elde edeceği açıktır. Ancak, taşınmazın yüksüz olarak paraya çevrilmesi ile elde edilen satış bedeli, irtifaktan önce sıra alan rehin ile teminat altına alınan alacağın karşılığını oluşturmaktadır. Kaldı ki, rehin konusu taşınmazın belirli şartlar altında yüksüz olarak satışa çıkarılması kanunun verdiği bir yetki olduğundan yüklü taşınmaz malikinin zenginleştiği sonucuna varılmamalıdır. Bu durumda, yeni irtifak hakkı sahibi zararı için yüklü taşınmaz malikine sebepsiz zenginleşme hükümlerine

⁵⁹⁶ Mooser, **Habitation**, s. 70-71.

⁵⁹⁷ David Dürr, Daniel Zollingen, **Das Grundpfandrecht, Art. 805-823 ZGB, Zürcher Kommentar, Bd. IV/2b/2**, 2. Auf., Zürich-Basel-Genf, Schulthess, 2013, art. 812 ZGB, N. 127.

dayanarak başvuramayacaktır. Kanaatimizce taşınmaz ikinci ihaleye çıkarılmadan hakkı terkin edilen irtifak hakkı sahibi, ancak yüklü taşınmaz malikinin kendisine zarar verme kastı ile hareket ettiği ölçüde zararının tazmin edilmesini isteyebilecektir. Şöyle ki, irtifak hakkı sahibi kendi hakkından önce sıra almış taşınmaz rehni ile teminat altına alınan alacağın, yüklü taşınmaz maliki tarafından sırf irtifak hakkı terkin edilebilir diye ifa edilmediğini ispatlayabilir ise, yüklü taşınmaz malikinden TBK m. 49/f. II'ye dayanarak tazminat isteyebilir. Başka hiçbir ihtimal için, hakkı terkin edilen irtifak hakkı sahibi yüklü taşınmaz malikine başvuramayacaktır.

İkinci ihale öncesinde hakkı terkin edilen irtifak hakkı sahibinin, zararının giderilmesi için hakkı kendisine devreden önceki hak sahibine başvurması da düşünülebilir. Böyle bir ihtimalde, önceki hak sahibinin sorumluluğu için satıcının zapttan sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 214 kıyasen uygulanmalıdır. Ne var ki ilgili hükmün ikinci fıkrası, sözleşmenin kurulması sırasında alıcının malın elinden alınabileceğini bilmesi durumunda satıcının kural olarak zapttan sorumluluğunun bulunmadığını düzenlemektedir. Satıcı, böyle bir durumda ancak ayrıca üstlenmiş iş zapttan sorumlu olacaktır. MK m. 1020/f. III gereği kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremeyeceğinden, irtifak hakkı sahibi hakkı iktisap ederken kendisinden önce sıra almış rehin hakkını bilmediğini iddia edemez. İrtifak hakkının son sahibi, hakkı devralırken, yüklü taşınmaz maliki rehin alacaklısına borcunu ifa etmediği takdirde rehnin paraya çevrilmesi yoluna başvurulabileceğini ve bu süreçte ilk ihaleden istenilen bedel elde edilemez ise, kendi hakkının da terkin edilebileceğini öngörebilecek durumdadır. Dolayısıyla irtifak hakkı sahibinin hakkı kendisine devretmiş kişinin zapttan doğan sorumluluğuna başvurarak zararının giderilmesini isteyebilmesi için, bu kişinin zapttan kaynaklanan sorumluluğu ayrıca üstlenmesine bağlıdır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: MK m. 785'İN UYGULANMASININ SONUÇLARI

Yararı kalmamış bir irtifakın terkinine yararlanan taşınmaz maliki rıza gösterir ise, başka bir deyişle tapu sicil memuruna terkin talebinde bulunur ya da kendi adına ve hesabına terkinde bulunması için yüklü taşınmaz malikine temsil yetkisi tanır¹ ise, irtifak tapu sicilinden hiçbir sorunla karşılaşılmaksızın terkin edilir. Burada doğrudan MK m. 783 çerçevesinde tescilin terkinini dolayısıyla irtifak hakkının sona ermesi hali tam olarak yoktur. Zira, MK m. 785/f. I'e göre yararını kaybetmiş irtifak zaten sona ermiştir. Bu irtifak, yararlanan taşınmaz mülkiyetinin iyiniyetli üçüncü kişi tarafından iktisap edilmesi halinde de, ya da başka bir durumda da canlanmayacaktır. Yararın ortadan kalkması hali objektif ve mutlaktır. Dolayısıyla, yapılacak terkin, MK m. 785/f. I'deki temele dayalı olarak açıklayıcı olacaktır. Şayet irtifak cüzi de olsa bir yarar arz ediyor ise ve hak sahibi artık bu hakkın terkin edilmesine rıza göstermiş ise, tapu sicilinden yapılacak terkin, MK m. 783'e uygun olarak sona erdiricidir.

Bununla birlikte MK m. 785 lafzi olarak, hem yararın tamamı ile ortadan kalktığı, hem de irtifakın yüküne oranla çok azaldığı hallerde hakimden hakkın terkininin isteneceğini öngörmüştür. Ancak bu hükmü, irtifak hakkı sahibinin yararı ortadan kalktığı için sona ermiş ya da yararı yüküne oranla cüzi kaldığı için sona erdirilmek istenen irtifakı rızası ile terkin ettirmek istemediği hallerde, hakim yararı varlığını kontrol edeceği şeklinde anlamak gerekir. Yoksa, her yararın

¹ Böyle bir temsil yetkisi, Noterlik Kanunu m. 89 uyarınca, noterde düzenleme şeklinde verilmelidir. Hükmün hukuki niteliği ise öğretilerde tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre, söz konusu hüküm ile MK m. 706'nın değiştirilmiştir ve tapu sicilinde işlem yapılabilmesi için temsilciye verilecek temsil yetkisinin noterde düzenleme şeklinde yapılması bir geçerlilik şartıdır. Selâhattin Sulhi Tekinay, "Noterlik Kanununun 89. Maddesi Hakkında Düşünceler", **HUMK'nu Değiştiren 1711 Sayılı Kanun ve Noterlik Kanunu Hakkında Sempozyum**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, 1976, s. 215 vd. Yargıtay tarafından da kabul edilen diğer görüş uyarınca, Noterlik Kanunu'nun 89. maddesi bir düzen hükmüdür. Hüseyin Hatemi, K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 3. Bası, İstanbul, Vedat, 2015, s. 46-47; M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 14. Bası, İstanbul, Vedat, 2016, s. 225, dn. 655; Oğuzman, Selici, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 1405. Tapu dairesinde işlem yapılması için temsil yetkisi verecek kişinin notere başvurması halinde, noterin uyması gereken şekli düzenlemektedir. Ne var ki Yargıtay'ın da kabul ettiği baskın görüş, söz konusu hükmün emredici olduğu yönündedir.

kalkması ya da irtifakın arz ettiği yararın külfeti karşısında orantısızca azalması ihtimalinde mutlaka hakim önüne gidilmesi gerektiği sonucuna varılamaz.

I. Talep ve Yargılama Usulü

A. Talep

Medeni Kanun'un 785. maddesinin birinci ya da ikinci fıkrasına dayanılarak dava açıldığında, irtifakın gösterdiği yararın tamamı ile kaybolduğu ya da ayakta tutulamayacak derecede azaldığı gözetilmeksizin, talep edilecek husus irtifakın terkinin olacaktır. Nitekim, her iki fıkrada da irtifakın terkininin istenilmesi zikredilmiştir. Söz konusu terkin talebinin birinci fıkranın mı, yoksa ikinci fıkranın mı kapsamına girdiği hem hakimin vereceği kararın niteliği, hem de bedel ödenip ödenmeyeceği hususlarında önem taşır. Talep salt terkin olacağından ve hukuki nitelendirme hakimin görevinden kaynaklandığından, MK m. 785/f. I'ın kapsamına girmeyen talepler, f. II çerçevesinde de kontrol edilmelidir. Dolayısıyla MK m. 785/f. I'e göre dava açılmışsa da, davacıya bedel ödettirilerek f. II'ye göre hüküm kurulabilmelidir². Sadece MK m. 785/f. II'ye dayanılarak bir terkin talebinde bulunduğu ihtimalde de, ön mesele olarak ilk fıkraya dayalı bir kontrol yapılmalı; bu fıkranın uygulanacağına tespiti halinde, ikinci fıkraya hiç başvurulmamalıdır³.

Belirtmeliyiz ki, görüşümüz öğretide ittifak ile kabul edilmemektedir. MK m. 785'in her iki fıkrası bakımından da hakimin kararının hakkı sona erdirici bir etkiye sahip olduğunu savunan yazarlar, yararın kalmamasına dayanılarak açılan davada, irtifak hakkının gösterdiği yararın hakkın arz ettiği yük karşısında orantısızca

² Bertan, C. II, s. 1224; Kaya Kızıllırmak, s. 871; Surlu, Öztürk, **Geçit**, s. 762. Aksi kanaatte **ZK-Liver**, art. 736 ZGB, N. 192-194.

³ Federal Mahkeme'nin önüne gelen bir uyuşmazlık inşaat yapmama irtifakını konu almaktadır. Yerel mahkeme, irtifakın MK m. 785/f. II gereği sona erdiği, hakimin sadece tarafların bedel miktarı hakkında anlaşamamaları halinde bir karar vereceği sonucuna varmıştır. Federal Mahkeme ise, irtifak hakkının sona ermesi için hakimin kararının gerektiğini bildirdikten sonra, bedel miktarını belirleyecek hakimin irtifakın arz ettiği yararın ortadan kalkıp kalkmadığını ön mesele olarak inceleyeceğini, bu hususun hukuk güvenliğinin bir gerekliliği olduğunu ortaya koymuştur. ATF 63 II 289 = JdT 1938 I 164. Yargıtay da bir kararında benzer gerekçeler ile dolaylı olarak bu sonuca varmaktadır: “[...] İrtifaka konu hakkın tamamen ortadan kalktığı, yararın kalmadığı saptanırsa terkin yoluna gidilmelidir. 785. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen bu koşul mutlak olarak gerçekleşmemiş ise, o zaman 2. fıkra uyarınca yararın yük karşısında azalıp azalmadığı incelenmelidir”. Yarg. 14. HD., 02.03.2012, E. 1662, K. 3087 (Surlu, Öztürk, **Geçit**, s. 767-770).

azaldığı sonucuna varıldığında, davacının başlangıçtaki talebinin değişeceği; ama yine de talebin reddedilmemesi gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu yazarlar, davacıya ek süre verilmesi ya da davanın ıslahı ile yararın orantısızca azalmasına dayalı bir davanın açılabilceğini ifade etmektedirler⁴. Kanaatimizce, daha geniş bir yorum yapılarak, hukuki sebebin hakim tarafından belirleneceği ve davacının talebinin sadece irtifakın terkini olacağı gözetilerek, bu halde de MK m. 785/f. II'nin uygulanmasına imkan tanınmalıdır. Uygulamada açılan davaların ise çoğunlukla terditli dava olduğuna da vurgulamak gerekir

Yararın külfet karşısında orantısızca azalmasına dayalı bir terkin talebi söz konusu olduğunda, yararın tamamı ile sona erdiği anlaşılır ise, talep reddedilmemelidir. Görüşümüze göre yararın kalmaması, irtifak hakkının varlık sebebinin ortadan kalkması anlamına geldiğinden, irtifak hakkı ile ilgili farklı uyuşmazlıklarda ön mesele olarak incelenmelidir. Federal Mahkeme'nin önüne gelmiş bir olayda⁵, taraflar aynı taşınmaz üzerinde iki farklı taşınmaz lehine kurulmuş bir park etme irtifakının içeriğinin belirlenmesini istemişlerdir. İstinaf mahkemesi, irtifakın kurulduğu andaki yarar ile güncel yararın farklı olduğuna hükmederek yararın özdeşliği ilkesi gereği talebi reddetmiştir. Federal Mahkeme, irtifakın terkin edilmedikçe şekli bir varlık gösterdiğine, bu durumda da tarafların irtifakın içeriğine ilişkin hakimden belirleme istemelerinde hukuki menfaatlerinin bulunduğuna hükmetmiştir. Bu karar, irtifak hakkının tapu sicilinden terkin edilmemiş olmasının, hakkın varlığının ön mesele olarak tespitine engel olamayacağı gerekçesi ile eleştirilmiştir⁶. Zira, ön mesele olarak hakkın varlığının tespiti kesin hüküm niteliğinde değildir ve tek başına tapu sicilinin düzeltilmesine elvermez. Ön mesele sırasında hakkın mevcut olmadığını tespit eden hakim, sadece asıl talebi, somut olay bakımından yorum talebini, reddedecektir.

Her iki halde de hakime yöneltilecek talep için, nispi harç yatırılması gerekir. Harç ve yargılama giderlerinden davacı sorumludur⁷.

⁴ Özakman, s. 149; Surlu, Öztürk, **Geçit**, s. 762; Surlu, Öztürk, **Mecra**, s. 528.

⁵ Consorts de Saussure c/ SI Cité no 22 et Hentsch et Cie = SJ 1981, s. 465.

⁶ Kararın eleştirisi için bkz. Paul Piotet, "La question préjudicielle de l'existence matérielle d'une servitude inscrite au registre foncier", **SJ** 1982, s. 530.

⁷ Yarg. 14. HD., 12.02.2009, E. 2008/12462, K. 2008/1689 (Surlu, Öztürk, **Geçit**, s. 778-779).

1. Görevli Ve Yetkili Mahkeme

Medeni Kanun'un 785. maddesi gereği yararı kalmayan ya da gösterdiği yük ile karşılaştırıldığında orantısızca azalan irtifak hakkının terkin talebinin yöneltileceği makam, asliye hukuk mahkemeleridir. Yetkili mahkeme ise, üzerinde irtifak hakkı kurulan taşınmazın bulunduğu yer mahkemesidir (HMK m. 12/f. II). İrtifakın terkinini isteyen tarafın ya da irtifak hakkı sahibinin idare olması durumunda da, katıldığımız görüşe göre idari irtifaklarda dahi hak kendine özgü biçimi ile doğduktan sonra Medeni Kanun hükümlerine tâbi olacağından, adli yargı yolundan ayrılınmayacaktır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 408. maddesine göre, “[t]aşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar” tahkime elverişli olmadığı için, yargılamanın mutlaka mahkemeler aracılığı ile yapılması gerekir; tahkim yolu tercih edilemez. Aynı şekilde, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun amaç ve kapsamına ilişkin ilk maddesinin 4. fıkrasında, kanunun Türkiye’de bulunan taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

2. Taraflar

a. Davacı

Medeni Kanun'un 785. maddesinden kaynaklanan davaları kimin açabileceği öğretide tartışmalıdır. MK m. 785/f. I ve mehzaz kanundaki İsvMK m. 736/f. I düzenlemeleri, terkin talebinin “yükü taşınmaz maliki” tarafından ileri sürüleceğini özel olarak vurgulamıştır⁸. Kaldı ki, hükmün mülkiyet hakkını koruyucu işlevi göz önüne alındığında, mülkiyet hakkını gereksiz yere kayıttayan irtifak yüklerinin terkin edilmesinin yükü taşınmaz maliki tarafından istenmesi de hükmün amacı ile bağdaşmaktadır.

⁸ Paylı mülkiyete tâbi yükü taşınmazdaki geçit irtifakının kaldırılması talebi taşınmazın kullanılabilirliğini arttıran ve diğer paydaşların da yararına olan bir tasarruf olduğundan, paydaşlardan her birinin MK m. 785'e dayanarak irtifak hakkının terkinini isteyebileceğine ilişkin bkz. Yarg. 14. HD., 28.11.2008, E. 11623, K. 14937 (Surlu, Öztürk, **Geçit**, s. 779-780).

Bu çerçevedeki tartışmaları ortaya koymadan önce, iki özellikli hususa dikkat çekmek isteriz. İlk olarak, kat mülkiyetine tâbi bir taşınmazda, anataşınmaz üzerinde kurulan irtifakların yararının tamamı ile sona ermesi ya da orantısız biçimde azalması sonucunda, MK m. 785'ten kaynaklanan talebi bütün kat malikleri ileri sürecektir⁹. Belirtelim ki, MK m. 785'ten kaynaklanan talepler, ortak yerlere ilişkin menfaatin korunmasına hizmet edeceğinden, kat malikleri arasındaki sözleşmede ya da yönetim planında aksine bir düzenleme olmadıkça her bir kat maliki bu davayı açmaya yetkilidir¹⁰. Bununla birlikte talepler birden çok kat maliki tarafından yöneltilirse, davacı kat malikleri arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunur¹¹. Aynı şekilde, yüklü taşınmazın bir paylı mülkiyet ya da elbirliği mülkiyetinin konusu olması ihtimalinde, MK m. 785'ten kaynaklanan taleplerin bölünemediği ve bütün maliklerin objektif olarak menfaatine olduğu için, tek bir malik tarafından ileri sürülebilecektir¹². İkinci olarak ise, Yargıtay'ın bir uygulamasına değinmek gerekmektedir. Yargıtay bir kararında¹³, yararlanan taşınmaz malikinin aynı yararına hizmet etmek üzere birden çok taşınmaz üzerinde irtifak hakkı kurulmuş ise; örnek olarak bir taşınmazdan anayola çıkılabilmesi için iki veya daha fazla taşınmaz geçit irtifakı ile kayıtlanmış ise, yüklü taşınmaz maliklerinden birinin MK m. 785'e dayalı hakkın terkinini istemesi halinde, bütün yüklü taşınmaz malikleri arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğunu ortaya koymuştur. Buna göre, bir yüklü taşınmaz maliki dahi irtifakın terkinini talebinde bulunmamış ise, bu eksiklik giderilmeden işin esasına girilemez. Oysa belirlilik ilkesi gereği, anayola çıkılabilmesi için kaç farklı taşınmaz geçit irtifakı ile kayıtlanmış ise, o kadar sayıda farklı irtifak hakkı bulunur. Bu durumda her bir irtifakın terkinini ayrı ayrı istenecektir; yüklü taşınmaz maliklerinin birlikte hareket etme zorunluluğu bulunmaz.

Öğretideki baskın görüş uyarınca, yararı kaybolan ya da azalan irtifakın terkinini isteyen davacı, yüklü taşınmazın malikidir. Üçüncü kişilerin, irtifak

⁹ Geçit irtifakının terkinine ilişkin davada bütün kat maliklerinin yer alması gerektiğine, yöneticinin davacı taraf olamayacağına ilişkin bkz. Yarg. 14. HD., E. 7620, K. 9026 (Surlu, Öztürk, **Geçit**, s. 772-773).

¹⁰ Pınar Ağca Toplandı, **Birlikte Mülkiyette Ortak Menfaati Koruma Yetkisi**, Ankara, Yetkin, 2006, s. 172; dolaylı olarak her bir kat malikinin ortak menfaati tek başına koruyabileceğine ilişkin bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2207.

¹¹ Ortak menfaatin korunması açısından genel olarak bkz. Ağca Toplandı, s. 185.

¹² Ağca Toplandı, s. 119-120.

¹³ Yarg. 14. HD., 04.05.1998, E. 1998/2375, K. 1998/3431 (www.kazanci.com).

hakkının sona erdirilmesinde yararı olsa dahi, terkini talep etme hakları bulunmaz¹⁴. Federal Mahkeme'nin önüne gelmiş bir uyuşmazlıkta da bu sonuç benimsenmiştir¹⁵. Uyuşmazlığa konu olan olayda, Aloïs Hofer Küsnacht Koyu'nda 15. yüzyıldan kalma özel bir balık tutma hakkına sahiptir. 1948 yılında, Schwyz Kantonu ile bir anlaşma yaparak o ana kadar çekişmeli olan hakkın kapsamını ve içeriğini belirlemiştir. Bu anlaşma uyarınca taraflar, hakkın kantonun mülkiyetindeki 2792 numaralı göl parseli üzerinde bir irtifak hakkı niteliğinde olduğu hususunda anlaşmışlardır. Hak sahibi, bu hakkı sınırları tespit edilmiş 200 metre genişliğindeki bir alan üzerinde kullanacak; bu sınırlar içinde su kamışı yetiştirecektir. Kanton, üçüncü kişilere kıyı arazilerini su kamışları ya da başka su bitkilerini yok etmelerine izin verecek şekilde satamayacak ya da kıyıyı kullanmalarına izin vermeyecektir. Eğer bu kişilerin hakları balık tutma hakkı ile çelişiyorsa, üçüncü kişilerin lehlerine tanınacak hakkın kurulabilmesi için Hofer'in rızasını almaları gerekecektir.

Martha Schächtelin'in arazisi ise, Hofer'in balıkçılık hakkını kullandığı su kamışı kaplı kıyının yanındadır. Schächtelin arazisine tekne hangarı inşa etmek ve giriş için bir kanal açmak istemektedir. Bu sebeple de dört metrelik genişlikteki ve bir metrelik derinlikteki bir alanda su kamışlarının kesilmesi gerekmektedir. İdare, Hofer'den izin alması şartı ile Schächtelin'e ilgili inşaatı yapma müsaadesini vermiştir. Schächtelin bu şarta itiraz etse de, itirazı reddedilir. Buna rağmen hangar inşasına başlanır. Her ne kadar mahkemeden hangarın yıkımı kararı çıksa da, hangar yıkılmaz. Schächtelin mahkemeye başvurur ve ilk olarak yapmak istediği girişin davalının balıkçılık hakkını ihlal etmediğinin, olmazsa kanal açılması dolayısıyla balıkçılık hakkına yapılan ihlalin katlanılabilir olduğunun tespitini; bu talebi de kabul edilmezse MK m. 785/f. II'ye uygun olarak irtifakın bedel karşılığında terkinine ve kanalın inşasına karar verilmesini ister. Yerel mahkeme kanal projesinin balıkçılık hakkını ihlal etmeyeceğine, ama inşaat dolayısıyla davalıya verilecek zarar için bir bedel ödenmesine karar verir. Davalının itirazı üzerine istinaf mahkemesinde görülen yargılamada, davacının davacı sıfatı olmadığına hükmedilir. Davacının itirazı üzerine Federal Mahkeme, somut olaydaki

¹⁴ BSK-Petitpierre, art. 736 ZGB, N. 8; HandK-Göksu, art. 736 ZGB, N. 15; KurzK-Schmid-Tschirren, art. 736 ZGB, N. 17; Steinauer, T. II, N. 2272a; Surlu, Öztürk, Mecra, s. 526.

¹⁵ ATF 95 II 14 = JdT 1969 I 576.

düzensiz irtifakın MK m. 785'in uygulama alanına girdiğini tespit etmekle beraber, irtifakın terkinini yüklü taşınmazın mevcut maliki tarafından istenebileceğine; irtifakın kapsamı dolayısıyla üçüncü kişilerin hakları kısıtlansa da, bu kişilerin MK m. 785'e başvuramayacaklarına hükmeder¹⁶.

Yargıtay da irtifak haklarının terkinini ya yüklü taşınmaz maliki ya da hak sahibinin talep edebileceğini ortaya koymaktadır. Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlık¹⁷, her ne kadar hakkın MK m. 785 gereği sona ermesine ilişkin değilse de, mahkemenin görüşünün ortaya konulması açısından yararlı olacaktır. Uyuşmazlıkta, davacı kiracı olduğu dükkandan ihtiyaç sebebi ile tahliye edildiğini, üç yıllık kiraya verme yasağını dolanmak için kiraya veren davalının oğlu lehine burada bir intifa hakkı tesis ettiğini ve dükkanın intifa hakkı sahibince kiraya verildiğini bildirmiştir. Muvazaalı intifa hakkının terkinini talep etmiştir. Davacı, üç yıllık süreçte dükkanın kendisinden başka kimseye kiralanamayacağından bu davayı açmakta yararı olduğunu belirtse de, Yargıtay'a göre bu yasağın (o dönemdeki) yaptırımının cezai olması dolayısıyla kiracıya yeniden kullanım imkanı tanınmadığından ve EMK m. 720 (MK m. 796) gereği intifa hakkının terkininin yalnızca yüklü taşınmaz maliki ya da intifa hakkı sahibi isteyebileceğinden, üçüncü kişi eski kiracı davacının böyle bir talep yetkisi yoktur. Bununla birlikte, Yargıtay'ın vardığı sonucun hatalı olduğunu da belirtmek isteriz. Muvazaalı bir sözleşmeye dayanarak kurulan intifa hakkına ilişkin tescil, yolsuz bir tescildir; tescilin yolsuzluğu ilgisiz olan herkes tarafından ileri sürülebilir. Oysa somut uyuşmazlıkta Yargıtay'ın, sanki geçerli bir intifa hakkı varmış gibi irtifakların sona erme sebeplerine dayanması hatalıdır.

Medeni Kanun'un 785. maddesinin lafzı, öğretideki görüşler ve mahkeme kararlarına rağmen, yararı kalmayan ya da gösterdiği külfet karşısında orantısızca

¹⁶ Federal Mahkeme aynı zamanda, ortak kullanıma özgülenen gölün bir bölümünün Schächtelin'in kişisel kullanımına tahsis edildiğini, bu sebeple Schächtelin'in irtifakın en az zarar verici şekilde kullanılıp kullanılmadığını tespit ettirmede bir menfaatinin bulunduğunu vurgulamıştır. İrtifakın en az zarar verici biçimde kullanılması, sadece yüklü taşınmaz malikinin ileri süreceği bir ilke değildir; kıyı üzerindeki kişisel hakkı bulunan üçüncü kişiler de ileri sürebilir. Diğer taraftan, davalının kendi hakkını ihlal etmeyecek ya da elde edilecek kazançla çok cüzi biçimde ihlal edecek bir kullanıma izin vermemesinin hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirilmesi gerektiği, fakat somut olayda buna ilişkin bir veri olmadığı da vurgulanmıştır.

¹⁷ Yarg. 14. HD., 01.11.1999, E. 1999/6046, K. 1999/7424 (www.kazanci.com).

azalan irtifak hakkının terkinini sadece yüklü taşınmaz malikinin ileri sürebilmesi bazı pratik menfaatlere cevap verememektedir. Bu sebeple, MK m. 785'in geniş yorumlanarak yararlanan taşınmaz maliki ve üçüncü kişilere de bu yetkinin tanınması gerektiğine ilişkin tartışmalar yapılmaktadır.

Medeni Kanun'un 785. maddesinin ilk fıkrası, irtifak hakkının gösterdiği yararın tamamen kaybolması halinde yüklü taşınmaz malikinin irtifak hakkının terkinini isteyebileceğini düzenlemiştir¹⁸. Kanaatimizce hakimin vereceği karar, irtifak hakkının varlık sebebi olan yararın tamamı ile ortadan kalkması sebebi ile irtifak hakkının sona erdiğinin tespiti niteliğinde olacaktır. Hakimin kararı bir tespit hükmü olduğu için de, menfaati olan herkes bu davayı açabilmelidir¹⁹. Şöyle ki hakkın gerçek durumunu hakime tespit ettirmek, tapu sicilinin düzeltilmesi işlevini görecektir²⁰. Bu sebeple, MK m. 785/f. I'de ve MK m. 1025'te davacı çevresinin aynı olması gerekir. MK m. 1025 uyarınca davacı da, yolsuz tescil dolayısıyla hakkı zarar gören aynı hak ya da şerh edilmiş nispi hak sahipleridir²¹.

Buna karşılık, MK m. 785/f. II uyarınca yüküne oranla çok az yarar sağlayan irtifak hakkının terkinini için hakimin verdiği karar, yenilik doğuran karardır. MK m. 716'nın özel bir uygulama alanı olan hüküm, irtifak hakkının terkinine yönelik bir alacak hakkına sahip olan kişilerin hakime başvurabileceklerini düzenler. Bu çerçevede irtifak ilişkisine ters yönden bakılacak olur ise, yararlanan taşınmaz malikinin de hakkın terkin edilmesinde menfaatinin bulunabileceği haller mevcut olabilir²². İrtifak hakkının ivazlı olması ihtimalinde, yüklü taşınmaz maliki irtifakın terkinini istemeyebilecektir; zira irtifak hakkı karşılığında düzenli bir gelir elde

¹⁸ Benzer bir durum, alacağın sona ermesi halinde, alacağa bağlı taşınmaz rehininin de sona ermesi halinde görülür. Rehin hakkının terkininde sadece yüklü taşınmaz maliki değil, sonraki sırada bulunan diğer sınırlı ayni hak sahipleri, şerh edilmiş ya da edilmemiş kişisel hak sahiplerinin de menfaati bulunmaktadır. Oysa MK m. 883, alacak sona erince, alacaklıdan ipoteği terkin ettirmesini isteyecek kişinin ipotekli taşınmaz maliki olduğunu düzenlemektedir. Helvacı, **İpotek**, s. 402-403.

¹⁹ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 207; CR-Argul, art. 736 CC, N. 2; P. Piotet, **Traité**, s. 59, dn. 7.

²⁰ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 207-208.

²¹ Bazı istisnai hallerde, aynı hak ya da şerh edilmiş nispi hakkı zarar görmemiş kişinin de menfaati varsa bu davayı açarak tapu sicilinin düzeltilmesini talep edebileceği kabul edilir. Yolsuz bir şekilde malik olarak tescil edilmiş kişinin tapu sicilinin düzeltilmesi talebinin kabulü hakkında bkz. ATF 98 II 15 = JdT 1972 I 547.

²² MK m. 785/f. II bakımından sadece yüklü taşınmaz malikinin davacı olabileceğine ilişkin aksi görüş için bkz. CR-Argul, art. 736 CC, N. 12.

etmektedir. İrtifak hakkı sahibinin MK m. 785'e başvurarak irtifakı terkin ettirmesinde menfaati olup olmadığı düşünülmelidir. Normal şartlar altında, irtifak hakkı sahibinin hakkın gösterdiği menfaatin azalması halinde hakkından vazgeçmesi beklenecektir. Ne var ki MK m. 785/f. II'nin uygulama alanına giren bir durumda, bedel beklentisi olacağı için davayı açmada menfaati vardır. Böyle bir halde, istisnai olarak irtifak hakkı sahibine de MK m. 785'e dayalı talepte bulunma yetkisi tanınmalıdır.

Başka bir istisnai durum, aynı taşınmaz üzerinde aynı sırada manzara kapatmama irtifakı ile üst hakkı gibi birbiri ile çelişen iki irtifak hakkının tesis edilmiş olması ihtimalinde karşımıza çıkar²³. Böyle bir halde, irtifak hakkı sahiplerinden birinin, yararının azaldığına hükmettiği diğer irtifak hakkını MK m. 785/f. II'ye kıyasen bedel karşılığında sona erdirebileceği ileri sürülmektedir²⁴. Dolayısıyla davacı, irtifak hakkı sahibi olarak ortaya çıkacaktır. Bununla birlikte, bir yarar kaybı söz konusu değil ise, aynı sıradaki birbirinin kullanımını engelleyen iki irtifak hakkının kullanımlarının orantılı olarak azaltılması yoluna gidilmelidir²⁵.

Görüldüğü üzere, irtifak hakkının yararının kalmaması ya da yüküne oranla çok azalması hallerinde, MK m. 785'e dayanarak terkin talebinde bulunacak kişi yüklü taşınmaz malikidir. Hükümün mülkiyeti koruma işlevi de göz önüne alınarak, bu sonuç rahatça kabul edilebilir. Ancak, bazı çok istisnai hallerde yararlanan taşınmaz maliki ya da üçüncü kişilerin de, irtifak hakkının yüklü taşınmaz maliki açısından kurulduğu andaki yararı artık göstermediğini ileri sürmelerine imkan tanımak yerinde olacaktır.

²³ İki taşınmazın birleştirilmesi sonucunda yeni oluşan taşınmaza haklar ve yükler aynen nakledileceğinden (TST m. 66/f. V), böyle biri ihtimal ile karşılaşılması mümkündür.

²⁴ D. Piotet, **Rapport d'usage**, s. 100. Kanundan doğan geçit hakkının tesisi için benzer bir düşünce ortaya konulmuştur: MK m. 747'nin dar lafzına rağmen, malikten başka aynı hak sahipleri de kanundan doğan geçit hakkının tesisi için dava açabilmelidir. Örnek olarak, yolu bulunmayan bir taşınmazdan, bu taşınmaz üzerinde intifa hakkı sahibi olan kişinin yararlanma imkanı kalmamış ise, ya intifa hakkı sahibi taşınmaz malikini zorunlu geçit hakkı tanınması için dava açmaya zorlayabilmeli ya da bu davayı doğrudan doğruya kendisi açabilmelidir. Aksi bir düşünce, MK m. 747'nin kuruluş amacı ile bağdaşmaz. Sabri Tırpan, "Medeni Kanuna Göre Lüzumlu Geçit İrtifakı", **İmran Öktem'e Armağan**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970, s. 251. Yüklü taşınmaz üzerindeki intifa hakkı sahibinin de MK m. 785'e dayalı davada taraf olarak yer alması gerektiğine ilişkin bkz. Yarg. 14. HD., 15.04.2003, E. 1576, K. 3124 (Surlu, Öztürk, **Geçit**, s. 783). Bununla birlikte, kişisel hak sahiplerine bu hakkın tanınmayacağı açıktır.

²⁵ D. Piotet, **Traité**, s. 110.

b. Davalı

Medeni Kanun'un 785. maddesine dayalı taleplerin kime yöneltileceği de öğretide tartışmalıdır. Azınlıktaki görüşe göre²⁶, irtifakın terkin talebi yararlanan taşınmaz maliki ya da irtifak hakkı sahibine karşı ileri sürülecektir. Bu görüşün kabulünün uygulamada problemlere yol açacağı; terkin talebinin sadece yararlanan taşınmaz maliki ya da irtifak hakkı sahibine yöneltilmesi halinde, diğer hak sahiplerinin terkine rıza göstermekten kaçınabilecekleri ve alınan kararın uygulanmasının fiilen engelleneceği belirtilmiştir²⁷. Bu eleştiri ile aynı yöndeki baskın görüşe göre ise²⁸, irtifak hakkı sahibinden başka²⁹ irtifakın varlığından menfaati olan herkese karşı MK m. 785'ten kaynaklanan talep yöneltilebilmelidir. Örnek olarak, yararlanan taşınmazın kendisinin de intifa hakkı ile kayıtlı olması durumunda, irtifak hakkı da intifa hakkı sahibi tarafından kullanılabilir³⁰. Bu halde ise, MK m. 785 gereği irtifak hakkının sona ermemesinde, yararlanan taşınmaz üzerinde intifa hakkı sahibi olan kişinin de bir menfaati bulunmaktadır.

Medeni Kanun'un 785. maddesinden kaynaklanan terkin talebi, yararlı kalmamış ya da yüküne oranla azalmış irtifak tescilinden hak elde eden herkese karşı yöneltilmelidir³¹. Bu kişiler, intifa hakkı sahibi, rehin hakkı sahibi ya da şerh edilmiş kişisel hak sahibi olabilir³². Ne var ki davalı gösterilen bu kişilerin davada varlığını ileri sürcekleri yarar, irtifak hakkı sahibinin kendisinin yararından farklı

²⁶ ZK-Liver, art. 736 ZGB, N. 198-199.

²⁷ Argul Grossrieder, *Extinction*, s. 209-210.

²⁸ Argul Grossrieder, *Extinction*, s. 208; Bertan, *C. II*, s. 1224-1225; Bohnet, § 50, N. 19; Deschenaux, *Traité*, s. 681-682; D. Piotet, *Traité*, s. 89; P. Piotet, *Traité*, s. 62; Surlu, Öztürk, *Mecra*, s. 526.

Hakkı miras yolu ile devralanlara karşı bu talebin yöneltilebilmesi için, bu kişilerin tapu sicilinden anlaşılabilmesi gerekir. Böyle bir durumda, öncelikle bu kişilerin tapu siciline yansıtılması, sonrasında kendilerine MK m. 785'ten kaynaklanan taleplerin yöneltilmesi yerinde olacaktır.

²⁹ Kat mülkiyetine tâbi bir binada, anataşınmaz lehine kurulan irtifaklar bakımından davalı tarafta bütün kat maliklerinin gösterilmesi gerekir. Site yönetiminin tüzel kişiliği olmaması dolayısıyla taraf ehliyetinin de bulunmadığına ilişkin bkz. Yarg. 14. HD., E. 2164, K. 3747 (Surlu, Öztürk, *Geçit*, s. 785).

³⁰ Özen, s. 44; ZK-Baumann, art. 745 ZGB, N. 18.

³¹ D. Piotet, *Traité*, s. 89.

³² Üzerinde intifa, oturma ya da üst hakkı bulunan taşınmaz aile konutu olarak kullanılıyorsa, MK m. 785'ten kaynaklanan talebin hak sahibi olmayan eşe de yöneltilmesi gerekmediği sorgulanabilir. Böyle bir halde, irtifak hakkının terkenden farklı olarak, objektif bir duruma dayalı olarak hak sona erdirildiğinden ve hakkın sona ermesinde hak sahibinin iradesi rol oynamadığından, aile konutu sağlayan irtifak hakkının MK m. 785 gereği sona erdirilmesinde, talebin hak sahibinin eşine de yöneltilmesine ihtiyaç yoktur.

olmayacaktır. İrtifak tescilinden hak sağlayan bu kişiler, özellikle irtifak hakkı sahibinin kendisine yöneltilen terkin talebini önemsememesi ihtimalinde, irtifakın sağladığı yararın hâlâ ayakta olduğunu ve önemli ölçüde azalmadığını ortaya koyarak davanın reddini talep edebilir ve böylece kendi haklarını dolaylı yoldan koruyabilirler³³. MK m. 785/f. II'ye dayanan bir talebin kabulü ile irtifakın terkininde, kendilerine de talebin yöneltildiği bu üçüncü kişiler de bedelden hak kazanacaklardır. Zira, sınırlı aynı hak sahipliği açısından, irtifak hakkının sona erdirilmesi ile kendi haklarının da özüne dokunulmaktadır³⁴.

