

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

ROMA HUKUKUNDAN GÜNÜMÜZE TAŞINMAZ LEHİNE
İRTİFAK HAKLARI

Doktora Tezi

Bahar ÖCAL APAYDIN

Ankara-2013

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

ROMA HUKUKUNDAN GÜNÜMÜZE TAŞINMAZ LEHİNE
İRTİFAK HAKLARI

Doktora Tezi

Bahar ÖCAL APAYDIN

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Ankara-2013

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

**ROMA HUKUKUNDAN GÜNÜMÜZE TAŞINMAZ LEHİNE
İRTİFAK HAKLARI**

Doktora Tezi

Tez Danışmanı :

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

.....
.....
.....
.....
.....
.....

İmzası

.....
.....
.....
.....
.....
.....

Tez Sınavı Tarihi

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KAYNAKÇA	X
KISALTMALAR	XXXVI
GİRİŞ	1
§ 1. KONUNUN SUNULMASI VE SINIRLANDIRILMASI	1
§ 2. GENEL OLARAK İRTİFAK HAKKI KAVRAMI	4

BİRİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARI

§ 1. TAŞINMAZIN BİR PARÇASI OLARAK TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARI	8
I- ROMA'DA EN ESKİ İRTİFAK HAKLARI	8
A- En Eski İrtifakların Niteliği	19
B- Taşınmazın Bir Parçası Olarak Kabul Edilen İrtifakların <i>Usus</i> Konusu Olabilmesi	22
C- Taşınmazın Bir Parçası Olarak Kabul Edilen İrtifakların <i>Interdictum</i> Korumasından Yararlanması	25
1- Su Yolu İrtifakı İçin Öngörülen <i>Interdictum</i> 'lar	26
2- Geçit İrtifakı İçin Öngörülen <i>Interdictum</i>	28
3- Kaynak İrtifakı İçin Öngörülen <i>Interdictum</i>	29

§ 2. TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARININ TAŞINMAZDAN BAĞIMSIZ OLARAK KABUL EDİLME SÜRECİ	31
I- ŞEHİRLEŞME SONUCU YENİ İRTİFAK HAKLARININ ORTAYA ÇIKMASI	31
A- Genel Olarak	31
B- Şehirleşme Sonucu Ortaya Çıkan Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Niteliği	35
II- <i>NON USUS</i> KAVRAMI VE TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARINA ETKİSİ	36
III- <i>LEX SCRIBONIA</i> İLE TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARININ ZAMANAŞIMI İLE KAZANILMASININ YASAKLANMASI VE <i>USUCAPIO LIBERTATIS</i> KAVRAMI	40
§3. TAŞINMAZDAN BAĞIMSIZ OLARAK TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARI	43
I- KAVRAM	43
A- Terminoloji	43
B- Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Hukuki Niteliği	47
1- <i>Res Corporales-Res Incorporales</i> Ayırımının Kökeni ve Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının <i>Res Incorporales</i> Kapsamında Sayılması	47
a.) Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Zilyetliğe (<i>Possessio</i>) Elverişli Olmaması	55
aa.) Genel Olarak	55

bb.) <i>Possessio Iuris</i> Kavramının Ortaya Çıkışı ve Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Zilyetlik Konusu Olabilmesi	63
b.) <i>In Iure Cessio</i> 'nun <i>Res Incorporales</i> Bakımından Tipik Bir İşlem Olarak Benimsenmesi	67
c.) Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Hukuki İşlemlere Konu Olamaması	69
d.) Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının İntifa Hakkına Konu Olmaması	70
2- Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Ayni Dava (<i>Actio in rem</i>) Kapsamında Korunması	72
a.) Genel Olarak	72
b.) İrtifak Hakkı Sahibini Koruyan Dava: <i>Vindicatio Servitutis</i>	76
C- Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Özellikleri	79
1- Malikin Kendi Taşınmazı Üzerinde İrtifak Hakkı Kuramaması: <i>Nemini res sua servit</i>	79
2- Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkının İçeriğinin Bir Yapma Ediminden Oluşmaması: <i>Servitus in faciendo consistere nequit</i>	83
3- Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Paylara Bölünememesi	91
D- Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Koşulları	105

1- Objektif Yarar (<i>Utilitas fundi</i>) Koşulu	105
2- Yakınlık (<i>Vicinitas</i>) Koşulu	109
3- Süreklilik (<i>Perpetua Causa</i>) Koşulu	116
II- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKKININ KONUSU	118
A- <i>Fundus</i> Kavramı	118
1- Yüklü Taşınmaz: <i>Fundus serviens</i>	121
2- Yararlanan Taşınmaz: <i>Fundus cui servitus debetur</i>	125
III- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARININ SINIFLANDIRILMASI	128
IV TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKKININ İÇERİĞİ	134
A- Roma Hukukunda Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Belirli Tiplerde Olması	134
B- Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkını Kullanım Tarzı: <i>Modus</i> Kavramı	140
V- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARININ KAZANILMASI	143
A- <i>Ius Civile</i> 'ye Göre Kazanma Yolları	143
1- <i>Deductio Servitutis</i> : <i>Deductio</i> Yoluyla Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Kurulması	144
2- <i>Legatum Servitutis</i> : Muayyen Mal Vasiyeti Yoluyla Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Kurulması	147
3- <i>Adiudicatio</i> Yoluyla Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Kurulması	152
B- Eyalet Arazileri Üzerinde İrtifak Haklarının Kazanılması	155
VI- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARININ HÜKÜMLERİ	160

A- İrtifak Haklarının Kullanımına İlişkin Hükümler	160
1- Genel Olarak Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Kullanılması	160
2- İrtifak Hakkı Sahibine İlişkin Hükümler	163
B- Yüklü Taşınmaz Malikine İlişkin Hükümler	167
VII- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARININ SONA ERME NEDENLERİ	177
A- Feragat (<i>Remissio Servitutis</i>) Nedeniyle Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Sona Ermesi	177
B- Birleşme (<i>Confusio</i>) Nedeniyle Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Sona Ermesi	181
C- <i>Non Usus ve Usucapio Libertatis</i> Nedeniyle Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Sona Ermesi	182
D.) Taşınmaza Bağlı Nedenlerle İrtifak Hakkının Sona Ermesi	188

İKİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDAN MODERN KANUNLAŞTIRMALARA TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARININ GELİŞİMİ

§ 1. <i>DOMINIUM</i> KAPSAMINDA TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARI	191
I- GENEL OLARAK	191
II- KAVRAM	195
A- Tanım	195
B- Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Hukuki Niteliği	198

C- <i>Possessio</i> (Zilyetlik) Kavramı ve Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları ile İlişkisi	204
III- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARININ SINIFLANDIRMASI	208
§ 2. BAŞKASININ EŞYASI ÜZERİNDE HAKLAR (<i>IURA IN RE ALIENA</i>) KAPSAMINDA TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARI	209
I- GENEL OLARAK	209
II- KAVRAM	213
A- Tanım	213
B- Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Hukuki Niteliği	216
C- <i>Possessio</i> (Zilyetlik) Kavramı ve Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları ile İlişkisi	218
III- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARININ SINIFLANDIRILMASI	220
§ 3. AYNİ HAK KAPSAMINDA TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARI	221
I- GENEL OLARAK	221
II- KAVRAM	223
A- Tanım	223
B- Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Hukuki Niteliği	224
C- Zilyetlik Kavramı ve Taşınmaz lehine İrtifak Hakları ile İlişkisi	228
III- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARININ SINIFLANDIRILMASI	232

IV- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKKININ İÇERİĞİ	234
V- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARININ KAZANILMASI, KORUNMASI VE SONA ERMESİ	235
§ 4. BAŞKASININ EŞYASI ÜZERİNDEKİ AYNİ HAKLAR KAPSAMINDA TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARI	237
I- GENEL OLARAK	237
II- KAVRAM	238
A- Tanım	238
B- Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Hukuki Niteliği	238
C-Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkının Özellikleri	242
1- Malikin Kendi Taşınmazı Üzerinde İrtifak Hakkı Kuramaması	242
2- Objektif Yarar Koşulu	246
3- Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkının İçeriğinin Bir Yapma Ediminden Oluşmaması	249
4- Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkının Paylara Bölünememesi	250
D- Zilyetlik Kavramı ve Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkı ile İlişkisi	252
III- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKKININ KONUSU	256
IV- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARININ SINIFLANDIRILMASI	259
V- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKKININ İÇERİĞİ	262
VI- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKKININ KAZANILMASI	269

VII- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKKININ HÜKÜMLERİ	276
A- İrtifak Hakkının Kullanımına İlişkin Hükümler	276
1- İrtifak Hakkı Sahibinin Yetkileri	276
2- İrtifak Hakkı Sahibinin Yükümlülükleri	278
B- Yüklü Taşınmaz Malikine İlişkin Hükümler	280
1- Yüklü Taşınmaz Malikinin Yetkileri	280
2- Yüklü Taşınmaz Malikinin Yükümlülükleri	281
VIII- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKKININ KORUNMASI	282
IX- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKKININ SONA ERMESİ	287
§5. SINIRLI AYNİ HAKLAR KAPSAMINDA TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARI	291
I- GENEL OLARAK	291
II- KAVRAM	292
A- Tanım	292
B- Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Hukuki Niteliği	293
C-Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkının Özellikleri	296
1- Malikin Kendi Taşınmazı Üzerinde İrtifak Hakkı Kurabilmesi	296
2- Subjektif Yarar Koşulu	298
3- Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkının İçeriğinin Bir Yapma Ediminden Oluşmaması	299
4- Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Paylara Bölünememesi	302

D- Zilyetlik Kavramı ve Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkı ile İlişkisi	304
.....	304
III- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKKININ KONUSU	307
IV- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARININ SINIFLANDIRILMASI	309
V- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKKININ İÇERİĞİ	309
VI- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKKININ KAZANILMASI	316
VII- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKKININ HÜKÜMLERİ	320
A- İrtifak Hakkının Kullanımına İlişkin Hükümler	320
.....	320
1- İrtifak Hakkı Sahibinin Yetkileri	321
2- İrtifak Hakkı Sahibinin Yükümlülükleri	321
B- Yüklü Taşınmaz Malikine İlişkin Hükümler	323
1- Yüklü Taşınmaz Malikinin Yetkileri	323
2- Yüklü Taşınmaz Malikinin Yükümlülükleri	327
VIII- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKKININ KORUNMASI	328
IX- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKKININ SONA ERMESİ	333
SONUÇ	337
ÖZET	353
ABSTRACT	355

KAYNAKÇA

Akipek, J./Akıntürk, T. (2009), Eşya Hukuku, İstanbul, Beta Basım Yayım A.Ş.

Albanese, B. (1985), Le stiuazioni possessorie nel diritto romano, Palermo, Palumbo Editore.

Albertario, E. (1946), Corso di Diritto Romano (Possesso e quasi possesso). Milano: Giuffrè Editore.

Arangio-Ruiz, V. (1974a), Cosidetta tipicità delle servitù e i poteri della giurisprudenza romana, Scritti di Diritto Romano, C. II, Napoli, Jovene Editore.

Arangio-Ruiz, V. (1974b), Sulle azioni confessorie e negatorie appunti, Scritti di Diritto Romano, C. I, Napoli, Jovene Editore.

Arangio-Ruiz, V. (1974c), Per la classificazione delle servitù di passaggio, Scritti di Diritto Romano, C. I, Napoli, Jovene Editore.