B. Yargılama Usulü

Yararın sona erdiğini ya da hakkın ayakta tutulmamasını gerektirecek derecede azaldığını iddia eden kişi, ispat yükü altındadır³⁵. Ancak, yararın ortadan kalkması ya da azalmasının hangi anda aranacağı tartışmalıdır. Medeni usul hukukunda genel kural, davanın açıldığı andaki duruma göre hükme bağlanmasıdır. Yine de irtifak haklarının MK m. 785 gereği sona ermesi çerçevesinde bu genel kural tartışma konusu yapılmaktadır. Bir görüşe göre³⁶ karar tespit hükmü ise, yararın sona erdiği davanın açıldığı anda değil, kararın verildiği anda ortaya koyulmalıdır. Kanaatimizce, MK m. 785 üzerine hakimın vereceği kararın hukuki niteliğinden bağımsız olarak, yararın talebin yöneltildiği anda ortadan kalkmış olmasını aramak gerekir³⁷. Federal Mahkeme'nin kararları da aynı sonucu; yani mahkemeye yapılan terkin talebi anında yararın artık kalmamış olması gerektiğini işaret eder³⁸. Yararın

³³ Burada MK m. 1014'ün kıyasen uygulanması söz konusudur. İlgili hükme göre, terkin işlemi, terkin istenen kaydın kendilerine hak sağladığı kişilerin yazılı beyanı üzerine yapılabilir.

³⁴ Kanundan doğan irtifaklar bu hususta bir kıyas imkanı sunmaktadır. Taşınmaz üzerindeki diğer hak sahipleri zorunlu irtifakın kurulması için açılacak davaya müdahil edilmezler ise, zorunlu irtifak bu kişilerin haklarını ihlal ettiği ölçüde ileri sürülemeyecektir. Bu kişilerin kanundan doğan irtifak talebinin kendilerine de yöneltilmesi durumunda, kanundan doğan irtifakın kurulması yüzünden uğradıkları zarar oranında bir bedel isteyebileceklerine ilişkin bkz. Şahiniz, **Zaruri İrtifaklar**, s. 690.

³⁵ Schmid, Hürlimann-Kaup, N. 1309; Steinauer, **T. II**, N. 2268, dn. 43.

³⁶ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 206; **CR-Argul**, art. 736 CC, N. 10; D. Piotet, **Traité**, s. 90-91.

³⁷ MK m. 785/f. I gereği verilen kararın yenilik doğuran hüküm olduğu kanaatindeki Özakman da, davanın açıldığı anda yararın ortadan kalkmış olmasını aramak gerektiğini ileri sürmektedir. Özakman, s. 147.

³⁸ **OFK-Kähr**, art. 736 ZGB, N. 12; Temperli, s. 122. Terkinin talep edilmesi anında yararın tamamen ortadan kalkmış olması gerektiğine ilişkin bkz. BGE 121 III 52. Türk hukuku

tamamen ortadan kalkması ya da hakkın ayakta tutulmasını haklı göstermeyecek ölçüde azalması olgularının objektif olgular olduğuna dikkat edilmelidir³⁹.

II. Hakimin Kararı

Tarafların yararı ortadan kalkmış ya da yüküne oranla azalmış irtifak hakkını terkin ettirme hususunda anlaşamaları üzerine, yüklü taşınmaz malikinin dava açması gerekir. Davada verilecek karar, MK m. 785'e dayanacaktır. Bununla birlikte, hükmün kenar başlığı irtifak hakkının mahkeme kararı ile sona erdirileceğini ortaya koysa da, esasen birbirinden farklı iki durumun düzenlendiğine dikkat edilmelidir. İlk fıkra, yararın kalmaması sebebi ile yararsız kalan irtifak hakkının sona ermesi haline ilişkin iken; ikinci fıkra hakkın ayakta tutulmamasını haklı göstermeyecek kadar yüküne oranla yararı azalmış irtifakların bedel karşılığında sona erdirilmesini düzenler. Bu sebeple, hakimin bu fıkralar çerçevesinde vereceği kararın hukuki niteliği aynı olmayacaktır⁴⁰.

açısında da yararın talep anında sona ermiş olması aranacaktır. Surlu, Öztürk, **Mecra**, s. 521. Yararın kalmaması sebebi ile geçit irtifakının terkinini için açılan dava sırasında, yararlanan taşınmaz malikinin o ana kadar geçit irtifakını kapsamayan inşaat projesini geçit hakkından yararlanmayı sürdüreceği şekilde değiştirmesinin hakkın kötüye kullanımı teşkil ettiğine ilişkin bkz. Yarg. 14. HD., 24.06.2003, E. 4567, K. 5291 (Surlu, Öztürk, **Geçit**, s. 780-781).

³⁹ Maddi bakımından sona ermesi sebebi ile irtifak hakkının tapu sicilindeki tescili yolsuz tescil halini alır. Böyle bir durumda irtifakın iyiniyetli üçüncü kişiler tarafından kazanılarak canlanma riskine karşı, MK m. 785/f. I çerçevesinde bir terkin davası açıldığında MK m. 1011/f. I, b. 1 gereği yüklü taşınmaz malikinin geçici tescil şerhi yaptırabileceği bildirilmiştir. Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 206; Bohnet, § 50, N. 12. Ne var ki gerek irtifakın arz ettiği yararın ortadan kalkması, gerek bu yararın irtifakın ayakta tutulmamasını haklı gösterecek derecede azalması hallerinde, yararın azalması ya da ortadan kalkması olgularının objektif niteliklerine dikkat edilmelidir. Bu objektif olguların mülkiyet hakkının gereksiz yüklerden arındırılmasına yönelmiş olmalarından dolayı, irtifak hakkını iktisap eden herkese karşı ileri sürülebilmeleri gerekir. Burada yeni hak sahibinin iyiniyetle kazanım iddiası dinlenmeyecektir. Yararı tamamen ortadan kalkmış ya da yüküne oranla çok azalmış irtifakın iyiniyetle kazanımını mümkün olmayacağından, geçici tescil şerhi imkanına başvurulmasına yönelik bir ihtiyaç da bulunmaz. Aynı zamanda, yüklü taşınmaz malikinin kendi taşınmazı üzerinde geçici tescil şerhi talep etmesi de, son derece nadir rastlanılacak bir durumdur.

⁴⁰ Her iki halin de farklı kanun hükümleri tarafından düzenlenmesinin yerinde olacağına ilişkin görüş için bkz. Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 239.

A. Yararın Kalmaması Halinde Hakimin Kararı

1. Hakimin Verebileceği Farklı Kararlar

Medeni Kanun'un 785. maddesinin ilk fıkrası uyarınca irtifakın arz ettiği yararın sona erdiğini tespit eden hakim, tapu sicilindeki yolsuz tescilin terkinine karar verecektir. Bununla birlikte, yarar sadece yararlanan taşınmazın bir bölümü için sona ermiş ise, MK m. 785/f. II'ye kıyasen, sadece bu bölüm için irtifak hakkı sona erdirilir; bedele de hükmedilmez⁴¹. Bu sonuca MK m. 792 ve m. 793'ün kıyasen uygulanması ile de varılabilir. Federal Mahkeme'nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta⁴², arama, su alma, kanalizasyon geçirme ve yan haklara ilişkin olarak 1874 yılında bir irtifak hakkı tesis edilmiştir. Zamanla yüklü taşınmazdaki kaynak kurumuştur. Ama yararlanan taşınmaza nakledilebilen bir yeraltı suyu mevcuttur. Federal Mahkeme, irtifakın kaynak aramak için çukur kazma bakımından bir yarar göstermediğine karar vermesi üzerine, irtifak hakkı sadece su çekme ve kanalizasyon geçirme yetkileri için ayakta bırakılmıştır. Bu şekilde hak, kısmen ve bedelsiz olarak sona erdirilmiştir.

2. Kararın Hukuki Niteliği Ve Benzer Kavramlarla İlişkisi

a. Kararın Hukuki Niteliği

Medeni Kanun'un 785. maddesi, birinci fıkrasının uygulama alanına giren hallerde, başka bir deyişle irtifak hakkının tamamen yararını kaybetmesi durumunda, hakimin vereceği kararın açıklayıcı olduğuna ilişkin görüşümüzü defalarca ortaya koymuştuk. Bununla birlikte, söz konusu hususun öğretilere tartışmalı olduğuna da dikkati çekmiştik.

⁴¹ Besson, **Suppression et adaptation**, s. 265; Bohnet, §50, N. 1; Köprülü, Kaneti, s. 73; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2828; Özakman, s. 148; D. Piotet, **Traité**, s. 92; Sirmen, **Eşya**, s. 518; Steinauer, **T. II**, N. 2271a; Wieland, art. 736 ZGB, s. 503.

⁴² ATF 91 II 190 = JdT 1966 I 255.

1) MK m. 785/f. I'deki Kararın Yenilik Doğuran Karar Olduğu Görüşü

Bu görüşteki yazarlara göre⁴³, hakimın irtifakın arz ettiği yararın tamamı ile ortadan kalkması üzerine vereceği karar, yenilik doğuran bir karardır. Zira hak, terkin edilmediği müddetçe şeklen varlık gösterecektir. Yararı kalmayan irtifak hakkı, MK m. 783'e uygun olarak terkin ile sona erer⁴⁴. Hak sahibinin terkin talebinde bulunmaması üzerine, irtifak hakkı hakim kararı ile sona erdirilir. Dolayısıyla hakimın kararı yenilik doğuran bir karardır. Bu gerekçe ile aynı temelleri paylaşan farklı bir görüşe göre de⁴⁵, MK m. 785/f. I ile kanun koyucu yüklü taşınmaz malikine bir fesih davası açma yetkisi tanımaktadır. Fesih hakkının kullanılmasına rağmen irtifak hakkı sahibi ilişkinin tasfiyesine ve hakkın terkinine yanaşmıyor ise, ifa davası açılarak alınan hüküm ile, irtifak hakkının içeriğinden kaynaklanan yetkilerin geriye etkili olarak malikin yetkilerine katıldığı ileri sürülmektedir.

Her iki yaklaşıma göre de MK m. 785/f. I gereği hakimın verdiği kararın, MK m. 716'daki tescili isteme hakkının bir yansıması olduğu, bu sebeple de yenilik doğuran karar sayılması gerektiği dikkati çekmektedir. Bu temel kabulden sonra, yararını tamamen kaybetmiş irtifak hakkının terkininin sağlanmamasının üçüncü kişilere etkisi bakımından farklı görüşler ileri sürülmüştür. Karara dayanılarak terkin işlemi yaptırılmadıkça, tapu siciline iyiniyet ile dayanan üçüncü kişinin yararı tamamen ortadan kalkmış irtifak hakkını kazanabileceği görüşünün⁴⁶ karşısında; talebin hukuki bir olaya dayanması sebebi ile, bu üçüncü kişinin de iyiniyetli olmasına rağmen terkine zorlanabileceği görüşü⁴⁷ yer alır.

Bu görüş dahilinde kabul edilemeyecek yaklaşım ise, yarar arz etmemesi sebebi ile sona eren irtifak hakkını, bağlı olduğu alacak ortadan kalktığı için sona eren ipotek hakkı ile kıyaslamak olacaktır. MK m. 883'te özel olarak, “[a]lacak sona

⁴³ Akipek, Akıntürk, s. 663; **BK**-Leeman, art. 736 ZGB, N. 16; **BSK**-Petitpierre, art. 736 ZGB, N. 23; Curti-Forrer, art. 736 ZGB, s. 558; Demirsatan, s. 75, dn. 290; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 789; Gürzumar, s. 187; Köprülü, Kaneti, s. 73; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2833; Özakman, s. 149-150; Pfäffli, **Errichtung**, s. 35; Saymen, Elbir, s. 460; Sirmen, **Eşya**, s. 518; Ünal, **Yapı**, s. 165; Wieland, art. 736 ZGB, s. 504.

⁴⁴ Wieland, art. 736 ZGB, s. 503.

⁴⁵ Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 700.

⁴⁶ Özakman, s. 150.

⁴⁷ Wieland, art. 736 ZGB, s. 504.

erince ipotekli taşınmazın maliki[nin], alacaklıdan ipoteği terkin ettirmesini” isteyebileceği düzenlenmiştir. Bu hükmün amacı, alacağa bağlılık sebebi ile ipotek hakkının sona ermesinin, alacağın sona ermesine tâbi olduğunu göstermektir⁴⁸. Bir borçlar hukuku ilişkisi ile eşya hukuku ilişkisinin yan yana varlık göstermesi değil, birbirine bağlanması söz konusudur. Alacak hakkı sona ermiş olsa da, ipotek hakkı sahibinin terkin talebinden bulunacak olması ve terkinin sona erdirici işlev görmesi bu çerçevede değerlendirilmelidir. Zira bir alacak hakkının sona erip ermediğini, en iyi alacaklı bilir. Oysa irtifak hakları bakımından benzer bir durum söz konusu değildir. İrtifakı sona erdiren sebep olarak yararın kalmaması, üçüncü kişinin katılımı ile belirlenebilecek dışsal bir sebep değil, tam tersine irtifakın doğasından kaynaklanan bir sebeptir. İrtifak, varoluş sebebi olan yarar ortadan kalktığı için sona ermektedir. Dolayısıyla ipoteğin varoluş sebebi olan alacak, bir borçlar hukuku ilişkisine dayandığı için, MK m. 883 ile MK m. 785/f. I’i karşılaştırarak; ipotek hakkının varlık sebebi olan alacağın ortadan kalkmasına rağmen ipoteğin sona erdirilmesi için alacaklının rızasının gerekmesinden hareket ile, irtifak hakkının varlık sebebi olan yararın ortadan kalkması halinde de, terkin için mutlaka irtifak hakkı sahibinin talebini aramak doğru bir yaklaşım olmaz.

2) MK m. 785/f. I’deki Kararın Tespit Kararı Olduğu Görüşü

Bizim de katıldığımız bu ikinci görüşe göre⁴⁹, hakim MK m. 785/f. I çerçevesinde vereceği karar, bir tespit hükmüdür. Söz konusu durum, kişiyle kaim irtifaklarda hak sahibinin ölmesi ihtimalinde olduğu gibi, irtifak hakkının doğasından kaynaklanan bir sona erme sebebidir. İrtifak hakkının varlık sebebi olan yararın ortadan kalkması ile, irtifak hakkı da sona erer. Her ne kadar tapu sicilinde bir tescil gözükle de, hak hiçbir hukuki değer arz etmediğinden⁵⁰, bu tescilin terkinin sona

⁴⁸ Helvacı, **İpotek**, s. 403; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 3253.

⁴⁹ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 196-197; Bertan, **C. II**, s. 1223; Bohnet, § 50, N. 6; Caroni-Rudolf, s. 157; Deschenaux, **Traité**, s. 716; **KurzK-Schmid-Tschirren**, art. 736 ZGB, N. 10; **OFK-Kähr**, art. 736 ZGB, N. 14; D. Piotet, **Traité**, s. 89; P. Piotet, **Préjudicielle**, s. 529; Rodondi, s. 122-123; Steinauer, **T. II**, N. 2272; Zurbriggen, s. 122-123. Hükmü karşılayan İsvMK m. 736’nın Almanca metninde irtifak hakkının sona erdirilmesi anılmakta ise de, bu ifadenin yanlış olduğuna yönelik eleştiri için bkz. Schmid, Hürliemann-Kaup, N. 1314.

⁵⁰ Durum, intifa hakkının süresinin sona ermesi ile de karşılaştırılabilir. Sürenin sona ermesinin hakka etkisi yönünden de farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, sürenin dolması

erdirici değil, açıklayıcı olacaktır. Bu bakış açısı ile hareket edildiğinde, hakimin kararının bir tespit kararı olduğunun kabulü kolaylaşır. Böylece yüklü taşınmaz maliki, hak sahibinin katılımına ihtiyaç olmaksızın hakimin MK m. 785/f. I gereği verdiği kararına dayanarak tapu sicil memurundan irtifak hakkının terkinini talep edebilecektir.

Bu kapsamda yapılan bir tartışma, MK m. 785/f. I düzenlemesinin, MK m. 1025'teki tapu sicilinin düzeltilmesi davasının bir görünümü mü olduğuna, yoksa bu davaya benzeyen farklı bir davayı mı öngördüğüne ilişkindir. Bu tartışmayı ortaya koyabilmemiz için, öncelikle MK m. 1025'teki davanın hukuki niteliğini incelememiz gerekir. İlk görüşe göre⁵¹, tapu kütüğünün düzeltilmesi davası bir tespit davası niteliğindedir. Zira bu şekilde yolsuz olan tapu sicilindeki tescil, gerçek hukuki duruma uydurulmaktadır. Kararın kesinleşmesi ile görünüşteki hak durumu ve gerçek hak durumu arasındaki çelişki yok olmaz; düzeltici tescilin yapılması gerekir⁵². Bununla beraber Türk uygulamasında, MK m. 1025'in bir tespit hükmünü aşarak yolsuz tescilin iptaline de dayanak sağladığı, fiili zilyetliğin de tapu sicilinin düzeltilmesi ile birlikte istenmesi dolayısıyla davanın nitelik değiştirerek bir eda davası halini aldığı ileri sürülmektedir⁵³. Yolsuz tescili düzeltme davası ile, sadece

ile intifa hakkının varlığı için gerekli sebep ortadan kalkmıştır. İntifa hakkı tapu sicilinde şekli olarak varlık gösterir ve terkinin MK m. 1026 gereği, tapu sicil memurundan talep edilebilir. **ZK-Baumann**, Art. 748-749 ZGB, N. 15. Bu husus, sebebe bağlılığın bir sonucudur. Bu görüş, öncelikle sebebe bağlılık ilkesinin tasarruf işleminin yapıldığı sırada geçerli bir sebebin bulunmasını zorunlu kılması dolayısıyla eleştirilmektedir. Özen, s. 152-153, dn. 390. Sebep sonradan ortadan kalkmışsa, aynı hak ortadan kalkmaz, sebepsiz zenginleşmeye dayalı olarak tasfiye yapılır. Bununla birlikte sebebin ortadan kalkması ile tasarruf işleminin etkisini kaybedeceğini ve tasarruf işlemi ile doğan aynı hakkın sona ereceğini ileri süren yazarlar da bulunur. Vedat Buz, **Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, Yetkin, 1998, s. 134; Öz, s. 217-218. Yine de sürenin sona ermesi sebebi değil; doğrudan doğruya aynı hakkın kendisini sona erdirir. Özen, s. 152-153, dn. 390.

⁵¹ Ruth Arnet, "Art. 942-977", **Kurzkommentar Zivilgesetzbuch**, (edit. Andrea Böhler/Dominique Jakob), Basel, Helbing&Lichtenhahn, 2012, art. 975 ZGB, N. 5; Steinauer, **T. I**, N. 990; Üstündağ, s. 38-39; **ZK-Homberger**, art. 975 ZGB, N. 4.

⁵² Akipek, Akıntürk, s. 352; Kurt, s. 168.

⁵³ Kurt, s. 105; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 416. Bu görüşe katılmasalar da, bu yöne bir tapu uygulama olduğunu belirten yazarlar için bkz. Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 465; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 1091. Bu uygulamanın, İsvMK m. 975'in Almanca metninin yanlış bir yorumlanmasından kaynaklandığı, yoksa hakimin tespit kararını aşacak şekilde tapu sicilinde değişiklik meydana getirilmesine hükmedemeyeceğine ilişkin bkz. Üstündağ, s. 39-40. Bununla birlikte, tapu sicilinin düzeltilmesi davasının diğer bazı eda talepleri ile birleştirilerek açılmasının mümkün olduğu yönünde bkz. Üstündağ, s. 37. Uygulamadaki bu duruma rağmen, tapu sicilinin düzeltilmesi davasının teorik olarak bir tespit davası olduğuna ilişkin bkz. Nomer, Ergüne, N. 483.

davacıya ait bir hakkın varlığı tanınmaz, aynı zamanda taşınmazın davacıya teslimi sonucu da elde edilir⁵⁴. Bu dava, sadece davalının davacıya ait bir hakkı tanımamasına değil, aynı zamanda da hakkı tanıdığını tapu sicil memuru önünde belirli bir şekilde uygun olarak beyan etmemesine dayanmasından ötürü, eda davası olarak görülmektedir⁵⁵.

İsviçre öğretisindeki baskın görüşe göre⁵⁶, MK m. 785/f. I ve buna bağlı olarak da MK m. 792 ve m. 793 yolsuz tescilin düzeltilmesi davasının bir görünümüdür. Bu çerçevede hakimın kararı bir tespit hükmüdür⁵⁷; irtifak hakkı karardan önce sona ermiştir, yoksa kararın irtifak hakkını sona erdirici bir etkisi bulunmaz. Sadece taşınmaz üzerindeki hakların gerçek durumu belirlenir. Tespit hükmü olduğu için de, irtifakın yararının ortadan kalkıp kalkmadığı hususu başka bir davada ön mesele olarak görülebilir⁵⁸. Bu karar ile yüklü taşınmaz maliki irtifak tescilinin terkinini isteyebilir. İrtifak hakkı sahibinin katılımına ihtiyaç yoktur⁵⁹. Azınlıktaki görüş ise, MK m. 785/f. I'ın tapu sicilinin düzeltilmesi davasının bir görünümü olmadığını ortaya koyar. Zira, MK m. 1025'in şartlarının oluşabilmesi için, tescilin kural olarak baştan beri yolsuz olması lazımdır⁶⁰. Oysa MK m. 785/f. I'de, arz ettiği yararın sona ermesi ile irtifak hakkı sonradan yolsuz hale gelmiştir. MK m. 785/f. I, MK m. 1025'in istisnası olarak görülemeyecek derecede önemli bir davadır. Bu sebeple, söz konusu davayı MK m. 1025'e benzeyen, yine de kendine

⁵⁴ Başka bir yönü ile de bu dava, davalının yararlandığı şekli zilyetlik halini sona erdirip bu zilyetliği davacıya bahsettiğinde zaman istihkak davası; davalının tescilden yararlanmasını engellediği zaman haksız el atmanın önlenmesi davası niteliğini alır. Bu durumda ise eda davası görünümünde olmaktadır. Deschenaux, **Traité**, s. 668; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 1092. Hükmün icrası tapu sicil memuru tarafından yerine getirilecektir.

⁵⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 416-417.

⁵⁶ Deschenaux, **Traité**, s. 716; Mooser, **Habitation**, s. 259-260; D. Piotet, **Traité**, s. 89; Rodondi, s. 60; Steinauer, **T. I**, N. 955b; **ZK-Liver**, art. 736 ZGB, N. 101.

⁵⁷ **BK**-Meier-Hayoz, art. 641 ZGB, N. 155; Bohnet, § 59, N. 14; **BSK**-Schmid, art. 975 ZGB, N. 6; Bettina V. Deillon-Schegg, "Art. 942-977", **Handkomentar**, (edit. Marc Amstutz, Peter Breitschmid, Andreas Furrer, Daniel Girsberger, Claire Huguenin, Markus Müller-Chen, Vito Roberto, Alexandra Rumo-Jungo, Anton K. Schnyder), 2. Auf., Zürich, 2012, art. 975 ZGB, N. 3; Deschenaux, **Traité**, s. 667; Moullet Auberson, s. 103; Steinauer, **T. I**, N. 990; **ZK**-Homburger, art. 975 ZGB, N. 4; **ZK-Liver**, art. 736 ZGB, N. 102.

⁵⁸ D. Piotet, **Traité**, s. 89; P. Piotet, **Préjudicielle**, s. 530; Üstündağ, s. 38-39; D. Zobl, s. 172.

⁵⁹ **ZK-Liver**, art. 736 ZGB, N. 104.

⁶⁰ MK m. 1025'in uygulama alanı bulduğu istisnai bir hal olarak, mükellefiyetler listesine ihmalen yazılmamış bir hakkın, taşınmaz mülkiyetinin ihalede iyiniyetli üçüncü kişi tarafından kazanılması sonucunda terkin ettirilmesi olarak gösterilmektedir. Rodondi, s. 99. Böyle bir halde de, baştan beri bir yolsuzluk söz konusu değildir.

özgü bir dava olarak görmek gerekir⁶¹. Biz de, gerek yolsuz tescilin düzeltilmesi davasının Türk hukuku açısından işlevi, gerek MK m. 785/f. I çerçevesinde tescilin sonradan yolsuzlaşmasını göz önüne alarak, irtifakın terkin talebi üzerine hakim vereceği kararın, kendine özgü bir tespit hükmü olduğu kanaatindeyiz.

Federal Mahkeme'nin yerleşik içtihadı, MK m. 785/f. I'in uygulanması sonucu hakim vereceği kararın tespit hükmü olduğu yönündedir⁶². Bununla birlikte, Mahkeme'nin yayınlanmamış bir kararında⁶³ vardığı sonuçlar tartışma değeri taşır: Karara konu olan uyuşmazlıkta, A ve B birlikte malik oldukları taşınmaz üzerinde, komşu parsel lehine bir inşaat yapma kısıtlaması irtifakı tesis etmişlerdir. 2006 yılında, A ve B evlerinde çatı katı yapmak için inşaat çalışmalarına başlamışlar; yararlanan taşınmazın maliki E ise, irtifak hakkının ihlal edildiğini düşünerek çalışmaların sona erdirilmesi ve inşa edilen kısmın kaldırılması için dava açmıştır. Yerel mahkemenin talebi haklı görmesi üzerine, davalılar kararı temyiz etmişlerdir. Davalılar, irtifakın tesisinden sonra E'nin kendi arazisini doldurarak yükseltmesini, hatta yüklü taşınmazdan daha yüksek bir seviyeye çıkmasını gerekçe göstererek irtifakın E için bütün yararını kaybettiğini ileri sürmüşlerdir. Federal Mahkeme ise bu iddia karşısında, irtifakın MK m. 785/f. I gereği yapılacak terkin ile sona ereceğini, temyize başvuran davalıların, bir karşı dava ile terkin talep etmemeleri üzerine MK m. 785/f. I'in şartlarının oluşup oluşmadığının incelenmesine yer olmadığına hükmetmiştir. Mahkeme'ye göre, irtifak hakkı terkin edilmediği müddetçe ayakta kalacağı için, irtifaktan yararlanan kişi irtifak terkin edilmediği müddetçe irtifakın ihlalini teşkil eden bir tasarrufun durdurulmasını isteyebilir. Bu durum, hakkını aşkın biçimde kullandığı anlamına gelmez.

Kanaatimizce, Federal Mahkeme'nin bu kararına katılmak mümkün değildir. Mahkeme, kararında içtihadından döndüğüne ve MK m. 785/f. I'i yenilik doğuran dava olarak gördüğüne yönelik hiçbir açıklama yapmamıştır. Dolayısıyla hâlâ MK m. 785/f. I'deki hakim hükmünü tespit hükmü olarak nitelendirmek gerekecektir. Bu durumda, hakkın sona erdiğinin tespiti için bir karşı dava açılması yerine, bu hususun asıl davada bir itiraz olarak ileri sürülmesi gerekirdi.

⁶¹ Argul Grossrieder, *Extinction*, s. 196-197.

⁶² Örnek olarak bkz. BGE 128 III 265; ATF 63 II 289 = JdT 1938 I 164.

⁶³ 5A_369/2013 = SJ 2014 I 429.

b. MK m. 785/f. I Uyarınca Hakimin Verdiği Kararın Benzer Kavramlarla İlişkisi

Bu başlık altında, MK m. 785/f. I'in aynı hakların MK m. 1026 gereği sona ermesi ve tesisi anında yarar göstermeyen irtifakların terkinini ile ilişkisi incelenecektir.

1) MK m. 1026 Uyarınca Aynı Hakların Sona Ermesi İle İlişkisi

a) MK m. 1026'nun Genel Uygulama Alanı Ve MK m. 785 İle İlişkisi

Medeni Kanun'un 1026. maddesinin uygulama şartları öğretide tartışmalıdır. İlk görüş uyarınca, MK m. 1026 sadece tescil başta geçerli ve sonradan yolsuzlaşmış ise uygulanabilir. İkinci görüşe göre ise, hüküm daha geniş bir uygulama alanına sahiptir; tescilin baştan itibaren yolsuz olduğu durumlar da bu kapsamda görülmektedir. Bu son görüşe yöneltilen temel eleştiri, terkin anında tapu sicil memuruna tanınan denetim görevinin, tescil anına oranla daha geniş olamayacağına dayanır⁶⁴. Tapu sicil memurunun önceden kontrol ederek tesciline izin verdiği bir hakkı, tescil anındaki bir eksikliğe dayanarak terkin etmesi çelişkili bir durumdur. Zira, tescil anında bir yolsuzluk sebebini saptaması halinde, tapu sicil memurundan tescil talebini reddetmesi beklenecektir. Dolayısıyla tescil anında bir problemin bulunmadığına karar veren tapu sicil memurunun, tescilini gerçekleştirdiği bir hakkı sonradan tescil anındaki bir probleme dayanarak terkin etmesi kabul edilmemelidir. Böyle bir durumda hakimin denetimine ihtiyaç duyulacağından, MK m. 1025'in uygulanması gerekir.

Yüklü taşınmaz malikinin tapu sicil memurundan MK m. 1026 gereği terkin talep edilebilmesi için ayrıca, tescilin hukuki etki doğuramayacak olması ve tapu sicilinden bu durumun anlaşılması aranmaktadır⁶⁵. Başka bir deyişle, tapu sicilinde

⁶⁴ Argul Grossrieder, *Extinction*, s. 257-258.

⁶⁵ *HandK-Deillon-Schegg*, art. 976 ZGB, N. 3; Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 468; *KurzK-Schmid-Tschirren*, art. 736 ZGB, N. 12; Peter Liver, "Die Löschung infolge Unterganges des dinglichen Rechtes", *RNRF* 39/1958, s. 333; Rodondi, s. 178.

şekli olarak görülen hak, tapu sicil kütüğüne iyiniyetle güvenen üçüncü kişilerin nezdinde doğmamalıdır. Bu tanıma uyan iki ihtimal, hakkın sona erdiğinin sicilin kendisinden anlaşılması, bu sebeple de üçüncü kişinin iyiniyetinin ortadan kalkması ile aynı hakkın objektif ve kesin olarak uygulanamaz olması sebebi ile tescil edilemez hale gelmesidir⁶⁶. Gerçekten de odun kesme irtifakının tanındığı ormanın tamamı ile yapılaşmış olması gibi istisnai hallerde, irtifak hakkının arz ettiği yararın ortadan kalktığı tapu sicil memurunca dahi tespit edilebilir. MK m. 1026'nın uygulanması ile hakimin önüne gitmeye gerek kalmaksızın irtifak terkin edilebilecektir⁶⁷. Hakimin denetimine ihtiyaç olmaksızın irtifakın terkin edildiği bu gibi hallerde, yararın kalmadığı apaçık ortadadır. Örnek olarak, irtifakın kullanımı imkansızlaşmışsa ve bu durum apaçık ortada ise, terkin MK m. 1026'ya göre yapılır. Üzerinde hayvan otlatma irtifakı kurulmuş taşınmazın tamamı ile yapılaşması ya da oturma hakkına konu olan kat mülkiyetine tâbi bağımsız bölümün yıkılması hallerinde olduğu gibi, eski hale dönülemeyeceği açıkça anlaşılabilir ise, terkin MK m. 1026'ya göre gerçekleştirilecektir⁶⁸.

Yine de tapu sicil memurundan terkinin istenebilmesi için, tescilin hukuki etkiden yoksun olduğunun ispatlanması lazımdır. Terkin talebinin kabul edilebilmesi için, tapu sicil memurunun hakkın kendisine açıklandığı şekilde sona erdiğinden kesinlikle emin olması gerekir. Bu çerçevede, ispatın ne şekilde yapılacağı da tartışma konusu olmuştur. İlk görüş uyarınca, ispat faaliyetinde sadece tapu sicili ve resmi evraka dayanılabilir. İkinci görüşteki yazarlara göre⁶⁹ ise böyle bir sınırlama mevcut değildir; her türlü ispat vasıtası kullanılabilir. Yararın açık bir biçimde sona erdiğine karar veren tapu sicil memuru terkin işlemini gerçekleştirir⁷⁰. Terkin

⁶⁶ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 261.

⁶⁷ Besson, **Révision**, s. 267; Deschenaux, **Traité**, s. 706; Kurt, s. 89; Liver, **Löschung**, s. 327; Öcal Apaydın, s. 291; P. Piotet, **Traité**, s. 59-60; Rodondi, s. 101; Temperli, s. 163; Tonella, s. 215.

⁶⁸ Tonella, s. 231. Diğer taraftan, MK m. 785 ile m. 1026'nın hiçbir ilişkisinin bulunmadığını savunan yazarlar için bkz. Esener, Güven, s. 396.

⁶⁹ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 263.

⁷⁰ MK m. 1026 gereği yüklü taşınmaz malikinin terkin talebinde bulunması ve irtifak hakkı sahibinin terkin gerçekleştirilinceye kadar sürece dahil olmaması, Argul Grossrieder tarafından hukuki dinlenilme hakkına aykırı görülmektedir. Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 290-291. Yazar, terkinin gerçekleştirilmeden önce irtifak hakkı sahibinin müdahalesinin öngörüldüğü bir yasal düzenleme yapılmasını tavsiye etmektedir.

gerçekleştikten sonra, MK m. 1019 dolayısıyla, söz konusu işlem ilgililere tebliğ edilecektir⁷¹.

Yararı açıkça ortadan kalkan irtifak hakkının yüklü taşınmaz malikinin talebi ile terkin edilmesi üzerine, irtifak hakkının arz ettiği yararın ortadan kalkmadığını ve irtifakın yolsuz bir şekilde terkin edildiğini ileri süren irtifak hakkı sahibi ya da diğer bir ilgili, MK m. 1025 gereği tapu sicilinin düzeltilmesi davasını açabilir⁷². Bu davada ispat yükü, yararın hâlâ ayakta olduğunu ve terkinin yolsuz olduğunu iddia eden irtifak hakkı sahibi ya da diğer ilgilinin üzerindedir⁷³.

Tapu sicil memuru, irtifak hakkının gösterdiği yararın apaçık bir biçimde ortadan kalkmadığına kanaat getirirse terkin talebini reddedecektir. Böyle bir halde, yararın mevcut olup olmadığı hususunda hakimın denetimine ihtiyaç duyulacağından, yüklü taşınmaz malikinin MK m. 785/f. I'e göre dava açması gerekir⁷⁴. Bununla birlikte yüklü taşınmaz malikinin hiç MK m. 1026 yoluna başvurmayıp, doğrudan MK m. 785/f. I uyarınca dava açması da mümkündür.

b) MK m. 1026'nın MK m. 792 Ve m. 793 İle İlişkisi

i. Türk Hukukundaki Durum

Medeni Kanun'un 792. maddesi yararlanan taşınmazın parsellere bölünmesi halinde, irtifak hakkı yalnız bir ya da birkaç parselin yararına kullanılabilirse, yüklü taşınmaz malikinin, sahibi tapu sicil memurundan diğer parseller üzerindeki irtifak hakkının terkin edilmesini isteme imkanını düzenlemiştir. MK m. 793'te de benzer şekilde, yüklü taşınmazın parsellere bölünmesi ile irtifak hakkının bazı parseller üzerinde kullanılmaması hali öngörülmüş ve yüklü taşınmaz malikinin tapu sicil memurundan bu parseller üzerindeki irtifak hakkının terkinini talep etme yetkisi

⁷¹ Bir görüşe göre ilgililer, sadece irtifak hakkından sonra aynı hak kazanmış kişiler iken (P. Piotet, **Traité**, s. 60, dn. 8); bizim katıldığımız ikinci görüşe göre bu kişiler, bu aynı hakkın varlığının kendilerine yarar sağladığı bütün aynı hak ve şerh edilmiş kişisel hak sahipleridir. Aral, s. 70.

⁷² Rodondi, s. 157-158.

⁷³ Oysa MK m. 785/f. I'e dayalı bir dava açılmış olsaydı, davacı yüklü taşınmaz maliki irtifak hakkı sahibinin hakkın ayakta tutulmasında hiçbir yararının kalmadığını ispatlayacaktır. Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 263-264.

⁷⁴ Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 461; Rodondi, s. 158; Temperli, s. 164; Tonella, s. 218-219.

düzenlenmiştir. Her iki durumda da talebin muhatabı tapu sicil memuru, talebi irtifak hakkı sahibine bildirecek ve onun bir ay içinde itiraz⁷⁵ etmemesi üzerine irtifak hakkını terkin edecektir⁷⁶.

Hak sahibine yapılan bu bildirim hukuki temeli tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁷⁷, bu bildirim tebliğ zorunluluğuna ilişkin MK m. 1019'un bir uygulama alanıdır. Nitekim, ilgili hükmün ilk fıkrası uyarınca “[t]apu memuru, ilgililerin bilgisi dışında yaptığı işlemleri onlara tebliğ etmekle yükümlüdür”. Kural olarak ilgililer, aynı hak ya da şerh edilmiş nispi hak sahipleri olacaktır. Ayrıca tapu sicil memurunun her aynı hak sahibine ulaşma yükümlülüğü de bulunmamaktadır; sadece tapu sicilinde yer alan aynı hak sahiplerine ulaşması yeterlidir. Ne var ki MK m. 792/f. III ile m. 793/f. III'ün MK m. 1019 ve MK m. 785/f. I ile birlikte okunması gerekir. Bu durumda, tapu sicil memuru hakları terkinden etkilenen diğer hak sahiplerine bildirimde bulunacaktır. Buradan yola çıkarak da diğer görüş uyarınca⁷⁸, terkine itiraz edebilecek kişilerin aynı zamanda MK m. 785/f. I gereği davanın yöneltileceği kişiler olması gerekir. Belirtelim ki, bu halde de irtifak hakkı sahibinin dışında, yine aynı hak sahipleri ve şerh edilmiş nispi hak sahipleri davalılar çevresine dahil olacağından, bildirim yapılacağı kişi çevresinde aslında bir değişiklik olmayacaktır.

Kendisine bildirim yapılmış kişilerin irtifakın terkinine karşı çıkmaları yeterlidir; yoksa hak sahibi ya da diğer ilgililerden gerekçe göstermeleri beklenmez⁷⁹. İtiraz durumunda, yüklü taşınmaz malikinin izleyebileceği hukuki yol öğretide tartışmalıdır. İlk görüşe göre⁸⁰, yüklü taşınmaz malikinin MK m. 785/f. I'e dayanarak irtifak hakkının sona erdiğini hakime kontrol ettirmesi ve verilecek hükme dayanarak terkinin sağlanması gerekir. Bir tespit davası olması dolayısıyla, bu

⁷⁵ Bununla birlikte, MK m. 792/f. III ve m. 793/f. III'teki şartlar gerçekleşmeden hakları terkin edilen hak sahipleri itiraz yoluna değil, MK m. 1025 dolayısıyla tapu sicilinin düzeltilmesi davası yoluna başvurmalıdırlar. Moullet Auberson, s. 139; Sarı, s. 770, dn. 58.

⁷⁶ MK m. 792/f. III ve m. 793/f. III.

⁷⁷ Moullet Auberson, s. 190-191.

⁷⁸ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 326. Bu kişiler, bir aylık itiraz süresini kaçırmışlarsa, tapu sicilinin düzeltilmesi davası yoluyla haksız olarak terkin edilen irtifak hakkının tescilini sağlayabilirler. Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 329; Rodondi, s. 159.

⁷⁹ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 327.

⁸⁰ Ş. Akipek, s. 109; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2837; Rodondi, s. 167.

davanın açılması herhangi bir süreye bağlı değildir⁸¹. İkinci görüşteki yazarlar⁸² ise, böyle bir halde yüklü taşınmaz malikinin ister MK m. 785/f. 1'e, ister MK m. 1026'ya başvurabileceğini ileri sürmektedirler. Bu ihtimalde de, itiraza karşı dava açılması herhangi bir süreye tâbi olmayacaktır. Yine de MK m. 792 veya m. 793'ün uygulama alanına giren bir durumda, MK m. 1026'ya müracaat edilmesine de ihtiyatla yaklaşılmalıdır. Zira, irtifakın kesin olarak sona erdiği söylenebiliyor ise, zaten MK m. 1026 uygulanacaktır; bu gibi hallerde MK m. 792 ve m. 793'e başvurmaya gerek yoktur⁸³. Yüklü taşınmaz maliki MK m. 1026'ya dayanabilecek iken MK m. 792 ya da m. 793'e başvurmuş ise, ilgilinin itirazı halinde talebinden dönmeyecektir; bu aşamadan sonra hangi hükümlerin uygulanacağını tespiti için hakimin kararına ihtiyaç vardır⁸⁴. Diğer taraftan, MK m. 1026 yerine MK m. 792 ya da m. 793'e müracaat edilmesi, yararın ortadan kalktığına ilişkin yeterli açıklıkta verilerin olmadığı da göstergesi sayılabilir⁸⁵.

Dikkat edilirse, tapu sicil memurunun MK m. 1026 prosedürü haricinde, irtifak hakkının terkin için re'sen davranma yetkisi bulunmamaktadır; ilgililere haber vermeksizin yeni oluşan taşınmazlardaki irtifak haklarını terkin edemez⁸⁶. Yine de öğretide, irtifak haklarının bölünme sonrasında mutlaka yeni oluşan taşınmazlara geçirilmesinin zorunluluk olmadığı da ileri sürülmektedir. İlk olarak, tarafların irtifak hakkının yeni oluşan parsellere geçirilmeyeceği hususunda anlaşmaları ve ilgililerin

⁸¹ **BK**-Leeman, art. 743 ZGB, N. 16; Moullet Auberson, s. 194; **ZK**-Liver, art. 743 ZGB, N. 71.

⁸² Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 328-329; Deschenaux, **Traité**, s. 717; Moullet Auberson, s. 139.

⁸³ Liver, **Lösung**, s. 336; Rodondi, s. 167. MK m. 792-m. 793 prosedürünün uzunluğu yüzünden, taşınmazın bölünmesi halinde irtifak hakkının yeni oluşan taşınmazlarda kullanılmasının aşıkâr biçimde imkansızlaşması söz konusu ise, İsviçre'de tapu sicil memurlarının doğrudan MK m. 1026'yı uyguladığına ilişkin olarak bkz. Besson, **Révision**, s. 268.

⁸⁴ Rodondi, s. 171.

⁸⁵ Yargıtay'ın aynı yönde sayılabilecek bir kararı için bkz. Yarg. HGK, 16.04.2008, E. 2008/18-316, K. 2008/331. Kamulaştırma bedeline ilişkin ihtilafta, kamulaştırma konusu taşınmaz kamulaştırma süreci esnasında bölünmüştür. Taşınmaz üzerinde 1974 yılında ÇEAŞ lehine kurulan irtifak fiilen yeni oluşturulan tek bir taşınmaz üzerinde kullanılmaktadır. Bölünme sonrasında, diğer taşınmazlar üzerinden elektrik hattı geçmemektedir. Yeni oluşan taşınmazların üzerindeki irtifak hakkı terkin edilmediğinden, Hukuk Genel Kurulu kamulaştırma bedeli hesaplanır iken irtifakın olumsuz etkisinin bu taşınmazlar için de gündeme geleceğini hükmetmiştir (www.kazanci.com).

⁸⁶ Moullet Auberson, s. 188-189; Rodondi, s. 167. Terkinden önce, tapu sicil memurunun ilgililere haber verme zorunluluğu sebebi ile hükümlerin uygulama alanının çok dar olduğuna ilişkin bkz. Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 332; Moullet Auberson, s. 147.

de rızalarını almaları mümkündür⁸⁷. Böyle bir anlaşmanın bulunmaması halinde de, tapu sicil memurunun MK m. 1026'ya kıyasen apaçık yararsız kalmış irtifak hakkının, yararlanan ya da yüklü taşınmazın bölünmesi ile oluşan yeni taşınmazlara yüklü taşınmaz malikinin talebi üzerine hak ya da yük olarak tescil etmeyebileceği kabul edilmektedir⁸⁸. Bu halde de bir çeşit terkin uygulanmaktadır. Taşınmazın bölünmesi ile birlikte, irtifakın yeni oluşan taşınmazlara geçirilmediği hususunun ilgililere bildirilmesi gerekecektir.

ii. İsviçre Hukukundaki Yenilikler

Medeni Kanun'un 1026. maddesini karşılayan İsvMK m. 976, 2011 yılındaki aynı haklar revizyonunda değişikliğe uğramıştır. Bu revizyonun amacı, tapu sicilinin açıklığının ve şeffaflığının sağlanması, mülkiyet hakkının gereksiz yüklerden kurtarılması ve bunlar için gerekli usullerin sadeleştirilmesi olarak gösterilmiştir⁸⁹. Söz konusu amacın etkilerinin yoğun bir şekilde hissedildiği hükümlerden biri de, değişen İsvMK m. 976 olmuştur. Öncelikle, hükmün kenar başlığı “şüpheye mahal vermeyecek şekilde hukuki değerden yoksun tescillerin kolaylaştırılmış terkinini” olarak değiştirilmiştir. Dört bentte sayılı hallerle sınırlı kalmak üzere, tapu sicil müdürlüğüne tescili re'sen terkin etme yetkisi tanınmıştır⁹⁰. Bu haller; tescilin bir süre ile sınırlı olması ve bu sürenin dolması sebebi ile hukuki değerini yitirmesi;

⁸⁷ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 321. Moullet Auberson bu anlaşmanın sadece yararlanan taşınmazın bölünmesi halinde yapılabileceğini, yüklü taşınmazın bölünmesi durumunda geçerli olmayacağını ileri sürmektedir. Moullet Auberson, s. 120 vd.

⁸⁸ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 323; D. Piotet, **Traité**, s. 89; Temperli, s. 180; **ZK-Liver**, art. 743 ZGB, N. 82 ve art. 744 ZGB, N. 34.

İsviçre uygulamasında, taşınmazların bölünmesi durumunda irtifakın terkinini harita memuru önermektedir. Harita memuru da bir devlet memurudur; taşınmazın ve irtifakın durumunu bilmektedir. Dolayısıyla yeni oluşacak parsellerde bu irtifakın göstereceği yararın ortadan kalkıp kalkmadığı hakkında tapu sicil memuruna tavsiyede bulunacak pozisyonadadır. Ne var ki irtifak hakkının yeni oluşan parsellere aktarılmadan sona erdirilmesini, böyle bir durumda dahi yüklü taşınmaz maliki isteyecek, tapu sicil memuru re'sen hareket edemeyecektir. Yine de MK m. 1026'ya başvurulması için irtifak hakkının hiçbir yarar göstermediğine ilişkin şüphenin giderilmesi bakımından elverişli bir uygulamadır. Temperli, s. 159. Yararın sona erdiğine ilişkin şüphe bulunuyor ise, irtifakın yeni oluşan parsellere aktarılması, sonrasında da MK m. 792/f. III ya da MK m. 793/f. III'ün uygulanması icap eder.

⁸⁹ FF 2007, s. 5029.

⁹⁰ Tapu sicil müdürünün bu terkinleri gerçekleştirirken kararını tescile, tapu sicilindeki ispat vasıtalarına, diğer resmi sicillere ya da doğal aleniyete dayandırabileceği bildirilmektedir. Hürlimann-Kaup, **Neuerungen**, s. 52.

tescilin, vefat eden hak sahibinin devredilmez ve mirasçılara geçmez bir hakkını ilgilendirmesi; konumu dolayısıyla, tescilin söz konusu taşınmazı ilgilendirmeyecek olması ve tescilin yok olan bir taşınmaza ilişkin olmasıdır.

Üçüncü bentte sayılan, konumu dolayısıyla tescilin söz konusu taşınmazı ilgilendirmeyecek olması halinde re'sen terkinin gerçekleştirilmesinin aynı zamanda İsvMK m. 974a hükmü ile okunması gerektiği ifade edilmektedir. Bu son hükmün ikinci fıkrasına göre, bir taşınmazın bölünebilmesi için, bölünecek taşınmazın malikinin hangi tescillerin terkin edileceğini ve hangilerinin yeni oluşacak taşınmazlara nakledileceğini beyan etmesi aranmaktadır⁹¹. Aksi takdirde, taşınmazın bölünmesi talebi reddedilecektir. Aynı hükmün üçüncü fıkrası ise, bir tescilin yeni oluşan taşınmazlardan biri ya da birkaçı ile ilişkili olmadığının belge ya da vakıalardan anlaşılması halinde, terkin edileceğini düzenlemiştir.

Bu hükümlerin, yararı tamamen ortadan kalkmış irtifak haklarına uygulanması durumunda, yararlanan ya da yüklü taşınmazın bölünebilmesi için irtifaklar ile ilgili durumun açıklığa kavuşturulmasının İsviçre hukuku bakımından bir ön şart olduğu sonucuna varmak gerekir. Eğer önceden irtifak hakkının yeni oluşacak bazı taşınmazlara aktarılması halinde hiçbir yarar arz etmeyeceği öngörülebilir ise, bölünecek taşınmaz malikinin bu irtifakın yeni oluşacak bu taşınmazlara geçirilmemesini, geri kalanlara yük ya da hak olarak nakledilmesini beyan etmesi gerekir. Aksi takdirde, taşınmazın bölünmesi talebi reddedilecektir. Tapu sicil memuru durumu ilgililere bildirir ve bir itirazın olmaması halinde taşınmazın bölünmesini gerçekleştirir⁹².

Taşınmaz bölünür iken, irtifakın yeni oluşacak bütün taşınmazlara ya da bazı taşınmazlara aktarılması istenmiş olup; bu taşınmazlardan bir ya da birkaçında da irtifakın hiçbir yarar göstermeyeceği sonradan anlaşılmış ise, taşınmazın bölünmesinden sonra durumu belge ya da vakıalardan çıkaran tapu sicil memuru irtifak hakkını yeni oluşmuş ilgili taşınmazlardan re'sen terkin edebilir⁹³. Yeni

⁹¹ Oluşacak yeni taşınmazlara geçirilmesi istenmeyen yükler için ilgililere önceden bildirim şartı aranmamaktadır. FF 2007, s. 5068.

⁹² D. Piotet, **Traité**, s. 99.

⁹³ **KurzK**-Arnet, art. 976a ZGB, N. 2-4; D. Piotet, **Traité**, s. 99; Steinauer, **T. I.**, N. 959c. Elektronik tapu sicil sistemine geçilmesi ile hukuki değerden yoksun kalmış kayıtların daha

düzenleme, tapu sicil memurunun kontrol yetki ve ödevini genişleterek, özellikle imar uygulamalarının değişmesi neticesinde yararsız kalmış irtifakların terkinini kolaylaştırmıştır⁹⁴.

Bununla birlikte şüpheye mahal vermeyecek şekilde olmasa da, tamamı ile yapılaşmış bir arazide hayvan otlatma irtifakında olduğu gibi tescilin yüksek bir ihtimalle hukuki değerini kaybettiği öngörülebilir ise, yüklü taşınmaz maliki⁹⁵ irtifakın terkinini tapu sicil memurundan talep edebilecektir. Bu irtifakın terkinini, İsvMK m. 976a uyarınca tapu sicil memurundan talep edildikten sonra, tapu sicil memuru terkin talebini haklı bulur ise, durumu ilgililere bildirecektir. İlgililerin 30 gün içinde itiraz etmemeleri⁹⁶ ya da itirazlarının reddi halinde terkin gerçekleştirilecektir.

İrtifak hakkının terkininden sonra, bu terkinin yolsuz olduğunu, irtifakın aslında yararını kaybetmediğini düşünen her ilgili, İsvMK m. 975'e dayanarak tapu sicilinin düzeltilmesini talep edebilir.

2) İrtifak Hakkının Tesisi Anında Yararın Bulunmamasından Farkı

İrtifak hakkının kurulduğu sırada yararın bulunmaması, üç farklı şekilde ortaya çıkar. İlk olarak, irtifak hakkı kurulurken bir yarar yoktur ve yakın bir gelecekte de ortaya çıkması beklenmiyordur. İkinci olarak, irtifak hakkı öngörülebilir bir gelecekte yarar göstereceği beklenerek kurulmuştur, ne var ki bu yarar hiç ortaya çıkmamıştır. Üçüncü ve son olarak ise, irtifak hakkı hak sahibi bakımından bir yarar arz etse de, bu yarar aynı hak tesisini haklı çıkarmamaktadır. Bütün bu ihtimallerde irtifakın kuruluş şartı olan yarar unsuru mevcut bulunmadığından, hak her ne kadar tapu siciline tescil edilmiş olsa da, maddi anlamda etki doğurmayacaktır.

kolay tespit edilebileceğine ilişkin bkz. Thomas Cueni, Urs Fasel, "Befeiung des Grundbuches von überflüssigen Dienstbarkeiten", **RNR** 80/1999, s. 354 ve s. 360-363.

⁹⁴ Steinauer, **Développements récents**, s. 4-5.

⁹⁵ Her ne kadar madde metnindeki "*toute personne grevée*" ifadesi yüklü taşınmaz malikinden daha geniş bir anlam taşıyorsa da, terkin kural olarak yüklü taşınmaz malikinin talep edeceğine ilişkin bkz. FF 2007, s. 5068.

⁹⁶ İlgililerin itirazlarını kısaca gerekçelendirmeleri gerektiği yönünde bkz. FF 2007, s. 5070.

Hiç yarar göstermemiş bir irtifak hakkının tescil edilebilmesi şaşırtıcı ya da istisnai bir olay değildir. İrtifak hakkının tesisi sırasında, tapu sicil memuru sadece hukuki sebebi ve tescil talebinde bulunan kişinin tasarruf yetkisini kontrol eder⁹⁷. Hukuki sebebin kontrolü, “*bu sebebin geçerliliği için gerekli şekle uyulduğunun*” ortaya koyulması suretiyle yapıldığından, tapu sicil memurunun tarafların gerçek iradelerini inceleyerek irtifakın tesisinde bir yararın bulunup bulunmadığını tespit etme görevi ve hatta yetkisi bulunmamaktadır⁹⁸. Dolayısıyla irtifak hakkı kurulurken, gösterdiği yararın varlığına yönelik bir kontrol yapılmamakta ve irtifak hakkı sahibi için hiçbir yarar arz etmeyen irtifak hakları tescil edilebilmektedir⁹⁹.

Baştan itibaren yarar göstermeyen bir irtifak hakkının tescili halinde irtifak hakkının terkini için, ileri sürülen ilk görüşe göre¹⁰⁰ MK m. 785/f. I’ın kıyasen uygulanması gerekir. Bu durumda suyu olmayan bir taşınmazda tesis edilen kaynak irtifakının terkini, MK m. 785/f. I’e uygun şekilde gerçekleştirilecektir. Buna karşı ileri sürülen ikinci görüşteki yazarlar ise¹⁰¹, hak tesis edilirken, hakkın varlık amacı olan yararın bulunmaması dolayısıyla tapu sicilinin MK m. 1025 gereği düzeltilmesi gerektiğini ifade ederler. Zira MK m. 785/f. I’ın uygulama alanı bulması için hakkın sağladığı yararın tamamen ortadan kalkması gerekir. Yararın ortadan kalkmasından söz edilebilmesi için ise, kurulma aşamasında bir yararın bulunması icap eder. Hangi görüş kabul edilirse edilsin, yapılacak terkin açıklayıcı olacaktır¹⁰².

⁹⁷ MK m. 1015.

⁹⁸ Galland, **Contenu**, s. 60; Steinauer, **T. I**, N. 848a.

⁹⁹ Öğretide, irtifak hakkının kurulması esnasında gösterdiği yararın nasıl kontrol edilebileceğine ilişkin, olması gereken hukuk açısından bazı çareler düşünülmüştür. İlk çare, tapu sicil memuruna araştırma yetkisi tanımadır. İkinci çözüm, irtifak sözleşmesinde açıkça irtifakın kurulma amacının yazılmasını zorunlu tutmaktır. Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 89; Hürlimann-Kaup, **Zweck**, s. 9. İrtifakın kurulma amacı irtifakın içeriğine dahil olduğuna göre, sözleşmeden haklı bir amacın bulunmadığını gören tapu sicil memurunun tescil talebini reddetmesi gerekecektir. Son çözüm ise, tapu sicil memuruna, süreci askıya alıp irtifakın tescilini haklı çıkaracak yararın ortaya koyulabilmesi için ek belge isteme yetkisi verilmesidir. Galland, **Contenu**, s. 61. Her üç çözümün de, tapu sicil memurunun yetkisinin ve kontrol görevinin genişletilmesini öngördüğüne dikkati çekmek gerekir. Ne var ki, ortaya koyulan ilk çözüm başta olmak üzere, bütün bu haller tapu sicil memurunun yetkisini, tapu sicilinin düzeltilmesi davasına bakan hakim yetkisine yaklaştırmasından dolayı, kanaatimizce kabul edilmemelidir.

¹⁰⁰ Besson, **Suppression et adaptation**, s. 275; BSK-Petitpierre, art. 736 ZGB, N. 12.

¹⁰¹ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 211; CR-Argul, art. 736 CC, N. 4; Deschenaux, **Traité**, s. 708.

¹⁰² D. Piotet, **Traité**, s. 89; P. Piotet, **Traité**, s. 59.

Kanaatimizce, yararın mevcut olmaması baştaki objektif imkansızlık hali olarak görülmelidir. Bu durumda irtifak sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğü, sebebe bağlılık ilkesi gereği tasarruf işlemi olan tescil talebini de sakatlayacağından, tapu sicilinin düzeltilmesi MK m. 1025'e uygun olarak gerçekleştirilmelidir¹⁰³. Ne var ki bu kural, irtifak sözleşmesinin tarafları ile aynı ilişkinin taraflarının aynı olması ihtimalinde uygulanabilir. İrtifak hakkının ya da yüklü taşınmazın devredilmesi durumunda, irtifakın başlangıçtan itibaren yarar arz edip etmediğinin tespiti son derece güç olacaktır. Bu ispat zorluğu, irtifakın öngörülebilir bir gelecekte yarar göstereceği düşünülerek tesis edilmesi ve bu yararın hiç ortaya çıkmaması halinde, sözleşmeye taraf olmayan yeni yüklü taşınmaz maliki özellikle etkileyecektir. Böyle durumlarda karine olarak, ayırt etme gücüne sahip taraflar bir irtifakın kurulması için tapu sicil memurunun önüne gitmeleri halinde, irtifakın kurulmasında da bir yarar bulunduğu kabul edilir¹⁰⁴. Dolayısıyla irtifak sözleşmesinin tarafları değişmemiş ise, sadece MK m. 1025 hükmünün uygulanarak tapu sicilinin düzeltilmesi istenecek iken; aynı ilişkiye üçüncü kişilerin dahil olması ihtimalinde, MK m. 785/f. 1'den kaynaklanan talep ileri sürülmelidir.

B. Yararın Azalması Halinde Hakimin Kararı

1. Yararın Azalması Halinde Hakimin Verebileceği Farklı Kararlar

Uygulamada, irtifak hakkının arz ettiği yararın yüküne oranla azalması sebebi ile terkinin doğrudan talep edilmemektedir. Genellikle talep, sadece irtifak hakkının terkinidir. Ne var ki terditli dava açılmakta ve hakimin irtifakın yararının tamamı ile sona ermediğini, ancak hakkın ayakta tutulmamasını haklı çıkaracak ölçüde

¹⁰³ MK m. 1026 açıkça aynı hakkın sona ermesi ile tescilin sonradan hükümsüzleşmesini aradığından (Deschenaux, **Traité**, s. 708), irtifakın baştan itibaren yarar göstermemesi durumunda uygulanmayacaktır. Kaldı ki kendisinden başta hakkı tescil etmesi istenen ve hakkın tescil edilebilirliğine karar veren tapu sicil memurundan, hakkın baştan itibaren yolsuz olması sebebi ile terkin talep etmek düşünülemez; böyle bir halde hakimin denetimi şarttır. Foëx, **Numerus clausus**, s. 77. Öngörülebilir bir gelecekte yarar göstereceği düşünülerek tesis edilmiş bir irtifakın, bu yarar ortaya çıkmazsa istisnai olarak MK m. 1026'ya kıyasen terkin ettirilebileceğine ilişkin açıklamalarımız için bkz. İkinci Bölüm III. B. 4. a. 1) Yararın İleride Ortaya Çıkacak Olması Bakımından.

¹⁰⁴ Besson, **Suppression et adaptation**, s. 275; Rodondi, s. 44; Temperli, s 75.

azaldığını tespit etmesi halinde, bedel karşılığı hakkın sona erdirilmesi istenilmektedir.

Diğer taraftan, terditli dava açılmasa dahi, hakimden istenilen husus irtifak hakkının terkini olacaktır. Hukuki niteleme hakimın görev alanına gireceği için, irtifak hakkının cüzi de olsa yarar gösterdiğine hükmeden hakim, talep olmasa dahi kararını MK m. 785/f. I yerine, MK m. 785/f. II'e dayanarak kuracaktır. Ancak, bu son durumda sadece irtifak hakkının sona ermesine ilişkin bir karar vermeyecek, aynı zamanda bedel ödenmesine ve bu ödenecek bedelin miktarına da hükmedecektir.

a. İrtifak Hakkının Sona Erdirilmesi

Medeni Kanun'un 785. maddesinin ikinci fıkrasına göre “[y]üküne oranla çok az yarar sağlayan bir irtifak hakkının, bedel karşılığında kısmen veya tamamen terkini istenebilir”. Dolayısıyla, ayakta tutulması haklı görülemeyecek derecede yararını kaybetmiş bir irtifakın tamamen ya da kısmen terkini mümkündür¹⁰⁵.

İrtifak hakkının MK m. 785/f. II çerçevesinde kısmen sona erdirilmesi, ayrı yapılarda bulunan bağımsız bölümler lehine farklı bir taşınmazda oyun alanı gibi tesislerin sağlanabilmesi için kurulmuş irtifak hakları bakımından önemli bir uygulama alanına sahip olacaktır. Zira, yapılardan birinin yıkılıp bu tesislerin olduğu taşınmaza da genişletilerek yeniden inşa edilebilmesi için bütün kat maliklerinin kendi sahip oldukları irtifak hakkından vazgeçmeleri gerekecektir. Oysa son kat maliki de irtifak hakkından vazgeçmedikçe, diğerlerinin terkin talebi arzu edilen sonucu sağlamaz; tesisi kapsayan taşınmaz, irtifak ile yüklü olmaya devam eder. Bazı kat maliklerinin inşaat alanını büyötmek için irtifak haklarından vazgeçmeleri, ama diğerlerinin vazgeçmemeleri halinde; bu kitlesel vazgeçmenin söz konusu tesisin gösterdiği yararın arz ettiği külfet karşısında azaldığı sonucuna varmak menfaatler dengesi açısından uygun olacaktır. Bu sebeple, özellikle kat malikleri

¹⁰⁵ Simonius, Sutter, **Bd. II**, s. 78. Yüklü taşınmazdaki kaynaktan belli miktarda su alma hakkının, kaynaktaki su miktarının azalması sebebi ile yüklü taşınmaz maliki açısından ağır bir yük oluşturması ihtimalinde, hakimın tarafların menfaatlerini gözetererek suyun paylaşımına karar verebileceğini öngören İtMK m. 1093'ün Türk hukukunda da benimsenmesi gerektiği yönünde bkz. Bertan, **C. II**, s. 1236. Kanaatimizce, MK m. 785/f. II çerçevesinde irtifak hakkının kısmen sona erdirilebilmesi imkanı, bu durumu da karşılamaktadır.

yararına kurulmuş irtifaklardan kitlesel vazgeçişlerde, hakimden hakkın kısmen sona erdirilmesi istenerek, irtifakın hakkından vazgeçmeyen kat maliklerinin ihtiyacı oranında, örnek olarak taşınmazın daha az bir bölümünü kapsayacak ve hakkından vazgeçen kat maliklerinin inşaatlarını bir nebze büyütmelerine olanak tanıyacak biçimde ayakta tutulması sağlanabilir.

b. Bedel

Medeni Kanun'un 785. maddesinin ikinci fıkrası, gösterdiği külfete oranla çok az yarar sağlayan irtifak hakkının bir bedel karşılığında sona erdirilebileceğini düzenlemektedir. Bu şekilde, irtifak hakkı sahibinin cüzi de olsa yarar gösteren irtifak hakkının hakim kararı ile sona erdirilmesi söz konusudur. Hükümde "bedel" terimi kullanılmışsa da, bu terimin teknik anlamı ile kullanılıp kullanılmadığı sorgulanabilir. Kanundan doğan irtifak hakları bakımından duruma dikkat çeken Eren'e göre¹⁰⁶, bu bedel aslında irtifakın kurulması dolayısıyla yüklü taşınmaz malikinin uğradığı zararın tazminidir. Bu görüşten yola çıkılır ise, hakkın MK m. 785/f. II çerçevesinde sona erdirilmesi için, bedel yerine tazminat teriminin tercihi daha doğru olacaktır. Nitekim, 743 sayılı MK m. 709/f. II de de tazminat terimi kullanılmıştır.

Öncelikle kanundan doğan irtifakar açısından bir inceleme yapıldığında, kanun koyucunun çatışan menfaatler arasında bir seçim yaptığı ve taşınmazın ekonomik açıdan en uygun kullanımını tercih ederek komşulardan birini diğeri için fedakarlık yapmaya zorladığı görülür¹⁰⁷. Yükümlü taşınmaz malikinin yapmk zorunda olduğu bu fedakarlık hukuka uygun olduğundan, fedakarlığın karşısında bir tazminat değil, fedakarlığın denkleştirilmesi bedeli ödenir. Bu sebeple, 4721 sayılı Medeni Kanun'daki kanundan doğan irtifakların kurulmasına ilişkin 744., 747. ve 761. hükümlerde tazminat terimi yerine bedel teriminin kullanılması yerindedir¹⁰⁸. Aynı

¹⁰⁶ Eren, **Mülkiyet**, s. 396-397, ayrıca kanundan doğan su irtifakı için bkz. s. 404-405.

¹⁰⁷ İlhan Ulsan, **Medenî Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı**, 2. Bası, İstanbul, Vedat, 2012, s. 130-138.

¹⁰⁸ Ulsan, s. 334 vd. Aynı şekilde, yaratılan ekonomik değerın korunması bakımından taşınmaz malikini fedakarlıkta bulunmaya zorlayan, taşkın yapılara ilişkin MK m. 725'te de, uygun bir

şekilde, yüküne oranla çok az bir yarar sağlayan irtifak hakkının sona erdirilmesi mülkiyet hakkının korunması düşüncesine dayanır. Mülkiyetin korunması düşüncesi ile, irtifak hakkı sahibi kendisi için cüzi de olsa hâlâ yarar gösteren irtifak hakkının sona erdirilmesine katlanacaktır. Mülkiyetin korunması düşüncesi ile irtifak hakkına yapılan bu müdahale hukuka uygundur. Bu yüzden, MK m. 785/f. II kapsamında da kanun koyucunun irtifak hakkı sahibini bir fedakarlık yapmaya zorladığı, bu fedakarlık karşısında da fedakarlığın denkleştirilmesi bedeli ödenmesini öngördüğü kabul edilmelidir.

1) Bedele İlişkin Esaslar, Özellikle Başka Yerde İrtifak Tesis Etme İmkânı

Bedelin ödenmesi, irtifak hakkının MK m. 785/f. II çerçevesinde sona erdirilmesi için bir zorunluluktur¹⁰⁹. Bu bedel ödenmeden hak sona ermez. Kanun, yüklü taşınmazın mevcut malikine irtifak hakkını sona erdirebilmesi için hukuki bir sebep vermektedir. Bu hukuki sebep de, kanundan doğan bir çeşit olacaktır. Yüklü taşınmaz maliki, bu kanundan doğan alacak hakkını kullanarak irtifak hakkı sahibinden terkin talebinde bulunmasını ister; irtifak hakkı sahibinin talepte bulunmaktan kaçınması ihtimalinde hakim önüne gidilir¹¹⁰. Hakim, hakkın sona erdiğine hükmetmeden önce, bir ara karar ile bedel miktarını belirleyerek depo edilmesini isteyecek¹¹¹, bedelin depo edilmesi üzerine irtifak hakkının sona erdiğine karar verecektir¹¹².

bedel karşılığında taşınmazın kısmı için bir irtifak hakkı kurulacağı ya da bu kısmın mülkiyetinin devredileceği düzenlenmiştir.

¹⁰⁹ Bertan, C. II, s. 1223; BSK-Petitpierre, art. 736 ZGB, N. 23; KurzK-Schmid-Tschirren, art. 736 ZGB, N. 20; D. Piotet, *Traité*, s. 95; P. Piotet, *Traité*, s. 61. Hükümün icra edilebilmesi için bedelin ödenmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Köprülü, Kaneti, s.73.

İsviçre öğretisinde bu durum özel kamulaştırma (*expropriation privée*) olarak da nitelendirilmektedir. Federal Mahkeme, eski dönemlerdeki içtihatlarında, bedel karşılığında hukuka uygun hale gelen bütün mülkiyet hakkı ihlallerini bir çeşit kamulaştırma olarak görmüştür. Bosshart, s. 18; Edouard Petitpierre, s. 24-31. Bedel karşılığı olmayan ihlalleri de mülkiyet hakkının kısıtlaması olarak ifade etmiştir. Ancak, mülkiyet hakkının başka kısıtlamaları da, kamulaştırma olarak değerlendirilmemek ile birlikte, bedel ödenmesini haklı gösterebilir. Bosshart, s. 18. Bu sebeple ilgili nitelendirmeye ihtiyatla yaklaşılmalıdır.

¹¹⁰ D. Piotet, *Traité*, s. 95-96.

¹¹¹ Surlu, Öztürk, Mecra, s. 527. Yargıtay'ın önüne gitmiş bir uyuşmazlıkta, 1357 ve 1358 parsel sayılı taşınmazların maliki olan davalı, 1357 parsel sayılı taşınmaz için arsa payı karşılığı

Bedelin mutlaka bir miktar para olması gerekmez; arazi üzerinde paylı mülkiyet hakkı tanımak gibi yöntemler de kabul edilmektedir¹¹³. Bu kapsamda, MK m. 785/f. II'nin uygulama alanına giren hallerde, bedel karşılığı irtifak hakkının yerinin değiştirilmesi de uygun görülmektedir¹¹⁴. “Çoğun içinde az da vardır” ilkesinden hareketle, hakim irtifakın yerinin değiştirilmesine de hükmedebilir¹¹⁵. Özellikle inşaat yapmama irtifaklarında, taşınmazın ekonomik değeri üzerinden spekülasyon yapmayı amaçlayan yüklü taşınmaz maliklerinin irtifakı terkin ettirmek istemesi karşısında bu çözüm kabul edilmekte ve yararı azalan irtifakların daha az elverişli başka bir yere nakledilmesine karar verilmektedir¹¹⁶. Farklı bir bedel belirleme türü olarak, sona erdirilen kaynak hakkı yerine, o sudan elde edilen elektirik enerjisinin bir bölümünün irtifak hakkı sahibine verilmesi de

inşaat sözleşmesi akdedip yüklenici adına tapuya şerh ettirdikten iki gün sonra, 1357 parsel sayılı taşınmaz üzerinde 1358 parsel sayılı taşınmaz lehine bir geçit irtifakı kurmuştur. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereği gibi inşaat bitirilip eser teslim edildiğinde, geçit güzergahının yüzme havuzunun yanında olduğu, bu durumun ise sitedeki bağımsız bölüm maliklerinin havuzdan yararlanmalarını engellediği ve bağımsız bölümlerin değerini düşürdüğü fark edilmiştir. Yargıtay, geçit irtifakının tapu kütüğünde görülmesi de kadastro paftasında görüldüğünü tespit ederek, mahkemece irtifakın bedeli tespit edildikten sonra, bu bedelin davacı tarafından lehine geçit irtifakı tesis edilen 1358 parsel sayılı taşınmazın son malikine ödenmek üzere depo ettirilmesine ve bu işlemlerden sonra irtifak hakkının kaldırılmasına hükmetmiştir. Yarg. 14. HD., 12.02.2013, E. 2013/510, K. 2013/2014 (www.kazanci.com). Aynı usul, kanundan doğan irtifakların kurulması için de uygulanmaktadır. Kanundan doğan geçit irtifakının tesis edilebilmesi için bilirkişilerce saptanan bedelin hükümden önce depo edilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Yarg. 14. HD., 17.03.2009, E. 2010/2079, K. 2010/2908; Yarg. 14. HD., 21.02.2013, E. 2013/320, K. 2013/2459. Kararlar için bkz. Olgaç, s. 68-69, dn. 42.

¹¹² Türk hukukunda bulunmayan bir imkan, şarta bağlı hüküm kurulmasıdır. İsviçre'nin mülga Tapu Sicil Tüzüğü'nün 18. maddesinin ikinci fıkrası, hakkın hakim kararı ile sicil dışı kurulması halinde, hakim kararının kesinleştiğine ilişkin bir belge ile tapu sicil memuruna tescili gerçekleştirilmesi için izin verileceği öngörülmüştür. Bu sistemde, bizdekinden farklı olarak hakim hükmünün belirli bir şart gerçekleşince hüküm doğurması kabul edilmektedir. Böylece eski tüzük döneminde, hakim kararı ile irtifak hakkının sona ereceği, bu kararın ancak bedel ödenince hüküm doğuracağı ifade edilmekteydi. P. Piotet, **Traité**, s. 61. Tapu sicilinde değişiklik yapılabilmesi için en azından bir teminat gösterilmesine ilişkin bkz. Curti-Forrer, art. 736 ZGB, s. 558. Bu görüş, MK m. 785/f. II'deki, bedel karşılığında irtifak hakkının terkinini ifadesi ile de uyumludur. Zira hakim kararı ile irtifak hakkı sona erer, fakat kararın hüküm doğurup terkinin yapılabilmesi için bedelin ödenmesi gerekir. İlgili hüküm, 23 Eylül 2011 tarihli İsviçre Tapu Sicil Tüzüğü'nde yer almamıştır.

¹¹³ Bertan, **C. II**, s. 1220; Burdet, s. 54-55; Köprülü, Kaneti, s. 72; Özakman, s. 149; Temperli, s. 158. Bu durumu kabul eden bir karar örneği için bkz. BGE 43 II 29; MK m. 785/f. II çerçevesindeki tazmin yöntemi olarak, yararlanan taşınmaz maliki açısından eskisine oranla daha elverişsiz bir yere nakledilen geçit irtifakı için bkz. BGE 73 II 27.

¹¹⁴ Besson, **Suppression et adaptation**, s. 268; CR-Argul, art. 736 CC, N. 17; Rossel, Mentha, N. 1373.

¹¹⁵ Burdet, s. 58; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2832, dn. 183; Temperli, s. 156. BGE 43 II 29.

¹¹⁶ Besson, **Suppression et adaptation**, s. 267.

mümkündür¹¹⁷. Ama her somut olay bakımından, seçilen yöntemin amacın gerçekleşmesine ne ölçüde hizmet edeceğine dikkat edilmelidir¹¹⁸.

Bedel sadece irtifak hakkı sahibine değil; irtifak hakkının sona erdirilmesi dolayısıyla hakkı zedelenen her aynı hak ve şerh edilmiş kişisel hak sahibine ödenecektir¹¹⁹. Bu sebeple, bu kişilerin de irtifakın terkinine ilişkin açılan davada davalı olarak gösterilmeleri gerekir.