Arangio-Ruiz, V. (2002), Istituzioni di Diritto Romano, Napoli, Jovene Editore.

Arnò, C. (1895), Della distinzione tra servitù rustiche ed urbane, Torino, Fratelli Bocca.

Aru, L. (1936), Nota minima sull'origine storica della *servitus viae*, Milano. Giuffrè Editore.

Atias, C. (2011), Droit Civil: Les biens, 11. Bası, Paris, LexisNexis.

Ayiter, K. (1981), Roma Hukuku ve Bugünkü Hukuk, DEÜHFD, Yıl 2 Sa.2, s.XIII-XIX.

Ayiter, N. (1983), Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara Savaş Yayınları.

Aybay, A./Hatemi, H. (2010), Eşya Hukuku, 2. Bası, İstanbul Vedat Kitapçılık.

Barbacetto, S. (2009), Il giurista, la città e i quattro elementi: Sull'ordine espositivo del *Tractatus de servitutibus*, Bartolomeo Cipolla: un giurista veronese del Quattrocento tra cattedra, foro e luoghi del potere, Padova, CEDAM .

Barni, G. (1957a), Possesso (Diritto Intermedio), Novissimo Digesto Italiano, Torino, UTET.

Barni, G. (1957b), Proprietà (Diritto Intermedio), Novissimo Digesto Italiano, Torino, UTET.

Bart, J. (1998), Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle, Paris, Montchrestien.

Behrends, O. (2003), Rudolf von Jhering mediatore fra diritto romano e diritto moderno in un momento di grande rottura culturale, Rivista di Diritto Romano III <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/> (Son erişim tarihi: 22.06.2013).

Berger, A. (1953), Encyclopedic Dictionary of Roman Law, 2. Bası, Philadelphia The American Philosophical Society.

Betti, E. (1947), Istituzioni di Diritto Romano, C. I, 2. Bası, Milano CEDAM.

Bianca, C. M. (1999), Diritto Civile: La Proprietà, C. IV, Milano Giuffrè Editore.

Bignardi, A. (1992), De suo iure agere oportet, Milano Giuffrè Editore.

Biondi, B. (1954), Le servitù prediali nel diritto romano, Milano, Giuffrè Editore.

Biondi, B. (1965), Actio negativa ed actio proibitoria come azioni a difesa delle servitù e dell'usufrutto, Scritti Giuridici, C. II, Milano, Giuffrè Editore.

Biscardi, A. (2002), La tutela interdittale ed il relativo processo, Corso di lezioni 1955-1956, a cura di Remo Martini, Rivista di Diritto Romano II, <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/> (son erişim tarihi: 22.06.2013).

Bonfante, P. (1972), Corso di Diritto Romano, C. III: Diritti Reali, Milano, Giuffrè Editore.

Bonfante, P.(1987), Istituzioni di Diritto Romano, Milano, Giuffrè Editore.

Bonfante, P. (1930), Note al Diritto delle Pandette del Windscheid, C. 5, , Torino, UTET.

Branca, G. (1947), Non uso e prescrizione, Scritti in Onore di Contardo Ferrini, C. I, Milano, Società Editrice.

Bretone, M. (1962), La nozione romana di usufrutto, Dalle origine a Diocleziano, C. I, Napoli, Jovene Editore.

Bretone, M. (1967), La nozione romana di usufrutto, Da Diocleziano a Giustiniano, C. II, Napoli, Jovene Editore.

Bretone, M. (1998), I fondamenti del Diritto Romano, Le cose e la natura, Bari, Editore Laterza.

Brugi, B. (1900), Apendice del Commentario delle Pandette del Von Glück, Christian Friedrich, Milano, L. Vallardi.

Buckland, W.W. (1930), The Protection of Servitudes in Roman Law, The Law Quartely Review, CLXXXIV.

Buckland, W.W. (1963), A Text-Book of Roman Law From Augustus to Justinian, Cambridge, Cambridge University Press.

Buffelan-Lanore, Y./Larribau-Terneyre, V. (2011), Droit Civil: Introduction, Biens, Personnes, Famille, 17. Bası, Paris, Edition Dalloz.

Burdese, A. (1968), Considerazioni sulla configurazione arcaica delle servitù (a proposito di taluni recenti studi), in Studi in onore di G. Grosso, C. I, Torino, 1968, Giappichelli.

Burdese, A. (1970), Servitù (Diritto Romano), Novissimo Digesto Italiano, Torino, UTET.

Burdese, A. (1993), Manuale di Diritto Privato Romano, Torino, UTET.

Burdese, A. (1998), Sulla tipicità delle servitù prediali in diritto romano, AG 218, s. 3-36.

Burdese, A. (2007), Le servitù prediali, Linee teoriche e questioni pratiche, Padova, CEDAM.

Buodot, M. (2006), L'image 'démembrement' dans la doctrine française, Quatre Giornate di Studio Roma tre-Poitiers, Il problema della tipicità e del numero chiuso dei diritti reali, Roma 16-17 giugno.

Cannata, C. A. (1962), Possessio Possessor Possidere nelle fonti giuridiche del basso impero romano, Milano, Guiffirè Editore.

Cannata, C. A. (2001), Corso di Istituzioni di Diritto Romano, C. I, Torino Giappichelli Editore.

Cannata, C. A. (2005), Materiali per un Corso di Fondamenti del Diritto Europeo, C.I, Torino, Giappichelli Editore.

Cansel, E./İnan, A. N. (1964), Ayni Hak Kavramı, Taksimi ve Eşya Hukukunun Konusu, AÜHFD, C. 21, Sa. 1-4, s. 345-367.

Cantarella, E. (2010), Diritto Romano, Istituzioni e Storia, Milano, Mondadori Università Editore.

Capogrossi Colognesi, L. (1966), Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in diritto romano, Milano, Giuffrè Editore.

Capogrossi Colognesi, L. (1969), La struttura della proprietà e la formazione dei “*iura praediorum*” nell'età repubblicana, C. I, Milano, Giuffrè Editore.

Capogrossi Colognesi, L. (1972), Una Servitus, Studi in Onore di Giuseppe Grosso, C.V, Torino Giappichelli Editore.

Capogrossi Colognesi, L. (1976), La struttura della proprietà e la formazione dei “*iura praediorum*” nell'età repubblicana, C. II, Milano, Giuffrè Editore.

Capogrossi Colognesi, L. (1977), Appunti sulla «*quasi possessio iuris*» nell'opera dei giuristi medievali, BIDR C. 80, s. 69-127.

Capogrossi Colognesi, L. (1988), Proprietà (Diritto Romano), Enciclopedia del Diritto, C. 37, Milano, Giuffrè Editore.

Capogrossi Colognesi, L. (1994), Ancora sulla “*Lex Scribonia*”, Index 22, s. 211-236.

Capogrossi Colognesi, L. (1999), Proprietà e diritti reali: usi e tutela della proprietà fondiaria nel diritto romano, Roma, Cigno GG Edizioni.

Capogrossi Colognesi, L. (2001), Actor and Defendant in Negatoria Servitutis, Critical Studies in Ancient Law, Comparative Law & Legal History, Essays in Honour of Alan Watson, Oxford, John Cairns & Olivia Robinson Edition.

Capogrossi Colognesi, L. (2004), L'Invenzione dei diritti reali in diritto romano, Diritto romano e terzo millennio, Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea, Napoli, Jovene Editore.

Caravale, M. (1969), Ricerche sulle servitù prediali nel medio evo, I. L'età romana-barbarica, Milano, Giuffrè Editore.

Caravale, M. (1970), Servitù (Diritto Intermedio), Novissimo Digesto Italiano, Torino, UTET.

Carbonnier, J. (2004), Droit Civil: Les biens, Les obligations, 2. basi, Paris, Presses Universitaire de France.

Carcattera, A. (1957), In tema di tutela e possesso delle servitù prediali in diritto romano, Bari, Cacucci Editore.

Cattaneo, V. (1865), Codice Civile Italiano Annotato, Torino, Società L'Unione Tipografico.

Cerchiai, C./Mainardis, F./Manadori, A./Matera, V./Zaccaria, C. (2004), Storia di Roma antica, Roma, Newton&Compton Editori.

Ceylan-Güneş, S. (2004), Roma Hukukunun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi, GÜHFD, 1-2, s. 75-93.

Commentario al Codice Civile, Edit: Cendon P. (2009), artt.1140-1172, Possessio, Milano, Giuffrè Editore [Cendon/Commentario].

Commentario del Codice Civile, (Edit: Gabrielli, E. (2012), artt. 810-868, Torino, UTET Giuridica [Gabrielli/Commentario].

Comporti, M. (1980), Diritti reali in genere, Milano, Giuffrè Editore.

Comporti, M. (1990), Servitù (Diritto Intermedio), Enciclopedia del Diritto, C.42, Milano, Giuffrè Editore.

Corbino, A. (1981), Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù, Milano, Giuffrè Editore.

Corbino, A. (1990), Servitù (Diritto Romano), Enciclopedia del Diritto, C.42, Milano, Giuffrè Editore.

Corbino, A. (1991), La distinzione delle servitù in rustiche ed urbane nel diritto romano, Scritti in Onore di Angelo Falzea 4, Milano, Giuffrè Editore.

Corbino, A. (1996), Il numero chiuso dei diritti reali e l'esperienza giuridica romana, Mélanges a la memoire de Henryk Kupiszewski, Warszawa, Uniwersytet Warszawski, Instytut Historii Prawa.

Corbino, A. (1999), Servitus oneris ferendi e reffectio parietis, in Mélanges en L'honneur de C.A. Cannata 1. Genève, Helbing et Lichtenhahn.

Cornu, G. (2003), Droit Civil: Introduction, Les personnes, Les biens, 11. Bası, Paris, Editions Montchrestien.

Cortese, E. (1988), La proprietà e le proprietà, Pontignano 30 settembre-3 ottobre 1985, Milano, Giuffrè Editore.

Cursi, M. F. (1999), Modus Servitutis: il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali, Napoli, Jovene Editore.

Çelebican-Karadeniz, Ö. (2005a), Roma Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları.

Çelebican-Karadeniz, Ö. (2005b), Roma Eşya Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları.

Demir, M. (2003), Zorunlu Geçit Kurulmasının Koşulları ve Tazminatın (Tam Bedelin) Belirlenmesi Sorunu, AÜHFD, C. 52, Sa. 1-4, s. 187-210.

Demolombe, C. (1867), Cours de Code Napoléon C.11: Traité des Servitudes ou Services Fonciérs, Paris.

Dernburg, H. (Çev.: Cicala, F. B.) (1907), Pandette di Arrigo Dernburg: Diritti Reali, C. 1, 6. Bası, Torino, Fratelli Bocca Editori.

De Visscher, F. (1936), Mancipium et res Mancipi, SDHI, C. 3, s. 264-322.

Dias, R.W.M. (1956), A Reconsideration of *Possessio*, The Cambridge Law Journal, C.14 Sa. 2, s. 235-247.

Di Marzo, S. (Çev.: Umur, Ziya) (1954), Roma Hukuku, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları

Di Marzo, S. (1950), Le basi romanistiche del Codice Civile, Torino, UTET.

Diurni, G. (1985), Possesso (Diritto Intermedio), Enciclopedia del Diritto, C.34, Milano, Giuffrè Editore.

Emiroğlu, H. (2002), “Roma Hukukunun Bilgi Kaynaklarından *Corpus Iuris Civilis* ve Türkiye’de Hukuk Resepsiyonu”, AÜHFD, C. 51, Sa. 3, s. 85-97.

Erdoğan, B. (1984), Klasik Roma Hukukunda *actio Publiciana in rem*, İstanbul, Acar Matbaası.

Erdoğan, B. (2006), Roma Eşya Hukuku, İstanbul, Der Yayınları.

Erdoğan, B./Tahiroğlu, B. (1985), Roma Usul Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi.

Erel, Ş. (1982), Eşyaya Bağlı Borç, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi.

Erişgin, Ö. (2008), Klasik Dönem Hukukçularında Bir “Açık Değer” Olarak *Utilitas Publica*, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara, Turhan Kitabevi.

Esener, T. (2004), Hukuk Başlangıcı, 7. Bası, İstanbul Alkım Yayınları.

Esener, T./Güven, K. (2008), Eşya Hukuku, 4. Bası, Ankara Yetkin Yayınları.

Falcone, G. (2001), Note historique sur la définition législative de la servitude (art. 637 Code Napoléon- art. 1027 Codice civile italiano), Revue historique de droit français et étranger 79, s. 13-30.

Feenstra, R. (1989), *Dominium and ius in re aliena: The Origins of a Civil Law Distinction, New Perspectives in the Roman Law of Property, Essays for Barry Nicholas*, Oxford, Clarendon Press.

Feenstra, R. (1974), Les origines du dominium utile chez les glossateurs (avec un appendice concernant l'opinion des *ultramontani*), *Fata iuris romani, Etudes d'histoire du droit*, Presses Universitaires de Leyde.

Foix, C. (2008), *Droits des servitudes*, Paris, Ellises Edition.

Franciosi, G. (1967), *Studi sulle Servitù Prediali*, Napoli, Jovene Editore.

Gagliardi, L. (2002), *Decemviri e Centumviri: Origini e Competenze*, Milano, Giuffrè Editore.

Gallo, F. (2004), Studi sulla distinzione fra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*, *Rivista di Diritto Romano* IV, <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/> (Son erişim tarihi: 22.06.2013) .

Garnsey, P. (2007), *Thinking about Property-From Antiquity to the Age of Revolution*, New York, Cambridge University Press.

Gaudement, J. (1965), Le droit romain dans le pratique et chez les docteurs aux XIe et XIIe siècles, *Cahiers de civilisation médiévale*, 8e année (n°31-32), Juillet-Décembre.

Gaudement, J. (2000), *Droit Privè romain*, 2. Bası, Paris, Montchrestien E.J.A.

Georgesco, A. (Çev.: Tahiroğlu, B.) (1976), Roma Hukuku ve Modern Dünya Düşüncesi, *İÜHFİM*, C. XLII, Sa.1-4, s. 585-601.

Getzler, J. (2004), *A History of Water Rights at Common Law*, New York, Oxford University Press.

Girard, P. F. (1903), *Textes de droit romain*, Paris, A. Rousseau.

Girard, P. F. (2003), *Droit Romain*, 8. Bası, Paris, Edition Dalloz.

Giuffrè, V. (1992), *L'Emersione dei "iura in re aliena" ed il dogma del numero chiuso*, Napoli, Jovene Editore.

Glück Von, C.F. (Çev. Brugi, B.) (1900), *Commentario alle Pandette*, Milano, Società editrice Libreria.

Goudsmit, J.E. (Çev.: Gould, Tracy) (2005), *The Pandects, A Treatise on the Roman Law and upon its Connection with Modern Legislation*, New Jersey, The Lawbook Exchange Ltd.

Grossi, P. (1968), *Le stiuazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Padova, CEDAM.

Grossi, P. (1976-1977), *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-uniteria della proprietà*, Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 5-6, Itinerari moderni della proprietà, C.I, Milano, Giuffrè Editore.

Grossi, P. (1985), *Un paradiso per Pothier (Robert-Joseph Pothier e la proprietà 'moderna')*, Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 14, Milano, Giuffrè Editore.

Grossi, P. (1988a), *Proprietà (Diritto Intermedio)*, Enciclopedia del Diritto, C. 37, Milano, Giuffrè Editore.

Grossi, P. (1988b), *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 17, Milano, Giuffrè Editore.

Grossi, P. (1989), *Dominia e Servitutes, Invenzioni sistematiche del diritto comune in tema di servitù, Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 18, Milano, Giuffrè Editore.

Grosso, G. (1934), In tema di costituzione tacita di servitù, *BIDR C. 42*, s. 326-335.

Grosso, G. (1935), Sulle servitù “*altius tollendi*” e “*stillicidii non avertendi*”, *Studi in Memoria di Aldo Albertoni I*, Padova, CEDAM.

Grosso, G. (1937), L’evoluzione delle servitù nel diritto romano e il problema di tipicità, *SDHI C. 3 Sa. 2*, s. 265-304.

Grosso, G. (1944), *I problemi dei diritti reali nell’impostazione romana*, Torino, Giappichelli Editore.

Grosso, G. (1947), Osservazioni di un romanista in margine al regime delle servitù nel nuovo codice, *Scritti in Onore di Contardo Ferrini, C. II*, Milano, Società Editrice.

Grosso, G. (1967), La genesi delle servitù nel quadro delle prospettive dei problemi di origine, *BIDR, C. 9*, s. 105-117.

Grosso, G. (1969), *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, Giappichelli Editore.

Grosso, G. (2001), *Corso di Diritto Romano: Le cose*, *Rivista di Diritto Romano I*, <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/> (Son erişim tarihi: 22.06.2013).

Grosso, G./ Deiana, G. (1963), *Le servitù prediali, C.I, 3. Bası*, Torino, UTET.

Gruppo Editoriale (2006), Dizionario Giuridico Romano, 4. Bası, Napoli, Edizione Simone.

Guarino, A. (2002), Ragguaglio di Diritto Privato Romano, Napoli, Jovene Editore.

Guarino, A. (2006), Istituzioni di Diritto Romano, Napoli, Jovene Editore.

Günel, A. N. (1998), Roma Hukukunda Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyetin İktisabının Yeri ve Önemi, AÜHFD C. 47 Sa. 1-4, s. 119-136.

Günel, N. (2006), Roma Hukukundan Günümüze Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyetin İktisabı (*Usucapio*), Ankara, Yetkin Yayınları.

Günel, A. N. (2007), Roma Medeni Usul Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf, Ankara, Yetkin Yayınları.

Güriz, A. (2009), Hukuk Felsefesi, 8. Bası, Ankara, Siyasal Kitabevi.

Güriz, A. (2011), Hukuk Başlangıcı, 13. Bası, Ankara, Siyasal Kitabevi.

Gürsoy, K. /Eren F./Cansel, E. (1984), Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi.

Gürten, K. (2008), Roma Hukukunda Hakkaniyet (*Aequitas*), Ankara, Adalet Yayınevi.

Hoofs, K. (Derleyen: Bouckaert, B.) (2010), Property Rights in Legal History, Property Law and Economics C. 5 Enciclopedia of Law and Economics, 2. Bası, Edward Alan Publishing Limited.

Honig, R. (Çev.: Talip, Ş.) (1938), Roma Hukuku, 2. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Hübner, Rudolf (Çev.: Philbrick, F. S.) (2000), A History of Germanic Private Law, New Jersey, The Lawbook Exchange Ltd.

Istituzioni di Diritto Privato (Edit: Bessone, M.) (2007), 14. Bası, Torino Giappichelli Editore [Bessone/Istituzioni].

Jordan-Bannon, C. (2009), Gardens and Neighbors, Private Water Rights in Roman Italy, The University of Michigan Press.

Kaser, M. (Çev.: Dannenbring, R.) (1965), Roman Private Law, Durban, Butterworths & CO.

Kelly, J. M. (1996), Storia del Pensiero Giuridico Occidentale, Bologna, Società editrice il Mulino.

Kırca, Ç. (2004), Zorunlu İrtifakların Hukuki Niteliği, AÜHFD, C. 54, Sa. 1-4, s. 65-76.

Kornprobst, M. (1936), Étude sur la notion de servitude, Besançon, L'imprimerie de l'Est.

Koschaker, P./Ayiter, K. (1993), Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Köprülü, B./Kaneti, S. (1982-1983), Sınırlı Ayni Haklar, 2. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası.

Küçük, Eşref (2007), XII. Yüzyıl Rönesansı ve 'Yeniden Doğan' Roma'yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku, AÜHFD, C. 56 Sa.4, s. 111-122.

Küçükgüngör, E. (1996), Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti, AÜHFD, C.45, Sa.1-4, s. 505-531.

Küçükgüngör, E. (1998a), Roma Hukukunda İntifa Hakkı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.

Küçükgüngör, E. (1998b), Roma Özel Hukukunda Delil ve İspat, Prof.Dr.Ali Bozer' e Armağan, s. 477-497.

Küçükgüngör, E. (2007), Roma Hukukunda Vasiyet (*Testamentum*), Ankara, Yetkin Yayınları.

La Rosa, F. (1994), «Pactionibus et stipulationibus», *Labeo* C. 40, s. 27-34.

Larroumet, C. (2006), Droit Civil: Les Biens Droits réels principaux, 5. Bası, Paris, Edition Economica.

Lee, S. J. (Çev.: Demirel, E.) (2012), Avrupa Tarihinden Kesitler 1494-1789, 4. Bası, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları.

Lenel, O. (1903), Essai de Reconstitution de L'édit Perpétuel I, Paris, L. Larose.

Levy, E. (1951), West Roman Vulgar Law, Philadelphia, The American Philosophical Society

Longo, A. (1890), La Teoria dell'indivisibilità delle servitù prediali in diritto romano, Palermo, Edizione del Boccone del Povero.

Loof, W. (2012), On beneficial ownership in the civil law, http://www.law.syr.edu/media/paper/2012/2/Loofpaper_ALPS_beneficial_ownership.pdf(Son erişim tarihi: 22.06.2013).

Mannino, V. (2007), Questioni di diritto, Milano, Giuffrè Editore.

Marrone, M. (2006), Istituzioni di Diritto Romano, 3. Bası, Palermo, Palumbo &C. Editore.

Meynial, E. (1908), Notes sur la formation de la domain divise (domaine direct et domaine utile) du XIIe au XIV siècle dans les Romanistes, Mélanges Fitting, C. II, Montpellier.

Monier, R. (1977), Manuel élémentaire de Droit Romain, 2. Bası, Paris, Scientia Verlag Aalen.

Montel, A. (1957), Possesso (Diritto Civile), Novissimo Digesto Italiano, Torino, UTET.

Möller, C. (2010), Die Servituten. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstücksvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht. Mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB, Wallstein Verlag, Göttingen, Buchhandlung - Bides GbR.

Nicosia, G. (2008), Il Possesso, Dalle lezioni del corso di diritto romano 1995-1996, 2. Bası, Catania Libreria Editrice Torre.

Oğuz, A. (1998a), Roma Hukukunda Mülkiyetin Devir İşlemlerinden Biri Olan *Traditio*'nun Sebebe Bağlılığı (*Iusta Causa Traditionis*), AÜHFD, C. 47, S. 1-4, , s. 49-83

Oğuz, A. (1998b), Muvazaa Kuramının Iustinianus'tan Günümüz Modern Kanunlaştırma Hareketlerine Kadar Gelişim Çizgisi, AÜHFD C. 45, S. 1-4, s. 453-481.