2) Nakden Belirlemede Bedel Miktarının Hesaplanması

Medeni Kanun'un 785. maddesinin ikinci fıkrasına göre irtifak hakkının sona erdirilmesi karşılığında ödenecek bedelin nakdi olarak hesaplanmasında, kıyasen kamulaştırmaya ilişkin hükümlerden faydalanılır¹²⁰. Kamulaştırma bedelinin hesaplanmasında iki farklı yöntem öngörülmüştür¹²¹. Objektif yöntemde, kamulaştırılan taşınmazın maliki sanki taşınmazını satmaya hazırlanıyormuş ve gerçekleştirdiği işlem kendisi için hiçbir dezavantaj göstermiyormuş gibi hareket edilir. Sübjektif yöntemde ise, kamulaştırılan taşınmaz malikinin malından ayrılmak zorunda kalması dolayısıyla menfaatine aykırı bir durumun oluştuğu düşünülür ve malından ayrılmasaydı sahip olacağı değer, bedel olarak ödenir. Aradaki fark, objektif yöntemde sadece taşınmazın piyasa değeri hesaplanır iken; sübjektif yöntemde, kalan bölümün kötüleşme bedeli ve diğer zararların da hesaba katılmasıdır. Ama her halde, kamulaştırma bedeli taşınmazın piyasa değerinden az

¹¹⁷ Bertan, **C. II**, s. 1220.

¹¹⁸ Bu noktada, kanundan doğan irtifakların kurulması ile bir karşılaştırma yapılabilir, zira burada da hakkın kurulması tam bir bedelin ödenmesi şartına bağlanmaktadır. Bununla birlikte, kanundan doğan irtifaklarda bedel, başka bir yerde irtifak kurulması şeklinde belirlenmemelidir. Hakimin tarafları yer trampasına zorlamak sureti ile kanundan doğan geçit irtifakının tesisine hükmedemeyeceğine ilişkin bkz. Tırpan, s. 259; sadece tarafların anlaşması ile başka bir yerde irtifak kurulabileceğini belirterek bu görüşe yaklaşan bir başka yazar için bkz. **CR-Piotet**, art. 694 CC, N. 34. Kanundan doğan kaynak irtifakında, başka yerde irtifak kurulması yönteminin de kabul edilebileceğine ilişkin olarak bkz. **BSK-Rey/Strebel**, art. 711 ZGB, N. 7.

¹¹⁹ D. Piotet, **Traité**, s. 96; P. Piotet, **Traité**, s. 62.

¹²⁰ Bohnet, § 50, N. 27; Pradervand-Kernen, **Valeur**, s. 42; Steinauer, **T. II**, N. 2276; Temperli, s. 157. Kanundan doğan irtifakların kurulması için denkleştirme bedelinin hesabında da aynı esas kabul edilmektedir: Bohnet, § 45, N. 35; P. Piotet, **Traité**, s. 62; Pradervand-Kernen, **Valeur**, s. 236; Steinauer, **T. II**, kanundan doğan mecra irtifakı açısından N. 1853, kanundan doğan geçit irtifakı açısından N. 1868d.

¹²¹ Pradervand-Kernen, **Valeur**, s. 57.

olamaz¹²². Dikkat edilir ise, kamulaştırma bedelinin hesaplanması, malikin kişiliğinden bağımsızdır. Kamulaştırma dolayısıyla ödenecek bedel belirlenirken, malikin zengin ya da fakir olması bir fark yaratmaz¹²³.

Kamulaştırma Kanunu'nun 8. maddesi, idarenin öncelikle pazarlık usulü ile taşınmazı kamulaştırmaya gayret edeceğini öngörmüştür. Bu çerçevede, bir kıymet takdir komisyonu kurulacak ve sanayi ve ticaret odaları ile mahalli emlak alım satım bürolarından da bilgi alarak taşınmaz malın tahmini bedelini belirleyecektir. Bu hükümde, bedelin objektif yöntemle göre belirleneceği sonucuna varılabilir. Ancak, asıl olarak tarafların kamulaştırma hususunda anlaşamamaları ihtimali MK m. 785/f. II'deki bedel belirlenirken bir kıyas aracı olarak kullanılmalıdır. Bu ihtimalde, taşınmazın cins ve nevi, yüzölçümü, değerini etkileyebilecek sair unsurlar, vergi beyanı, kamulaştırma tarihinde resmi makamlarca yapılmış değer takdiri, taşınmazın gereği gibi kullanılması halinde getireceği net gelir, kamulaştırma gününden önceki emsal değerler, yapının maliyeti ve yıpranma payı, bedeli etkileyebilecek diğer objektif unsurlar ile kısmen kamulaştırmalarda, kamulaştırılmayan kısımlardaki değer eksilmesi ya da artışı dikkate alınacaktır¹²⁴. Dolayısıyla mahkeme kararı ile kamulaştırmalarda sübjektif yöntemle yaklaşıldığı sonucuna varılabilir. Kamulaştırma yolu ile irtifak hakkı tesislerinde ise, kamulaştırma sebebi ile taşınmazda meydana gelecek değer azalması, yüklü taşınmaz malikine kamulaştırma bedeli olarak ödenecektir¹²⁵.

Bütün bu sistem MK m. 785/f. II'ye uygulandığında, öncelikle bedelin hesaplanmasında sadece irtifak hakkı sahibinin durumunun dikkate alınacağı, yüklü taşınmaz malikinin durumunun gözetilmeyeceği sonucuna varılmalıdır¹²⁶. Dolayısıyla MK m. 785/f. II gereği hükmedilmesi gereken bedel, irtifak hakkının arz ettiği cüzi yararın irtifak hakkı sahibi için arz ettiği değere göre hesaplanacaktır¹²⁷;

¹²² Pradervand-Kernen, **Valeur**, s. 58-59.

¹²³ Steinauer, **Propriété**, s. 240.

¹²⁴ KamK m. 11-m. 12.

¹²⁵ KamK m. 11/f. IV.

¹²⁶ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2832; Pradervand-Kernen, **Valeur**, s. 44. Yüklü taşınmaz malikinin durumunun gözetilmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Curti-Forrer, art. 736 ZGB, s. 558.

¹²⁷ Maryse Pradervand-Kernen, "La valeur du droit de superficie", **Droit de superficie et leasing immobilier**, (edit. Bénédict Foëx), Genève-Zurich-Bâle, Schulthess, 2011, s. 34. Yüklü

yoksa yüklü taşınmaz malikinin irtifaktan kurtularak elde edeceği katma değer miktarı tespit edilirken dikkate alınmaz¹²⁸. Bedel, irtifakın yararını kaybetmese idi arz edeceği değerden, hakkının ortadan kalkan yararının indirilmesi ile bulunacaktır¹²⁹. İrtifakın sona erdirilmesi için gereken bedel miktarı belirlenir iken, irtifak hakkının niteliği de değerlendirilmelidir. Eğer taşınmaz lehine bir irtifak söz konusu ise, bedel miktarının hesabı kısmi kamulaştırma hükümleri uyarınca yapılacaktır; zira, irtifak hakkı yararlanan taşınmazdan bağımsız olarak bir değer arz etmez¹³⁰. Bu kapsamda , irtifak hakkının yararlanan taşınmaz için arz ettiği doğrudan değerler ile dolaylı değerlerin göz önüne alınması gerekir¹³¹. Doğrudan değerler; irtifak hakkının kullanılması için yüklü taşınmazda kurulan yapı ya da teçhizat üzerindeki irtifak hakkı sahibinin mülkiyet hakkı, yüklü taşınmazın bir bölümünü kullanma yetkisi ya da yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkından kaynaklanan bazı yetkilerini kullanamamasından kaynaklanan değer olarak sayılabilir. Diğer taraftan irtifak hakkı, yararlanan taşınmazın değerini manzara kapatmama irtifaklarında olduğu gibi dolaylı olarak da arttırabilir. Böylece irtifak çıkarıldığında geriye kalan kısmın piyasa bedeli ile diğer zararlar hesaplanacaktır. Kişisel irtifaklar söz konusu olduğunda ise, bedel tam kamulaştırma hükümlerine göre belirlenecektir. Bu durumda hakkın bağımsız olarak arz ettiği değer ile diğer zararların hesaplanması gerekir¹³². Diğer masrafların belirlenmesinde, irtifakın türü de önemli rol oynayacaktır. Böylece intifa ya da oturma hakkının sona ermesi halinde bedel

taşınmazda güneş ışığından yararlanılabilmesi için yararlanan taşınmaz üzerinde tesis edilen inşaat yapmama irtifakının, yüklü taşınmazın sırasında başka binaların inşa edilmesi dolayısıyla yüküne oranla cüzi yarar arz ettiği ve bu cüzi yarar karşısında irtifakın terkinin için 1500 TL bedel ödenmesine ilişkin bkz. Yargıtay 1. HD., 07.03.1955, 1512/1313 kararı (Esmer, s. 778, dn. 25). Ayrıca irtifak hakkı sahibinin kişisel zararının da gözetileceği, yine de bütün kişisel zararlarının tazmin edilmeyeceğine ilişkin bkz. **BSK-Petitpierre**, art. 736 ZGB, N. 19-20. Aynı şekilde, irtifakın sona erdirilmesi dolayısıyla irtifak hakkı sahibinin ikincil zararları göz önüne alınmayacaktır. Rodondi, s. 135.

¹²⁸ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 168; Besson, **Suppression et adaptation**, s. 276-277; Köprülü, Kaneti, s. 72; Özakman, s. 149; D. Piotet, **Traité**, s. 95; Pradervand-Kernen, **Valeur**, s. 163. BGE 73 II 27.

¹²⁹ **BSK-Petitpierre**, art. 736 ZGB, N. 20.

¹³⁰ Pradervand-Kernen, **Valeur**, s. 46.

¹³¹ Pradervand-Kernen, **Superficie**, s. 33-34.

¹³² Pradervand-Kernen, **Valeur**, s. 62. Her ne kadar intifa hakkına ilişkin hükümler oturma hakkına uygulanacaksa da, oturma hakkı bedele dönüşmez. Bu durumda oturma hakkı sahibinin, oturduğu kısma karşılık gelen kamulaştırma bedelinin faizini isteyemeyeceği, sadece oturma hakkı dolayısı ile ödemekten imtina ettiği kira bedelini kamulaştırma bedeli olarak isteyebileceğine ilişkin bkz. Yarg. 6. HD., 22.05.1984, E. 1984/4136, K. 1984/6298 (www.kazanci.com).

hesaplanırken emsal kira oranı ile yıllık kira artışı ve indirgeme oranı göz önüne alınmalıdır¹³³. Kişiyle kaim bu irtifak hakları belirli süreli kurulmamışlar ise, yaşam örneklerinin çoğunda hak sahibinin ölümü ile sona ereceğinden, ayrıca hak sahibinin değerlendirme tarihi itibarı ile yaşının belirlenmesi ve PMF tablosu üzerinden beklenen ömür süresinin bulunması gerekir¹³⁴. İntifa ya da oturma hakkının değeri, bu kalan süreye oranlanacaktır. Kanundan doğan irtifaklarda ise, MK m. 785/f. II uygulanır iken ödenecek bedelin, önceden ödenmiş denkleştirme bedelinin iadesi şeklinde olacağı ifade edilmişse de¹³⁵, biz bu görüşe katılmıyoruz. Öncelikle, sona erme rejimleri açısından kanundan doğan irtifaklar ile sözleşmesel irtifaklar arasında bir farklılığın yaratılmaması gerektiği kanaatindeyiz. Aynı zamanda, süreye bağlanmamış ya da belirli süreli olarak kurulmuş irtifak hakkının, bu öngörülen süre dolmadan sona ermesi halinde iade edilecek irtifak bedeli ile, yararı yükü karşısında azalan irtifak hakkının sona erdirilebilmesi için ödenecek bedelin birbirinden apayrı kavramlar olduğuna da dikkati çekmek isteriz.

İrtifak hakkı sahibi, hakkın sağladığı ek menfaatten mahrum kalacağını iddia ederek bedelin arttırılması gibi fazladan isteklerde bulunamaz¹³⁶. Örnek olarak, geçit irtifakının varlığı dolayısıyla yüklü taşınmazda yapılması engellenen inşaat, geçit irtifakının ortadan kalkması ile yapılabilir hale gelirse, irtifak hakkı sahibi manzarasının kapanacağını ileri sürerek fazladan bedel isteyemeyecektir¹³⁷.

Türk uygulamasında, sona erdirilecek irtifak hakkı karşılığında ödenecek bedelin belirlenmesinde, kalan yararın irtifak hakkı sahibi için sağladığı değer kıstasından ayrıldığı uyuşmazlıklar görülür. Örnek olarak Yargıtay'ın önüne

¹³³ Tayfun Özpak, “Taşınmaz Değerlemesi ve Sınırlı Ayni Hakların Taşınmaz Değerine Etkisi”, **İstanbul Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006, s. 38 ve 41; Schöbi, s. 61.

¹³⁴ Özpak, s. 40. Uygulamada sıklıkla 1931’de Fransa’da hazırlanmış PMF tablosunun kullanıldığı, fakat daha yakın tarihli tablolardan, bu çerçevede TRH 2010 tablosundan yararlanmanın daha doğru olacağına ilişkin eleştiri için bkz. K. Emre Gökyayla, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, **Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan**, C. II, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, s. 79.

¹³⁵ Besson, **Suppression et adaptation**, s. 276.

¹³⁶ Bertan, **C. II**, s. 1220; **ZK-Liver**, art. 736 ZGB, N. 181. Yararlanan taşınmazın irtifak hakkı varken değeri ile irtifak hakkı bulunmaksızın belirlenecek değeri arasındaki farkın bulunarak bu miktarın irtifak hakkı sahiplerine ödeneceğine ilişkin bkz. Yarg. 14. HD., 19.12.2000, E. 2000/6682, K. 2000/8580 (Surlu, Öztürk, **Mecra**, s. 540).

¹³⁷ BGE 43 II 29.

gelmiş bir uyuşmazlık ilgi çekicidir¹³⁸. Davacının taşınmazında bulunan kuyunun MK m. 785/f. II gereği kaldırılması talebi üzerine, davalının kendi taşınmazında da kuyu açabileceği, şehir suyundan da yararlandığı ve kuyunun davacının taşınmazında inşaat yapmasını engellediği belirlenmiştir. İrtifakın sebep olduğu yük ile sağladığı yarar arasında dengesizlik olduğu gözlenerek hakkın sona ermesi talebi kabul edilmiştir. Bedel olarak, davacı tarafından temyiz edilmeyerek davalı lehine kazanılmış hak teşkil eden 49.500.000 TL'ye hükmedilmiştir. Bu bedel ise, yeniden kuyu açtırma bedelidir. Bu kararı değerlendirir iken, kamulaştırmadaki temel düşünceden hareket edilmelidir. Kamulaştırmada amaç, kamulaştırma sureti ile hakkını kaybeden kişinin kamulaştırmadan önceki durumunu muhafaza etmesi; kendisine ödenen bedel ile ne fakirleşmesi, ne de zenginleşmesidir¹³⁹. İrtifak hakkının yararının yüküne oranla azalması karşısında da aynı düşünceden yola çıkılmalı ve yararın hak sahibi için gösterdiği değere bakılmalıdır. Yoksa hak sahibinin, adeta olumlu zararının tazminini oluşturacak bir meblağa kavuşması MK m. 785/f. II'deki düzenlemenin ruhuna aykırıdır. Her ne kadar somut olaydaki bedel miktarı, davacının önerisine davalının karşı çıkmaması üzerine kesinleşmişse de, normal şartlar altında MK m. 785/f. II gereği ödenecek bedel, bu belirlemenin çok daha altında olmalıydı.

Medeni Kanun'un 785. maddesinin ikinci fıkrası gereği sona erdirilecek geçit irtifakından yararlanan taşınmazın üzerinde ayrıca intifa tesis edilmiş olması örneğinde olduğu gibi, terkin edilecek irtifak hakkından yararlanan başka kişiler de varsa, bedel miktarı hesaplanır iken bu kişilerin zararları da ele alınır. Nitekim irtifak hakkının sona erdirilmesi için açılan dava, bu kişilere de yöneltilmelidir. Yine de irtifak ilişkisinin yüklü taşınmaz maliki ile irtifak hakkı sahibi arasında olduğuna dikkat edilmelidir¹⁴⁰. Davanın kendilerine yöneltildiği diğer ilgililer, sadece irtifak hakkı sahibinin menfaatine dayanabileceklerdir. Bu menfaatin ayakta tutulamayacak derecede azaldığının tespiti halinde ise, geride kalan menfaatin içinde zaten ilgililerin yararlanmaları da yer alır. Dolayısıyla bu kişilerin haklarını dayandırdıkları irtifakın

¹³⁸ Yarg. 14. HD., 28.12.1998, E. 1998/9669, K. 1998/10202 (Surlu, Öztürk, **Mecra**, s. 542-543).

¹³⁹ Pradervand-Kernen, **Valeur**, s. 43-44.

¹⁴⁰ Benzer şekilde, mecra irtifakının doğumu yüklü taşınmaz üzerinde daha önce tesis edilmiş bulunan sınırlı aynı hak sahiplerini zarara uğrattıysa, onlar zararlarının karşılanmasını ancak malikten talep edebilirler. Özakman, s. 177.

sona erdirilmesinden kaynaklanan zararları, MK m. 785/f. II çerçevesinde hesaplanan bedelin kapsamında yer almalı; bu bedelden ayrı şekilde, bu kişilerin irtifakın sona erdirilmesi dolayısıyla uğrayacakları zarar için yeniden bedel hesabı yapılmamalıdır¹⁴¹. Ödenmesine hükmedilen bedel sadece irtifak hakkı sahibine verilmemeli; bütün ilgililere zararları oranında paylaşılmalıdır.

2. Kararın Hukuki Niteliği Ve Benzer Kavramlarla İlişkisi

a. Kararın Hukuki Niteliği

Medeni Kanun'un 785. maddesinin ikinci fıkrası gereği hakimın verdiği kararın hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. İleri sürülen ilk görüş¹⁴², bu kararın tespit hükmü olduğu yönündedir. Yüküne oranla çok az yarar sağlayan irtifak hakkı hakimın kararından önce sona ermiştir, hakimın kararı sadece durumu belirler¹⁴³. Madde gerekçesini kaleme alan Huber¹⁴⁴ de, yararının yüküne oranla azalması halinde irtifak hakkının artık ayakta olduğunun iddia edilemeyeceğini ifade ederek, bu görüşe önemli bir dayanak kazandırmıştır. MK m. 785/f. II gereği hakimın verdiği kararın bir tespit hükmü olduğunun kabulü halinde, bedeli ödeyen yüklü taşınmaz maliki, hak sahibinin rızasına ihtiyaç duymaksızın irtifak hakkının terkinini talep edebilir¹⁴⁵. Bu hükmün tapu sicilinin düzeltilmesi davasının bir görünümü olup

¹⁴¹ Bu hal, yüklü taşınmazın kamulaştırılmasından farklılık arz eder. Zira yüklü taşınmaz kamulaştırıldığında, üzerindeki aynı haklar da dolaylı olarak sona erer; yüklü taşınmaz maliki ile hak sahibi ayrı ayrı bedele hak kazanır. Diğer hak sahiplerinin alacağı bedel, kısmi kamulaştırma hükümlerine göre yapılır ve sona eren hakkın yüklü taşınmaz bakımından sebep olduğu değer azalması ve geri kalan alandaki kötüleşme toplanır. Pradervand-Kernen, **Valeur**, s. 65. Bu çerçevede intifa hakkının özel durumuna dikkat etmek lazımdır. Yüklü taşınmaz malikine sanki taşınmazı üzerinde intifa yokmuş gibi bedel ödenir. İntifa hakkı sahibine kamulaştırma bedeli ödenmez. Zira intifa hakkı bedel üzerinde devam eder. Bedelin malike ödenmesi için intifa hakkı sahibinin rızası gerekir. Yine de intifa hakkı sahibi, intifa konusu maldan yararlanamaması sebebiyle bir zarara uğrarsa, bu zarar karşılığında bir bedel isteyebilir. Farine Fabbro, **Usufruit**, s. 226; Pradervand-Kernen, **Valeur**, s. 63, dn. 162

¹⁴² Mooser, **Habitation**, s. 259-260; Schmid, Hürlimann-Kaup, N. 1314; Steinauer, **T. I**, N. 955b; Steinauer, **T. II**, N. 2277.

¹⁴³ Bu görüşe destek için, olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile kıyas yapılabilir. Bu son durumda hak sicil dışı kazanılmaktadır. MK m. 785/f. II'de de, olağanüstü zamanaşımını örnek göstererek, hakimın sadece hakkın sicil dışı sona erme şartlarını kontrol edip bedel miktarını belirlediği savunulabilir.

¹⁴⁴ E. Huber, s. 515.

¹⁴⁵ Mooser, **Habitation**, s. 260.

olmadığı hususu, bu kabul üzerine yine tartışma konusu yapılacaktır¹⁴⁶.

Baskın görüşteki yazarlar, bu kararın bir tespit hükmünün sınırlarını aştığını ortaya koymaktadırlar. Hakimin kararı ile, cüzi de olsa bir yarar arz eden irtifak hakkı bedel karşılığında sona erdirilmektedir. Dolayısıyla bu karar, yenilik doğuran bir karardır¹⁴⁷. MK m. 716'nın bir görünümü niteliğindedir¹⁴⁸.

Hakimin kararının tespit hükmü olduğuna ilişkin ilk görüş kabul edilecek olur ise, iki farklı problem ortaya çıkar. Bu problemlerden ilki, hakkın terkinini için bedel ödenmesidir. Kanaatimizce, irtifak cüzi de olsa bir yarar gösterdiği için, MK m. 785/f. I'deki ihtimalde olduğu gibi, hakkın varlık sebebinin ortadan kalkmasının hakkı da sona erdireceği sonucuna varmak kolay değildir. Maddi olarak varlık gösteren bir hak hakim kararı ile sona erdirildiğinden, bu kararın yenilik doğuran karar olduğunu kabul etmek daha doğru olacaktır. Bedel ödeme borcu yerine getirilmeksizin hakimin kararının etki etmemesi de bu yönde ciddi bir göstergedir. Zira hakimin kararının tespit hükmü olduğu kabul edildiğinde, bedelin hakkı sona erdirici bir işlevi olamayacaktır¹⁴⁹.

İkinci problem ise, hakkın "*kısmen veya tamamen*" terkininin istenebilmesidir. Yararın yüke oranla azalması sebebi ile irtifak hakkının kendiliğinden sona erdiği kabul edilir ise, hakkın kısmen terkininin istenmesi bir anlam taşımaz. Böyle bir halde sona ermiş hakkın, tamamen terkin ettirilmesi gerekir. Kaldı ki, MK m. 785'i karşılayan İsvMK m. 736'nın Almanca metninin lafzı bu sonucu desteklemektedir. İlgili hükümde, birinci fıkra yüklü taşınmaz malikinin terkinini talep edebileceğini düzenler iken; ikinci fıkra irtifak hakkının kısmen ya da tamamen sona

¹⁴⁶ Hükmün, MK m. 1025'in bir görünümü olduğu görüşü için bkz. Gürsoy, Eren, Cansel, s. 789; Mooser, **Habitation**, s. 259-260; Steinauer, **T. I**, N. 955b;.

¹⁴⁷ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 169; Bertan, **C. II**, s. 1223; **BK**-Leeman, art. 736 ZGB, N. 16; Bohnet, § 50, N. 7; **BSK**-Petitpierre, art. 736 ZGB, N. 23; Demirsatan, s. 75, dn. 290; Deschenaux, **Traité**, s. 717; Kaya Kızıllırmak, s. 872; Köprülü, Kaneti, s. 73; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2833; **OFK**-Kähr, art. 736 ZGB, N. 23; Özakman, s. 149-150; D. Piotet, **Traité**, s. 96; Rodondi, s. 137; Saymen, Elbir, s. 460; Simonius, Sutter, **Bd. II**, s. 78; Sirmen, **Eşya**, s. 518; Surlu, Öztürk, **Mecra**, s. 527.

¹⁴⁸ Simonius, Sutter, **Bd. II**, s. 78. Kararın yenilik doğuran bir karar olması, tapu sicilinin düzeltilmesi davası ile birlikte anılmasını engeller. **BSK**-Schmid, art. 975 ZGB, N. 31; Deschenaux, **Traité**, s. 716.

¹⁴⁹ Her ne kadar MK m. 785/f. II'de hakkın terkinini için bedel verilmesi gerektiği düzenlenmiş olsa da, hükmü karşılayan İsvMK m. 736/f. II uyarınca bedel, hakkın hakim kararı ile sona erdirilmesi için gereklidir.

erdirebileceğini öngörmektedir. Yine de kabul ettiğimiz bu görüşün de kendi içinde bir tutarsızlık arz ettiği; yararın yüke oranla azaldığı bu halde, yararsız kalan kısım için tespit hükmü, cüzi yarar gösteren kısım için ise yenilik doğuran karar verilmesi durumunun oluşacağı akla gelebilir. Böyle bir ihtimalde, hakimden sadece terkin talep edileceğinden, hakkın bir kısmının kendiliğinden sona erdiğinin tespiti; geri kalanının ise bedel karşılığında sona erdirilmesi aslında uygulama açısından kanaatimizce sorun çıkarmayacaktır.

b. Kararın Üst Hakkının Süresinden Önce Devredilmesi İle İlişkisi

Medeni Kanun'un 716. maddesine dayanan ve irtifakları konu alan bir talep olması bakımından, MK m. 785/f. II'nin üst hakkının süresinden önce devredilmesi ile ilişkisinin ortaya koyulması faydalı olacaktır. Üst hakkının süresinden önce devri istemi, MK m. 831'de düzenlenmiştir. İlgili hüküm uyarınca, “[ü]st hakkı sahibi, bu haktan doğan yetkilerinin sınırını ağır şekilde aşar veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranırsa; malik, üst hakkının ona bağlı bütün hak ve yükümlülükleri ile birlikte süresinden önce kendisine devrini isteyebilir”.

Görüldüğü üzere, üst hakkı sahibinin hakkını ciddi biçimde ihlal etmesi üzerine üst hakkının süresinden önce devri istenebilecektir. Burada, MK m 785/f. II'den farklı olarak bir sona erme hali yoktur; devir ile birlikte yüklü taşınmaz maliki, kendisi lehine bir üst hakkına sahip olur¹⁵⁰. Üst hakkının ihlali, aynı unsurların ihlali şeklinde gerçekleşebileceği gibi, üst hakkı sözleşmesinden kaynaklanan kişisel nitelikteki borçların ya da eşyaya bağlı borçların ihlali şeklinde de karşımıza çıkabilir¹⁵¹. Söz konusu talep, haksız el atmanın önlenmesi ya da TBK m. 112'den kaynaklanan olumlu zararın tazmini taleplerine ek olarak uygulanabilecektir¹⁵².

¹⁵⁰ **HandK**-Henggeler, art. 779f ZGB, N. 5; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 3108b; Steinauer, **Retour anticipé**, s. 86. MK m. 831'in üst hakkı ilişkisini ileri etkili sona erdireceğine ilişkin karşı görüş için bkz. Belen, **Devir Talebi**, s. 55.

¹⁵¹ D. Piotet, **Traité**, s. 139.

¹⁵² D. Piotet, **Traité**, s. 139.

Sözleşmesel hükümlere aykırılık sebebi ile de MK m. 831'e başvurulabileceğinden, hüküm MK m. 785'ten farkı olarak mülkiyet hakkının korunmasına yönelmez.

Bu çerçevede, üst hakkının süresinden önce devredilmesi ile üst hakkının gösterdiği yararın azalması sebebi ile MK m. 785/f. II gereği sona erdirilmesinin uygulama alanı bazı hallerde keşşebilir. Üst hakkının süresinden önce sona erdirilmesine ilişkin düzenleme, İsviçre Medeni Kanunu'na 1 Temmuz 1965 tarihinde yürürlüğe giren Federal Kanun ile eklenmiştir¹⁵³. Bu tarihten önce İsviçre öğretisinde, her iki hükmün uygulama alanlarının nasıl keşşebileceğine dair ilginç bir örnek verilmiştir. Verilen örnekte, üst hakkı sözleşmesinde bir villa yapılması kararlaştırılmış, ama villa yerine bir fabrika inşa edilmiş ise, hak sahibinin villa yapmadaki menfaatinin son derece düşük olduğu belirtilmiştir. Hak sahibinin villa yapmaya yönelik gerçek bir menfaati bulunsaydı, fabrika inşa edilmezdi. Böyle bir durumda üst hakkının MK m. 785/f. II uyarınca sona erdirileceği sonucuna varılmıştır¹⁵⁴. Oysa mevcut düzenlememiz karşısında, üst hakkının özgülenme amacına aykırı bu tasarrufun hakkın sağladığı yetkilerin ağır şekilde aşılması anlamına geldiği açıktır. Böyle bir ihtimalde MK m. 831 uygulanarak üst hakkının süresinden önce devredilmesi talep edilebilecektir.

Üst hakkının devrini talep eden yüklü taşınmaz maliki, MK m. 832/f. I gereği kendisine geçecek yapılar için uygun bir bedel ödeyecektir. Bu uygun bedel bir tazminat değildir; irtifakın değerine karşılık gelmez, hakkın süresinden önce devri gerçekleştiğinde kalan yapıların değerinin bedelidir¹⁵⁵. Bedel hesaplanırken, üst hakkı sahibinin yatırımlarının karşılanması gerekir; yine de hak sahibinin kusuru

¹⁵³ FF 1963 I 993.

¹⁵⁴ Jacques Vollenweider, *Etude sur les droits distincts et permanents en droit civil suisse*, Lausanne, Imprimerie la Concorde, 1923, s. 28. Bununla birlikte, üst hakkı sahibinin, inşaat yapmayarak hakkını kullanmadığı hallerde MK m. 831 uygulanamayacak olsa da, MK m. 785/f. II'ye başvurulabileceğine ilişkin bkz. Kaya Kızıllırmak, s. 867.

¹⁵⁵ Ballif, s. 158; Demirsatan, s. 106; Mustafa Alper Gümüş, "Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri ile Karşılaştırmalı Olarak Eski Medeni Kanunun Üst Hakkına İlişkin Hükümlerinde Üst Hakkı İlişkisinin Tarafları ve İlgilileri İçin Kabul Edilmiş 'Tazminat (Bedel) Alacakları' ve 'İpotek Hakları'", *Bilgi toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II*, İstanbul, Beta, 2003, s. 557; Gürzumar, s. 146, dn. 562; Benno Hengeler, *Die Beendigung der Baurechtsdienbarkeit infolge Zeitablaufs und der vorzeitige Heimfall (Art. 779c ff. ZGB)*, Zurich-Bâle-Genève, Schulthess, 2005, s. 181; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, *Eşya*, N. 3107; D. Piotet, *Traité*, s. 140.

oranında indirim yapılacaktır¹⁵⁶. Ayrıca üst hakkının üzerinde kurulmuş başka sınırlı aynı haklar varsa, bunların değeri de bedelden indirim sebebidir; zira hakkın süresinden önce devri ile beraber, bu sınırlı aynı haklar da malik tarafından üstlenilmiş olacaktır¹⁵⁷. İrtifak sözleşmesine aykırı yapı yapılmış olması da, bu bedel belirlenirken göz önüne alınır; hatta şartları varsa, haksız yapı hükümleri uygulanır¹⁵⁸. Üst hakkının süresinden önce devredilmesi dolayısıyla irtifak hakkı sahibine ödenecek bedel için rehinli alacaklıların rızası aranmaz. Üst hakkı ayakta kaldığı için alacakları hâlâ teminat altındadır¹⁵⁹.

Bedel ödeme zorunluluğunun ortaya çıkabilmesi için öncelikle üst hakkı sahibi tarafından ya araziye bir yapı yapılmış olması ya da arazideki mevcut yapının değerinin arttırılmış olması gerekir. Ancak, bu durum eleştirilere yol açmaktadır. Üst hakkı sahibinin makul bir süre içinde yapı yapmaya başlamamış olması ve bu durumun da yüklü taşınmaz malikinden üst hakkı ilişkisini sürdürmesini kendisinden beklenemeyecek şekilde çekilmez hale getirmesi örnek olarak gösterilmektedir. Zira böyle bir halde sözleşmeden doğan borcun ağır bir ihlali olmasına rağmen üst hakkının süresinden önce devri istenemeyecektir¹⁶⁰. Öncelikle üst hakkının, intifa hakkından farklı olarak kanundan doğan bir borç ilişkisi yüklemeyeceğine dikkat etmek gerekir. Bu halde, üst hakkı sahibi, eğer üst hakkı sözleşmesinde özel olarak taahhüt etmedi ise, üst hakkından yararlanma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Yine de hakkın kullanılmamasını artık yarar göstermediği karinesine dayandırarak, MK m. 785/f. I gereği üst sona erdiği iddia edilebilir.

Üst hakkının devredilmesi, hakkın yüklü taşınmaz maliki adına tescili ile mümkündür; tescil kurucudur. Üst hakkı sözleşmesinde hakkın devredilemeyeceği kararlaştırılmış ise, MK m. 831'in nasıl uygulanacağı tartışma konusu yapılmıştır. İleri sürülen ilk görüş uyarınca¹⁶¹, böyle bir halde üst hakkı sona erecektir. İkinci

¹⁵⁶ **HandK**-Henggeler, art. 779g ZGB, N. 2.

¹⁵⁷ D. Piotet, **Traité**, s. 140.

¹⁵⁸ Ballif, s. 159.

¹⁵⁹ Steinauer, **Retour anticipé**, s. 90.

¹⁶⁰ Gümüş, **Üst Hakkı**, s. 555.

¹⁶¹ D. Piotet, **Traité**, s. 140. Hükmün bağımsız üst haklarında uygulanacağına ilişkin bkz. Demirsatan, s. 95; Freimüller, s. 83; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 3104.

görüştteki yazarlar ise¹⁶², üst hakkının süresinden önce devrinin her türlü üst hakkı için öngörölmüş bir önlem olmasından yola çıkarak, irtifak kişiyle kaim olarak kurulsa dahi, yüklü taşınmaz malikinin MK m. 831'deki yetkisini kullanması ile üst hakkının devredilebilir bir irtifaka çevrileceğini ifade etmektedirler. Fakat üst hakkının taşınmaz lehine kurulması ihtimalinde bu görüş yetersiz kalmaktadır. Taşınmaz lehine irtifakın da devredilebilir ve mirasçılara geçebilir bir irtifak hakkına çevrilmesi halinde, yararlanan taşınmaz üzerindeki irtifak hakkından sonra hak kazanmış diğere kişilerin durumları problem yaratacaktır¹⁶³. Kanaatimizce, hakkın bağımsız bir üst hakkına çevrilmesi önerisinin kanuni dayanaktan yoksun olması nedeni ile, ilk görüşe katılmak gerekir.

Üst hakkı sahibi, hakkın süresinden önce yüklü taşınmaz malikine devredilmesi için gerekli işlemleri yapmaktan kaçınıyor ise¹⁶⁴, devir için hakimın kararı gereklidir. Hakimın kararı, MK m. 716'daki maddi koruma temeline dayalı yenilik doğuran bir karardır; bu karar ile birlikte üst hakkı yüklü taşınmaz malikine devredilmiş olur. Hakim, aynı MK m 785/f. II'de olduğu gibi, bir ara karar ile uygun bedel belirlemelidir. Verilen süre içinde kararın yerine getirilmesi ile üst hakkının yüklü taşınmaz maliki adına tescil ettirilmesine hükmedecektir¹⁶⁵.

Üst hakkının süresinden önce devredilmesinin hukuki niteliği öğretilerde tartışmalıdır. İleri sürölen ilk görüşe göre¹⁶⁶, hükümde bildirilen şartların oluşması ile yüklü taşınmaz malikinin üst hakkının kendisine devredilmesine yönelik bir alacak

¹⁶² Isler, s. 127; Steinauer, **Retour anticipé**, s. 87. MK m. 831'in hem kişisel, hem de taşınmaz lehine irtifaklarda uygulanabileceği yönünde bkz. Belen, **Devir Talebi**, s. 38.

¹⁶³ Gürzumar, s. 148, dn. 569; Steinauer, **Retour anticipé**, s. 87. Böyle bir halde diğere hak sahiplerinin rızasının alınması gerektiğine ilişkin bkz. Henggeler, s. 159-160; Isler, s. 127. Isler ve Gross bu kişilerin durumlarının, İsvMK m. 779d'nin kıyasen uygulanması sonucunda ödenecek bedel ile yeteri kadar korunacağını; en kötü halde yararlanan taşınmaz malikine bir ifa davası açmaları gerektiğini ifade etmektedirler. **BSK-Isler/Gross**, art. 779f ZGB, N. 3. Bu çerçevede İsvMK m. 779d ile hükmü karşılayan MK m. 829 arasındaki bir farkı hatırlatmak isteriz. İsviçre hukukunda, üst hakkının sona ermesi üzerine yüklü taşınmaz malikine geçecek yapılar için kural olarak bir bedel ödenir. Ancak, taraflar sözleşme ile bu kuralın aksini kararlaştırabilirler. Türk hukukunda ise kural, üst hakkının sona ermesi ile malike geçecek yapılar için bedel ödenmemesidir; zira bu yapıların bedellerinin üst hakkı sahibince amorti edildiği düşünölmür. Yine de tarafların üst hakkının sona ermesi ile yüklü taşınmaz malikinin, kendisine geçecek yapılar karşılığında bir bedel ödemesi kararlaştırılabilir.

¹⁶⁴ Bu işlemler, devredilebilir bir üst hakkı için yazılı şekilde yapılmış devir sözleşmesidir. Üst hakkı bir taşınmaz olarak tapu siciline kaydedilmiş ise, üst hakkı sahibinin yüklü taşınmaz maliki adına tescil talebinde bulunması gerekir. Steinauer, **Retour anticipé**, s. 91-92.

¹⁶⁵ Demirsatan, s. 124; D. Piotet, **Traité**, s. 140; Steinauer, **T. III**, N. 2543.