Oğuz, A. (2003), Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara, Yetkin Yayınları.

Oğuzman, K./Seliçi, Ö./Oktay Özdemir, S.(2009), Eşya Hukuku, 12. bası, İstanbul, Filiz Kitabevi.

Oğuzoğlu, C. (1959), Roma Hukuku, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Orestano, R. (1968), Il problema delle persone giuridiche in diritto romano, C. I, Torino, Giappichelli.

Ourliac, P./ De Malafosse, J. (1971), Histoire du Droit privé 2: Les Biens, Paris, Thémis.

Öcal, B. (2006), “Onus Probandi” Roma Yargılamasında İspat Yükü, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara.

Öcal, B. (2010), Roma Hukukunda Taşınmaz Lehine İrtifaklara İlişkin Davalardaki (*Actio Confessoria* ve *Actio Negatoria*) Temel Sorunlar, AÜHFD, C. 59, Sa. 3, s. 493-519.

Özdemir Türkoğlu, G. (2004), Roma Usul Hukukunda “*Plus Petitio*” Yasağı ve Medeni Usul Hukukundaki Davayı Genişletme Yasağına Etkileri, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Özsunar, E. (2005), Roma Hukukunda Rehin Hakkı (*Pignus-Hypotheca*), DEÜHFD C. 7, Sa. 2, s. 137-164.

Özsunay E. (1962), Zaruri Geçit Hakkı Kavramı ve Kanuni Şartları, İÜHFM, C.28, Sa.3-4, s. 751-789.

Özsunay E. (1968), Zaruri Geçit Hakkı (Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Özkan Sungurtekin, M./Özdemir Türkoğlu, G. (2008), Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Paradiso, M. (2001), Corso di Istituzioni di Diritto Privato, Torino, Giappichelli Editore.

Pardessus, J.M. (1841), Traité des servitudes, 10. bası, Brüksel, Société Typographique Belge.

Perozzi, S. (1948a), Sulla struttura delle servitù prediali, Scritti Giuridici, C. II, Servitù e Obbligazioni, Milano, Giuffrè Editore.

Perozzi, S. (1948b), *Perpetua causa* nelle servitù prediali romane, Scritti Giuridici, C.II, Servitù e Obbligazioni, Milano, Giuffrè Editore.

Perozzi, S. (1948c), *Fructus Servitus Esse Non Potest*, Scritti Giuridici, C. II, Servitù e Obbligazioni, Milano Giuffrè Editore.

Perozzi, S. (1948d), *I Modi Pretorii d'Acquisto delle Servitù*, Scritti Giuridici, C. II, Servitù e Obbligazioni, Milano, Giuffrè Editore.

Perozzi, S. (1948e), *Problemi di Origini: IV Servitù Prediali*, Scritti Giuridici, C. III, Famiglia, Successione, Procedura e Scritti Vari, Milano, Giuffrè Editore.

Perozzi, S. (2002), *Istituzioni di Diritto Romano*, C. I, Aynı bası 1928, Roma, Cigno G.G. Edizioni.

Pichonnaz, P. (2004), *Res incorporales et possessio iuris*, Questions choisies sur les relations entre choses et droits, *Orbis Iuris Romani, Journal of Ancient Law Studies* 9, s. 105-131.

Pichonnaz, P. (2008), *Les fondements romains du droit privé*, Genève, Zurich, Bâle, Schulthess.

Piotet, P. (1978), *Les droits réels limités en general, Les servitudes et Les charges foncières*, Fribourg, Editions Universitaires Fribourg Suisse.

Pirenne, H. (Çev.: Kocabaşoğlu, U.) (2010), *Ortaçağ Avrupa'sının Ekonomik ve Sosyal Tarihi*, 4. Bası, İstanbul, İletişim Yayınları.

Pothier, R.J. (Edit: Hutteau, M.) (1807), *Traité du domaine de propriété*, Paris.

Provera, G. (1971), *Servitù Prediali ed Obbligazioni «Propter Rem»*, Studi in onore di Edoardo Volterra, C. II, Milano, s. 15-48, Collana della Rivista di Diritto Romano, Giuseppe Provera, Scritti giuridici,

<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/scrittiprovera.html> (Son erişim tarihi: 22.06.2013).

Provera, G. (1983), Diritto e Azione nell'esperienza giuridica romana, Studi in onore di Arnaldo Biscardi, C. IV, Milano, 1983, s. 325-348.

Pugliese, G. (1939), Actio e Diritto Soggettivo, Milano, Giuffrè Editore.

Pugliese, G. (1953), «Res corporales», «Res incorporales» e il problema del diritto soggettivo, Studi in Onore di Arangio-Ruiz III, Napoli, Jovene Editore.

Pugliese, G. (Çev.: Umur, Z.) (1957), Roma Ailesine Tarihi Bir Bakış, İÜHFİM, C.22, Sa.1-4, , s.339-349.

Pugliese, G. (1964), Diritti Reali, Enciclopedia del Diritto, C. XII, Giuffrè Editore,

Pugliese, G./Vacca, L./Sitzia F. (2007), Istituzioni di Diritto Romano, 3. Bası, Torino, Giappichelli Editore

Rampazzo, N. (2007), Diritto Soggettivo e *ius* nella visione di Michel Villey, Michel Villey, Le juste partage, Paris.

Randazzo, S. (2002), Servitus 'iure' imposta Destinazione del padre di famiglia e costituzione 'ipso iure' della servitù, Rivista di Diritto Romano II, <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/> (Son erişim tarihi: 22.06.2013).

Robaye, R. (2005), Le droit romain, 3. Bası, Brüksel, Bruylant.

Rodger, A. (1972), Owners and Neighbours in Roman Law, Oxford, Clarendon Press.

Rodger, A. (1994), "Concealing a Servitude.II", Index 22, s. 237-248.

Rossel, V./Mentha, F.H. (1922), Manuel du Droit Civil Suisse, C.II, Lozan, Librairie Payot&Cie.

Rossi, G. (1996), “*Duplex est Ususfructus*”, Ricerche sulla natura dell’usufrutto nel diritto comune, Dai Glossatori ad Bartolo, Milano CEDAM.

Rossi, G. (2009), Disciplinare il quotidiano, regolare il multiforme: il “*Tractus de servitutibus*” di Bartolomeo Cipolla, Bartolomeo Cipolla: un giurista veronese del Quattrocento tra cattedra, foro e luoghi del potere, Padova, CEDAM.

Salkowski, C. (Çev. Whitfields, E. E.) (2008), Institutes and History of Roman Private Law: With Catena of Texts, New Jersey, Lawbook Exchange, Ltd.

Sanfilippo, C. (2002), Istituzioni di Diritto Romano, 10. Bası, Rubettino Editore.

Savigny Von, F. C. (Çev.: Staedtler, H.) (1893), Traité de la Possession en Droit Romain, 4. Bası, Brüksel Bruylant Edition.

Scherillo, G. (1962), Il concetto di diritti reali, Studi in Onore di Emilio Betti, Milano, Giuffrè Editore.

Schiller, A. A. (1978), Roman Law, Mechanisms of Development, New York, Mouton Publihers.

Schrage, E.J.H. (1996), *Ius in in re corporali perfecte disponendi*: Property from Bartolus to the New Dutch Civil Code of 1992, E. van Maanen/A.J. van der Walt, Property Law on the Threshold of the 21st Century, MAKLU.

Schulz, F. (1969), Classical Roman Law, , 4. Bası, Oxford, Clarendon Press

Schwarz, A. (Çev.: Rado, T.) (1945), Roma Hukuku Dersleri, 2. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları.

Scott, T.J., Historical Research Perspectives, or the Old Authorities: Use of Ancient Sources in Legal Research,

<http://web.up.ac.za/sitefiles/file/47/J%20Scott%20%20Historical%20research%20perspectives.pdf> (Son erişim tarihi: 22.06.2013).

Segré, G. (1912), La denominazione di “*actio confessoria*” in particolare per la rivendicazione dell’usufrutto e delle servitù, Extrait des Mélanges P.F. Girard, Paris.

Segré, G. (1931), Corso di Diritto Romano, La comproprietà e la comunione degli altri diritti reali, Torino, Giappichelli Editore.

Segré, G. (1933), La clausola restitutoria nelle azioni “*de servitutibus*”, e le formule delle azioni relative alla “*servitus oneris ferendi*”, BIDR 41, s. 17-77.

Seviğ, V.R. (1939), Roma Hukuku, Tarihçe ve Institution, 1939-1940 Ders Senesi Takrirleri, Ankara, Receb Ulusoglu Basımevi.

Sforza, W. C. (1964), Diritto Soggettivo, Enciclopedia del Diritto, C. 12, Milano, Giuffrè Editore.

Sirmen, L. (1995), Eşya Hukuku Dersleri, Ankara, Savaş Yayınları.

Smith, M., (1895), Four German Jurists, Political Science Quarterly, C. 10, Sa. 4, <http://www.jstor.org/stable/2139755> (Son erişim tarihi: 22.06.2013).

Smith, M., (1896), Four German Jurists, Political Science Quarterly, C. 11, Sa. 2, <http://www.jstor.org/stable/2139808> (Son erişim tarihi: 22.06.2013).

Smith, M., (1897), Four German Jurists, Political Science Quarterly, C. 12, Sa. 1, <http://www.jstor.org/stable/2140027> (Son erişim tarihi: 22.06.2013).

Solazzi, S. (1947), Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali, Napoli, Jovene Editore.

Solazzi, S. (1948), Specie ed estinzione delle servitù prediali, Napoli, Jovene Editore.

Solazzi, S. (1949), La tutela e il possesso delle servitù prediali, Napoli, Jovene Editore.

Solazzi, S. (1952), Sul principio '*nemini res sua servit*', SDHI 18, 223-226.

Solidoro-Maruotti, L. (1998), La tutela del possesso in età costantiniana, Napoli, Jovene Editore.

Somçağ, S. (1994), Avrupa Feodalizminin Evrimi, İstanbul Bağlam Yayınları.

Söğütlü-Erişgin, Ö. (2002), Roma Hukukunda Haksız Fiil Benzerleri (*Quasi Delicta*), İmaj Yayınevi.

Stein, P. (1984), The Fate of the Institutional System, Huldigungsbandel Paul Vab Warmelo, Universiteit van Suid-Afrika Pretoria.

Stein, P. (1993), Donellus and the Origin Of The Modern Civil Law, Mélanges Felix Wubbe, Fribourg, Editions Universitaires Suisse.

Stein, P. (Çev.: De Vita, A./Panforti, M.D./Varano, V.) (1995), I Fondamenti del Diritto Europeo, 2. Bası, Milano, Giuffrè Editore.

Stein, P. (Çev.: Cantarella, E.) (2001), Il Diritto Romano nella Storia Europea, Milano Raffaello Cortina Editore.

Steinauer, P. H. (1994), Les Droits Réels C.II, 2. Bası, Bern, Editions Staempfli&Cie SA Bern.

Steinauer, P. H. (2007a), Les droits réels, C. I, 2. Bası, Bern Editions Staempfli&Cie SA Bern.

Steinauer, P. H. (2007b.), Les droits réels, C. II, 2. Bası, , Bern, Editions Staempfli&Cie SA Bern

Steinauer, P.H. (Derleyen: Foëx, B.-Hottelier, M.) (2007c.), Servitudes foncières et droit de superficie: développements récents, Servitudes, droit de voisinage, responsabilités du propriétaire immobilier, Genevre, Schulhess.

Şahiniz, S. (2001), Türk Medeni Hukukunda Zaruri Mecra İrtifakı, İstanbul, Beta Basım A.Ş.

Tahiroğlu, B. (1981), Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları, İstanbul, Fakülteler Matbaası.

Talamanca, M. (1989), Lineamenti di Storia del Diritto Romano, 2. Bası, Milano, Giuffrè Editore.

Talamanca, M. (1990), Istituzioni di Diritto Romano, Milano, Giuffrè Editore.

Tellegen, J.W. (1994), “*Res incorporalis*” et les codifications modernes du droit civil, *Labeo* 40, S. 35-55.

Trattato di Diritto Privato (Edit: Rescigno, P.) (1991), Proprietà, C. II, Torino, UTET [Rescigno/Trattato].

Trimarchi, P. (2007), Istituzioni di Diritto Privato, 17. Bası, Milano, Giuffrè Editore.

Torrente, A./Schlesinger, P. (2007), Manuale di Diritto Privato, 18. Bası, Milano, Giuffrè Editore.

Tuccillo, F. (2005), Note minime sulla *Lex Scribonia*, *Histoire Espaces et Marges de l'Antiquité* 4, Hommages à Monique Clavel-Lévêque. Besançon.

Tuccillo, F. (2009), Studi sulla costituzione ed estinzione delle servitù nel diritto romano, Napoli 2009, Satura Editrice.

Umur, Z. (1983a.), Roma Hukuku Lügati, İstanbul, Fakülteler Matbaası.

Umur, Z. (1983b), Roma Hukuku: Eşya Hukuku (Ayni Haklar), İstanbul, Filiz Kitabevi.

Umur, Z. (1990), Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul, Beta Basım Yayım A.Ş.

Ünal, M./Başpınar, V. (2008), Şekli Eşya Hukuku, 4. bası, Ankara Yetkin Yayınları.

Van Caenegem, R.C. (2003), An Historical Introduction to Private Law, 3. Bası, Cambridge University Pres.

Veillon, D. (2006), L'évolution de la distinction du domain direct et du domain utile en France du XVIe au XVIIIe siècle, Quarte Giornate di Studio Roma tre-Poitiers, Il problema della tipicità e del numero chiuso dei diritti reali, Roma 16-17 Giugno.

Villey, M. (1946), L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains, Revue historique du droit français et étranger 4, s. 201-229.

Villey, M. (1947), "Jus in re du droit romain classique au droit moderne": Suivi des fragments pour un dictionnaire du langage des Glossateurs, Conférences faites à l'Institut de droit romain.

Villey, M. (1949), Du sens de l'expression jus in re in droit romain classique, RIDA 3, s. 417-436.

Villey, M. (Çev.: Tahiroğlu, B.) (2000), Roma Hukuku Güncelliği, İstanbul Der Yayınları.

Vinogradoff, P. (Çev.: Düzgören, F./Metin, S./Türkbağ, A. U./Öz, E./Ayanoğlu, T.) (1997), Ortaçağ Avrupasında Roma Hukuku, İstanbul, Göçebe Yayınları.

- Voci, P. (1996)**, Istituzioni di Diritto Romano, Milano, Giuffrè Editore.
- Voirin, P./Goubeaux, G. (2011)**, Droit Civil, C. I, 33. Bası, Paris, Lextenso Edition.
- Wacke, A. (2001)**, Protection of the Environment in Roman Law?, Orbis Iuris Romani, C. 7, s. 1-24.
- Walters, M. D. (2008)**, Legal Humanism and Law-As-Integrity, Cambridge Law Journal, C. 67, Sa. 2, s. 352-375.
- Watkin, T. G. (1999)**, An Historical Introduction to Modern Civil Law, Dartmouth, Ashgate Publishing.
- Watson, A. (1968)**, The Law of Property in the Later Roman Republic, Oxford, Clarendon Pres.
- Watson, A. (1987)**, The Evolution of Law: Continued, Scholarly Works Paper, Georgia Law.
- Wieland, C. (Çev. Bovay, H.) (1913)**, Les droits réels dans le Code Civil Suisse, C.I, Paris M. Girard&E. Brière Libraires-Editeurs,.
- Windscheid, B. (Çev.: Fadda, C./Bensa, E.) (1925)**, Diritto delle Pandette, C. 1, Torino, UTET.
- Yiannopoulos, A. N. (1968)**, Predial Servitudes; General Principles: Louisiana and Comparative Law, Louisiana Law Review C. 29, Sa. 1, s. 1-45.
- Zamorani, P. (1974)**, Gaio e la distinzione «*res corporales*» «*res incorporales*», Labeo 20, s. 362-369.
- Zenati Castaing, F./Revet, T. (2008)**, Les Biens, 3. Bası, , Paris, Presses Universitaire de France.

Zuccotti, Ferdinando (2003), I glittodonti del diritto romano: alcune ipotesi sulle strutture dell'arcaico ordinamento quiritario, *Rivista Di Diritto Romano* III, <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano> (Son erişim tarihi: 22.06.2013).

YARDIMCI KAYNAKLAR

Cicero, *De Inventione /De Optimo Genere Oratorum/ Topica* (**Çev.: Hubbell, H.M.) (1993)**, 5. Bası, Cambridge, Massachusetts, London, Harvard University Press.

Cicero, *Pro Lege Manilia/Pro Caecina/Pro Cluentio/Pro Rabirio Perduellionis* (**Çev.: Hodge, G. H.) (1997)** 7. Bası, Cambridge, Massachusetts, London Harvard University Press.

Digesti o Pandette dell'Imperatore Giustiniano, (**Çev.: Schipani, S.) (2005)**, Milano, Giuffrè Editore.

Iustinianus Institutiones (**Çev. Umur, Z.) (1968)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası.

Lokin, J.H.A/Meijering, R./Stolte, B.H./Van der Wal, N. (**Çev.: Murison, A.F.) (2010)**, *Theophili Antecessoris Paraphrasis Institutionum*, Groningen, Chimaira.

Marcus Porcius Cato, *On Agriculture/Marcus Terentius Varro, On Agriculture* (**Çev.: Hooper W. D.) (1967)** 5. Bası, Cambridge, Massachusetts, London Harvard University Press.

Pharr, C. (1952), *The Theodosian Code and Novels and the Sirmondian Constitutions*, New Jersey, Princeton University Press.

Riccobono, S./Baviera, G.- Ferrini, C.- Furlani, G. (1940), FIRA, Floransa,
S. a. G. Barbèra.

The Digest of Iustinian (Çev.: **Watson, Alan**) (1984), Pennsylvania,
University of Pennsylvania Press.

KISALTMALAR

Ad ed.	: Ad edictum
AG	: Archivio Giuridico
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ATF	: Arrêt du Tribunal Fédéral (Suisse)
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BIDR	: Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Cass. civ.	: Cour de Cassation, Chambre Civile
Cass. sez. civ.	: Corte Suprema di Cassazione, Sezione Civile
CCF	: Code Civil français
CCI	: Codice Civile italiano
CCS	: Code Civil suisse
CI	: Codex Iustinianus
CIC	: <i>Corpus Iuris Civilis</i>
COS	: Code des Obligations suisse
Çev.	: Çeviren
D.	: Digesta Iustiniani
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
Ed.	: Edictum
FIRA	: Fontes Iuris Romani AnteIustiniani
Fr.Vat	: Fragmante quae dicuntur Vaticana

Gai.	: Gaius Institutiones
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
Ius. I.	: Iustinianus Institutiones
Inst.	: Institutiones
Ins. Ulp.	: Ulpiani Institutionum
İÜFHM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Jdt	: Journal des Tribunaux
K.	: Karar
md.	: Maddde
M.Ö.	:Milattan önce
M.S.	:Milattan sonra
Paraph. inst.	: Paraphrais Instituionum
pr.	: principium
Pomp.Reg.	: Pomponii Regularum Fragmentum
RIDA	: Revue Internationale des Droits de l'Antiquité
Sa.	: Sayı
s.	: sayfa
SDHI	: Studia et Documenta Historiae et Iuris
Sent.Rec.Paul	: Sententiarum Receptarum Pauli
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamı
yy.	: Yüzyıl

ROMA HUKUKUNDAN GÜNÜMÜZE TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARI

GİRİŞ

§ 1. KONUNUN SUNULMASI VE SINIRLANDIRILMASI

Hukuk, gelişme göstermeyen statik bir olgu olarak düşünülemez. Bugün özellikle Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku bakımından ele aldığımız pek çok kurum ve kavram, Roma Hukukundan günümüze uzun bir gelişim sürecinin yansımasıdır. 19.yy. sonu ve 20.yy. başındaki kanunlaştırmaları, 11. yy.'dan sonra *Corpus Iuris Civilis*'in ortaya çıkarılması ile başlayan ve 19.yy.'a kadar süregelen hukuk okullarından ve bu okulların hukuki kurum ve kavramlara yaptığı katkılardan bağımsız düşünmek mümkün değildir. Özel hukuk sistemi, Klasik Hukuktan *Iustinianus* Dönemine; *Iustinianus*'tan ise *Glossator*'lara, *Commentator*'lara, Hümanist Doktrin ve Pandekt Hukuk Bilimine kadar bir süreklilik göstermektedir. Bu süreklilik, bir gelişim sürecini de beraberinde getirmiştir. O nedenle Modern Kanunlaştırmalarda Roma Hukukunun izlerine rastlanmaktadır.

“Roma Hukukundan Günümüze Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları” isimli tezimizde konu, bu bakış açısı ile ele alınacak ve incelenecektir. Özellikle Roma Hukukundan günümüz hukuk düzenlerine, söz konusu kurumun gelişim süreci izlenerek, benzerlikler ve farklılıklar ortaya koyulmaya çalışılacaktır. Zira taşınmaz lehine irtifak hakları, Roma'da sosyal ve ekonomik ihtiyaçlar neticesinde ortaya

çıkmiş ve yüzyıllar içinde gelişme göstererek, günümüz hukuk düzenlerinde uygulama alanı bulan bir hukuki kuruma dönüşmüştür.

Taşınmaz lehine irtifak haklarına ilişkin kanunlaştırmalara yansıyan düzenlemeleri anlayabilmek bakımından öncelikle, Roma Hukukunda taşınmaz lehine irtifak hakları incelenecek ve ardından ortaçağda Roma Hukukunun yeniden doğuşu olarak kabul edilen 11.yy.'dan, Kanunlaştırma Hareketlerine kadar geçen sürede hukuk okullarının taşınmaz lehine irtifak hakkı kurumuna yaptığı katkılar ele alınacaktır.

Taşınmaz lehine irtifak haklarına ilişkin genel ilke ve koşullar, Roma Hukukunda oluşturulmuştur. Bunun yanı sıra en önemli değişim ve dönüşüm kurumun hukuki niteliğinde görülmektedir. O nedenle tezimizde bu durumu göz önüne sermek amacıyla, kurumun ele alınan dönemdeki hukuki niteliği dikkate alınarak, incelenecektir.