¹⁶⁶ Gümüş, **Üst Hakkı**, s. 554; Gürzumar, s. 140.

hakkı doğar. MK m. 831 aracılığı ile malik, üst hakkı sahibini hakkı kendisine devir için zorlayabilecektir. İkinci görüşteki yazarlar ise¹⁶⁷, üst hakkının sözleşmesel nitelikteki hükümlerinin ağır ihlalden yola çıkarak, MK m. 831'in haklı sebeple fesih kavramının bir görüntüsü olduğunu ortaya koymaktadırlar. Zira hükmün uygulanma şartlarının oluşup oluşmaması, genel olarak haklı sebeple feshin mümkün olup olmamasına göre yapılır. MK m. 831'in kullanılması ile, üst hakkı bedelini ödeme borcu ileri etkili olarak sona erer ve üst hakkının devri ve uygun bedelin ödenmesi borçları doğar. MK m. 831'deki hakkın kullanılmasına rağmen üst hakkı sahibinin irtifakı devretmemesi durumunda da, MK m. 716 uygulanır¹⁶⁸. Dolayısıyla hükmün haklı sebeple fesih kavramının bir görünümü olduğunu ileri süren yazarlar, aslında üst hakkının süresinden önce devrini isteme hakkını, yenilik doğuran bir hak olarak değerlendirmektedirler¹⁶⁹.

Yenilik doğuran hak görüşü uyarınca, yüklü taşınmaz malikinin devir talebinin üst hakkı sahibine ulaşması ile taraflar arasında bir borç ilişkisi kurulur. Bu borç ilişkisi çerçevesinde, hakkın süresinden önce devri dolayısıyla uygun bir bedelin ödenmesi gerekir. Dolayısıyla yüklü taşınmaz malikinin bedel ödeme borcu, devir borcu ile birlikte, devir talebinin üst hakkı sahibine ulaştığı anda doğacaktır. Oysa MK m. 831 gereği yüklü taşınmaz malikinin üst hakkının kendisine devredilmesine yönelik bir alacak hakkının bulunduğu kabul edilir ise, devir yükümlülüğü ile bedel ödeme yükümlülüğü aynı anda doğmaz; devir borcunun ifasının talep edilebilmesi

¹⁶⁷ Demirsatan, s. 98-99; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 3103. Hakimin kararının yine yenilik doğuran bir karar olduğu görüşü çerçevesinde, bu durumun kanundan doğan bir alım hakkına dayandığına ilişkin farklı bir gerekçe için bkz. Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 708; P. Piotet, **Traité**, s. 86. Kanundan doğan başka bir alım hakkı KMK ek m. 4'te düzenlenmiştir. Hükmün uygulanması ile, ilgili kat irtifakı sahibi iradi olarak payını devri borcu altına girmektedir. Kat irtifakı sahibinin bu borcunu yerine getirmemesi halinde, alacaklı diğer kat irtifakları sahipleri tescile zorlama davası açabileceklerdir. Özmen, Vardar Hamamcıoğlu, s. 176.

¹⁶⁸ Demirsatan, s. 123-124; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 3108a. Diğer taraftan yenilik doğuran hak görüşünden yola çıkan Belen'e göre, yüklü taşınmaz malikinin üst hakkından doğan yetkilerin ağır şekilde aşıldığı ya da üst hakkı sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerin önemli ölçüde ihlal edildiği iddiasında bulunması ve devir talebinin üst hakkı sahibine varması ile birlikte yenilik doğuran hak kullanılmış olur. Belen, **Devir Talebi**, s. 42. Üst hakkı sahibinin bu talebe rıza göstermemesi üzerine açılacak zorlama davasında, hakimin kararı bir tespit hükmü olacaktır; zira, talep üst hakkı sahibine iletildiği anda sonuçlarını doğuracaktır. Belen, **Devir Talebi**, s. 43; Belen, **Tasarruf Sınırlamaları**, s. 390.

¹⁶⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 3106; Stephan Spycher, "Art. 779-781a", **Kommentar-Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, (edit. Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf), 2. Auf., Zurich, Orell Füssli, 2011, art. 779f-779g ZGB, N. 9.

için öncelikle bedelin ödenmesi gerekir. Bedel ödeme yükümlülüğü geciktirici şarta bağlıdır. Bu geciktirici şart ise, yüklü taşınmaz malikinin irtifak hakkı sahibine kanundan doğan devri isteme hakkını kullanacağını bildirmesidir¹⁷⁰. Ne var ki önce yüklü taşınmaz malikinin beyanıyla taraflar arasında bir devir ve tasfiye ilişkisinin doğduğu kabul edilmediği, doğrudan doğruya devre yönelik bir talep hakkının doğduğu varsayımında, uygun bedel ödeme borcunun ne zaman ve nasıl doğacağı sorusu yanıtız kalmaktadır. Zira hakkın doğumunun, uygun bedelin ödenmesi veya güvence altına alınmasına bağlanmış olması, ancak uygun bedel borcunun doğumu için de bir devir ilişkisinin varlığının gerekmesi bu görüşü içinden çıkılmaz bir duruma getirmektedir¹⁷¹. Bu sebeple, biz de Demirsatan'ın görüşüne katılarak, beyanın üst hakkı sahibine ulaşması ile taraflar arasında bir devir ilişkisi kurulduğunu ve aralarındaki sözleşme ilişkisinin tasfiye sürecine girdiğini düşünmekteyiz.

Üst hakkının süresinden önce devrini talep borcunun muacceliyetine ilişkin de öğretide bir tartışma bulunmaktadır. Bazı yazarlar, söz konusu probleme dair gerçek bir kanun boşluğundan söz ederler. İlk görüşteki yazarlar¹⁷², kanuni ön alım hakkına ilişkin üç aylık sürenin kıyasen ağır sözleşme ihlallerinin öğrenilmesinden itibaren başlatılmasını ve hakkın bu süre içinde kullanılmasını; diğerleri ise¹⁷³, temerrüde ilişkin Borçlar Kanunu hükümlerine kıyasen derhal ileri sürülmesini önermektedirler. Bu durumda yüklü taşınmaz malikinin öncelikle ihtarda bulunarak üst hakkı sahibini temerrüde düşürmesi gerekecektir.

¹⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, **Üst Hakkı**, s. 554; Gürzumar, s. 147, dn. 564a.

¹⁷¹ Demirsatan, s. 115-116.

¹⁷² **HandK**-Henggeler, art. 779f ZGB, N. 3; Henggeler, s. 171-172; D. Piotet, **Traité**, s. 139. Özellikle kusurlu davranış sona ermiş ise temerrüde düşürmenin bir anlamı kalmayacağı, ön alım hakkına ilişkin hükmün kıyasen uygulanmasının daha yerinde olduğuna ilişkin bkz. P. Piotet, **Traité**, s. 85.

¹⁷³ **BSK**-Isler/Gross, art. 779f ZGB, N. 2; Freimüller, s. 83; **OFK**-Spycher, art. 779f-779h ZGB, N. 6; Steinauer, **T. III**, N. 2542.

III. Hakkın Sona Ermesinin Sonuçları

A. Terkin

1. Terkin Talebi

Tapuda bildirici nitelikteki terkin işlemi MK m. 1013/f. II hükmü uyarınca yüklü taşınmaz maliki tarafından talep edilecektir¹⁷⁴. Terkin talebi bir mahkeme kararına dayandığı için, bu talebi tapu sicil memuruna yöneltecek kişi, yüklü taşınmaz maliki olacaktır.

İrtifak hakkı terkin edilirken sona erme sebebinin de bildirilip bildirilmeyeceği öğretide tartışmalıdır. İlk görüşteki yazarlara göre, böyle bir bildirimde gerek yoktur. İrtifakı sona erdirici bir sözleşme hiçbir şekil şartına tâbi değildir. İkinci görüşe göre¹⁷⁵, irtifakı sona erdirecek sözleşmenin şekil şartına tâbi olmaması, terkin talebi sırasında ispatlayıcı belgeler getirme zorunluluğunu kaldırmaz. Terkinin sebebi bir belgeyle ispatlanmalıdır.

Medeni Kanun'un 785. maddesi gereği terkin bir hakim kararına dayanacağı için, bu tartışma anlamını yitirmektedir. Terkini talep edecek yüklü taşınmaz maliki, bu talebinde hakimın verdiği kararı da tapu sicil memuruna sunacaktır. MK m. 785'e dayanılarak tapu sicil memuruna yöneltilen terkin talebi, yevmiye defterine kaydedildikten sonra, henüz tapu kütüğüne yansıtılmasa da geri alınamaz¹⁷⁶.

2. Terkinin Hükmü

Yüklü taşınmaz malikinin MK m. 785 dolayısıyla hakim kararına dayanan talebi üzerine; tapu sicil memuru, yüklü taşınmaza ilişkin kütük sayfasında ve taşınmaz lehine bir irtifak söz konusu ile, yararlanan taşınmaza ilişkin kütük sayfasında da terkinin gerçekleştirilecektir. Terkin, hakimın irtifak hakkının arz ettiği yükün tamamı ile sona ermesi üzerine verdiği tespit hükmüne ya da yararının yüküne oranla azalması üzerine verdiği yenilik doğuran karara dayanmasından bağımsız

¹⁷⁴ Surlu, Öztürk, **Mecra**, s. 527.

¹⁷⁵ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 130.

¹⁷⁶ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 131.

olarak, açıklayıcı niteliktedir. Bununla birlikte, yararlanan taşınmaza ilişkin tapu kütüğünde yapılan terkin, düzen hükmü gereğidir¹⁷⁷.

İrtifak hakkının MK m. 785 gereği terkinini ile birlikte, irtifak ilişkisinin aynı unsurları kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Hakkın terkinini kişisel ilişki ve eşyaya bağlı borç ilişkisi doğuran hükümler üzerindeki etkileri özel olarak incelenmelidir.

B. Tapu Siciline Taşınmaz Olarak Kaydedilen İrtifaklar Bakımından Sayfanın Tapu Sicilinden Çıkarılması

Taşınmaz olarak ayrı sayfaya kaydedilmiş olsa da sürekli ve bağımsız irtifak hakkı bir aynı hak olma niteliğini kaybetmez¹⁷⁸. Taşınmaz olarak kaydedilmek, sürekli ve bağımsız hakkının maddi içeriğini etkilemeyecektir. Bu durumda, tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilen bu hakkın MK m. 785 gereği yararını tamamen kaybetmesi ya da yararının yüküne oranla azalması ihtimallerinde sona ermesi mümkündür. Taşınmaz olarak tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilmiş olması itibari ile, bu sayfanın tapu kütüğünden çıkarılması gerekir.

Taşınmaz olarak kaydedilmiş üst hakkının sona ermesi üzerine, bu hakkı kayıtlayan diğer sınırlı aynı haklar da sona erecektir; yoksa kendiliğinden asıl taşınmazı yükümleyemezler. Tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilmiş bağımsız ve sürekli bir irtifak hakkının sona ermesi dolayısıyla, üzerindeki diğer irtifak haklarının sona ermesi MK m. 783'ün, taşınmaz yükünün sona ermesi m. 843'ün ve rehin hakkının sona ermesi de m. 858'in bir uygulamasıdır. Bütün bu hallerde, tapu sicilinden çıkarılan yüklü taşınmaz hukuki anlamda yok olmaya eşdeğer bir durumdadır. Yok olan bir taşınmaz üzerindeki aynı haklar, bu kapsamda da irtifak hakları kendiliğinden sona erer¹⁷⁹. Bu hakların sona ermesi için, dayandıkları tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilmiş sürekli ve bağımsız irtifak

¹⁷⁷ Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 134.

¹⁷⁸ Kuntalp, s. 548; Mooser, **Superficie**, s. 7. ATF 127 III 300 = JdT 2001 I 239.

¹⁷⁹ Akipek, Akıntürk, s. 662; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 3098; Sirmen, s. 567.

hakkının hakkının sona erdiğinin kanıtlanması yeterlidir. Bu hakların terkinin, MK m. 1026'ya göre gerçekleştirilecektir¹⁸⁰.

Tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilmiş irtifak hakkının intifa ile yükümlü olduğu ihtimale özellikle dikkat edilmelidir. Zira MK m. 798/f. II'de intifa hakkı bakımından bir aynı ikame hali düzenlenmiştir. Buna göre, sigorta, kamulaştırma ve buna benzer durumlarda, yararlanılamayacak derecede harap olan taşınmaz yerine geçen karşılık üzerinde intifa hakkı devam edecektir. Aynı şekilde, üçüncü kişinin intifa konusu mala zarar vermesi dolayısıyla bir tazminat borcu gündeme gelir ise, intifa hakkı bu tazminat alacağı üzerinden devam eder¹⁸¹. İntifa hakkı için benimsenen aynı ikame ilkesi göz önüne alındığında, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilmiş bağımsız ve sürekli irtifak hakkının yararının yüküne oranla azalması sebebi ile sona erdirilmesi ihtimalinde, taşınmaz olarak kaydedilmiş bir hakkı kayıtlayan intifa hakkının sona ermeyeceği ve elde edilen tazminat üzerinden devam edeceği sonucuna varılmaktadır.

C. Aynı Unsurlara İlişkin Olmayan Diğer Sonuçlar

İrtifak hakkının MK m. 785 gereği sona erdirilmesi, sadece aynı ilişkiyi ortadan kaldırmaz. Aynı zamanda, irtifak sözleşmesinden kaynaklanan salt kişisel etkili unsurlar ile eşyaya bağlı borç doğuran unsurları da tasfiye ilişkisine sokar.

1. Yan Borçların Tasfiyesi

İrtifak hakkına bağlanmış yan borç ile, irtifak hakkı arasında sıkı bir bağlılık bulunur. Eşyaya bağlı borç niteliğindeki yan borcun hukuki kaderi, bağlandığı irtifak hakkının hukuki kaderi ile özdeştir. Bu sebeple, irtifak hakkı MK m. 785'in uygulanması ile sona erdiğinde, irtifak hakkına bağlanmış yan borç da sona erecektir¹⁸².

¹⁸⁰ Mooser, **Habitation**, s. 241.

¹⁸¹ Özen, s. 181.

¹⁸² Hatta irtifak hakkına bağlanmış yan borcun zaman aşımına uğramamasının sebebinin de bu hukuki kadere bağlılık olarak görülmesi mümkündür. Deschenaux, **Propter rem**, s. 741-742

Yüklü ya da yararlanan taşınmazın parsellere bölünmesi halinde, yeni oluşan taşınmazlara aktarılacak irtifak hakları gibi, yan borçların da durumu sorgulanmalıdır. Yeni oluşan taşınmazlar üzerine nakledilen irtifak haklarının MK m. 742 ya da m. 743 gereği sona ermesi, bu irtifakın bakımını, kullanımını kolaylaştırmak için tesis edilmiş yan borçları da sona erdirir¹⁸³. Bu şekilde, irtifakın kullanılabilmesi için yüklü taşınmaz maliki yan borç olarak bir düzenek kurma borcu altına girmiş ise ve yararlanan taşınmazın bölünmesi halinde bu düzenek sadece bir parseli yarıyor ise, yapma borcu sadece bu parsel ile sınırlandırılmalıdır. Aynı zamanda, MK m. 1026'nın irtifak hakkına bağlı yan yapma borçlarına da uygulanacağı kabul edilmektedir¹⁸⁴.

Kanundan doğan eşyaya bağlı bir borçlar ise, irtifak hakkının MK m. 785 gereği sona ermesi halinde kendiliğinden sona erecektir¹⁸⁵. Ancak, bu borçlar kapsamında meydana getirilmiş tesislerin olduğu gibi bırakılması yüklü taşınmaz maliki için bir zarar doğuracaksa, irtifak hakkı sahibinin tesislerin kaldırılması için gerekli tedbirleri alması gerekir¹⁸⁶. Aksi takdirde, yüklü taşınmaz malikinin uğradığı zararı tazmin etmek zorunda kalacaktır.

2. Kişisel İlişkinin Tasfiyesi

İrtifak hakkının kurulması ile, aslen sadece kanundan doğan bir aynı ilişki doğar. Taraflar, irtifak hakkını kuran sözleşme ile bu aynı ilişkinin yanında uygulanacak kişisel nitelikte hükümler de kararlaştırmış olabilirler. Hatta tarafların kişisel nitelikte hükümler kararlaştırmamış olmaları ihtimalinde, intifa hakkı

ve s. 746. Yüklü taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının terki halinde, irtifak ayakta tutulduğundan, yüklü taşınmaz malikinin yan yapma borcunun sona ermeyeceğine, yüklü taşınmaz üzerindeki mülkiyet üçüncü bir kişi tarafından kazanılmadıkça eski malikin borcunun devam edeceğine ilişkin bkz: ATF 50 II 234 = JdT 1924 I 549. Karar öğretide eleştirilmektedir. Yüklü taşınmaz maliki her kimse, yan borçtan da o sorumlu olacağına göre; mülkiyet hakkını terk eden malikin bundan böyle yan borçtan sorumlu tutulmaması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Deschenaux, **Réelles**, s. 302-303; D. Piotet, **Traité**, s. 53. Bununla birlikte bu bağlılığın tek taraflı olduğuna ve yan borcun sona ermesi halinde irtifak hakkının sona ermeyeceğine ilişkin olarak bkz. Galland, **Contenu**, s. 203.

¹⁸³ D. Piotet, **Traité**, s. 100.

¹⁸⁴ D. Piotet, **Traité**, s. 100.

¹⁸⁵ Deschenaux, **Propter rem**, s. 723; **ZK-Liver**, art. 741 ZGB, N. 14-15.

¹⁸⁶ Bertan, **C. II**, s. 1293; **ZK-Liver**, art. 741 ZGB, N. 35.

açısından kanundan doğan bir kişisel ilişki mevcuttur. Dolayısıyla irtifak hakkının sona ermesi ile, aynı ilişki ile birlikte varlık gösteren bu kişisel ilişkinin de tasfiye edilmesi gerekir. Bu çerçevede önce hakkın sona erdiği, sonrasında tasfiye ilişkisinin başladığı, MK m. 799'un lafzından açıkça anlaşılmaktadır. İlgili hüküm uyarınca “[i]ntifa hakkı sona erince hak sahibi, hakkın konusu olan malı malike geri vermeye yükümlüdür”. Böylece, hakkın sona ermesi üzerine hak konusu eşya iade edilecektir.

İrtifak hakkının sona ermesi ile irtifak hakkı ile yan yana varlık gösteren kişisel ilişki de tasfiye edilecektir. Bu tasfiyenin temelinde, sebepsiz zenginleşme hükümleri yer alır.

Kişisel ilişki kapsamındaki haklar tasfiye edilir iken, ilk olarak irtifak hakkı sebebi ile kurulan tesis ve teçhizatın kaldırılmasını ve kaldırma masraflarını düşünmek gerekir. Ne var ki, tasfiye sadece tesis ve tesisat ile sınırlı değildir; irtifak ilişkisine eşlik eden kişisel ilişki çerçevesinde hakların ve borçların ne şekilde sona erdirileceğini ayrı ayrı incelemek gerekir.

a. Hakların Tasfiyesi

1) İntifa Ve Oturma Hakkı Bakımından

İntifa hakkı, ve intifa hakkına ilişkin hükümlere yapılan atıf dolayısıyla oturma hakkında, hakkın sona ermesi ile hak sahibinin hakkın konusu eşyayı iade yükümlülüğü bulunur. İntifa hakkı sona erdiğinde iade ile yükümlü olan kişi, MK m. 799'a göre intifa hakkı sahibi; hükmü karşılayan İsvMK m. 751'e göre ise zilyettir. Aradaki fark, İsviçre hukukuna göre kullanımın kendisine bırakıldığı kişinin de iade ile yükümlü olmasında kendisini gösterir¹⁸⁷. Türk düzenlemesinin lafzından, intifa konusunun kullanımının kendisine bırakıldığı kişinin iade yükümlülüğü olmadığı çıkarımında bulunmak mümkün ise de, hakkın kullanımının devri halinde malikin haklarını devralana karşı ileri sürebileceğini düzenleyen MK m. 806/f. II,

¹⁸⁷ Türk hukukunda da olması gerekenin bu olduğu yönünde: Özen, s. 195. İsviçre düzenlemesi uyarınca iade talebi zilyede karşı ileri sürülebilirse de, bu düzenlemeden hak sahibi ve külli halefin anlaşılması gerektiğini ifade eden yazarlar vardır: **BK**-Leeman, art. 751 ZGB, N. 1; **BSK**-Müller, art. 751 ZGB, N. 1.

kanaatimizce bu boşluğu doldurmaktadır¹⁸⁸. Bununla birlikte intifa hakkı sahibinin malı yetkisiz olarak bir üçüncü kişiye kullandırması ihtimalinde¹⁸⁹, malik intifa ilişkisinin sona ermesini dahi beklemeden üçüncü kişiye karşı haklarını ileri sürerek intifa konusu malın devrini talep edebilir. Bu durumda iade, intifa hakkı sahibine yapılacaktır¹⁹⁰.

İntifa hakkı, hak sahibine intifa konusu malın kullanımını devretme yetkisi tanır. Katıldığımız görüşe göre, kullanımın devredilmesi intifa konusu malın kira ya da ödünç gibi, kullanımı hedef tutan bir sözleşmeye konu olması anlamına gelmektedir. Böylece, intifa konusu mala ilişkin kira sözleşmesi¹⁹¹ devam eder iken, intifa hakkının sona ermesi halinde kira sözleşmesinin durumu özel olarak incelenmelidir.

İntifa hakkı sahibinin, intifa konusu taşınmazı kiralaması halinde, intifa hakkı sona erdiğinde kiralananın hukuki durumu tartışmalıdır. Öğretide ileri sürülen ilk görüş¹⁹² ikili bir ayırım ortaya koyar. Buna göre, intifa hakkının belirli süreli mi yoksa belirsiz süreli mi olduğuna dikkat etmek gerekecektir. İntifa hakkı süreye bağlanmışsa ve intifa hakkının sona ermesi bu sürenin dolmasından kaynaklanıyorsa, kira sözleşmesi de sona erecek ve kiracının kiralananı iade etme yükümlülüğü doğacaktır. İntifa hakkı gerçek kişi hak sahibinin ölümü ya da tüzel kişi hak

¹⁸⁸ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 2946.

¹⁸⁹ İntifa hakkı, tipik olarak hakkın kullanımının devrini öngörür. Hak sahibinin hakkının kullanımını üçüncü bir kişiye devretmesi için yüklü taşınmaz malikinden izin almasına gerek yoktur. Bununla birlikte, aynı etkili bir hüküm ile intifa hakkı sahibinin bu yetkisinin kaldırılması da kararlaştırılabilir. Böyle bir halde, hak sahibi hakkının kullanımını devredemeyecektir.

¹⁹⁰ Özen, s. 203-204.

¹⁹¹ Kira sözleşmesinin hükümleri kıyasen ödünç sözleşmesine de uygulandığından (Tercier, Favre, Bugnon, s. 437), açıklamalarımızı kira sözleşmesi üzerinden yapacağız.

¹⁹² Bertan, **C. II**, s. 1424-1426. İkili bir ayırım gözetilmese de, belirli süreli intifa hakkının süresinin sona ermesi ile, kira sözleşmesinin de kendiliğinden sona ereceği görüşündeki yazarlar için bkz. **BK**-Leeman, art. 758 ZGB, N. 4; Farine Fabbro, **Usufruit**, s. 169; Mugglin, s. 57; P. Piotet, **Traité**, s. 93-94. Kira sözleşmesinden kaynaklanan kullanım hakkı şerh edilmişse aynı hakkın sona ermesi üzerine malikin sözleşmeyi kanun gereği devralacağı da ileri sürülmüştür. Ancak şerh edilse dahi, intifa süresinin aşılamayacağı, kira sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceği bildirilmektedir. Farine Fabbro, **Usufruit**, s. 172. İntifa hakkı sahibi ile kira sözleşmesi akdeden kiracının kullanım hakkının tapuya şerh edilmesi kabul edilmektedir. Aksu, **İntifa**, s. 45; Velidedeoğlu, Esmer, s. 336. Bununla birlikte taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisi bulunmayan intifa hakkı sahibinin, yüklü taşınmaz malikinin tarafı olmadığı bir hukuki ilişki için nasıl şerh talebinde bulunabileceği incelenmelidir. Kanaatimizce yüklü taşınmaz malikinden şerh için rıza göstermesini isteyecek ve şerh talebinde yüklü taşınmaz maliki bulunabilecektir. Böylece karşımıza üç köşeli bir hukuki ilişki çıkar. İsviçre hukuku açısından aynı görüş için bkz. **CR**-Farine Fabbro, art. 758 CC, N. 25.

sahibinin tüzel kişiliğinin sona ermesi gerekçesi ile sona ermiş ise, yine ikili bir ayrıma başvurulur. Buna göre, kiracı kiraya verenin intifa hakkı sahibi olduğunu biliyor ise, bozucu şarta bağlı bir kira sözleşmesi mevcuttur¹⁹³. Bozucu şartın gerçekleşmesi, başka bir deyişle kiraya veren intifa hakkı sahibinin vefat etmesi ya da tüzel kişiliğini kaybetmesi halinde, kuru mülkiyet tam mülkiyete dönüşecektir. Bu durum ise, mülkiyetin üçüncü kişiye devrine benzemediğinden, malikin kira sözleşmesini üstlenmesi sonucu doğmaz. Kiracı, kira konusu taşınmazı iade borcu altındadır. Kira sözleşmesi akdedilir iken, kiracı kiraya verenin intifa hakkı sahibi olduğunu bilmemekte ise, intifa hakkı sahibinin ölümü ya da tüzel kişiliğinin sona ermesi halleri, mülkiyet hakkının devrine benzer bir sonuç doğurur. Bu durumda yüklü taşınmaz maliki, kira sözleşmesini devralmış sayılmalıdır.

İkinci görüşe göre¹⁹⁴, kira sözleşmesi ile intifa hakkı birbirinden bağımsız ele alınmalıdır. İntifa hakkının sona ermesi, kira sözleşmesini sona erdirmez. Ama intifa hakkının sona ermesi dolayısıyla taşınmazı kiraya veren eski intifa hakkı sahibi, artık kira sözleşmesinden kaynaklanan borcunu ifa edemeyeceğinden, kiracı sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvuracaktır. Bu durumda hukuki sonuçlar, intifa hakkından bağımsız olarak, kira sözleşmesini düzenleyen hükümlere göre ortaya çıkar. Bu görüş, intifa hakkının kullanımının devri ile intifa konusu malın kiralanmasının birbirinden farklı kavramlar olduğu düşüncesine dayanır. İntifa hakkının kullanımını devralan, devreden intifa hakkı sahibi olduğunu bilmektedir. İntifa hakkının kişiye sıkı surette bağlı kılınması ihtimalinde, intifa hakkının kullanımının devri mümkün değilse de, semerelerinden yararlanma yetkisi çerçevesinde intifa konusunun kiraya verilmesi mümkündür. MK m. 806/f. II hükmü ile hakkın devralınması halinde malikin haklarını doğrudan devralana karşı ileri sürebileceği düzenlenmesi ile, hakkın kullanımını devralan kişi, malik karşısında intifa hakkı sahibi ile eşdeğer bir konuma getirilmiştir. Oysa intifa hakkı sahibinin intifa konusu malı kiraya vermesi ve sonrasında intifa hakkının sona ermesi ihtimalinde, intifa hakkı sahibinin kiracısının durumu, malik ile kira sözleşmesi akdeden herhangi bir kiracının durumu

¹⁹³ Kikinis, s. 165. Kira sözleşmesini akdederken yüklü taşınmaz maliki ile de irtibat kuran ve bu şekilde intifa hakkı süresi hakkında bilgisi olan kiracı için bu durumun uygun olduğu yönünde bkz. **BSK-Müller**, art. 751 ZGB, N. 7.

¹⁹⁴ Aksu, **Mahkeme Kararı**, N. 13; Aksu, **İntifa**, s. 51-52; Özen, s. 298-299.

ile aynıdır. Böyle bir halde, kıyasen TBK m. 310'un uygulanması ile intifa hakkı sahibinin kiracısının kiracıları koruyan hükümlerden faydalandırılmaları gerekir¹⁹⁵. Kaldı ki kiralanan taşınmazın mülkiyetinin üçüncü kişiye devredilmesi ile intifa hakkının sona ermesi üzerine kiracının malik ile başbaşa kalması, menfaatler dengesi açısından benzer bir durum sunmaktadır.

Yargıtay'ın konuya ilişkin kararları çelişkilidir¹⁹⁶. Yargıtay'ın önüne gelmiş bir uyuşmazlıkta¹⁹⁷, oğullar babaları lehine bir intifa hakkı tanımışlar ve baba da bu intifa hakkına konu olan taşınmazı kiraya vermiştir. Bir süre sonra babanın vefatı üzerine, yüklü taşınmaz malikleri olan oğulları kira sözleşmesinin de sona erdiğini ileri sürerek, kiracıya karşı el atmanın önlenmesi ve ecrimisil taleplerinde bulunmuşlardır. Yargıtay, ilk görüşe uygun biçimde, kiracının intifa hakkından haberdar olup olmadığı araştırılması ve buna göre hüküm kurması gerektiğine karar vermiştir. Buna karşılık karar, intifa hakkının sona ermesinin kira sözleşmesini sona erdirecek bir bozucu şart olarak kararlaştırılmadığı müddetçe, kira sözleşmesini kendiliğinden sona erdiremeyeceği gerekçesi ile eleştirilmiştir¹⁹⁸.

Bizim de katıldığımız son görüşe göre ise¹⁹⁹, intifa hakkının sona ermesi halinde, TBK m. 310 kıyasen uygulanarak MK m. 806/f. II'ye istisna tanınmalıdır. TBK m. 310 çerçevesinde kiralanan üzerinde hak sahibi olan yeni malik karşısındaki kiracı ile, intifa hakkının sona ermesi sebebi ile tam mülkiyet hakkına kavuşan malik

¹⁹⁵ Aksu, **İntifa**, s. 79; Halûk Burcuoğlu, **Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasa'ya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi**, İstanbul, Filiz, 1993, s. 447-448; Özen, s. 200-201. İntifa hakkı sahibinin ölümü ile intifa hakkının sona erdiğine, intifa hakkı sahibinin akdettiği kira sözleşmesini yüklü taşınmaz malikinin üstlenmiş sayılacağına ve kiracıları tahliye edebilmesi için yasal sürelerle uyması gerektiğine ilişkin bkz. ATF 113 II 121 = JdT 1988 I 159.

¹⁹⁶ İntifa hakkı ölümle sona ermiş ise, malikin kira sözleşmesini devralması için kiracının taşınmazın intifaya konu olup olmadığını bilmiyor olması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Yarg. 1. HD., 18.10.2005, E. 2004/9695, K. 2005/11200; buna karşılık terkin ile intifanın sona ermesi halinde tahliye davası açılması gerektiğine ilişkin bkz. Yarg. 1. HD., 14.06.2004, E. 2004/7126, K. 2004/7183 (www.kazanci.om).

¹⁹⁷ Yarg. 1. HD., 03.07.2003, E. 2003/4902, K. 2003/8056 (www.kazanci.com).

¹⁹⁸ Aksu, **Mahkeme Kararı**, N. 14-15. Aynı zamanda, yüklü taşınmaz maliklerinin intifa hakkı sahibi kiraya verenin külli halefi olmaları dolayısıyla kira sözleşmesi ile bağlı olduklarına da dikkat çekilmiştir. Aksu, **Mahkeme Kararı**, N. 18.

¹⁹⁹ **BSK-Müller**, art. 751 ZGB, N. 7; Arzu Genç Arıdemir, "Kiraya Veren İntifa Hakkının Sonu Ermesi Durumunda Malikin Taşınmaz Kira Sözleşmesinin Tarafı Haline Gelip Gelmeyeceği Sorunu", **Bahçeşehir Üniversitesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, S. 95-96, 2012, s. 149; Steinauer, **T. III**, N. 2438c; Tekinay, **II/3**, s. 45; Wieland, art. 758 ZGB, s. 558; **ZK-Baumann**, art. 751 ZGB, N. 12 ve art. 758 ZGB, N. 21. Belirtelim ki, kiraya verenin üst hakkı sahibi olması halinde de aynı sonuç kabul edilmektedir: **BSK-İsler/Gross**, art. 779c ZGB, N. 4.

karşısındaki kiracının durumu ve hukuki korunma gereksinimi birbirine benzemektedir. TBK m. 310'da kiracının karşısında, kiraya veren malik dışında yeni malik varken; intifa hakkının sona ermesi halinde kiracının karşısında mevcut malik bulunmaktadır. Ancak, her iki halde de kira sözleşmesi kurulduktan sonra kiracının karşısına kira sözleşmesini akdedenin dışında aynı hak sahibi üçüncü kişi çıkmıştır. TBK m. 311 ile, kira sözleşmesi kurulduktan sonra kiralanan üzerinde kiracının hakları ile bağdaşmayacak sınırlı aynı hak tesis edilmesinde dahi kıyasen kiralananın el değiştirmesi ile ilgili TBK m. 310 uygulanıyor iken, intifa hakkının sona ermesinde tam mülkiyet hakkına kavuşan malikin kira sözleşmesinin tarafı haline gelmeyeceğini kabul etmek çelişkilidir. Önemli olan, intifa hakkının sona ermesi ile birlikte malikin kuru mülkiyetinin tam mülkiyete dönüşmesi ve onun kira sözleşmesine taraf olmayan bir aynı hak sahibi sıfatıyla kiracının karşısına geçmesidir²⁰⁰. Yoksa intifa hakkının nasıl sona ermiş olduğu, kiracının intifa hakkının varlığını bilip bilmemesi bir etki yaratmaz.

Türk Borçlar Kanunu'nun 310. maddesinin kıyasen uygulanması ile malik, kira sözleşmesini fesih bildirim sürelerine uyarak sona erdirebilecektir. İrtifak hakkı, MK m. 785/f. I, m. 792/f. II ya da m. 793/f. II çerçevesinde yararın ortadan kalkması dolayısıyla kendiliğinden sona erdiğinde ise, yararın mevcut olmaması kiracıya da ileri sürülebilecektir. Kiracı böyle bir durumda kiraya verenden, kendi haklarını savunamamasından kaynaklanan talepler ileri sürebilir²⁰¹. İrtifak hakkının, yararın yüke oranla azalması dolayısıyla sona ermesi ihtimalinde, hesaplanacak bedele kiracının kira sözleşmesinin devam etmesindeki menfaati dahil edilmese de, kiracının intifa hakkı sahibinden, MK m. 785/f. II çerçevesinde ödenen bedel ile orantılı bir bedel isteyebileceği kabul edilmektedir²⁰².

Oturma hakkı sona erdiğinde de hak sahibinin, oturma hakkına konu olan taşınmazı, intifa hakkına ilişkin hükümlere kıyasen, iade yükümlülüğü bulunmaktadır²⁰³. Dolayısıyla, oturma hakkının MK m. 785 gereği sona ermesi

²⁰⁰ Genç Arıdemir, s. 151.

²⁰¹ Denis Piotet, **Le principe "La vente ne rompt pas le bail" et le système général des droits réels**, Berne, Stämpfli, 1993, s. 81.

²⁰² D. Piotet, **Bail**, s. 82.

²⁰³ **BK**-Leeman, art. 776 ZGB, N. 24; Heinz s. 81; Mooser, **Habitation**, s. 263; Mooser, **Fin**, s. 361; Simonius, Sutter, **Bd. II**, s. 123.

halinde, taşınmaz maliki eski hak sahibine karşı ya mülkiyet hakkından kaynaklanan bir talep²⁰⁴ ya da MK m. 799'a kıyasen kişisel bir talep ileri sürebilir. Hakkın sona ermesi ile, oturma hakkı sahibi ile birlikte yaşayan yakınlarının da taşınmazı tahliye etmeleri gerekir²⁰⁵.

2) Üst Hakkı Bakımından

Üst hakkı sona erdiğinde, taşınmaz üzerindeki üst hakkı gereği inşa edilmiş yapıların mülkiyeti, bütünleyici parça kuralı gereği yüklü taşınmaz malikine geçer. Her ne kadar öğretide²⁰⁶, MK m. 785'in uygulanması ile üst hakkının maddi ve şekli açıdan sona ereceği; yapıların irtifak sözleşmesi hükümlerine yani bütünleyici parça kuralına göre yüklü taşınmaz malikine geçmeyeceği, burada asli bir kazanımın olduğu da ileri sürülmüşse de, biz bu görüşe katılmamaktayız. Bununla birlikte, üst hakkı sözleşmesinde tarafların taşınmazın yapılar yıktırıldıktan sonra teslim edileceğini kararlaştırmış olmaları mümkündür. Böyle bir ihtimal var ise, söz konusu anlaşmaya da uyulması gerekir.

Medeni Kanun'un 829. maddesi gereği, üst hakkının sona ermesi üzerine yüklü taşınmaz malikinin mülkiyetine geçen yapılar için bir bedel ödenmez, ama ödeneceği sözleşme ile kararlaştırılabilir²⁰⁷. Bunun için ya üst hakkı ile yükümlenmiş arazi üzerinde üst hakkı sahibi tarafından bir yapı yapılmış olması, ya da üst hakkının kurulduğu sırada arazi üzerinde mevcut olan yapının değerinin üst hakkı sahibi tarafından arttırılmış olması gerekir²⁰⁸. Üst hakkının sona ermesi halinde yüklü taşınmaz malikine geçecek yapılar için bir bedel ödeneceği kararlaştırılmış ise, üst hakkı yararın ortadan kalkmış olması dolayısıyla sona erse dahi, MK m. 829 kıyasen uygulama alanı bulacaktır. Ne de olsa, yapılar kendiliğinden yüklü taşınmaz malikine

²⁰⁴ MK m. 683.

²⁰⁵ Mooser, **Fin**, s. 361; Heinz, s. 46. Bununla birlikte yakınların oturmaya devam edip bedel ödememeleri ve malikin de bu duruma göz yumması halinde, zımnî olarak kullanım ödencü sözleşmesinin kurulacağına ilişkin bkz. Mooser, **Habitation**, s. 269.

²⁰⁶ Ballif, s. 69.