Farklı hukuk çevrelerinde yer alan hukuk düzenlerinde, Roma Hukukunun ne oranda etkili olduğunu belirlemek amacıyla Fransız ve İtalyan Hukuk Düzenleri ile İsviçre ve Türk Hukuk Düzenleri inceleme konusu yapılacaktır.

Doğal Hukuk Doktrini Roma Hukuku'ndan bağımsız olarak ortaya çıktığından ve bu doktrinde hukukun geçmiş ve gelecekle bağlantısı reddedildiğinden, tezimizde ayrı bir inceleme konusu yapılmamıştır. Ancak yeri geldiği ve konu gerektirdiği ölçüde, taşınmaz lehine irtifak hakları ile ilgili bu doktrinin yaklaşımına yer verilecektir. Özellikle Fransız Medeni Kanunundaki kimi

düzenlemelerin mantığını anlamak açısından, Fransız Doğal Hukuk temsilcilerinin görüşleri değerlendirilecektir.

Benzer şekilde İsviçre Medeni Kanunundaki farklı düzenlemelerin mantığını anlamak için yeri geldikçe ve konu gerektirdikçe Cermen Hukuku ve günümüz Alman Hukukuna yer verilecektir.

Tezimiz Giriş ve Sonuç bölümleri dışında iki ana bölümden oluşmaktadır.

Giriş bölümünde tezin inceleme konusunun ve amacının genel bir çerçevesi çizilmeye çalışılacaktır. Ardından Roma Hukukunda soyut kavramlar oluşturmaktan kaçınıldığından genel olarak tanımlanmamış; ancak günümüz hukuk düzenlerinde ifadesini bulan irtifak hakkı kavramı ele alınacak ve bu kavram içinde taşınmaz lehine irtifak haklarının yeri tespit edilmeye çalışılacaktır.

Birinci bölümde Roma Hukuku kapsamında taşınmaz lehine irtifak hakları kurumu incelenecektir. Bu amaçla kurumun ortaya çıktığı dönemlerdeki sosyal ve ekonomik koşullarla yüklü taşınmazdan bağımsız düşünülemeyen irtifak hakları ve onların özellikleri ele alınacaktır. Daha sonra irtifak hakları ile taşınmaz arasında ayırım yapılma süreci ve bu süreci tetikleyen etkenler inceleme konusu yapılacaktır. Ardından irtifak haklarının taşınmazdan bağımsız algılanmaya başladığı, artık kurumun genel teorisinin oluşturulduğu dönem incelenecektir. Bu dönemde taşınmaz lehine irtifak hakları bakımından kullanılan terminoloji, kurumun hukuki niteliği, özellikleri, koşulları, konusu, içeriği ve sınıflandırılması ele alındıktan sonra taşınmaz lehine irtifak haklarının kurulması, hükümleri ve sona ermesi inceleme konusu yapılacaktır.

İkinci bölümde Roma Hukukundan günümüz hukuk düzenlerine taşınmaz lehine irtifak haklarının gelişimi incelenecektir. Bu amaçla öncelikle 11. yy. ve 15. yy., ardından 16. yy. ve 19. yy. Roma Hukukçularının taşınmaz lehine irtifak haklarına ilişkin yaptıkları katkılar anlaşılmaya çalışılacaktır. Bu kapsamda özellikle kavramın tanımı, hukuki niteliği, zilyetlik kavramı ile ilişkisi ve sınıflandırılması ele alınacaktır. İkinci bölümde, ayrıca günümüz hukuk düzenlerinde taşınmaz lehine irtifak haklarına ilişkin düzenlemeleri anlamak amacıyla, Fransız ve İtalyan Hukuk Düzenleri ile İsviçre ve Türk Hukuk Düzenleri inceleme konusu yapılacaktır. Roma Hukukundaki taşınmaz lehine irtifak hakları kurumunun söz konusu hukuk düzenlerindeki yansımalarını tespit etmek amacıyla, kurumun tanımı, hukuki niteliği, özellikleri, sınıflandırılması ele alındıktan sonra taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulması, hükümleri, korunması ve sona ermesi incelenecektir.

Sonuç bölümünde ise incelenen konularda varılan sonuçlara ilişkin genel bir değerlendirme yapılacaktır.

§ 2. GENEL OLARAK İRTİFAK HAKKI KAVRAMI

Hak sahibine, başkasının eşyası üzerinde belirli bir kullanma ya da yararlanma yetkisi sağlayan haklar, irtifak hakları olarak nitelendirilmektedir. İrtifak hakkının içeriğini, eşyadan elde edilebilecek menfaatlerden yararlanma oluşturur.

Roma Hukukunda, genel bir irtifak hakkı kavramı bulunmamaktadır. Taşınmaz lehine irtifak hakları “*iura praediorum*”, intifa hakkı “*ususfructus*” ve kullanma hakkı “*usus*”, tarih itibariyle eski Roma Hukuku dönemine aittir. Klasik Dönemde söz konusu hakların yanında, bugün anladığımız anlamda yararlanma

hakları gibi olan, oturma hakkı “*habitatio*” ve kölelerin ve hayvanların hizmetlerinden yararlanma hakkı “*operae servorum et animalium*” yer almıştır. *Iustinianus* döneminde ise üst hakkı “*superficies*” ve uzun süreli kira hakkı “*emphyteusis*” bunlara eklenmiştir. *Iustinianus* döneminde “*servitutes*” ibaresi, genel olarak irtifak haklarını ifade etmek için kullanılmıştır. Bunun yanı sıra irtifak hakları, kişi lehine irtifaklar “*servitutes personarum*” ve taşınmaz lehine irtifaklar “*servitutes praediorum*” şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır.

Glossator’lar, irtifak haklarını “*servitus quae debetur a persona personae, a re rei, a re personae, a person rei*” yani “kişi kişiye, eşya eşyaya, eşya kişiye, kişi eşyaya irtifak hakkı ile yüklü olabilir” şeklinde dörtlü bir ayrıma tabi tutmuşlardır. **Bartolus**, son türe ait *Digesta*’da ve de emirnamelerde bir örneğine rastlanmadığından bahseder, o nedenle *Commentator*’lar, irtifak haklarını *mere personales* (kişiye ilişkin), *mere reales* (eşyaya ilişkin), *mixtae* (karma) olmak üzere üçe ayırmışlardır. **Bartolus**, eşyaya ilişkin irtifakları, sürekli (*continue*), sürekli benzeri (*quasi continue*) ve sürekli olmayan (*discontinue*); köy taşınmazı lehine (*rusticae*) ve şehir taşınmazı lehine (*urbanae*) şeklinde incelenmiştir. Köy taşınmazı lehine irtifak hakları isimli (*nominatae*) ve isimsiz (*innominatae*) ve olmak üzere ikiye ayrılır. Şehir taşınmazı lehine irtifak hakları ise olumlu (*affermative*) ve olumsuz (*negative*) olarak ikiye bölüme ayrılmaktadır. **Caepolla**, *Tractatus de Servitutibus* isimli eserinde irtifak haklarını kişi lehine (*personarum*) ve eşya lehine (*rerum*) olmak üzere iki bölümde incelemiştir. Birinci bölümdekiler *ususfructus* (irtifa hakkı) ve *usus* (kullanma hakkı) ikinci bölümdekiler ise *servitutes praediorum urbanorum* ve *rusticorum* yani şehir ve köy taşınmazları lehine irtifak haklarıdır.

16.yy. Hümanist Doktrin temsilcileri ne **Bartolus**'un irtifak haklarına ilişkin üçlü ayrımını benimsemiş ne de irtifak hakkı kavramını tanımlamışlardır. Ancak bu doktrinde irtifak haklarının (*servitutes*) kişi lehine ve taşınmaz lehine olduğundan bahsedilmektedir.

Pandekt hukukçuları ise genel olarak irtifak haklarını öncelikle olumlu ve olumsuz irtifak hakları şeklinde ikiye ayırmışlardır. Olumlu irtifaklar, bir şey yapma hakkı veren ve yüklü taşınmaz malikinin katlanma yükümlüğünün olduğu irtifak haklarıdır. Olumsuz irtifaklar ise yasaklama hakkı verir ve yüklü taşınmaz maliki bazı şeyleri yapmamakla yükümlüdür. İrtifak haklarına ilişkin yapılan ikinci ayırım, kişi lehine irtifak hakları ve taşınmaz lehine irtifak hakları şeklindedir. Kişi lehine irtifak hakları bir kişinin menfaatlerine hizmet eder; oysa taşınmaz lehine irtifak hakları bir taşınmazın yararına hizmet eder. Kişi lehine irtifak haklarının en önemli özelliği, irtifak hakkı sahibinin ömrü ile sınırlı olmasıdır. Son olarak da irtifak hakları sürekli ve sürekli olmayan irtifaklar şeklinde bir ayrıma tabi tutulmuştur. Sürekli ve sürekli olmayan irtifak hakları ayrımı, irtifak hakkının kullanımının sürekli olup olmamasına göre yapılmaktadır.

Code Napoléon olarak da anılan 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunda *Iustinianus* döneminin terminolojisi kabul edilmemiştir. Taşınmaz lehine irtifak hakları (*servitutes praediorum*) ve kişi lehine irtifak hakları (*servitutes personarum*) şeklindeki ayırım yerine kanunda irtifak hakları, taşınmaz lehine irtifak hakları, *ususfructus* (irtifa hakkı) ve ilgili haklar şeklinde sayılmıştır. Bu düzenleme daha çok feodal yapıdan kaynaklanmıştır.

1942 tarihli İtalyan Medeni Kanununda ise aynı haklar, mülkiyet hakkı (*ius in re propria*) ve başkasının eşyası üzerindeki aynı haklar (*iura in re aliena*) şeklinde ele alınmaktadır. Başkasının eşyası üzerindeki aynı haklar ise yararlanma ve teminat hakları olmak üzere ikiye ayrılır. Üst hakkı, uzun süreli kira, intifa hakkı, kullanma hakkı, oturma hakkı ve taşınmaz lehine irtifak hakları yararlanma sağlayan aynı haklar kapsamında ele alınmaktadır. Teminat amaçlı aynı haklar ise rehin ve ipotekten oluşmaktadır.

İsviçre ve Türk Medeni Kanununda irtifak hakları taşınmaz lehine irtifak hakları, intifa hakkı ve diğer irtifaklar olarak iki bölümde incelenmiştir. Doktrinde ise irtifak hakları, kişi lehine irtifak hakları ve taşınmaz lehine irtifak hakları olarak ikiye ayrılmaktadır. Kişi lehine irtifak haklarından intifa hakkı ve oturma hakkı, diğer kişi lehine irtifak haklarından ayrılmaktadır. Şöyle ki, söz konusu iki irtifak hakkı da başkasına devredilemez ve mirasçılara geçmez. Diğer irtifak haklarından üst hakkı ve kaynak hakkı üçüncü kişilere devredilebilmektedir. Dolayısıyla bu irtifak hakları düzensiz irtifak hakları olarak nitelendirilmektedir. Fransız ve İtalyan doktrininde de söz konusu irtifak hakları “düzensiz kişi lehine irtifak hakları” olarak adlandırılmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARI

§ 1. TAŞINMAZIN BİR PARÇASI OLARAK TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARI

I- ROMA'DA EN ESKİ İRTİFAK HAKLARI

Roma'da eski dönemlerde tarım toplumunun gereklilikleri nedeniyle başkasının taşınmazından yararlanma ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Özellikle bu gereksinimler, ilk olarak başkasının taşınmazından geçme “*via*” ya da su geçirme “*rivus*” ihtiyacı şeklinde kendisini göstermiştir¹. Dolayısıyla Roma'da ilk ortaya çıkan irtifakların geçit irtifakı (*via*) ve su yolu irtifakı (*aquae ductus*) olduğu tahmin edilmektedir².