²⁰⁷ Bizim düzenlememizden farklı olarak İsvMK m. 779d uyarınca ise kural, yüklü taşınmaz malikine geçen bu yapılar için üst hakkı sahibine hakkaniyete uygun bir bedel ödenmesidir. Bu bedel yükümlülüğü üst hakkının sona ermesi ile muaccel olur ve on yıllık zamanaşımı süresine tâbidir. Steinauer, **Retour anticipé**, s. 76.

²⁰⁸ Gümüş, **Üst Hakkı**, s. 540.

döndüğünden, malik bir malvarlığı kazanımı elde etmiştir²⁰⁹. Yüklü taşınmaz malikine dönecek yapılar için ödenecek bedelin miktarı, sözleşme ile kararlaştırılabileceği gibi, hakimın takdir yetkisine de bırakılabilir. Üst hakkı sahibi, bu alacağı teminat altına almak için, kanundan doğan bir ipotek hakkına sahiptir²¹⁰. Bu ipotek hakkı, üst hakkının sicilden terkin edildiği tarih itibari ile sırasını alır.

Üst hakkının sona ermesi halinde, bu hak üzerinde hak sahibi olan rehin hakkı sahiplerinin hakları da kural olarak sona erecektir. Ama bu kişileri korumak için MK m. 829/f. I, c. 3 özel bir düzenleme öngörmüştür. Şöyle ki, üst hakkının sona ermesi üzerine malikin mülkiyetine geçecek yapılar için bir bedel ödeneceği kararlaştırılmış ise, üst hakkı üzerindeki rehin hakkı sahiplerinin bu hakları, ödenecek bedel üzerinde de ikame yolu ile devam edecektir²¹¹. Bununla birlikte öğretide, söz konusu ikamenin uygulanabilmesi için, üst hakkının tapu sicilinde ayrı bir sayfada taşınmaz olarak kaydedilmiş olmasının aranıp aranmayacağı tartışılmaktadır. Bir görüşe göre²¹², tapu sicilinde ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilmese dahi, devredilebilir üst hakları hak rehnine konu olabilecek iken; diğer görüş uyarınca²¹³, sadece tapu sicilinde taşınmaz olarak ayrı bir sayfaya kaydedilmiş bağımsız ve sürekli üst hakkı üzerinde tesis edilmiş ipotek hakkı bakımından bu aynı ikame uygulanabilecektir. Biz de, söz konusu aynı ikamenin sadece taşınmaz rehni için getirilmiş bir imkan olduğunu düşündüğümüzden, tapu sicilinin açıklığı ilkesini de gözeterek, bu son görüşe katılmaktayız.

b. Borçların Tasfiyesi

Medeni Kanunun'un 785. maddesinin şartlarının oluşması ile irtifak hakkının sona ermesi halinde, irtifak sözleşmesinden kaynaklanan salt kişisel borçlar da sona

²⁰⁹ Steinauer, **Retour anticipé**, s. 84-85. Kaynak hakkı çerçevesinde hak sahibinin kurduğu tesisat da bütünlüğü parça kuralları gereği yüklü taşınmaz malikine geçeceğinden, MK m. 829'un kıyasen uygulanması gerektiğine ilişkin bkz. Steinauer, **T. III**, N. 2570c.

²¹⁰ MK m. 829/f. II.

²¹¹ Gümüş, **Üst Hakkı**, s. 540; Pradervand-Kernen, **Valeur**, s. 193, dn. 492; Steinauer, **Retour anticipé**, s. 83.

²¹² Gümüş, **Üst Hakkı**, s. 550; Gürzumar, s. 41. Son yazar, bu görüşe olması gereken hukuk bakımından katıldığını belirtmiştir.

²¹³ Özbilen, s. 290; Steinauer, **T. III**, N. 2553; Tuor, Schnyder, Schmid, §108, N. 37.

erer²¹⁴. İntifa ve oturma hakkı bakımından, kanundan doğan bakım ve masrafların üstlenilmesi borçları, hakkın sona ermesi ile ortadan kalkacaktır.

Diğer taraftan, irtifak ilişkisinden doğan ve tasfiye edilmesi gereken en önemli borç, bedel ödeme borcudur. İrtifak hakkı için karşı edim, iki farklı şekilde belirlenmiş olabilir. İlk olarak, genellikle taşınmaz lehine irtifaklar bakımından tercih edildiği üzere, irtifak tesis edilirken bir karşı edim ödenmiş olabilir. İkinci olarak ise, irtifak hakkının kullanımı karşılığı, irtifak hakkının devam ettiği sürece dönemsel bir karşı edim ödenmesi kararlaştırılabilir. İrat biçiminde ödenmesi kararlaştırılsa dahi, irtifak bedeli irtifak hakkının kurulmasının karşılığıdır²¹⁵.

İrtifak hakkının değeri²¹⁶ belirlenir iken, süre önemli bir unsur halini alır. Süreye bağlanmamış taşınmaz lehine irtifaklar bakımından irtifakın değeri, yararlanan taşınmaz maliki için gösterdiği menfaat ve yüklü taşınmaz için gösterdiği külfete göre ayrı ayrı hesaplanacaktır. Süre sınırı olmadığı için, irtifakın malike geri dönmeyeceği düşünülür ve hak tamamen devredilmiş gibi hesap yapılır²¹⁷. İrtifak hakkının, yüklü ve yararlanan taşınmazlar bakımından aynı derecede bir külfet ya da menfaat göstermeyebileceğine de dikkat edilmelidir. Kişisel irtifaklarda ise, yüklü taşınmaz bakımından, taşınmaz lehine irtifaklardaki hesaplama yolu benimsenir; ne var ki, burada irtifakın süresi üzerinden anaparaya dönüş oranı gözetilecektir²¹⁸. Kişisel irtifakın hak sahibi açısından gösterdiği değerde ise, irtifak hakkının süresi ile irtifaka konu malın randımanının anaparaya dönüş oranı hesaplanacaktır²¹⁹.

Süreye bağlanmamış irtifak haklarında baştan ödenen bedel, irtifak hakkının süre kısıtlamasına tâbi olmaksızın kullanılabilmesi düşüncesine dayanır. İrtifak hakkının sona ermesi ihtimalinde, baştan ödenen irtifak bedelinin iadesi tartışma

²¹⁴ ZK-Liver, Einleitung zum Dienstbarkeitskommentar, N. 147.

²¹⁵ Nomer, **Bedel**, s. 435.

²¹⁶ İrtifak hakkının değeri ile irtifak hakkının bedelinin birbirinden farklı kavramlar olduğu da vurgulanmaktadır. Bedel; hem degere, hem de alıcının sübjektif görüşüne dayanır. Bu görüş, başka yatırım olanağının bulunmaması, kişisel kullanım şekli, vergi avantajı ya da bir hevesi gidermek gibi çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir. Mooser, **Habitation**, s. 72-73, dn. 14.

²¹⁷ Pradervand-Kernen, **Valeur**, s. 35.

²¹⁸ Pradervand-Kernen, **Valeur**, s. 36-37.

²¹⁹ Pradervand-Kernen, **Valeur**, s. 37. Bu usulün süreye bağlı taşınmaz lehine irtifaklar için de kıyasen uygulanacağına ilişkin bkz. Pradervand-Kernen, **Valeur**, s. 34.

yaratmaktadır²²⁰. Bazı yazarlar²²¹, irtifak hakkını kuran sözleşmenin ani edimli olduğunu belirttikten sonra, irtifak bedelinin irtifak hakkının kurulmasının karşılığı olduğunu ve hakkın kurulmasından bir süre sonra sona ermesinin bu bedelin iadesini haklı çıkarmayacağını ileri sürmektedirler. Yine bu yazarlara göre tescil ile terkin arasında geçen sürede yüklü taşınmaz maliki ve/veya irtifak hakkı sahibi büyük ihtimalle değişmiş olacaktır. Dolayısıyla bu iade için sebepsiz zenginleşmeye dayanılmaz. Kaldı ki, özellikle süreye bağlanmamış irtifaklar için, iade edilecek bölümün hesaplanması da çok karmaşık olacaktır. Kanun koyucu irtifak hakkının MK m. 785/f. I çerçevesinde sona ermesi halinde, bilinçli bir şekilde bedel öngörmemiştir. Bu durumda, irtifak hakkının MK m. 785'e dayanarak sona erdiği hallerde, hakkın kurulduğu esnada peşin olarak ödenmiş karşı edimin iadesi istenemez.

İradi irtifaklar için açık olan bu MK m. 785/f. I hükmünün, kanundan doğan irtifaklar bakımından da uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. Bu husus, kanundan doğan irtifakların kurulmasında daha da önem arz eder; zira bir denkleştirme bedelinin ödenmesi, irtifakın kurulma şartı olarak karşımıza çıkar²²². Hakkın sona ermesi üzerine bedelin iade edilmeyeceğini ileri süren yazarlara göre²²³, kanundan doğan irtifakın varlık koşullarının sona ermesi halinde terkin edilmesi ile yararın kalmaması ya da yüküne oranla azalması sebebi ile terkin edilmesi arasında bir fark

²²⁰ Öğretide söz konusu bedelin iadesi, yararı yüküne oranla azalmış irtifakın sona erdirilmesi için ödenmesi gereken bedel ile karıştırılabilmektedir. Bu karışıklık için bkz. Surlu, Öztürk, **Geçit**, s. 794-795. Yargıtay'ın, geçit irtifakının ivazsız kurulması nedeni ile kaldırılırken bir bedel ödenmesinin gerekmeceğine ilişkin kararı da karışıklığa neden olabilecek niteliktedir. Bkz. Yarg. 14. HD., 16.11.2001, E. 7229, K. 7996 (Surlu, Öztürk, **Geçit**, s. 788). İrtifak hakkı ivazsız kurulmuş olsa dahi, MK m. 785/f. II'nin uygulama alanına giren durumlarda, hakkın sona erdirilmesi kalan cüzi yarar karşılığında bedel ödenmesine bağlıdır. Hakkın ivazlı kurulması ihtimalinde, sözleşmede kararlaştırılan süre boyunca ayakta tutulamaması sebebi ile ödenen irtifakı kurma bedelinin bir kısmının iadesi, MK m. 785/f. II'deki bedel ile karıştırılmamalıdır.

²²¹ Simonius, Sutter, **Bd. I**, s. 454-455; **ZK-Liver**, art. 736 ZGB, N. 180

²²² Öğretideki bir görüşe göre, kanundan doğan geçit ve kanundan doğan kaynak hakları için bir bedel ödenmesi, irtifakın kurulması için bir şart değildir. Zira kanundan doğan geçit hakkı için MK m. 747 ve kanundan doğan kaynak hakkı için MK m. 761, hakların tam bedel karşılığında tesis edileceğini düzenlemiştir. Dolayısıyla önceden bedel ödenmesi gerekmez. Oysa kanundan doğan meca hakkında, MK m. 744 taşınmaz malikinin uğrayacağı zararın tümünün önceden giderilmesi koşulunu getirmiştir. Pittet, s. 37.

²²³ Walter Baumgartner, **Das Notwegrecht und das Notbrunnenrecht nach dem schweizerischen ZGB**, Bern, Stämpfli, 1930, kanundan doğan geçit hakkı bakımından s. 58-59, kanundan doğan kaynak hakkı bakımından s. 79; Caroni-Rudolf, s. 164; Neuenschwander, s. 419; **ZK-Liver**, art. 736 ZGB, N. 179.

yoktur. Zira zorunluluk hali başta olmak üzere, belirli koşulların varlığı ile kurulan kanundan doğan irtifak, o koşullardan birinin, birkaçının ya da hepsinin ortadan kalkması sebebi ile sona erer. MK m. 785/f. I hükmünün uygulanması ile yararlanan taşınmaz malikinin bir bedel iadesine izin verilmemelidir. Zira bedel, kurulması kanundan doğan bir irtifakın karşılığını oluşturur. Bedelin ödenmesi ve kanundan doğan irtifakın kurulması ile, söz konusu irtifakın kurulmasını konu edinen borç ilişkisi sona erer. Bu borç ilişkisi, daha önce sona ermiş olduğu için, kanundan doğan irtifak sona ererken artık yoktur. İrtifak bedeli sadece irtifakın kurulmasının karşı edimini oluşturduğundan, bedel borcunun da kanundan doğan irtifakın kurulması haricinde herhangi bir karşı edimi bulunmaz. Bu sebeple kanundan doğan irtifakı kuran komşu malik, kararlaştırılan ya da tespit edilen bedelin tamamını hak etmiş olur. Bu görüşü savunan yazarlar aynı zamanda, kanundan doğan irtifakın tahmin edilen süreden önce sona ermesi halinde bedelin iade edilmesine ilişkin hiçbir gerekçe bulunmadığını da belirtmektedir.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, süreye bağlanmamış irtifaklar açısından irtifak bedeli, irtifak hakkından yararlanılması karşılığında elde edilecek ve süre ile kısıtlanmamış bir yarar karşılığında ödenmiştir. Hakkın MK m. 785 dolayısıyla sona ermesi halinde, bu bedelin orantılı bir kısmının iade edilmesi gerekir²²⁴. Aynı durum, süreye bağlanmış irtifak hakları bakımından da geçerlidir. Hatta böyle bir halde, bedelin ne kadarlık bir oranının iade edileceğinin, kullanılmayan sürenin tüm süreye oranlanması ile hesap edilebileceği ifade edilmiştir.

Süreye bağlanmamış irtifak haklarında bedel iadesinin ne şekilde yapılacağına ilişkin öğretide görüş bildirilmemiştir. Kanaatimizce, süreye bağlanmamış irtifak hakları ile uzun bir süreye bağlanmış irtifak hakları bakımından başta ödenen bedelin bir kısmının iade edilmesi mutlak bir şekilde kabul edilmemelidir. Taşınmazlar bakımından, taşınmaz değerlendirme uzmanlarına başvurularak bedelin kullanılan süre bakımından hakkın tüm değerini karşılayıp karşılamadığının tespiti istenmelidir. Zira

²²⁴ Kanundan doğan irtifaklar açısından bkz. Argul Grossrieder, **Extinction**, s. 236; Besson, **Suppression et adaptation**, s. 276; BK-Meier-Hayoz, art. 691 ZGB, N. 87 ve art. 694 ZGB, N. 97; BSK-Rey/Strebel, art. 694 ZGB, N. 31; CR-Argul, art. 736 CC, N. 11; CR-Piotet, art. 691-693 CC, N. 38; D. Piotet, **Traité**, s. 87; Pittet, s. 59; Temperli, s. 111; Wieland, art. 694 ZGB, s. 345; ZK-Haab, art. 694-696 ZGB, N. 24.

uzun süreli haklar için ödenen bedelin, özellikle süreye bağlanmamış olan aynı haklarda kullanım süresinin bedeli olmaktan ziyade; somut olarak kullanılmış ya da kullanılacak daha sınırlı bir sürenin karşılığını oluşturması hayat gerçeklerine uygundur. Başka bir deyişle, süreden bağımsız olarak hakkın öz değeri ve bunun kullanılan sürede karşılanıp karşılanmadığı dikkate alınmalıdır. Eğer hakkın kullanıldığı sürede hakkın öz değerinin karşılanmadığı sonucuna varılıyor ise, öncelikle hakkın öz değerinin ne zaman karşılanacağı saptanmalı; kullanılan süre ile bu süre orantılanarak irtifakın kurulması için ödenen bedelden iade edilecek kısım hesap edilmelidir.

İade talebinin hukuki dayanağı hakkında da görüş birliği yoktur. Kanundan doğan irtifaklar bakımından ortaya koyulmuş ama ivazlı sözleşmesel irtifaklara da uygulanabilecek ilk görüşe göre²²⁵, iadenin temeli yüklü taşınmazdaki aynı hak sahipliğidir ve eşyaya bağlı bir iade borcu söz konusudur. Bu borç yüklü taşınmaza bağlı olduğundan, irtifak ile yüklü taşınmazın piyasa fiyatı düşüktür. Yeni malik, yüklü taşınmazı iktisap ederken dahi, ileride irtifak hakkını sonlandırmak isterse, bedel ödeyeceğini bilmektedir. Hakim iade edilecek bu meblağı, zarara ve irtifakın süresine göre hesap edecektir. İkinci görüşe göre ise²²⁶, yükümlü taşınmaz maliki, hakkın kurulması esnasında peşin olarak aldığı bedelin bir kısmını iade etmek ile yükümlüdür. Bu konuda TBK m. 77'de öngörülen bir *condictio ob causam finitam* söz konusu olur²²⁷. Kurulduktan bir süre sonra öngörülemeyen sebeplerle, bu arada MK m. 785 dolayısıyla doğal ömrünü tamamlamadan sona eren kanundan doğan irtifak için önceden peşin olarak ödenen bedelin bir kısmının iadesi hakkaniyete ve

²²⁵ Pittet, s. 59.

²²⁶ Akman, s. 239; Bertan, **C. I**, s. 867; Kazancı, s. 158; Özsunay, s. 217; Şahiniz, **Mecra**, s. 163; Wieland, art. 694 ZGB, s. 345; **ZK**-Haab, art. 694-696 ZGB, N. 24.

²²⁷ Tekinay, **II/1**, s. 77.

Yargıtay benzer bir uyuşmazlıkta, söz konusu bedelin irtifak hakkını kuran sözleşmeden kaynaklandığı sonucuna varmıştır. Yüklü taşınmaz maliki davacının arazisi üzerinde, belediye lehine enerji nakil hattı geçirilmesine ilişkin bir irtifak hakkı kurulmuş, sonra da bu irtifak hakkı Tedaş'a devredilmiştir. 2005 yılında enerji nakil hattı Tedaş tarafından kaldırılmış; irtifak hakkının terkin edilmesi için davacının Tedaş'a başvurusu sırasında bir miktar para ödemesi gerekmiştir. Davacı sonrasında, yararın tamamen ortadan kalktığı gerekçesi ile bedel ödenmesi gerekmeksizin irtifakın kaldırılması gerektiğini ileri sürerek, ödediği meblağın iadesi için dava açtığında, davalı sebepsiz zenginleşme zamaşımının bulunduğu yönünde bir savunma yapmıştır. Yargıtay ise, dava konusu irtifakın tesisi sırasında taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunduğu dikkati çekerek, on yıllık genel zamaşımı süresinin uygulanacağına karar vermiştir. Yarg. 3. HD., 12.03.2014, E. 2014/1739, K. 2014/3881 (www.kazanci.com).

taraflar arasındaki menfaat dengesine uygun olacaktır²²⁸. Yine de, irtifak hakkının yararın kalmaması ya da yüküne oranla azalması sebebi ile sona erdiği her halde, mutlaka hakkın kurulması sırasında peşin olarak ödenmiş irtifak bedelinin iade edileceği sonucuna da varılmamalıdır. Örnek olarak Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta²²⁹, kanundan doğan geçit irtifakının sona ermesi sebebi ile bedelin iadesi talep edilmiştir. Yargıtay, kanundan doğan geçit hakkının 18 yıl sürmesini ve taraflar arasındaki menfaat dengesini gözeterek talebi reddetmiştir.

Öngörülen süresinden önce sona ermiş irtifak bakımından, başta peşin olarak ödenmiş irtifak bedelinin iadesinin istenebileceğinin kabulünden sonra, bu bedelin kimden ve kimin tarafından istenebileceği de incelenmelidir. İrtifak ilişkisinin tarafları değişmemiş ise, bu talep irtifak hakkı sona eren kişi tarafından, bedeli alan yüklü taşınmaz malikine yöneltilecektir. Fakat, irtifak ilişkisine üçüncü bir kişi dahil olduğunda, bu sonuca kolaylıkla ulaşılamayacaktır. Yüklü taşınmaz maliki mülkiyet hakkını üçüncü bir kişiye devrettiğinde, irtifak hakkının öngörülen süreden önce sona ermesi dolayısıyla peşin olarak ödediği bedelin bir kısmını yeni yüklü taşınmaz malikinden kanaatimizce isteyebilmelidir. Zira yeni yüklü taşınmaz maliki, kişisel borç ilişkisinin tarafı olmasa ve irtifak bedelini bizzat elde etmese de, irtifak hakkından ve bu hakkın sona ermesinde ayrı ayrı ve dolaylı olarak fayda görmüştür. Mülkiyeti kendisine devredilen taşınmaz için, irtifak ile yüklü olduğundan, sınırlı aynı hakka konu olmayan benzer taşınmazlara oranla daha az bir bedel ödemiştir. İrtifak hakkının sona ermesi ile birlikte, çok daha az bir bedel ödeyerek iktisap ettiği bu mülkiyet hakkı birden öngörülmeyen bir değer kazanmış olur. Karşısında, irtifak hakkı sona erdirilen hak sahibi olduğu için, irtifak hakkından ve sona ermesinden elde ettiği zenginleşmeden ötürü, bedelin bir kısmının iadesi talebine de katlanmalıdır. İrtifak hakkının üçüncü bir kişiye devredilmesi ihtimalinde ise, bu üçüncü kişi irtifak bedelini kendisini ödemediği için, irtifakın sona ermesi dolayısıyla da yüklü taşınmaz malikine iade talebi ile başvuramaz. Bununla birlikte, irtifak hakkının taşınmaz lehine kurulmuş olduğu ihtimalde, irtifakın sona ermesi

²²⁸ Dolaylı olarak bu yöndeki bir karar için bkz. Yarg. 14. HD., 23.01.2001, E. 2000/7421, K. 2001/220: “[...] İrtifak hakkının kurulması sırasında herhangi bir bedel ödenmiş bulunmadığından kaldırılması için de MK m. 709/1 inci maddesi uyarınca tazminat ödenmesinin gerekli bulunmaması [...]” (Surlu, Öztürk, **Mecra**, s. 539).

²²⁹ Yarg. 14. HD., 10.05.1999, E. 1999/2902, K. 1999/3465 (Surlu, Öztürk, **Mecra**, s. 619).

taşınmazdan beklenen yararın elde edilememesi anlamına geleceğinden, satıcı eski yararlanan taşınmaz malikinin ayıptan doğan sorumluluğunun bulunduğunu ileri sürebilir.

Diğer taraftan, kanundan doğan irtifakın ya da sözleşmesel irtifakın ivazı olan karşı edim irtifak hakkı süresince dönemsel olarak ödenecek ise, MK m. 785 dolayısıyla hakkın sona ermesi ile henüz muaccel olmayan karşı edimler kendiliğinden sona erecektir²³⁰. O ana kadar yerine getirilmiş karşı edimlerin iadesi söz konusu olmayacaktır. Böyle bir durumda, yine de irtifak hakkı sahibine hakkaniyete uygun bir bedelin verilmesi gerektiğini ileri süren bir görüş²³¹ bulunmakta ise de, biz bu görüşe katılmamaktayız.

3. İrtifaka Bağlı Diğer Haklara Yönelik Sonuçlar

a. Karşılıklı İrtifaklar Bakımından Sonuçlar

İki taşınmaz, iki farklı irtifak sözleşmesi ile birbirine bağlanabilir. Hatta böylece bir taşınmaz üzerinde taşınmaz lehine irtifak tesis edilirken, diğeri üzerinde kişisel irtifak da tesis edilebilir. Ama bu iki irtifakın hukuki kaderi birbirine bağlanmış olmaz²³². Böylece birinin yararın kalmaması sebebi ile sona ermesi, diğer irtifakın da sona ermesini gerektirmez.

b. İrtifaka Bağlı Taşınmaz Yükü Bakımından Sonuçlar

İrtifak hakkı ile taşınmaz yükü birbirine bağlanabilir. Bunun için taşınmaz yükü ile irtifak hakkı arasında bir iç ilişki meydana gelmelidir; irtifak hakkının amacına göre işlev görebilmesi için, taşınmaz yükü hakkın kullanımını mümkün kılmalı, tamamlamalı ya da kolaylaştırmalıdır²³³. Bu şekilde iki hak bir hukuki bütün oluşturacaktır. Bununla birlikte, irtifak hakkı kendi özgün yapısını da koruyacaktır;

²³⁰ Baumgartner, s. 59; Bertan, C. I, s. 867; Mugglin, s. 60; Özsunay, s. 217; Pittet, s. 57.

²³¹ Kanundan doğan mecra irtifakları açısından bkz. Özakman, s. 221; Şahiniz, **Mecra**, s. 163.

²³² **BSK**-Petitpierre, art. 730 ZGB, N. 8.

²³³ Galland, **Contenu** s. 336; Noverraz, s. 103; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 3174; P. Piotet, **Traité**, s. 140; **ZK**-Liver, art. 730 ZGB, N. 219-221.

taşınmaz yükü olmasa da irtifak hakkı ayakta kalabilecektir²³⁴. Verilen örnek, irtifak hakkı olarak tesis edilen sıcak sudan yararlanma hakkının sıcak su teçhizatının kurulması, korunması ve tamiri edimlerini öngören bir taşınmaz yüküne bağlanmasıdır.

Taşınmaz yükünün irtifaka bağlanması, MK m. 779/f. II gibi düşünülmelidir. Taşınmaz yükü irtifakın hukuki kaderine bağlanır; irtifak varoldukça, taşınmaz yükü de varlık gösterir²³⁵. Bağlılığın ne anlama geldiği ise tartışmalıdır. Bazı yazarlar²³⁶, taşınmaz yükünün irtifakın kullanılması için zorunlu bir edim arz etmesini aramaktadırlar. Kanun metninde taşınmaz yükünün yan edim olacağına ilişkin hiçbir açıklık olmadığı için taşınmaz yükünü MK m. 799/f. II'nin şartlarına indirgeyen bu görüş eleştirilmektedir²³⁷. Aynı zamanda irtifaka bağlanan yan borçlara ilişkin MK m. 779/f. II'den farklı olarak, taşınmaz yükü yararlanan taşınmaza da bağlanabilecektir²³⁸. Bir yan edim olmadığı için de, taşınmaz yükünün irtifaktan daha az bir yük arz etmesi aranmaz²³⁹.

Taşınmaz yükünün irtifak hakkına bağlanmasının sebebi, malikin taşınmazını otuz yıl sonra yükten kurtarma hakkının²⁴⁰ önüne geçilmek istenmesidir. İrtifak hakkı devam ettikçe taşınmaz yükü de devam eder; başka bir deyişle süresiz olur²⁴¹. MK m. 845/f. III'ün açık ifadesine rağmen, taşınmaz yükünün bağlanacağı irtifakın taşınmaz lehine kurulmuş bir irtifak ya da kişisel bir irtifak olması arasında bir ayırım

²³⁴ Galland, **Contenu** s. 336-337.

²³⁵ Galland, **Contenu**, s. 333; irtifakın sona ermesi halinde taşınmaz yükünün ayakta kalacağına ilişkin karşı görüş için bkz. Noverraz, s. 105.

²³⁶ **BSK**-Jenny, art. 788 ZGB, N. 8; **HandK**-Göksu, art. 787-788 ZGB, N. 11; **KurzK**-Schmid-Tschirren, art. 788 ZGB, N. 7-9; Rossel, Mentha, N. 1445; Simonius, Sutter, **Bd. II**, s. 302. Murg Kantonu sakinleri lehine uygun fiyat ile ahşap yontmayı konu alan bir taşınmaz yükünün geri alınmak istenmesi halinde, Kanton'un taşınmaz yükü borçlusuna tanıdığı kaynak irtifakına dayanamayacağı, zira bu iki hak arasında bir bağlılığın bulunmadığına ilişkin bkz. ATF 93 II 71 = JdT 1968 I 244.

²³⁷ Ender, s. 167; Galland, **Contenu**, s. 333; Noverraz, s. 103; Henri-Robert Schüpbach, "La charge foncière, une mal aimée, une mal connue", çevrimiçi, 27.02.2017: <http://www.icone-consultation-notariale.ch/conf-21-06-2001.htm>, I. 2. b.

²³⁸ Galland, **Contenu**, s. 338; Neuenschwander, s. 495; Noverraz, s. 102-103; D. Piotet, **Traité**, s. 241; P. Piotet, **Traité**, s. 140; Simonius, Sutter, **Bd. II**, s. 302.

²³⁹ Erel, s. 121; Galland, **Contenu**, s. 340-341; Tuor, Schnyder, Schmid, §108, N. 22.

²⁴⁰ MK m. 845.

²⁴¹ Galland, **Contenu**, s. 330; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya**, N. 3174.

gözetilmez²⁴². Yine de, bu irtifakın her halde otuz yıldan uzun süreli ya da süresiz olması gerekir. Zira taşınmaz yükünde yükten kurtarma hakkı, otuz yıl sonra kazanılır; otuz yıllık süre içinde yüklü taşınmaz malikinin bu hakkı söz konusu olmayacağından, taşınmaz yükünü otuz yıldan kısa süreli irtifaka bağlamanın da işlevi olmaz²⁴³. Nitekim MK m. 845'teki "sona erdirilmeyen biçimde kurulmuş ise" ifadesi, bu durumu açıklar niteliktedir.

İrtifakın MK m. 785 dolayısıyla sona ermesi ile, irtifaka bağlanmış taşınmaz yükü kendiliğinden sona ermez; ayrıca sona erdirilmesi gerekir²⁴⁴.

²⁴² MK m. 845'i karşılayan İsvMK m. 788'in Almanca metninde taşınmaz yükünün sadece taşınmaz lehine irtifaklara bağlanabileceği düzenlenmiştir. Almanca metnin bu sınırlayıcı yaklaşımı öğretilerde eleştirilmektedir. **BK**-Leeman, art. 788 ZGB, N. 14; Farine Fabbro, **Usufruit**, s. 36. Fransızca metinde böyle bir sınırlama yer almamaktadır.

²⁴³ Ender, s. 167; Galland, **Contenu**, s. 333; Schüpbach, I. 3. a.

²⁴⁴ Liver, **Ablösung**, s. 193.

SONUÇ

“Yararı Kalmayan ya da Azalan İrtifak Haklarının Sona Ermesi” başlıklı çalışmamız, bu hususu düzenleyen Meeni Kanun’un 785. maddesinin incelenmesini konu almaktadır. Üç bölümden oluşan çalışmamızın ilk bölümünde, MK m. 785’in düzenlenme amacı; ikinci bölümünde uygulanma şartları; üçüncü ve son bölümünde ise düzenlemenin sonuçları değerlendirilmiştir.

Yararı kalmayan ya da azalan irtifak haklarının sona ermesine ilişkin MK m. 785’in düzenlenme amacını incelediğimiz ilk bölümde, öncelikle irtifak haklarının mülkiyet hakkı karşısındaki konumunu sorguladık. Mülkiyet hakkının malike eşya üzerindeki tam yetkiyi veren ayni hak olduğu sonucuna vardık. Bu ayni hakkın kullanımının sınırsız olmadığı, mülkiyet hakkının hukuk düzeninin sınırları içinde yetkiler ile birlikte kısıtlamaları da bünyesinde barındırdığını vurguladık. Bu çerçevede, bu kısıtlamalar malikin iradesine dayanabileceği gibi, iradesine de dayanmayabilecektir. Malikin iradesine dayanan kısıtlamalar arasında, çalışma konumuz da olan sınırlı ayni haklar yer alır. Sınırlı ayni haklar, hak sahibine eşya üzerinde sınırlı bir hakimiyet sağlayan, mülkiyet hakkından bağımsız ayni haklardır. Bu hakların varlığı, mülkiyet hakkından kaynaklanan bazı yetkilerin kullanılamaması sonucunu doğurduğundan, sınırlı ayni haklar da karşımıza mülkiyet hakkının bir kısıtlaması olarak çıkar.

Sınırlı ayni hakların bür türü olan irtifak haklarının hukuki sebebi, bir kanun hükmü, ölüme bağlı tasarruf ya da sözleşme olabilir. Bununla birlikte, hayat olaylarının çoğunda bu hukuki sebep karşımıza bir sözleşme olarak çıkacaktır. İrtifak hakkını kuran sözleşme, *sui generis* bir atipik sözleşme olup, sürekli bir edim içerir. Sözleşmenin içeriğinde, ileride kurulacak ayni ilişkiyi etkileyecek ayni nitelikteki hükümler, irtifak hakkının kullanımı ile bağlantılı eşyaya bağlı borç etkisi doğuran hükümler ve salt kişisel nitelikteki hükümler yer alır. Hakkın tescilinden sonra, irtifak sözleşmesinden kaynaklanan bu hükümler taraflar arasında etki göstermeye devam eder. İrtifakın ya da yüklü taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının devredilmesi halinde, salt kişisel etkili hükümler ilişkiye sonradan dahil olan kişiye karşı, ayrıca bu kişisel borçları üstlenmemiş ise, ileri sürülemez. Eşyaya bağlı borç

etkisi gösteren hükümlerin ileri sürülebilmesi için, tescile yansıtılmaları lazımdır. Tapu siciline güven ilkesi karşısında, aynı ilişkiyi düzenleyen aynı nitelikteki hükümlerin de tescile yansıtılmaları ya da en azından, bu hükümlerin varlığına işaret edilebilmesi için tescilde irtifak sözleşmesine atıfta bulunulması gerekir. Tescile yansıtılmamış ya da tescil ile irtifak sözleşmesine atıf yapılmamış olmasına rağmen aynı etkili hükümlerin varlığını öğrenen ve bu hükümlerden hak çıkarabilecek olan üçüncü kişinin, tescilde atıf yapılmayan bu aynı etkili hükümlere dayanabilmesi icap eder.

Medeni Kanun sistematüğinde mülkiyet hakkının korunabilmesi için çeşitli tedbirler öngörölmüştür. Bu çözümlerin başında sınırlı sayı ilkesi ve bu ilkeyi destekleyen tipe bağılılık ilkesi yer alır. Değere ilişkin sınırlı aynı haklarda, alacağa bağılılık ilkesi mülkiyetin korunması açısından etkili bir hukuki araçtır. Kullanıma ilişkin sınırlı aynı haklar olan irtifaklarda ise, öncelikle hakkın tanıdığı yetkinin geniş olması halinde süresinin kısıtlanması; hakkın süresiz olması ihtimalinde ise, tanıdığı yetkinin ya da kullanım alanının sınırlandırılması, yine kanun koyucunun mülkiyet hakkının korunması adına aldığı tedbirlerdendir. Değişen koşullar sebebi ile artık yarar göstermeyen ya da çok az yarar gösteren irtifak hakları ile yüklenen mülkiyetin değeri büyük ölçüde azalacaktır. Malikin zarara uğramaması için, kanun koyucu MK m. 785 ile mülkiyet hakkının bu gereksiz yüklerden kurtarılmasının önünü açmıştır. Yararı kalmayan ya da yüküne oranla azalan irtifak haklarının hakim kararı ile sona ermesini düzenleyen MK m. 785, mülkiyet hakkının korunmasına yönelmiş bir hukuki araç olarak karşımıza çıkar. Mülkiyet hakkının korunmasına yönelmiş bir düzenleme olduğundan, hüküm emredici niteliktedir; taraflar MK m. 785'in uygulanmayacağını kararlaştıramazlar.

Medeni Kanun'un 785. maddesinin uygulanma şartlarını incelediğimiz ikinci bölümde, öncelikle hükmün uygulama alanine tespit ettik. MK m. 785 taşınmaz lehine irtifaklar kapsamında düzenlenmiş bir hüküm olmasına rağmen, maddenin uygulama alanına kişisel irtifaklar, kanundan doğan irtifaklar ve idari irtifaklar da girer. Kanundan doğan irtifaklar ile idari irtifakların hukuki sebebi iradi bir hukuki işlem olmasa da, bu irtifaklar kendileri için öngörülen özel usuller dahiline

kurulmalarından sonra, Medeni Kanun'un irtifak haklarına ilişkin temel hükümleri olan 779. ila 793. maddelerine tâbi olacaktır.

Medeni Kanun'un 785. maddesinin uygulanması için ön şart ise, irtifak hakkının kurulmasında bir yararın bulunmasıdır. Yarar, irtifak hakkının varlık sebebi olarak karşımıza çıkar. Bu yararın varlığı, hak sahibi, konu, nitelik ve zaman bakımlarından değerlendirilerek belirlenecektir. İrtifak hakkı yarar gösterdiği müddetçe ayakta tutulur. Bununla birlikte, taşınmaz lehine irtifaklar bakımından Roma hukukunda benimsenen *utilitas* ilkesi İsviçre ve Türk hukuklarında terk edilmiştir. Bundan böyle, taşınmaz lehine irtifakın mutlaka yüklü taşınmazdan bir fayda elde edilmesine yönelmesi gerekmez; yararlanan taşınmaz malikinin herhangi bir menfaatini tatmin etmesi yeterlidir. Yine de *utilitas* ilkesinin tamamen kaybolduğu sonucuna da varılamaz; ilke, yorum aracı olarak varlığını korumaktadır. Şöyle ki, taşınmaz lehine bir irtifak hakkının kurulmasındaki yarar belirlenemiyor ise, bu irtifakın taşınmaz malikine değil, taşınmaza hizmet ettiği kabul edilir.

İrtifak hakkının sağladığı yararın özdeşlik ilkesine uygun olması aranır. İrtifakın kurulur iken hizmet ettiği yarar, irtifak hakkının varlığı sürecince mevcut olmalıdır. İrtifak hakkının kurulurken gösterdiği yarar zamanla değişmiş ise, irtifak hakkının yararının sona erdiği sonucuna varılmalıdır. Başlangıçtaki bu yarar, irtifakın kapsamının belirlenmesine ilişkin MK m. 787 hükmünün kıyasen uygulanması ile tespit edilir. Bununla beraber irtifak hakkı kurulduğu esnada dahi yarar göstermiyor ise, MK m. 1025 uygulanarak yolsuz irtifakın terkinin sağlanır. Ancak, irtifak ilişkisine üçüncü bir kişinin dahil olduğu hallerde, yarar karinesi kabul edilir. Buna göre irtifakın kurulduğunda bir yarar gösterdiği varsayılır ve hak, MK m. 785 uyarınca sona erer.