XII Levha Kanunları'nda kamu yoluna (*via publica*) benzeyen ve araziler arasındaki sınırı belirtmek amacıyla kullanılan özel yoldan (*via privata*) bahsedilmektedir. Bu yolun komşu taşınmazdan geçme işlevi de vardır. Başlangıçta geçilen alan her iki arazinin malikine de ait sayılmaktayken, zamanla *via* müstakil bir irtifak hakkı olarak kabul edilmeye başlanmıştır³.

XII Levha Kanunu, Levha 7.7:

“*VIAM MUNIUNTO: NI SAM DELAPIDASSINT, QUA VOLET IUMENTO AGITO.*”

¹ Capogrossi Colognesi, 1988, s. 177.

² Brugi, s. 21; Arangio-Ruiz, 1974c, s.18 vd.; Capogrossi Colognesi, 1976, s. 253 vd.; Cursi, s. 53 vd.

³ Brugi, s. 21; Capogrossi Colognesi, 1976, s. 81 vd.; Cursi, s. 53 vd.

Bir yolun sahibi onu geçilebilecek durumda tutsun; yol bir kez geçmeye uygun olunca herhangi biri dilediği şekilde yük hayvanını geçirebilsin ya da araba ile geçebilsin.

XII Levha Kanunlarında yer alan *via* ile ilgili düzenlemeye, *Festus*'un eserinde rastlıyoruz:

Festus, de verborum significatu, s.v. viae

“Viae sunt publicae, per <quas ire ager> e omnibus licet, et privatae, quibus nemine muti <ius est>praeter quorum sunt. Et ita privatae VIII pedes in latidune <habent> iure et lege, publicae, quantum ratio utilitatis permittit. <Praeterea> lex iubet XVI <IN ANFRACTO FLE> XUQUE PEDES <LATAS> ESSE VIAS, [ut] <et adicit> VIAS MUNIUNTO, NI SAM DELAPIDASSINT, QUA VOLET IUMENTO AGITO⁴”.

Kamu yolları vardır ki; herkes bu yollardan geçebilir ve sürü ya da araba ile geçebilir ve özel yollar vardır ki; bunların kullanımı sahibi haricinde kimse tarafından kullanılamaz. Özel yollar hukuken sekiz adım genişliğindedir, kamu yolları ise kamu yararı ne oranda öngörüyorsa o kadardır. XII Levha Kanunlarında da okuduğumuz gibi: Bir yolun sahibi onu geçilebilecek durumda tutmalıdır; bir kez geçmeye uygun olunca herhangi biri dilediği şekilde yük hayvanını geçirebilir ya da araba ile geçebilir.

Festus, alıntı yaptığımız metninde XII Levha Kanunlarındaki *via*'ya ilişkin düzenlemeyi ele almıştır. Buna göre özel yolların genişliği sekiz adım olmalıdır. Ayrıca yolun bakımı da sahibi tarafından yapılmalıdır. Ancak yol geçmeye elverişli ise herhangi birinin geçmesi ya da yük hayvanı geçirmesi mümkündür. Kamu yollarının genişliği ise yolun tahsis amacına göre belirlenmektedir.

Varro, de lingua latina, VII

“....ab eo leges iubent in directo pedum VIII esse viam, in anfracto XVI, id est in flexu”.

⁴ Aynen alıntı: Möller, s. 49.

... Yasaya göre yol düzse sekiz adım, kavisli ise on altı adımdır, yani kavise göredir.

Varro'nun yukarıdaki metni *Festus*'unki ile uyum içindedir. Burada da atıf yapılan yasa XII Levha Kanunlarıdır.

Klasik Dönem hukukçusu *Gaius* da benzer şekilde XII Levha Kanunlarındaki aynı düzenlemeyi ele almıştır:

D.8.3.8 (Gaius 7 ad ed. provinc.)

“Viae latitudo ex lege duodecim tabularum in porrectum octo pedes habet, in fractum, id est ubi flexum est, sedecim”.

XII Levha Kanunlarına göre yolun genişliği yolun bulunduğu yere göredir: eğer yol düzse sekiz adım, eğer yol kavisli ise on altı adımdır.

XII Levha Kanunlarında sözü edilen *via* ifadesinin irtifak hakkını değil de yolun kendisini ifade ettiği ileri sürülmüştür⁵. Nitekim *via* geçme hakkından çok üzerinden geçilen yolu işaret etmektedir⁶. Çünkü üzerinden geçilen yol ile geçme hakkı birbirinden farklı bir şekilde algılanmamıştır. Ancak Klasik Hukuk metinlerinde, *via* için aynı ifadenin kullanıldığı başka metinlerde irtifak hakkının kast edildiği açıkça görülmektedir:

D.8.3.23pr. (Paulus 15 ad sab.)

“Via constitui vel latior octo pedibus vel angustior potest, ut tamen eam latitudinem habeat, qua vehiculum ire potest: alioquin iter erit, non via”.

Geçit irtifakı (*via*), at arabasının geçmesi için gerekli olan genişlik sağlanarak, 8 adımdan daha geniş ya da daha dar olarak kurulabilir. Aksi takdirde *via* değil *iter* söz konusu olur.

⁵ Grosso, 1969, s. 22 vd.

⁶ Capogrossi Colognesi, 1976, s. 253.

D.43.8.2.22 (Ulpianus 68 ad ed.)

“Viarum quaedam publicae sunt, quaedam privatae, quaedam vicinales. publicas vias dicimus, quas graeci basilikas, nostri praetorias, alii consulares vias appellant. privatae sunt, quas agrarias quidam dicunt. vicinales sunt viae, quae in vicis sunt vel quae in vicos ducunt: has quoque publicas esse quidam dicunt: quod ita verum est, si non ex collatione privatorum hoc iter constitutum est. aliter atque si ex collatione privatorum reficiatur: nam si ex collatione privatorum reficiatur, non utique privata est: refectio enim idcirco de communi fit, quia usum utilitatemque communem habet”.

Bazı yollar kamu yolu, bazıları özel yol bazıları ise yerel yoldur. Kamu yolu ile Yunan’ların kraliyet yolu dedikleri bizim halkımızın *praetor* ya da *consul* yolu dedikleri kast edilir. Özel yolları kimileri tarımsal yollar olarak anar. Yerel yollar ise köylerdeki ya da köylere ulaşan yollardır. Bunlara kimileri kamu yolu demektedir ki; bir kişiye ait taşınmazın katkısıyla oluşturulmamışsa bu doğrudur. Bir kişinin katkısıyla onarılmışsa, farklılık arz eder; ancak bir kişinin katkısıyla onarılması bu yolların özel yol olması anlamına gelmez. O nedenle onarımın ortaklaşa yapılması gerekir, çünkü bu yollar ortak ve rahat kullanım içindir.

D.43.8.2.23 (Ulpianus 68 ad ed.)

“Privatae viae dupliciter accipi possunt, vel hae, quae sunt in agris, quibus imposita est servitus, ut ad agrum alterius ducant, vel hae, quae ad agros ducunt, per quas omnibus commeari liceat, in quas exitur de via consulari et sic post illam excipit via vel iter vel actus ad villam ducens. has ergo, quae post consularem excipiunt in villas vel in alias colonias ducentes, putem etiam ipsas publicas esse”.

Yollar iki şekilde özel yol olarak anlaşılır. Ya taşınmaz üzerinde irtifak hakkı kurulmuştur, böylece bir başkasının arazisine ulaşılmaktadır ya da herkesin geçebildiği *consul* yoluna ulaşmak için yolun bir çiftlik ya da araziden geçmesi gerekmektedir. *Consul* yolundan bir çiftliğe ya da araziye ulaşmak için kullanılan yollar kanaatimce kamu yolu olmalıdır.

Aquae ductus yani su yolu irtifakı için önceleri “*rivus*” ibaresi kullanılmış ve üzerinden su geçirilen kanal ya da su yolu ile su geçirme hakkı arasında net bir ayrım

yapılmamıştır⁷. Bu irtifakın da XII Levha Kanunları döneminde mevcut olduğu sanılmaktadır:

D.43.8.5 (Paulus 16 ad sab.)

“Si per publicum locum rivus aquae ductus privato nocebit, erit actio privato ex lege duodecim tabularum, ut noxa domino sarciatur”.

Eğer su yolu kamuya ait alan üzerinden geçiriliyorsa ve bir kimseye zarar vermişse, zarar gören XII Levha Kanunlarında öngörülen bir davayı açarak, su yolunun sahibinden zararın tazminini talep edebilir.

Ortaya çıktığı dönemde *aquae ductus*'un korunması *actio aquae pluviae arcendae* ile bağlantılıdır⁸. Zira *aquae ductus* için öngörülen dava *praetor* beyannamesinde diğer irtifak hakları ile birlikte yer almamıştır. Bu dava *formula*'sı XII Levha Kanunlarında bahsi geçen *actio aquae pluviae arcendae*'nin *formula*'sı ile birlikte ele alınmıştır⁹. *Actio aquae pluviae arcendae* yağmur sularının doğal mecrasını değiştiren komşuya karşı, köy taşınmazı maliki tarafından açılmaktadır¹⁰. Yukarıdaki metinde de su geçirilirken bir zararın meydana gelmesi halinde, söz konusu davanın talep edilebileceği ifade edilmektedir.

Cato, de agr. cult. 149.1

“Qua lege pabulum hibernum venire oporteat. Qua vendas fini dicito. Pabulum frui occipito ex Kal. Septembribus. Prato sicco decedat, ubi pirus florere coeperit; prato inrigo, ubi super inferque vicinus permittet, tum decedito, vel diem certam utriusque facito. Cetero pabulo Kal. Martiis decedito. 2. Bubus domitis binis, cantherio uni, cum emptor pascet, domino pascere recipitur. Holeris, asparagis, lignis, aqua, itinere, actu domini usioni recipitur...”.

⁷ Biondi, 1954, s. 3; Franciosi, s. 39.

⁸ Franciosi, s. 44.

⁹ Lenel, s. 91 vd.; Arangio-Ruiz, 1974a, s. 11 dipnot 5.

¹⁰ Umur, 1983b, s. 93.

Kışın otlatma kirasının koşulları ve otlatmanın sınırları sözleşmede belirlenmelidir. Otlatma Eylül'ün birinde başlamalıdır ve otlaklar kurduğunda, armut ağaçları çiçek açmaya başladığında ve sulak meralarda yukarıdaki ve aşağıdaki komşular sulama yapmaya başladıklarında ya da her biri için kesin bir tarih belirlendiğinde; tüm diğer otlaklarda Mart ayının birinde sona ermelidir. 2. Malik, kiracı otlattığı sırada, iki öküzü ve bir atı bağlama hakkını saklı tutar. Sebzeler, kuşkonmaz, yakılacak odun, *aqua*¹¹, *iter*, *actus* malik tarafından muhafaza edilir.