Medeni Kanun'un 785. maddesi, irtifak hakkının sona erme hallerini genişleten bir hüküm olarak karşımıza çıkar. Bu hükmün varlığı sayesinde, hakkın sona erme halleri hak sahibinin beyanına dayalı terkin veya yüklü ya da yararlanan taşınmazın yok olması halleri ile sınırlanmamıştır. Hüküm aynı zamanda bir hukuk politikası tercihi olarak ilgi çekicidir. Roma hukukunda benimsenen esaslardan ayrılmak sureti ile, irtifak haklarının sona erdirici zamanaşımı ya da *usucapio libertatis* ile sona

ermesi dışlanmıştır. Böylece irtifakların sona erme rejimi, tapu sicilinin benimsendiği sistem ile uyumlu hale getirilmiştir.

Yararın MK m. 785/f. I gereği tamamen sona ermesini belirleyebilmek için, yararın özdeşliği ilkesine başvurulur. Kurulduğu esnada yarar arz eden bir irtifak hakkı zamanla hiç yarar göstermez ise ya da kurulduğu esnada hizmet ettiği yarar zamanla değişikliğe uğramış ise, yarar ortadan kalkmıştır. Aynı zamanda, yararın ortadan kalkmasının kalıcı ve kesin olması da aranır. Böyle bir halde irtifak hakkı bedel ödenmesine gerek kalmaksızın kendiliğinden sona ermiştir. İrtifak hakkının imkansızlık nedeni ile sona ermesi ile kanundan doğan irtifaklar bakımından zorunluluk unsurunun ortadan kalkması halleri, yararın tamamen sona ermesinin özel görünümüdür.

Yüküne oranla çok az yarar sağlayan irtifakların sona erdirilmesi ise, MK m. 785/f. II'de düzenlenmiştir. İrtifakın gösterdiği yararın azalması ya da yükün artması neticesinde bu hakkın ayakta tutulması haklı görülüyor ise, irtifak hakkı bedel karşılığında sona erdirilir. Yararın azalması ya da külfetin yarar karşısında orantısızca artması nesnel sebeplere dayanmalı, kesin olması ve yüklü taşınmaz maliki tarafından yaratılmış olmamalıdır.

İrtifak hakkının arz ettiği yük miktarının üzerinde bir kullanımın varlığı halinde, yüklü taşınmaz maliki irtifak hakkından kaynaklanan yükün ağırlaşmasına karşı çıkar ise, hakkın kullanımı hakim kararı ile engellenecektir. Kullanımı engellenen irtifak hakkı, yararının azalması sebebi ile sona erdirilebileceği gibi; irtifakın kullanıldığı yerin değiştirilmesi için gerekli şartların oluşmadığı, ancak yer değiştirme ihtiyacının hissedildiği hallerde de bedel karşılığı sona erdirilebilir.

Yararı külfetine oranla önemli ölçüde azalan irtifakın sona erdirilmesi, irtifak hakkını kuran sözleşmenin uyarlanması olarak değerlendirilemez. Yine de MK m. 785/f. II hükmünün varlığı, irtifakı kuran sözleşmenin uyarlanması imkanını ortadan kaldırmayacaktır. Özellikle, kişisel edimlere müdahale edilmesi gerekiyor ise ya da bu müdahale talebi irtifak hakkı sahibinden gelmiş ise, MK m. 785/f. II uygulanamayacağından, uyarlamaya başvurulacaktır. Dikkat edilmesi gereken husus, uyarlamanın kabul edilebilmesi için irtifak hakkını kuran taraflar ile irtifak ilişkisinin

taraflarının aynı olmasının gerektiğidir. Oysa irtifak ilişkisine üçüncü bir kişi dahil olmuş olsa da, MK m. 785/f. II uygulama alanı bulur.

Üçüncü ve son bölümde, MK m. 785'in uygulanmasının sonuçları değerlendirilmiştir. İrtifakın yararının tamamen sona ermesi ya da yüküne oranla önemli ölçüde azalması hallerinde, irtifak hakkı sahibi hakkın terkinine rıza göstermemiş ise, uyuşmazlık mahkeme yolu ile çözümlenecektir. Bu çerçevede yüklü taşınmaz maliki, hakimden irtifak hakkının terkinini ister. Hukuki nitelendirmeyi hakim yapacağından, talebin MK m. 785/f. I'e mi, yoksa MK m. 785/f. II'ye mi gireceğine hakim karar verecektir. Şayet ilk fıkranın uygulanacağına kanaat getirir ise, irtifak bedel ödenmeksizin sona erer. Hakimin vereceği karar, bir tespit hükmüdür. Hakim, kararını yararın yükün karşısında önemli ölçüde azalması durumuna dayandırır ise, irtifakın bedel karşılığında sona ermesine hükmedecektir. Bedel miktarı belirlenecek ve bir ara karar ile depo edilmesi sağlanacaktır. Bedel belirlenirken, irtifak hakkı sahibinin hâlâ sahip olduğu cüzi yarar dikkate alınır. Bedel miktarının belirlenmesinde, kamulaştırma bedelinin belirlenmesine ilişkin hükümlerden kıyasen yararlanır. Bedelin depo ettirilmesinden sonra, hakim irtifakı sona erdirecektir. Bu son ihtimalde, irtifak hakkı hakimin kararı ile sona erer. Karar, yenilik doğuran bir karardır.

İrtifak hakkının sona ermesi ya da sona erdiğinin tespiti ile birlikte, irtifak ilişkisi tasfiye ilişkisine dönecektir. İrtifak sözleşmesinin aynı etkili hükümleri ile eşyaya bağlı borç etkisi doğuran hükümleri kendiliğinden sona erer. Tapu kütüğünde yapılacak terkin açıklayıcıdır. Kişisel nitelikteki hak ve borçları ise sona erdirilmesi gerekir. Bu kapsamda tartışılan husus, intifa hakkının sona ermesi ile, intifa konusu malın konu olduğu kira sözleşmesinin akıbetidir. Böyle bir halde kiracının korunması düşüncesine ağırlık verilmeli ve intifa hakkının sona ermesi ile kira sözleşmesinin de kendiliğinden sona ermeyeceği, yüklü taşınmaz malikinin kira sözleşmesini devralmış sayılacağı sonucuna varılmalıdır. Malik, kanundaki sürelerle uyarak kiracıyı taşınmazdan çıkarabilir.

Yararı kalmayan ya da yüküne oranla azalan irtifakın sona ermesi, hayat olaylarının çoğunda bu irtifak için öngörülen süreden önce olacaktır. Bu sebeple, irtifakın süresinin ödenmiş irtifak bedelini karşılamadığı düşünülüyor ise, irtifakın

kurulması karşılığında peşin olarak ödenmiş irtifak bedelinin, irtifakın ayakta kaldığı süreye oranlanarak iade edilmesi gerekir. Karşı edim dönemsel olarak kararlaştırılmış ise, hakkın sona ermesi ile, muaccel olmayan karşı edim borçları da kendiliğinden sona erecektir.



KAYNAKÇA

- ABİK, Yıldız : “Kaynak Hakkına İlişkin Türk Medeni Kanunundaki Hükümler Hakkında Bir Değerlendirme”, **TABAD** 3 (1), 2010, s. 79-91.
- AĞCA TOPLANDI, Pınar : **Birlikte Mülkiyette Ortak Menfaati Koruma Yetkisi**, Ankara, Yetkin, 2016.
- AKGÜNER, Tayfun, ERMAN, Hasan : “Kamulaştırmada Son Gelişmeler Ve Malikin Geri Alma Hakkı (İlginç Bir Karar)”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. I, S. 1-2, 2002, s. 1-23.
- AKİPEK, G. Jale, AKINTÜRK, Turgut : **Eşya Hukuku**, İstanbul, Beta, 2009.
- AKİPEK, Jale : “Üst Hakkı Kavramı, Muhtevası ve Mahiyeti”, **Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu’na Armağan**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1972, s. 25-69 [atıf: Üst Hakkı].
- AKİPEK, Jale : “Türk Hukukunda Kat Mülkiyeti”, **ABD**, C. 23, S. 3, 1966, s. 475-490 [atıf: Kat Mülkiyeti].
- AKİPEK, Jale G. : “Devlet Orman Arazisi Üzerinde Üst Hakkı”, **Prof. Dr. O. F. Berki’ye Armağan**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1977, s. 1-35.
- AKİPEK, Şebnem : **Tapuya Kayıtlı Taşınmazların Bölünmesi, Birleştirilmesi ve Arazi Toplulaştırılmasının Genel Esasları**, Ankara, Yetkin, 2010.

- AKKANAT, Halil : **Türk Medeni Hukukunda İyiniyet**, İstanbul, Filiz, 2010.
- AKMAN, Sermet : **Taşkın İnşaat**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.
- AKSU, Mustafa : “Taşınmazlarda İntifa Hakkı Kurulmadan Önce ya da İntifa Süresince Yapılmış Kira Sözleşmesinin İntifa Hakkının Sona Ermesiyle Birlikte Hukuki Durumu”, **Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan**, Ankara, Seçkin, 2006, s. 41-79 [atıf: İntifa].
- AKSU, Mustafa : “Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi’nin İntifa Konusu Taşınmazın İntifa Hakkı Sahibi Tarafından Kiraya Verilmesi ve Daha Sonra İntifa Hakkının Sona Ermesi Durumunda Kira Sözleşmesinin Hukuki Akıbetine İlişkin 3.7.2003 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi”, **e-akademi**, S. 34, Aralık 2004 (son güncelleme tarihi: 03.12.2004) [atıf: Mahkeme Kararı].
- AKYOL, Şener : **Dürüstlük Kuralı Ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, 2. Bası, İstanbul, Vedat, 2006.
- AKYOL, Şener : **Sözleşmenin Yorumu**, İstanbul, Vedat, 2010.
- AMOOS, Michaela : **La théorie de l’abus de droit en relation avec les droits absolus**, Lausanne, éd. Université de Lausanne, 2002.
- ARAL, Vecdi : **İnşaat (Üst) Hakkı**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1962.
- ARGUL GROSSRIEDER, : **Les causes d’extinction des servitudes**

- Maria Consuelo **foncières**, Zürich, Schulthess, 2005 [atıf: Extinction].
- ARGUL GROSSRIEDER, Maria Consuelo : “Comment se débarrasser d’une servitude foncière qui gêne un projet de construction?”, **DC** 2005, s. 108-112 [atıf: Construction].
- ARGUL, Maria Consuelo : “Art. 730-743 CC”, **Commentaire Romand, Code civil II**, (edit. Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Denis Piotet), Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2016 [atıf: CR-Argul, art. ... CC, N. ...].
- ARI, Ahmet : “Akaryakıt Sektörüne İlişkin Son Dönem Rekabet Kurulu Kararlarının, Mevcut İntifa Hakları Üzerindeki Etkileri”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Y. 6, S. 53, Ocak 2011, s. 87-102.
- ARNET, Ruth : “Art. 942-977”, **Kurzkomentar Zivilgesetzbuch**, (edit. Andrea Böhler/Dominique Jakob), Basel, Helbing&Lichtenhahn, 2012 [atıf: KurzK-Arnet, art... N...].
- ARPACI, Abdülkadir : “Gayrimenkuller Üzerinde İntifa Hakkı Kurulması”, **İBD**, C. 60, S. 1-2-3, 1986, s. 8-26.
- ARPACI, Abdülkadir : **Türk Medenî Kanunu Açısından Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim**, Ankara, Kazancı, 1990.
- ATIAS, Christian : **Droit civil, Les biens**, Paris, 12^e éd, LexisNexis Litec, 2014.
- AYAN, Mehmet : **Eşya Hukuku III, Sınırlı Aynî Haklar**, 8. Baskı, Ankara, Seçkin, 2017.

- AYANOĞLU, Sedat : “Ormanlar Üzerinde Sınırlı Ayni Haklar”, **İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi**, C. 43, S. 3-4, 1993, s. 79-94.
- AYBAY, Aydın, HATEMİ, Hüseyin : **Eşya Hukuku**, 4. Baskı, İstanbul, Vedat, 2014.
- AYİTER, Nuşin : **Eşya Hukuku (Kısa Ders Kitabı)**, 3. Baskı, Ankara, Savaş, 1987.
- BACHMANN, Dominik : **Verfügungsbeschränkungen bei gebuchten selbstständigen und dauernden Rechten, insbesondere Baurechten**, Bern, Stämpfli, 1993.
- BALLIF, Alban : **Le droit de superficie, Éléments réels, obligations propter rem et droits personnels annotés**, Zurich, Schulthess, 2004.
- BALLIF, Alban : “Art. 779-779I CC”, **Commentaire Romand, Code civil II**, (edit. Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Denis Piotet), Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2016 [atıf: CR-Ballif, art. ... CC, N. ...].
- BAŞPINAR, Veysel : **Mülkiyet Hakkını İhlâl Eden Müdâhaleler**, Ankara, Yetkin, 2009 [atıf: Müdahale].
- BAŞPINAR, Veysel : “Mülkiyet Hakkı Yeni Anayasa’da Nasıl Düzenlenmelidir?”, **Prof. Dr. M. İlhan Ulusan’a Armağan, C. III**, Ankara, Seçkin, 2016, s. 157-172 [atıf: Anayasa].
- BAUMANN, Max : **Nutzniessung und andere Dienstbarkeiten, Zürcher Kommentar, T. IV/2a/2**, 3. Auf., Genf-Zürich-Basel, Schulthess, 1999 [atıf:

- ZK-Baumann, art. ... ZGB, N. ...].
- BAUMGARTNER, Walter : **Das Notwegrecht und das Notbrunnenrecht nach dem schweizerischen ZGB**, Bern, Stämpfli, 1930.
- BELEN, Herdem : “Bağımsız Üst Hakkının Tasarruf Sınırlamalarına Konu Olmasının Hüküm ve Sonuçları”, **Vecdi Aral’a Armağan**, Kocaeli, [y.e.], 2001, s. 371-396 [atıf: Tasarruf Sınırlamaları].
- BELEN, Herdem : “Üst Hakkında Süresinden Önce Devir Talebine Esas Edimler ve Buna Bağlı Hukuksal Sonuçlar”, **İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Aralık 2005, s. 33-56 [atıf: Devir Talebi].
- BERGEL, Jean-Louis : “Droits réels de jouissance et valorisation des biens: Les propositions de réforme du droit des biens”, **Droit civil, Civilité des droits, Mélanges en l’honneur du Professeur Jean-Louis Mouralis**, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2011, s. 19-27.
- BERGEL, Jean-Louis, BRUSCHI, Marc, CIMAMONTI, Sylvie : **Traité de droit civil, Les biens**, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 2010.
- BERTAN, Suad : **Aynî Haklar, C. I**, Ankara, Balkan Basım ve Ciltevi, 1976 [atıf: C. I].
- BERTAN, Suad : **Aynî Haklar, C. II**, Ankara, Balkan Basım ve Ciltevi, 1976 [atıf: C. II].
- BESSON, Charles : “La suppression et l’adaptation des servitudes

- par le juge (art. 736 et 742 CC)”, **JdT** 1969 I 258 [atîf: Suppression et adaptation].
- BESSION, Charles : “La révision de l’art. 976, Vers une nouvelle conception du rôle du conservateur du registre foncier”, **RNRF** 71/1990, s. 257-268 [atîf: Révision].
- BICHSEL, Martin : “Art. 745-778”, **Kommentar-Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, (edit. Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf), 2. Auf., Zurich, Orell Füssli, 2011 [atîf: OFK-Bichsel, art. ... ZGB, N. ...].
- BOHNET, François : **Actions civiles, conditions et conclusions**, Bâle, Helbing&Lichtenhahn, 2014.
- BOSSHART, Jean-Jacques : “Les restrictions légales indirectes de la propriété foncière”, **Université de Fribourg**, Thèse, Tramelan, 1954.
- BRUNNER, Christoph, WICHTERMANN, Jürg : “Art. 646-654a”, **Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar**, (edit. Heinrich Honsell/Peter Nedim Vogt/Thomas Geiser), 5. Auf., Basel, Helbing&Lichtenhahn, 2015 [atîf: BSK-Brunner/Wichtermann, art. ... ZGB, N. ...].
- BURCUOĞLU, Halûk : “Bir Şirket Lehine, Bir Taşınmaz Üzerinde Kurulmuş İntifa Hakkının, Bu Şirketin Başka Bir Şirketle Birleşmesi Halinde Akıbeti Hakkında Bazı Gözlemler”, **Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender’e 50. Yıl Birlikte Çalışma Armağanı**, İstanbul, Çizgi Basım Yayın, 2007, s. 392-400.

- BURCUOĞLU, Halûk : “Les nouvelles annotations apportées par le nouveau Code Civil Turc entré en vigueur le 1er janvier 2002”, **RNRF** 90/2009, s. 137-149.
- BURCUOĞLU, Halûk : **Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasa’ya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi**, İstanbul, Filiz, 1993.
- BURDET, Sabine : **Die Ablösung des Grunddienstbarkeiten**, Zofingen, Graphische Anstalt Zofingen Tagblatt, 1946.
- BUZ, Vedat : **Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, Yetkin, 1998.
- BÜHLER, Theodor : “Zur Geschichte des Eigentumsbegriffs”, **RSJ**, Heft 19, 1974, s. 289-294; s. 305-310.
- BÜYÜKAY, Yusuf, DOĞAN, Murat : “Akaryakıt Bayilik Sözleşmelerindeki İntifa Hakkı Kurulması Şartının Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C. I**, Ankara, Turhan, 2010, s. 533-565.
- CANARSLAN, Gökçe : **İntifa Hakkının Sona Ermesi**, Ankara, Seçkin, 2016 [atıf: İntifa].
- CANARSLAN, Gökçe : “Eşyaya Bağlı İrtifak Haklarında İrtifakın Yerinin Değiştirilmesini Talep Hakkı”, **Legal Hukuk Dergisi**, C. 13, S. 154, 2015, s. 167-192 [atıf: Yer].
- CAPITANT, Henri, TERRÉ, François, LEQUETTE, Yves : **Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T. I**, 12^e éd., Paris, Dalloz, 2007.
- CARBONNIER, Jean : **Droit civil, T. II/1, Les biens**, Paris, PUF,

- 1957.
- CARONI-RUDOLF, Karin : **Der Notweg**, Bern, Stämpfli, 1969.
- CORNU, Gérard : **Droit civil, Les biens**, 13^e éd., Paris, Montchrestien, 2007.
- CUENI, Thomas, FASEL, Urs : “Befeiung des Grundbuches von überflüssigen Dienstbarkeiten”, **RNRF** 80/1999, s. 345-364.
- CURTI-FORRER, Eugène : **Commentaire du code civil suisse**, (çev. Max-E. Porret), Neuchâtel, Delachaux&Niestlé S.A., 1912 [atıf: Curti-Forrer, art. ... ZGB, N. ...].
- DEILLON-SCHEGG, Bettina : **Grundbuchanmeldung und Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters im Eintragungsverfahren**, Zürich, Schulthess, 1997.
- DEILLON-SCHEGG, Bettina : “Art. 942-977”, **Handkommantar**, (edit. Marc Amstutz, Peter Breitschmid, Andreas Furrer, Daniel Girsberger, Claire Huguenin, Markus Müller-Chen, Vito Roberto, Alexandra Rumo-Jungo, Anton K. Schnyder), 2. Auf., Zürich, 2012 [atıf: HandK-Deillon Schegg, art. ..., N. ...].
- DEMİRSATAN, Barış : **Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedelinin İfa Edilmemesinin Sonuçları**, İstanbul, XII Levha, 2016.
- DESCHENAUX, Henri : **Le registre foncier, Traité de droit privé suisse, vol. V, T. II/2**, Fribourg, Editions universitaires, 1983 [atıf: Traité].
- DESCHENAUX, Henri : “Les restrictions légales de la propriété et le

- registre foncier”, **RNRF** 38/1957, s. 321-347 [atf: Restrictions].
- DESCHENAUX, Henri : “Obligations propter rem”, **Jus et Lex, Festgabe M. Gutzwiller**, Basel, Helbing&Lichtenhahn, 1959, s. 711-747 [atf: Propter rem].
- DESCHENAUX, Henri : “Les obligations dites réelles et leur rapport avec le registre foncier”, **RNRF** 43/1962, s. 282-303 [atf: Réelles].
- DOCKÈS, Emmanuel : “Esai sur la notion d’usufruit”, **RTD civ.** (3), Juillet-Septembre 1995, s. 479-507.
- DROSS, William : **Droit des biens**, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 2014.
- DUCROIT, Michel : “Quelques considérations sur le droit de passage”, **RSJ** 19/1984, s. 297-301.
- DUGUIT, Léon : **Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon**, Paris, Librairie Félix Alcan, 1912.
- DURAL, Mustafa, ÖĞÜZ, Tufan : **Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku**, 17. Bası, İstanbul, Filiz, 2016.
- DÜRR, David, ZOLLINGER, Daniel : **Das Grundpfandrecht, Art. 805-823 ZGB, Zürcher Kommentar, Bd. IV/2b/2**, 2. Auf., Zürich-Basel-Genf, Schulthess, 2013 [atf: ZK-Dürr/Zollinger, art. ... ZGB, N. ...].
- EGGEN, Gerhard : “Kontroversen aus dem Dienstbarkeitsrecht”, **RNRF** 39/1958, s. 131-144 [atf: Kontroversen].
- EGGEN, Gerhard : “Privatliche Fragen des neuen Bauens und ihre Wirkungen auf das Grundbuch”, **RNRF**

- 53/1972, s. 207-220 [atıf: Privatliche Fragen].
- ENDER, Thomas : “Baurecht, Quellenrecht, andere Dienstbarkeiten, Grundlasten”, **Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert**, (edit. Peter Gauch/Jörg Schmid), Zurich, Lieferbar, 2001, s. 163-185.
- ENGEL, Pierre : “La cession des droits réels et personnels annotés”, **RNRF** 54/1973, s. 321-335.
- EREL, N. Şafak : **Eşyaya Bağlı Borç**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982.
- EREN, Fikret : “Mülkiyet Kavramı”, **Dr. A. Recai Seçkin’e Armağan**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1974, s. 765-795 [atıf: Kavram].
- EREN, Fikret : “Anayasa ve Yeni Gelişmeler Karşısında Medeni Kanunun Mülkiyet Kavramına Verilecek Anlam”, **Medenî Kanununun 50. Yılı Armağanı**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977, s. 173-200 [Atıf: Yeni Gelişmeler].
- EREN, Fikret : **Mülkiyet Hukuku**, 4. Bası, Ankara, Yetkin 2016 [atıf: Mülkiyet].
- ERGÜNE, Mehmet Serkan : “Üst Hakkının Tasarruf İşlemlerine Konu Olmasına İlişkin Hukukî Sorunlar”, **İÜHF**, C. LXVI, S. 1, 2008, s. 275-292 [atıf: Üst Hakkı].
- ERGÜNE, Mehmet Serkan : **Hukumumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu**,

- İstanbul, Filiz, 2002.
- ERTAŞ, Şeref : **Eşya Hukuku**, 3. Bası, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1997.
- ERTAŞ, Şeref, CUMALIOĞLU, Emre, SERDAR, İlknur : **Eşya Hukuku**, 13. Basım, İzmir, Barış Yayınları, Fakülteler Kitabevi, 2016.
- ESCHMANN, Beat : **Auslegung und Ergänzung von Dienstbarkeiten**, Zürich, Schulthess, 2005.
- ESENER, Turhan : “L’influence du droit public sur la propriété privée immobilière en droit privé turc”, **AÜHFD**, C. XIX, S. 1-4, 1962, s. 233-249.
- ESENER, Turhan, GÜVEN, Kudret : **Eşya Hukuku**, 6. Bası, Ankara, Yetkin, 2015.
- ESMER, Galip : **Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili**, 6. Baskı, Ankara, Tapu ve Kadastro Vakfı Yayınları, 1998.
- FARINE, Alexandra : “La constitution conditionnelle d’un usufruit immobilier”, **Transmission du patrimoine, questions choisies: Contributions à l’honneur de Paul-Henri Steinauer à l’occasion de ses cinquante ans**, Fribourg, Editions universitaires, 1998, s. 135-148.
- FARINE FABBRO, Alexandra : **L’usufruit immobilier**, Fribourg, Schulthess, 2000 [atf: Usufruit].
- FARINE FABBRO, Alexandra : “L’usufruit sur une partie d’immeuble”, **RNRF 84/2003**, s. 75-82.
- FARINE FABBRO, Alexandra : “Art. 745-775 CC”, **Commentaire Romand**,

- Code civil II**, (edit. Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Denis Piotet), Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2016 [atîf: CR-Farine Fabbro, art. ... CC, N. ...].
- FLEISCHLI, Hans : “Die Mehrbelastung nach Art. 739 ZGB”, **Universität Freiburg**, Dissertation, Freiburg, 1980.
- FOËX, Bénédict : **Le “numerus clausus” des droits réels en matière mobilière**, Lausanne, Payot, 1987 [atîf: Numerus clausus].
- FOËX, Bénédict : “Cession du droit de superficie et droits de préemption légaux de l’art. 682 al. 2 CC”, **Droit de superficie et leasing immobilier**, (edit. Bénédict Foëx), Genève-Zurich-Bâle, Schulthess, 2011, s. 49-65 [atîf: Cession].
- FOËX, Bénédict : “La jurisprudence récente de la Cour de Justice de Genève en matière de droits réels immobiliers”, **Servitudes, droit de voisinage, responsabilités du propriétaire immobilier**, (edit. Bénédict Foëx), Genève-Zurich-Bâle, Schulthess, 2007, s. 23-38 [atîf: Jurisprudence].
- FOËX, Bénédict : **Le contrat de gage mobilier**, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing&Lichtenhahn, 1997.
- FOËX, Bénédict : “Art. 641-645; 884-898; 907-915 CC”, **Commentaire Romand, Code civil II**, (edit. Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Denis Piotet), Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2016 [atîf: CR-Foëx, art. ... CC, N. ...].

- FREIMÜLLER, Hans-Ulrich : **Die Stellung der Baurechtsdienstbarkeit im System der dinglichen Rechte**, Bern, Stämpfli, 1967.
- FRIEDRICH, Hans-Peter : “Zum Inhalte der Nutzungsdienstbarkeiten”, **Basler Festgabe zum schweizerischen Juristentag**, Basel, Helbing&Lichtenhahn, 1963, s. 37-55.
- GALLAND, Cyril : **Le contenu des servitudes foncières, Aspects de droits réels et obligations de faire rattachées à la servitude**, Genève-Zurich-Bâle, Schulthess, 2013 [atf: Contenu].
- GALLAND, Cyril : “Les servitudes de concurrence – un instrument à manier avec précaution”, **RNRF 95/2014**, s. 145-156 [atf: Concurrence].
- GALLAND, Cyril : “L’intérêt des servitudes de même contenu que des restrictions légales à la propriété”, **Not@lex 4/2013, Revue de droit privé et fiscal du patrimoine**, s. 161-168 [atf: Restrictions légales].
- GALLAND, Cyril : “L’entretien des ouvrages en servitude: les pièges à éviter”, **DC 2013**, s. 106-109.
- GAUCH, Peter, SCHLUEP, Walter R., SCHMID, Jörg, REY, Heinz, EMMENEGGER, Susan : **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht**, Bd. I, 10. Auf., Zürich-Basel-Genf, Schulthess, 2014.
- GEMALMAZ, H. Burak : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, İstanbul, Beta, 2009.
- GENÇ ARIDEMİR, Arzu : “Kiraya Verenin İntifa Hakkının Sona Ermesi Durumunda Malikin Taşınmaz Kira

- Sözleşmesinin Tarafı Haline Gelip Gelmeyeceği Sorunu”, **Bahçeşehir Üniversitesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, S. 95-96, 2012, s. 125-159.
- GERMANN, Martin : **Der Vertrag zur Errichtung einer Grunddienstbarkeit**, Bern, Stämpfli, 2008.
- GÖKSU, Tarkan : “Art. 667-712, 730-744, 780-792”, **Handkomentar**, (edit. Marc Amstutz, Peter Breitschmid, Andreas Furrer, Daniel Girsberger, Claire Huguenin, Markus Müller-Chen, Vito Roberto, Alexandra Rumo-Jungo, Anton K. Schnyder), 2. Auf., Zürich, 2012 [atıf: HandK-Göksu, art. ... ZGB, N. ...].
- GÖKYAYLA, K. Emre : “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, **Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan**, C. II, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, s. 68-84.
- GUISAN, François : “Note sur l’arrêt Wyss-Henggeler et cons. c. Fuchs et Cie”, **JdT** 1941 I 297.
- GÜLAN, Aydın : **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tâbi Olduğu Hukukî Rejim**, İstanbul, Alfa, 1999.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper : **Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler**, 2. Bası, İstanbul, Vedat, 2007 [atıf: Şerh].
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper : **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I**, 3. Bası, İstanbul, Vedat, 2013.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper : “Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri ile Karşılaştırmalı Olarak Eski Medeni Kanunun

- Üst Hakkına İlişkin Hükümlerinde Üst Hakkı İlişkisinin Tarafları ve İlgilileri İçin Kabul Edilmiş ‘Tazminat (Bedel) Alacakları’ ve ‘İpotek Hakları’”, **Bilgi toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. II**, İstanbul, Beta, 2003, s. 533-569 [atıf: Üst Hakkı].
- GÜR, Necip Taha : “Yargı Kararları Işığında İdare Lehine Kurulan İrtifaklar”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013.
- GÜRSOY, Kemal T., EREN, Fikret, CANSEL, Erol : **Türk Eşya Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984.
- GÜRZUMAR, Osman Berat : **Türk Medenî Hukukunda Üst Hakkı**, 2. Baskı, İstanbul, Beta, 2001.
- GÜRZUMAR, Osman Berat, SANLI, Kerem Cem : “Akaryakıt Bayileri ile Akaryakıt Dağıtım Şirketleri Arasında Akdedilen Bayilik ve İntifa Sözleşmelerinin 4054 Sayılı Kanun’un 4. Maddesine Aykırı Kabul Edilmesi İhtimalinde Ortaya Çıkacak Özel Hukuk Sorunları Hakkında”, **Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. III**, Ankara, Yetkin, 2009, s. 549-577.
- HAAB, Robert : “Art. 641-703 ZGB”, **Das Eigentum, Zürcher Kommentar, Bd. IV/1**, 2. Auf., Zürich, Schulthess, 1977 [atıf: ZK-Haab, art. ... ZGB, N. ...].
- HAAB, Robert, SIMONIUS, August : “Art. 704-714 ZGB”, **Das Eigentum, Zürcher Kommentar**, Bd. IV/1, 2. Auf., Zürich, Schulthess, 1977 [atıf: ZK-

- Haab/Simonius, art. ... ZGB, N. ...] .
- HAON, André : **De l'extinction des droits réels principaux par le non-usage en droit français**, Toulouse, Imprimerie Lagarde&Seville, 1909.
- HATEMİ, Hüseyin, : **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 3. Bası, GÖKYAYLA, K. Emre İstanbul, Vedat, 2015.
- HATEMİ, Hüseyin, SEROZAN, : **Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz, 1991. Rona, ARPACI, Abdülkadir
- HEINZ, Marx : **Das dingliche Wohnrecht**, Bern, Herbert Lang&Cie, 1970.
- HELVACI, İlhan : **Hukuki Mütalaalar**, İstanbul, XII Levha, 2010.
- HELVACI, İlhan : **Türk Medenî Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı**, İstanbul, XII Levha, 2008 [atıf: İpotek].
- HENGGELER, Benno : “Art. 779-779I”, **Handkommantar**, (edit. Marc Amstutz, Peter Breitschmid, Andreas Furrer, Daniel Girsberger, Claire Huguenin, Markus Müller-Chen, Vito Roberto, Alexandra Rumo-Jungo, Anton K. Schnyder), 2. Auf., Zürich, 2012 [atıf: HandK-Henggeler, art. ... ZGB, N. ...].
- HENGGELER, Benno : **Die Beendigung der Baurechtsdienstbarkeit infolge Zeitablaufs und der vorzeitige Heimfall (Art. 779c ff. ZGB)**, Zurich-Bâle-Genève, Schulthess, 2005.
- HINDERLING, Hans : “Grunddienstbarkeiten und Utilitätsprinzip”, **Erhaltung und Erfaltung des Rechts in der**

- Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1975, s. 365-374.**
- HOHL, Fabienne : “Le contrôle de l’interprétation des servitudes par le Tribunal fédéral”, **RNRF** 90/2009, s. 73-80.
- HOMBERGER, Arthur : **Besitz und Grundbuch, Art. 919-977, Zürcher Kommentar, Bd. IV/3, 2. Auf.**, Zurich, Schulthess, 1938 [atf: ZK-Homberger, art. ... ZGB, N. ...].
- HUBER, Eugen : **Exposé des motifs de l’avant-projet (de Code civil suisse) du Département civil de justice et de police, 2^e éd.**, Berne, Imprimerie Bühler&Co, 1902.
- HUBER, Hans : “Bemerkungen der Redaktion”, **RNRF** 62/1981, s. 255-256.
- HÜRLIMANN-KAUP, Bettina : “Neuerungen im Dienstbarkeitsrecht”, **Les servitudes et les cédules hypothécaires à la lumière des nouvelles dispositions du Code civil**, (edit. Jürg Schmid), Genève-Zurich-Bâle, Schulthess, 2012, s. 25-58 [atf: Neuerungen].
- HÜRLIMANN-KAUP, Bettina : “Die Ermittlung des Zwecks einer Grunddienstbarkeit”, **RSJ** 2006, s. 6-10 [atf: Zweck].
- HÜRLIMANN-KAUP, Bettina : “Schranken der inhaltlichen Ausgestaltung

- von Dienstbarkeiten”, **Dienstbarkeiten im Wandel – von “Weg und Steg” zum Energie-Contracting** Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und notarielle Praxis an der Universität Bern vom 22./23. Oktober 2014, (edit. Stephan Wolf), Bern, Stämpfli, 2014, s. 49-84 [Schranken].
- HÜRLIMANN-KAUP, Bettina, : “Auslegung eines Wegrechts: einseitige
OSWALD, Diana Umgestaltung des Wegbelags durch des Belasteten”, **DC** 2013, s. 316-318.
- İMRE, Zahit : **Kaynak-Yeraltı Suları ve Hukuki Durumları**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1951.
- ISLER, Peter : **Der Baurechtsvertrag und seine Ausgestaltung**, Zurich, Stämpfli, 1973.
- ISLER, Peter GROSS, : “Art. 779-779I”, **Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar**, (edit. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), 5. Auf., Basel, Helbing&Lichtenhahn, 2015 [atıf: BSK-Isler/Gross, art ... ZGB, N. ...].
Dominique
- JEANDIN, Etienne : “Les dispositions relatives aux servitudes et au droit de superficie”, **La réforme des droits réels immobiliers – Les modifications du Code civil entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2012**, (edit. Bénédicte Foëx), Genève-Zurich-Bâle, Schulthess, 2012, s. 53-80.
- JEANDIN, Nicolas : “Le contrat constitutive de servitude”, **Les**

- servitudes et les cédules hypothécaires à la lumière des nouvelles dispositions du Code civil**, (edit. Jürg Schmid), Genève-Zurich-Bâle, Schulthess, 2012, s. 109-137.
- JENNY, David : “Art. 782-792”, **Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar**, (edit. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), 5. Auf., Basel, Helbing&Lichtenhahn, 2015 [atıf: BSK-Jenny, art. ... ZGB, N. ...].
- KÄHR, Michel : “Art. 713-736”, **Kommentar-Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, (edit. Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf), 2. Auf., Zurich, Orell Füssli, 2011 [atıf: OFK-Kähr, art. ... ZGB, N. ...].
- KANETİ, Selim : “Mülkiyet Hakkının İçeriksel Değişimi”, **İstanbul Üniversitesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, Mahmut R. Belik’e Armağan**, İstanbul, İ.Ü. Basımevi ve Film Merkezi, 1993, s. 283-288.
- KARABAĞ BULUT, Nil : **Medeni Kanununun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, İstanbul, XII Levha, 2014.
- KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan : **Roma Eşya Hukuku**, 5. Basım, Ankara, Turhan, 2015.
- KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan : “Çağdaş Mülkiyet Anlayışı Dolayısıyla Roma Mülkiyetinin Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu”, **BATİDER, C. XIII, S. 3-4**,

- Prof. Dr. Hikmet Belbez'in Hâtırasına Armağan**, 1986, s. 157-184.
- KAYA KIZILIRMAK, Cansu : “Yüküne Oranla Çok Az Yarar Sağlayan Üst Hakkının Mahkeme Kararı ile Bedel Karşılığında Kısmen veya Tamamen Terkini”, **Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, S. 145-146, 2016, s. 859-879.
- KAZANCI, Mehmet Necmettin : “Zorunlu İrtifaklar”, **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2014.
- KIKINIS, Michael : **Benutzungsrechte an Sachen**, Zürich, Schulthess, 1996.
- KIRCA, Çiğdem : “Zorunlu İrtifakların Hukuki Niteliği”, **AÜHFD**, S. 4, 2005, s. 65-76.
- KOCABAŞ, Gediz : “Sözleşmeden Doğan Geçit Hakkı”, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2011.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip : **Miras Hukuku**, 3. Bası, İstanbul, Filiz, 1987.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, HATEMİ, Hüseyin, SEROZAN, Rona, ARPACI, Abdülkadir : **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme**, 4. Bası, İstanbul, Filiz, 2008.
- KÖPRÜLÜ, Bülent, KANETİ, Selim : **Sınırlı Ayni Haklar**, 2. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982-1983.

- KUNTALP, Erden : “Bağımsız ve Sürekli Aynî Hakların Özellikle Üst Hakkının Taşınmaz Olarak İşlem Görmesi”, **TBBD**, S. 4, 1991, s. 528-551.
- KURŞAT, Zekeriya : **Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi**, İstanbul, Arıkan, 2008.
- KURT, Ekrem : **Tapu Sicilinin Düzeltilmesi**, İstanbul, Kazancı, 2004.
- LARROUMET, Christian : **Droit civil: Les biens, Droits réels principaux**, vol. II, 3^e éd., Paris, Economica, 1997.
- LEEMAN, Hans : **Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Art. 730-918 ZGB, Berner Kommentar, Bd. IV/2**, Bern, Stämpfli, 1925 [atıf: BK-Leeman, art. ... ZGB, N. ...].
- LENDI, Martin : “Plannungsrecht und Eigentum”, **Société suisse des juristes, Rapports et communications**, 110, 1976, s. 1-224.
- LIVER, Peter : **Die Grunddienstbarkeiten, Art. 730-744 ZGB, Zürcher Kommentar, T. IV/2a/1**, 3. Auf., Zurich, Schulthess, 1980 [atıf: ZK-Liver, art. ... ZGB, N. ...].
- LIVER, Peter : “Das Eigentum”, **Schweizerisches Privatrecht**, Bd. V/1, Basel und Stuttgart, Helbing&Lichtenhahn, 1977 [atıf: Eigentum].
- LIVER, Peter : “Die Entstehung und Ausbildung des Eintragungs- und des Vertrauensprinzip im Grundstücksverkehr”, **RNRF** 60/1979, s. 1-23 [atıf: Vertrauensprinzip].

- LIVER, Peter : “Die Aufhebung und Ablösung von Servituten im schweizerischen Recht (Art. 736 ZGB)”, **RNRF** 42/1961, s. 1-22 [atf: Aufhebung].
- LIVER, Peter : “Über die Formen der Begründung und Übertragung von dinglicher Rechten am Grundstücken”, **RNRF** 26/1945, s. 65-73 [atf: Übertragung].
- LIVER, Peter : “Die Ablösung von Grundlasten und die Aufhebung entsprechender schuldrechtlicher Verpflichtung nach schweizerischem Recht”, **Privatautonomie, Eigentum und Verantwortung, Festgabe für Hermann Weitnauer zum 70. Geburtstag**, Berlin, Duncker&Humblot, 1980, s. 181-194 [atf: Ablösung].
- LIVER, Peter : “Die Löschung infolge Unterganges des dinglichen Rechtes”, **RNRF** 39/1958, s. 321-341 [atf: Löschung].
- LIVER, Peter : “Eigentumsbegriff und Eigentumsordnung”, **Privatrechtliche Abhandlungen, Festgabe zum 70. Geburtstag des Verfassers am 21. August 1972**, Bern, Stämpfli, 1972, s. 149-173 [atf: Eigentumsbegriff].
- MAKARACI BAŞAK, Aslı : **Taşınır Rehni Sözleşmesi**, İstanbul, XII Levha, 2014.
- MATHYS, Beat : “Bemerkungen zum Bundesgericht, II. Zivilabteilung, 5.9.1997, Bank X. c. R. und M. G (5C.69/1997; BGE 123 III 337 ff.).

- Berufung”, **PJA** 1998, s. 350-353.
- MAYRHOFER, Heinrich : “Abstehen vom Vertrag aus wichtigem Grund bei Dienstbarkeiten? Zugleich eine Besprechung der E des OGH 25.9.1973, 3 Ob 127/73”, **Juristische Blätter**, Heft 23/24, 7 Dezember 1974.
- MEIER-HAYOZ, Arthur : **Berner Kommentar, Das Sachenrecht, das Eigentum, Systematischer Teil und allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654 ZGB, Bd. IV/1**, 5. Auf., Bern, Stämpfli, 1981 [atf: BK-Meier-Hayoz, art. ..., N. ...].
- MEIER-HAYOZ, Arthur : **Grundeigentum I, Art. 655-679 ZGB, Berner Kommentar, Bd. IV/1/2**, 3. Auf., Bern, Stämpfli, 1965 [atf: BK-Meier-Hayoz, art. ..., N. ...].
- MEIER-HAYOZ, Arthur : **Grundeigentum II, Art. 680-701 ZGB, Berner Kommentar, Bd. IV/1/3**, 3. Auf., Bern, Stämpfli, 1975 [atf: BK-Meier-Hayoz, art. ..., N. ...].
- MEIER- HAYOZ, Arthur : “Vom Wesen des Eigentums”, **Revolution der Technik, Evolutionen des Rechts, Festgabe für Karl Oftinger**, Zürich, Schulthess, 1969, s. 171-186 [atf: Vom Wesen].
- MONIER, Raymond : **Manuel élémentaire de droit romain**, T. 1, 6^e éd., Paris, Domat Montchrestien, 1947.
- MOOR, Pierre : “Aménagement du territoire et propriété privée”, **Société suisse des juristes, Rapports et communications**, 110, 1976, s.

- 365-479.
- MOOSER, Michel : “La description de l’assiette d’une servitude”, **RNRF** 72/1991, s. 257-262.
- MOOSER, Michel : “Introduction au droit de la superficie – La constitution du droit”, **Droit de superficie et leasing immobilier**, (edit. Bénédicte Foëx), Genève-Zurich-Bâle, Schulthess, 2011, s. 1-23 [atf: Superficie].
- MOOSER, Michel : “La fin du droit d’habitation”, **RNRF** 77/1996, s. 345-362 [atf: Fin].
- MOOSER, Michel : “Art. 776-778”, **Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar**, (edit. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), 5. Auf., Basel, Helbing&Lichtenhahn, 2015 [atf: BSK-Mooser, art. ..., N. ...].
- MOOSER, Michel : “Le droit d’habitation”, **Université de Fribourg**, Thèse, Bulle, 1997 [atf: Habitation].
- MOULLET AUBERSON, Josette : **La division des biens-fonds**, Fribourg, Editions universitaires, 1993.
- MUGGLIN, Carl : **Das dingliche Wohnrecht im schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Bern, Stämpfli, 1940.
- MÜLLER, Roland M. : “Art. 745-775”, **Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar**, (edit. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), 5. Auf., Basel, Helbing&Lichtenhahn, 2015 [atf: BSK-Müller, art. ..., N. ...].
- NAEGELI, Karl : **Die Auslegung der Grunddienstbarkeiten**,

- Aarau, H. R. Sauerländer&Co., 1935.
- NEUENSCHWANDER, Urs : **Die Leistungspflichten der Grundeigentümer im französischen Code civil und im schweizerischen Zivilgesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung des Nachbarrechts**, Zürich, Verlag P. G. Keller, 1966.
- NOMER, Halûk Nami : “İdarece Tanınan Üst Haklarında, İrat Biçimindeki İrtifak Bedelinin Belirlenmesi”, **Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan**, Ankara, Seçkin, 2006, s. 427-439 [atıf: Bedel].
- NOMER, Halûk Nami : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, İstanbul, Beta, 2015.
- NOMER, Halûk Nami, ERGÜNE, Mehmet Serkan : **Eşya Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, XII Levha, 2017.
- NOVERRAZ, Jacques-Daniel : **Constitution et contenu de la charge foncière**, Lausanne, Bis et Ter, 2005.
- OĞUZMAN, M. Kemal : “Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar”, **İÜHFİM**, C. 31, S. 1-4, 1965, s. 209-219 [atıf: Eşyaya Bağlı].
- OĞUZMAN, M. Kemal : “Eşyaya Bağlı Haklara Hakim Olan Esaslar”, **Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978, s. 107-126 [atıf: Esaslar].
- OĞUZMAN, M. Kemal : “Kat Mülkiyeti Hakkında İsviçre’de ve Türkiye’de Hazırlanan Kanun Tasarıları, Tahlili ve Tenkidi”, **İÜHFİM**, C. 25, S. 1-4, 1959, s. 133-192.
- OĞUZMAN, M. Kemal : “Kat Mülkiyeti Kanunu Tasarısı Hakkında”,

- İÜHFİM, C. 29, S. 4, 1963, s. 1019-1037.
- OĞUZMAN, M. Kemal, BARLAS, Nami : **Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 22. Bası, İstanbul, Vedat, 2016.
- OĞUZMAN, M. Kemal, ÖZ, M. Turgut : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I**, 14. Bası, İstanbul, Vedat, 2016.
- OĞUZMAN, M. Kemal, SELİÇİ, Özer, OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe : **Eşya Hukuku**, 19. Baskı, İstanbul, Filiz, 2016 [atıf: Eşya].
- OĞUZMAN, M. Kemal, SELİÇİ, Özer, OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe : **Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler**, 16. Baskı, İstanbul, Filiz, 2016.
- OKTAY, Saibe : “Uzun Süreli Sözleşmelerin Geçerliliği ve Sona Erme Düzeni”, **İÜHFİM**, C. 55, S. 3, 1997, s. 209-234.
- OLGAÇ, Furkan : “Geçit Hakkında Tarafların Borçları”, **Adalet Dergisi**, S. 51, 2015, s. 47-74.
- ONAR, Sıddık Sami : **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. II, 3. Bası, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- OSTERTAG, Fritz : **Besitz und Grundbuch, Berner Kommentar, Bd. IV/3**, 2. Auf., Bern 1917 [atıf: BK-Ostertag, art. ... ZGB, N. ...].
- ÖCAL APAYDIN, Bahar : **Roma Hukukundan Günümüze Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları**, Ankara, Yetkin, 2014 [atıf: İrtifak].
- ÖĞÜZ, Tufan : **Müşterek Mülkiyette Taksim Engelleri**, İstanbul, Alfa, 1995 [atıf: Taksim].
- ÖKTEM ÇEVİK, Seda : **Kira Sözleşmesine Etkisi Bakımından Kiralananın Devri Ve Sınırlı Ayni Hakka**

- Konu Olması**, İstanbul, XII Levha, 2016.
- ÖRÜCÜ, Esin : **Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1976.
- ÖZ, M. Turgut : **Öğreti Ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme**, İstanbul, Kazancı, 1990.
- ÖZAKMAN, Cumhur : **Türk Hukukunda Mecra İrtifakları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978.
- ÖZBİLEN, Arif Barış : “Üst Hakkı İradı Ve Bu İradın Ödenmesine İlişkin Alacağın Güvencesi Olarak Kanunî İpotek Hakkı”, **TBBD**, S. 126, 2016, s. 263-310.
- ÖZEN, Burak : **Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı**, İstanbul, Vedat, 2008 [atf: İntifa].
- ÖZKAN, Hasan : **Asliye Hukuk Davaları ve Tatbikatı, Sınırlı Ayni Haklar (TMY md. 779-972)**, İstanbul, Legal, 2015.
- ÖZMEN, Etem Sabâ : **Türk Hukukunda Paydaşlıktan Çıkarma Davası**, Ankara, Kazancı, 1992.
- ÖZMEN, Etem Sabâ, VARDAR : **Kat İrtifakı**, 2. Bası, İstanbul, XII Levha, 2015.
- HAMAMCIOĞLU, Gülşah
- ÖZMEN, E. Sabâ, YÜCE, : “MK “Madde 700” Hükmünce Pay Melek Bilgin : Üzerindeki İntifa Haklarının Paylı Hâlin Giderilmesi Dâvalarına İlişkin Hukukî Sonuçlar”, **İBD**, C. 81, S. 3, 2007, s. 949-970.
- ÖZPAK, Tayfun : “Taşınmaz Değerlemesi ve Sınırlı Ayni Hakların Taşınmaz Değerine Etkisi”, **İstanbul Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri**

- Enstitüsü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006.
- ÖZSUNAY, Ergun : **Zarurî Geçit Hakkı (Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta)**, İstanbul, Cezaevi Matbaası, 1968.
- PELLASCIO, Michel : “Art. 712a-712t, Art. 737-744”, **Kommentar-Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, (edit. Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf), 2. Auf., Zurich, Orell Füssli, 2011 [atf: OFK-Pellascio, art. ... ZGB, N. ...].
- PERRUCHOUD, Edmond : “Art. 646-651a CC”, **Commentaire Romand, Code civil II**, (edit. Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Denis Piotet), Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2016 [atf: CR-Perruchoud, art. ... CC, N. ...].
- PETEK, Hasan : **Taşınmaz Malikinin Hukuka Uygun Taşkınlıklardan Sorumluluğu (TMK.m. 730/II)**, Ankara, Yetkin, 2005.
- PETER, Hans : **Wandlungen der Eigentumsordnung und der Eigentumslehre seit dem 19. Jahrhundert, Ein Beitrag zur neueren Geschichte des Zivilrechts**, Aarau, Verlag A. R. Sauerländer&Co., 1949.
- PETITPIERRE, Edouard : **Restrictions légales du droit public à la propriété et expropriation**, Lausanne, Imprimerie la Concorde, 1939.
- PETITPIERRE, Etienne : “Art. 730-744 und 781-781a”, **Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar**,

- (edit. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), 5. Auf., Basel, Helbing&Lichtenhahn, 2015 [atîf: BSK-Petitpierre, art. ... ZGB, N. ...]..
- PFÄFFLI, Roland : “Dienstbarkeitsvertrag und grundbuchlicher Vollzug”, **Les servitudes et les cédules hypothécaires à la lumière des nouvelles dispositions du Code civil**, (edit. Jürg Schmid), Genève-Zurich-Bâle, Schulthess, 2012, s. 79-108 [atîf: Dienstbarkeitsvertrag].
- PFÄFFLI, Roland : “Errichtung, Auslegung und Löschung von Dienstbarkeiten”, **Dienstbarkeiten im Wandel – von “Weg und Steg” zum Energie-Contracting** Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und notarielle Praxis an der Universität Bern vom 22./23. Oktober 2014, (edit. Stephan Wolf), Bern, Stämpfli, 2014, s. 1-47 [atîf: Errichtung].
- PFISTER, Heinrich : “Der Inhalt der Dienstbarkeit”, **ZSR** 52/1933, s. 325-376.
- PFISTER, Laurent : “Les particuliers peuvent-ils au gré de leur volonté créer des droits réels? Retour sur les controverses au XIX^e siècle”, **RDC** 2013/4, s. 1261-1284.
- PICHONNAZ, Pascal : **Les fondements romains du droit privé**, Genève-Zurich-Bâle, Schulthess, 2008.
- PIOTET, Denis : **Prescriptions extinctive ou acquisitive touchant aux droits réels**, Berne, Stämpfli,

- 1992 [atf: Prescription].
- PIOTET, Denis : **Traité de droit privé suisse, V/2, Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières**, 2^e éd., Bâle, Helbing&Lichtenhahn, 2012 [atf: Traité].
- PIOTET, Denis : “Comment organiser les rapports d’usage entre les bénéficiaires de servitudes de même rang”, **Mélanges Paul Piotet**, Berne, Stämpfli, 1990, s. 89-105 [atf: Rapport d’usage].
- PIOTET, Denis : “Les nouvelles dispositions relatives aux servitudes”, **Les servitudes et les cédules hypothécaires à la lumière des nouvelles dispositions du Code civil**, (edit. Jürg Schmid), Genève-Zurich-Bâle, Schulthess, 2012, s. 59-78 [atf: Dispositions].
- PIOTET, Denis : “Propriété collective, servitudes, droit de voisinage et restrictions de droit public: tour d’horizon du chapelet de perles entouant la révision des gages immobiliers et de la tenue du registre foncier”, **RNRF** 87/2006, s. 12-30.
- PIOTET, Denis : **Le principe “La vente ne rompt pas le bail” et le système général des droits réels**, Berne, Stämpfli, 1993 [atf: Bail].
- PIOTET, Denis : “Art. 519-533; 626-632; 680-712; 780-781a; Tit. fin. disp. trans. 5-50; Tit. fin. 51-61 CC”, **Commentaire Romand, Code civil II**, (edit. Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Denis Piotet), Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2016 [atf: CR-Piotet, art. ... CC, N. ...].

- PIOTET, Paul : **Traité de droit privé suisse, V/3, Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières**, Fribourg, Editions universitaires, 1978 [atf: Traité].
- PIOTET, Paul : “La question préjudicielle de l’existence matérielle d’une servitude inscrite au registre foncier”, **SJ** 1982, s. 529-530 [atf: Préjudicielle].
- PIOTET, Paul : “La renonciation à une servitude et le registre foncier”, **JdT** 1987 I 669 [atf: Renonciation].
- PIOTET, Paul : “Le contenu d’une servitude, sa modification conventionnelle et la protection de la bonne foi”, **RNRF** 81/2000, s. 284-288 [atf: Contenu].
- PITTET, Michel : **Les servitudes légales**, Lausanne, Imprimerie vaudoise, 1967.
- PRADERVAND-KERNEN, Maryse : **La valeur des servitudes foncières et du droit de superficie**, Fribourg, Schulthess, 2007 [atf: Valeur].
- PRADERVAND-KERNEN, Maryse : “La valeur du droit de superficie”, **Droit de superficie et leasing immobilier**, (edit. Bénédict Foëx), Genève-Zurich-Bâle, Schulthess, 2011, s. 25-48 [atf: Superficie].
- REY, Heinz : **Die Grunddienstbarkeiten, Systematischer Teil und Art. 730-731 ZGB, Berner Kommentar, T. IV/2/1/1, 2. Auf.**, Bern, Stämpfli, 1981 [atf: BK-Rey, art. ... ZGB, N. ...].
- REY, Heinz : **Grundriss des schweizerischen**

- Sachenrechts I: Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, T. I, 3. Auf., Bern, Stämpfli, 2007 [atf: Grundlagen].**
- REY, Heinz : “Funktionen des Dienstbarkeitsvertrages”, **RNRF** 64/1983, s. 257-268 [atf: Funktionen].
- REY, Heinz, STREBEL, Lorenz : “Art. 664-712, 780, 20 SchlT, 56 SchlT”, **Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar**, (edit. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), 5. Auf., Basel, Helbing&Lichtenhahn, 2015 [atf: BSK-Rey/Strebel, art. ... ZGB, N. ...].
- RIEMER, Hans Michael : **Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band II: Die beschränkten dinglichen Rechte**, 2. Auf., Bern, Stämpfli, 2000 [atf: Beschränkten].
- RIEMER, Hans Michael : **Das Baurecht (Baurechtsdienstbarkeit) des Zivilgesetzbuches und seine Behandlung im Steuerrecht**, Zürich, Schulthess, 1968 [atf: Baurecht].
- RIEMER, Hans Michael : “Die Verträge des ZGB, insbesondere jene des Sachenrechts, aus des Sicht des OR”, **Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey**, Zürich, Schulthess, 2003, s. 83-91.
- ROSSEL, Virgile, MENTHA, Fritz Henri : **Manuel de droit civil suisse**, vol. III, 2^e éd., Lausanne-Genève, Payot, 1922.
- RUEDIN, Roland : **Le droit réel de superficie**, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1969.

- SARI, Suat : “Tapu Sicilinde Terkin İşlemi”, **Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan**, İstanbul, Der, 2015, s. 751-782.
- SAYMEN, Ferit Hakkı, ELBİR, Halid Kemal : **Türk Eşya Hukuku Dersleri**, İstanbul, Filiz, 1963.
- SCACCHI, Diego : **L’obligation “propter rem” et les droits personnels annotés au registre foncier**, Locarno, Tipografia Offset Stazione SA, 1970.
- SCHMID, Jörg, HÜRLIMANN-KAUP, Bettina : **Sachenrecht**, 4. Auf., Zürich-Basel-Genf, Schulthess, 2012.
- SCHMID, Jürg : “Dienstbarkeitsrecht im Wandel”, **RNRF** 84/2003, s. 269-291 [atf: Wandel].
- SCHMID, Jürg : “Art. 942-977, 18 SchlT, 38-48 SchlT, 55-55a SchlT”, **Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar**, (edit. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), 5. Auf., Basel, Helbing&Lichtenhahn, 2015 [atf: BSK-Schmid, art. ... ZGB, N. ...].
- SCHMID-TSCHIRREN, Christina : “Art. 730-792, 884-915 und 21, 34-36 SchlT.”, **Kurzkomentar Zivilgesetzbuch**, (edit. Andrea Büchler/Dominique Jakob), Basel, Helbing&Lichtenhahn, 2012 [atf: KurzK-Schmid-Tschirren, art... N...].
- SCHMID-TSCHIRREN, Christina : “Aspecte des sachenrechtlichen Publizitätprinzips – Insbesondere zu Anwedungen und Auswirkungen dieses Prinzips im Dienstbarkeitsrecht”, **Une empreinte sur le Code civil, Mélanges en**

- l'honneur de Paul-Henri Steinauer**, Berne, Staempfli, 2013, s. 605-619 [atıf: Publizitätsprinzip].
- SCHMIDLIN, Bruno : **Droit privé romain: origine et source, famille, biens, successions, T. I**, 2^e éd., Genève, Helbing&Lichtenhanh, 2012.
- SCHMIDLIN, Bruno : “Le sort du contrat résolu ou annulé: l’effet ex nunc ou la liquidation du contrat par la *in integrum restitutio*”, **Mélanges en l’honneur de Carlo Augusto Cannata**, Bâle-Genève-Munich, Helbing&Lichtenhahn, 1999, s. 333-346 [atıf: Liquidation].
- SCHÖBI, Felix : “Bemerkungen zur sogenannten “Höchstpersönlichkeit” des Wohnrechtes”, **Recht** 1988, s. 58-61.
- SCHÜPBACH, Henri-Robert : “La charge foncière, une mal aimée, une mal connue”, çevrimiçi: <http://www.icone-consultation-notariale.ch/conf-21-06-2001.htm> (27.02.2017).
- SELİÇİ, Özer : **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977.
- SEROZAN, Rona : “Mülkiyet Hakkının Özü, İşlevi ve Sınırları”, **Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan, C. I**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 239-254 [atıf: Mülkiyet].
- SEROZAN, Rona : “Komşunun Arsasına Taşan Yapı”, **Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan, İÜHFİM, C. 42, S. 1-4**, 1976, s. 359-375.

- SEROZAN, Rona : **Taşınır Eşya Hukuku I**, 3. Bası, İstanbul, Filiz, 2014 [atıf: Eşya].
- SEROZAN, Rona, ENGİN, Baki İlkey : **Miras Hukuku**, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, 2014.
- SIMONIUS, August : “Was bedeuten für uns dir Pandekten?”, **ZSR** 53/1934, s. 1-33.
- SIMONIUS, Pascal, SUTTER, Thomas : **Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Bd. I, Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum**, Basel, Helbing&Lichtenhahn, 1995 [atıf: Bd. I].
- SIMONIUS, Pascal, SUTTER, Thomas : **Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Bd. II, Die beschränkten dinglichen Rechte**, Basel, Helbing&Lichtenhahn, 1990 [atıf: Bd. II].
- SİRMEN, Lâle : **Türk Özel Hukukunda Şart**, Ankara, BATİDER, 1992 [atıf: Şart].
- SİRMEN, Lâle : **Eşya Hukuku**, Ankara, 4. Baskı, Yetkin, 2016 [atıf: Eşya].
- SİRMEN, A. Lâle : “Yeni Türk Medenî Kanununda Paylı Mülkiyete İlişkin Düzenlemeler”, **Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan**, Ankara, Turhan, 2003, s. 729-740.
- SOLMAZ, Eren : **Kamulaştırma Hukukunda Malikin Geri Alma Hakkı**, İstanbul, XII Levha, 2016.
- SPYCHER, Stephan : “Art. 779-781a”, **Kommentar-Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, (edit. Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf), 2. Auf., Zurich,

- Orell Füssli, 2011 [atf: OFK-Spycher, art. ... ZGB, N. ...].
- SPYCHER, Stephan : “Errichtung und Verlängerung des Baurechts”, **Dienstbarkeiten im Wandel – von “Weg und Steg” zum Energie-Contracting Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und notarielle Praxis an der Universität Bern vom 22./23. Oktober 2014**, (edit. Stephan Wolf), Bern, Stämpfli, 2014, s. 85-131.
- STADLIN, Markus W. : “Die Bindung der Vertragsparteien in langfristigen Vertragsverhältnissen (so bei selbständigen und dauernden Baurechten) – die Voraussetzungen der nachträglichen Anpassung des Baurechtszinses”, **Jusletter**, 19.02.2009.
- STEINAUER, Paul-Henri : “A propos de la réunion des biens-fonds”, **Mélanges Jacques-Michel Grossen**, Bâle, Helbing&Lichtenhanh, 1992, s. 275-284 [atf: Réunion].
- STEINAUER, Paul-Henri : “La propriété privée aujourd’hui”, **Société suisse des juristes, Rapports et communications**, 115, 1981, s. 117-246 [atf: propriété].
- STEINAUER, Paul-Henri : “Le contrat de superficie”, **Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, 2. Schweizerischer Notarenkongress**, Bern, Cosmos, 2013, s. 129-147 [atf: Superficie].
- STEINAUER, Paul-Henri : “Retour anticipé et extinction du droit de

- superficie”, **Droit de superficie et leasing immobilier**, (edit. Bénédicct Foëx), Genève-Zurich-Bâle, Schulthess, 2011, s. 67-94 [atf: Retour anticipé].
- STEINAUER, Paul-Henri : “Servitudes foncières et droit de superficie: développements récents”, **Servitudes, droit de voisinage, responsabilité du propriétaire immobilier**, (edit. Bénédicct Foëx/ Michel Hottelier), Genève, Schulthess, 2007, s. 1-22 [atf: Développements récents].
- STEINAUER, Paul-Henri : **Les droits réels, T. I, Introduction à l’étude des droits réels, possession et registre foncier, dispositions générales sur la propriété, propriété par étages**, 5^e éd., Berne, Stämpfli, 2012 [atf: T. I].
- STEINAUER, Paul-Henri : **Les droits réels, T. II, Propriété foncière, propriété mobilière, généralités sur les droits réels limités, servitudes foncières**, 4^e éd., Berne, Stämpfli, 2012 [atf: T. II].
- STEINAUER, Paul-Henri : **Les droits réels, T. III, servitudes personnelles, charges foncières, gages immobiliers, gages mobiliers**, 4^e éd., Berne, Stämpfli, 2012 [atf: T. III].
- STEINAUER, Paul-Henri, FOUNTOULAKIS, Christiana : **Droit des personnes physiques et de la protection de l’adulte**, Berne, Stämpfli, 2014.
- SULZER, Stefan : “Clausula rebus sic stantibus und der gerstörte Vertragszweck Zugleich Bemerkungen zu BGE 127 III (2001) 300 ff”, **PJA** 2003, s. 987-994.

- SUNGURBEY, İsmet : “Medenî Yasa Öntasarısında Yöntem ve İçerik Bakımından Temel Yanılgılar (İsviçre-Türk Öğreti ve Uygulaması Işığında Uyarılar)”, **Türk Medeni Kanunu Öntasarımı’nın İncelenip Değerlendirilmesi**, MHAUM VIII. Sempozyum, 22-23 Kasım 1985, İstanbul, Türkiyat Matbaacılık, 1988, s. 19-52.
- SURLU, Mehmet Handan, ÖZTÜRK, Gülay : **Öğreti ve Uygulamada Mecra Hakkı: Zorunlu-Rızai Mecra İrtifakı**, Ankara, Seçkin, 2005 [atıf: Mecra].
- SURLU, Mehmet Handan, ÖZTÜRK, Gülay : **Öğreti ve Uygulamanın Işığında Açıklamalı-İçtihatlı Zorunlu Geçit Hakkı ve Diğer Geçit Hakları**, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013 [atıf: Geçit].
- SUTTER-SOMM, Thomas : **Schweizerisches Privatrecht, Das Eigentum und Besitz, Bd. V/1**, 2. Auf., Basel und Stuttgart, Helbing Lichtenhahn, 2014.
- ŞAHİNİZ, Salih : “Gayrimenkule Mülkiyetinin Komşuluk Hukukuna İlişkin Dolayısıyla Kanundan Doğan Sınırlamaları: Zaruri (Zorunlu) İrtifaklar (Les servitudes nécessaires)”, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan**, C. I, 2001, s. 633-693 [atıf: Zaruri İrtifaklar].
- ŞAHİNİZ, Salih : “Diğer İrtifaklar (MK. md. 753) İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme”, **Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay’ın Anısına Armağan, Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 11, S. 1-3, 1999, s. 563-578 [atıf: Diğer İrtifaklar].

- ŞAHİNİZ, Salih : **Türk Medeni Hukukunda Zaruri Mecra İrtifakı**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2001[atıf: Mecra].
- ŞENGÜL, Mehmet : **Tapu Sicilinin Aleniyeti**, Ankara, Adalet, 2013.
- ŞİMŞEK, Suat : “Orman Sayılan Alanlarda Orman Dışı Amaçlarla İrtifak Hakkı Tesisinin Kamu Yararı Açısından Değerlendirilmesi”, **Sayıştay Dergisi**, S. 81, 2011, s. 63-90 [atıf: Orman].
- TADROS, Antoine : “La liberté d’aménager les droits réels principaux”, **Liberté contractuelle et droits réels**, (edit. Lionel Andreu), Monts, L.G.D.J. 2015, s. 87-107.
- TANDOĞAN, Halûk : “Türk Hukukunda Mecralar”, **AÜHFD**, C. 9, 1952, s. 135-165.
- TANDOĞAN, Halûk : “Türk Hukukunda Mecralar”, **AÜHFD**, C. 10, 1953, s. 613-644 [atıf: Mecra 2].
- TANDOĞAN, Halûk : **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. I/1, 6. Basım, İstanbul, Vedat, 2008.
- TEK, Gülen Sinem : “Üst Hakkı Sözleşmesinin Kişisel Nitelikteki Hükümlerinin Şerhine Olanak Sağlayan Yeni İsvMK m. 779b/f. II Düzenlemesinin Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Özer Seliçi’nin Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, S. 145-146, 2016, s. 1147-1184.
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi : **Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, Eşya Hukuku II/1**, İstanbul, Filiz, 1988 [atıf: II/1].
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi : **Kat Mülkiyeti, Eşya Hukuku II/2**, İstanbul,

- Filiz, 1991.
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi : **Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar, Eşya Hukuku II/3**, İstanbul, Filiz, 1994 [atıf: II/3].
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi : “Noterlik Kanununun 89. Maddesi Hakkında Düşünceler”, **HUMK’nu Değiştiren 1711 Sayılı Kanun ve Noterlik Kanunu Hakkında Sempozyum**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, 1976, s. 213-221.
- TEKİNAY, S. Sulhi, AKMAN, Sermet, BURCUOĞLU, Halûk, ALTOP, Atilla : **Tekinay Eşya Hukuku**, İstanbul, 5. Bası, Filiz Kitabevi, 1993.
- TEMPERLI, Alfred : **Die Problematik bei der Aufhebung und Ablösung von Grunddienstbarkeiten (ZGB 736)**, Zürich, Schulthess, 1975.
- TERCIER, Pierre : “La “clausula rebus sic stantibus” en droit suisse (Texte légèrement remanié pour la publication, de la conférence prononcée en avril 1979 aux Soirées d’études juridiques à Lausanne”, **JdT** 1979 I 194.
- TERCIER, Pierre, FAVRE, Pascal G. : **Les contrats spéciaux**, 4^e éd., Genève-Zurich-Bâle, Schulthess, 2009 [atıf: Tercier, Favre, yazar, s. ...].
- THÉVÉNOZ, Luc : “Art. 97-109; 119 CO; Des contrats innomés”, **Commentaire romand, Code des Obligations I**, (edit. Luc Thévénoz/Franz Werro), 2^e éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2012 [atıf: CR-Thévénoz, art. ... CO, N. ...].

- TIRPAN, Sabri : “Medeni Kanuna Göre Lüzumlu Geçit İrtifakı”, **İmran Öktem’e Armağan**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970, s. 243-264.
- TONELLA, Mattia : “Die Löschung einer bedeutungslos gewordenen Dienstbarkeit”, **RNRF** 84/2003, s. 198-235.
- TREPOZ, Édouard : “La substance dans le code civil”, **RRJ** 3/2006, s. 1275-1297.
- TUOR, Peter : **Le Code civil suisse**, (çev. Henri Deschenaux), 2^e éd., Zurich, Editions Polygraphiques, 1950.
- TUOR, Peter, SCHNYDER, Bernhard, SCHMID, Jörg, RUMO-JUNGO, Alexandra : **Das schweizerische Zivilgesetzbuch**, 14. Auf., Zurich-Basel-Genf, Schulthess, 2015 [atıf: Tuor, Schnyder, Schmid, § ..., N. ...].
- TÜRK, Hikmet Sami : **Ticari Ortaklıkların Birleşmesi**, Ankara, BATİDER, 1986.
- ULUSAN, İlhan : **Medenî Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı**, 2. Bası, İstanbul, Vedat, 2012.
- UMUR, Ziya : **Roma Hukuku: Eşya Hukuku (Ayni Haklar)**, İstanbul, Filiz, 1983.
- ÜNAL, Mehmet : **Türk Medeni Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı**, Ankara 1988 [atıf: Yapı].
- ÜNAL, Mehmet : “Taşınmaza Bağlı İrtifak Kavramı ve Muhtevası”, **Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, C. II**, Ankara, Yetkin, 2015, s. 1743-1754 [atıf: Kavram] .
- ÜNAL, Mehmet : “Taşınmaza Bağlı İrtifakın Kurulması”, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C. III, Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, S. 3,

- Özel Sayı, 2016, s. 2839-2865 [atf: Kurulma].
- ÜNAL, Mehmet, BAŞPINAR, Veysel : **Şekli Eşya Hukuku**, 8. Bası, Ankara, Savaş, 2016.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim : **Tapu Kütüğünün Tashihi Davası**, İstanbul, Baha Matbaası, 1959.
- VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah : “Kiralanan Taşınmaz Üzerinde Üçüncü Kişinin Kira Sözleşmesinden Sonra Sınırlı Aynî Hak Sahibi Olması Ve Buna Bağlılanan Sonuçlar (TBK m. 311)”, **ABD**, 2016/1, s. 304-331.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, ESMER, Galip : **Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı**, 2. Bası, İstanbul, İstanbul Matbaacılık, 1956.
- VENTURA, Damien : **Abandon d’un droit réel**, Zürich, Schulthess, 2009.
- VOLLENWEIDER, Jacques : **Etude sur les droits distincts et permanents en droit civil suisse**, Lausanne, Imprimerie la Concorde, 1923.
- WALDMANN, Bernhard : “Eigentum und Eigentumsordnung – Einige Gedanken zum Recht auf Eigentum”, **Une empreinte sur le Code civil, Mélanges en l’honneur de Paul-Henri Steinauer**, Berne, Stämpfli, 2013, s. 653-661.
- WEBER, Rolf H. : **Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Art. 97-109, Berner Kommentar, Bd. IV/1/5**, Bern, Stämpfli, 2000 [atf: BK-Weber, art. ... OR, N. ...].
- WEBER, Franz Xavier : “Das Grundeigentum im Wandel”, **RNRF**

- 79/1998, s. 353-394.
- WERMELINGER, Amadéo : “Art. 776-778 CC”, **Commentaire Romand, Code civil II**, (edit. Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Denis Piotet), Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2016 [atîf: CR-Wermelinger, art. ... CC, N. ...].
- WIEGAND, Wolfgang : “Art. 641-645”, **Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar**, (edit. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), 5. Auf., Basel, Helbing&Lichtenhahn, 2015 [atîf: BSK-Wiegand, art. ... ZGB, N. ...].
- WIEGAND, Wolfgang : “Art. 18; 97-109; 139”, **Obligationenrecht I, Basler Kommentar**, (edit. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/ Wolfgang Wiegand), 6. Auf., Basel, Helbing&Lichtenhahn, 2015 [atîf: BSK-Wiegand, art. ... OR, N. ...].
- WIELAND, Carl : **Les droits réels dans le Code civil suisse**, vol. I, (çev. Henri Bovay), Libraires-éditeurs M. Giard & E. Brière, Paris 1913 [atîf: Wieland, art. ... ZGB, s. ...].
- WIELAND, Carl : **Les droits réels dans le Code civil suisse**, vol. II, (çev. Henri Bovay), Libraires-éditeurs M. Giard & E. Brière, Paris 1914 [atîf: Wieland, art. ... ZGB, s. ...].
- WOLFER, Marc : “Zur Übertragung von Personaldienstbarkeiten: Übertragungsvorgang und Übertragungsbeschränkungen”, **PJA** 2010, s. 37-44.

- YAKUPPUR, Sendi : **Tapu Kütüğüne Güven İlkesi**, İstanbul, XII Levha, 2016.
- YASAMAN, Hamdi : **Anonim Ortaklıkların Birleşmesi**, Ankara, BATİDER, 1987.
- YASİN, Melikşah : “İdari İrtifaklar”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2, 2005, s. 165-203.
- YILDIRIM, Turan : “Kamulaştırmadan Vazgeçme”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, C. 9, S. 101-102, 2013, s. 7-23.
- ZEVKLİLER, Aydın : “Mülkiyetin Yapısı ve Mülkiyetten Doğan Ödevler”, **Prof. Dr. Bülent Nuri Esen’e Armağan**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977, s. 563-605.
- ZEVKLİLER, Aydın, GÖKYAYLA, K. Emre : **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 16. Bası, Ankara, Turhan, 2016.
- ZOBL, Dieter : **Grundbuchrecht**, 2. Auf., Zürich-Basel-Genf, Schulthess, 2004.
- ZOBL, Manfred : **Der zulässige Inhalt von Dienstbarkeiten**, Zürich, Adliswil Buchdruck Offset, 1976.
- ZURBRIGGEN, Felix : **Die irregulären Personeldienstbarkeiten (Art. 781 ZGB)**, Bern-Frankfurt am Main-Las Vegas, Verlag Peter Lang, 1981.
- ZWAHLEN, Henri : “Du droit des voisins à l’observation des règles de police des constructions”, **Mélanges François Guisan**, Lausanne, Librairie de l’Université F. Rouge & C^{ie}, 1950, s. 325-341.

ÖZGEÇMİŞ

17 Ekim 1985 tarihinde İstanbul’da doğdum. 2004 yılında Saint Joseph Fransız Lisesi ve 2008 yılında Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden mezun oldum. Aynı yıl Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde başladığım yüksek lisans öğrenimimi, “Ulaşım Araçlarının İpoteği” konulu tezim ile tamamladım. 2011 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’nde özel hukuk doktora programına kabul edildim. Ekim 2014-Eylül 2015 döneminde, doktora tez araştırmalarım için Fribourg Üniversitesi’nde bulundum. 2009’dan beri Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı’nda araştırma görevlisi olarak çalışmaktayım.