*Cato*¹², *de Agricultura* isimli eserinden alıntı yaptığımız metinde üç irtifak hakkından bahsetmektedir. Burada taşınmazın hayvan otlatılması için kiralanması ele alınmaktadır. Taşınmazın kiracı tarafından otlatma için kullanıldığı dönemde malik *aquae ductus*, *iter* ve *actus* yani su geçirme, yürüyerek ve sürüyle geçme hakkını saklı tutmaktadır.

*Quintus Mucius*¹³ zamanında *aquae ductus* yani su geçirme irtifakının kullanıldığı aşağıdaki metinden anlaşılmaktadır.

D.8.3.15 (Pomponius 31 ad q. muc.)

“Quintus mucius scribit, cum iter aquae vel cottidianae vel aestivae vel quae intervalla longiora habeat per alienum fundum erit, licere fistulam suam vel fictilem vel cuiuslibet generis in rivo ponere, quae aquam latius exprimeret, et quod vellet in rivo facere, licere, dum ne domino praedii aquagium deterius faceret”.

Quintus Mucius bize, bir kimse bir başkasının arazisi üzerinde su yoluna sahipse su kaynağı günlük ya da yazın ya da uzun aralıklarla kullanılıyorsa, kendisi için geçirdiği suyu kanalda biriktirebileceği, en çok miktarda suyu biriktirebilmek için çömlek ya da herhangi bir malzemeyi kullanabileceğini

¹¹ Burada muhtemelen *interdictum de aqua* nedeniyle yalnızca *aqua* denilmekle yetinilmiştir (Franciosi, s. 40).

¹² M.Ö. 234-149 yılları arasında yaşamıştır. Hatip, *Censorius* ve yaşlı ve bilge olarak anılır (Hooper, s. ix).

¹³ *Quintus Mucius Scaevola*, M.Ö. 140 yılında doğmuş, M.Ö. 98'de *praetor* ve M.Ö. 95'de *consul* olmuş Romalı hukukçu. *Cicero*, pek çok eserinde *Quintus Mucius*'un hatip yönünden bahsetmiştir. Hakkaniyet (*aequitas*) karşıtı ve *Ius Civile*'nin katı ve şekilci yapısının destekleyicisi bir muhafazakar olarak kabul edilir. M.Ö. 82 yılında öldüğü tahmin edilmektedir (Schiller, s.312-313).

söylerdi. Ayrıca <su yolu irtifakı sahibi> yüklü taşınmaz için su yolunu daha az elverişli hale getirmemek kaydıyla kanalda her istediğini inşa edebilir.

Diğer geçit irtifakları *iter* ve *actus*'un ise daha sonra ortaya çıktığı tahmin edilmektedir. *Iter* kelimesi, gitmek anlamına gelen “*eo*” dan türemiştir¹⁴. *Actus* kelimesinin kökü ise hayvanları sürmek anlamına gelen “*ago*” dur¹⁵. Dolayısıyla bu irtifaklar “taşınmazdan geçme ve sürü geçirme” ihtiyaçları doğrultusunda oluşturulmakla beraber doğrudan bir faaliyeti işaret etmektedir¹⁶. Bu irtifaklara yukarıda alıntı yaptığımız *Cato*'nun *de Agricultura* isimli eserinde rastlanmaktadır.

En eski irtifaklar olarak kabul edilen geçit irtifakları (*via*, *iter*, *actus*) ve su geçirme irtifakı (*aquae ductus*), başlangıçta taşınmazdan bağımsız bir şekilde düşünülmemiş ve üzerinden geçilen ya da su geçirilen toprak parçası ile özdeş kabul edilmiştir¹⁷. Diğer bir anlatımla taşınmazın geçilen parçası ya da su geçirilen parçası, geçme hakkının ya da su geçirme hakkının kendisi gibi algılanmıştır¹⁸. O nedenle

¹⁴ Franciosi, s. 105.

¹⁵ Franciosi, s. 105.

¹⁶ Capogrossi Colognesi, 1976, s. 254.

¹⁷ Grosso, 1967, s. 269. **Capogrossi Colognesi** yalnızca *via*'nın taşınmazla özdeş algılandığı *iter* ve *actus*'un ortaya çıktığı zamandan itibaren başkasının eşyası üzerinde bir hak olarak düşünüldüğünü savunmaktadır (Capogrossi Colognesi, 1976, s. 249 vd.). Hukukçu *aquae ductus*'un da benzer şekilde başkasının eşyası üzerinde bir hak olarak ortaya çıktığı görüşündedir (Capogrossi Colognesi, 1966, s. 54 vd.).

¹⁸ **Koschaker** ve **Kaser** tarafından geliştirilmiş olan varsayıma göre irtifak hakkının sahibinin söz konusu geçit irtifakı ya da su yolu irtifakından yararlanan kişi olması ve toprağın üzerinden geçilen parçası ya da su yolunun geçtiği parçanın da sahibi olarak kabul edilmesi, mülkiyetin işlevsel olarak bölünmesi ve kısıtlanması anlamına geliyordu (Naklen Grosso, 1967, s. 106). **Kaser**'e göre söz konusu durumda eski hukuk döneminin aile babasının ölümüyle oluşan birlikte mülkiyet (*consortium*) kurumuna benzer bir durum söz konusu olmazdı çünkü o durumda istihkak iddiası gündeme gelirdi ve bu da *legis actio sacramentum in rem* ve bu kapsamda *contravindicatio*'nun şekillenmesine neden olurdu. Oysa burada iki farklı mülkiyet söz konusu olmaktadır: bir asıl mülkiyet sahibi (*Haupteigentum*) ve bir de yalnızca kullanma amacı olan sınırlı mülkiyet sahibi (*Nutzeigentum*) [Kaser, M.: *Geteiltes Eigentum im alteren römischen Recht*, Festschrift Koschaker, s. 455 (naklen Corbino, 1981, s. 22)]. **Grosso**'ya göre üzerinden geçilen ya da su yolunun geçtiği toprak parçası aynı zamanda hem yüklü taşınmaza hem de yararlanan taşınmaza ait kabul ediliyordu. Dolayısıyla söz konusu toprak parçası *legis actio sacramentum in rem* kapsamında talep edildiğinde bir *vindicatio* (istihkak iddiası) bir de *contavindicatio* (karşı istihkak iddiası) söz konusu oluyordu. Bu da iki malik arasında bir rekabete neden oluyordu. Bu rekabet ilerleyen zamanlarda taşınmaz lehine irtifak

maddi eşyadan bir farkı yoktur¹⁹. Dolayısıyla *pater familias* yani aile babasının malvarlığı üzerindeki tek hakimiyetini temsil eden *mancipium*, *potestas* kapsamındadır²⁰.

Digesta'daki klasik hukukçuların metinlerinde taşınmaz lehine irtifak haklarının taşınmazdan bağımsız algılanmamasının izlerine rastlanmaktadır.

D.50.16.86 (Celsus 5 dig.)

“Quid aliud sunt " iura praediorum" quam praedia qualiter se habentia: ut bonitas, salubritas, amplitudo?”

Taşınmaz lehine irtifak hakları, taşınmazın boyutu, toprağın kalitesi ve fiziksel olarak iyi durumda olmasından başka nedir ki?

Çağdaş Roma Hukukçuları tarafından genel kabul gören görüşe göre bu metinde *Celsus*, *iura praediorum* ile taşınmazın niteliğine işaret etmektedir²¹. Diğer

haklarının başkasının eşyası üzerinde bir hak olarak kabul edilmesi sürecinin başlangıcı olarak kabul edilebilir (Grosso, 1937, s. 274 vd).

¹⁹ Moritz, V.: Über den Bestand und die historische Entwicklung der Servituten und Servitutenklagen während der römischen Republik, in Berichte über die Verhandlung Königlich-Sächsische Gesellschaft der Wissenschaften zu Leipzig, Philologisch-Historische Klasse 26, Hirzel 1874, s. 159 vd. (naklen Biondi, 1954, 35). Grosso, bu teze Hugo, Bergman ve Dernburg tarafından daha 19.yy.'ın başlarında yayınlanan eserlerinde değinildiği ama söz konusu tezin en çok Voigt tarafından geliştirildiği görüşündedir (Grosso, 1969, s.15) Voigt'in bu görüşü modern Roma Hukuku doktrininde genel kabul gören bir görüş haline gelmiştir, bkz. Talamanca, 1990, s. 456-457; Solazzi, 1947, s. 3 vd.; Biondi, 1954, s. 33 vd.; Bretone, 1962, s. 26; Pugliese, 1964, s. 737; Burdese, 1968, s. 500; Scherillo, s. 116; Franciosi, s. 4; Capogrossi Colognesi, 1976, s. 414 vd.; Grosso, 1969, s.14 vd.; Burdese, 2007, s. 4; Corbino, 1981, s. 8 vd.

²⁰ Voigt'a göre ise en eski irtifak hakları *-iter, actus, acquaeductus* ve *aquae haustus*- başlangıçta başkasının malları üzerindeki haklar (*iura in re aliena*) olarak değerlendirilmemekte ve fakat *dominium* kapsamında değerlendirilmekteydi [Voigt, s. 159 vd. (Naklen Biondi, 1954, 35)]. Ancak *dominium* kavramının Cumhuriyet Döneminin sonlarında ortaya çıkan bir kavram olduğu ve söz konusu irtifak haklarının daha eski olduğu gerçeği karşısında hukukçunun bu varsayımı hukukçular tarafından eleştirilmiş ve geliştirilmiştir [bkz. Kaser, Festschrift Koschaker, s. 455, (Naklen Corbino, 1981, s. 22)]. Roma hukukçularının bir kısmı eski taşınmaz lehine irtifak haklarının *mancipium* kapsamında ortaya çıktığını (Grosso, 1969, s. 19 vd; Capogrossi Colognesi, 1969, s. 255; Cursi, s.68); bir kısmı ise *potestas* kapsamında ele alındığını (Franciosi, s. 20; Aru, s. 13 vd.; Corbino, 1981, s. 51) savunmaktadır.

²¹ Arangio-Ruiz, 2002, s. 234.

bir anlatımla taşınmaz lehine irtifak hakları, taşınmazın niteliğini belirten bir hukuki durumu ifade etmektedir²².

D.8.3.30 (Paulus 4 epit. alf. dig.)

“Qui duo praedia habebat, in unius venditione aquam, quae in fundo nascebatur, et circa eam aquam late decem pedes exceperat: quaesitum est, utrum dominium loci ad eum pertineat an ut per eum locum accedere possit. respondit, si ita recepisset: " circa eam aquam late pedes decem", iter dumtaxat videri venditoris esse”.

İki tane taşınmazı olan bir kimse, bunlardan birisi satılırken taşınmazdan doğan suyu ve suyun çevresindeki on adım genişliğindeki <yeri> hariç tutmuştur. Söz konusu yerin mülkiyetinin ona ait olup olmadığı ve bu yerden geçip geçemeyeceği sorunu ortaya çıkmıştır. Hukukçu, «söz konusu suyun etrafındaki on adım genişliğindeki yer» şeklinde kayıt konulduysa; satıcı bakımından yalnızca *iter* (yürüyerek geçme irtifakı) söz konusu olacaktır şeklinde yanıtlamıştır.

Metinde taşınmaz lehine irtifak haklarının maddi mal olarak görülmesine ilişkin izler oldukça açıktır. Taşınmazın satışı sırasında taşınmazdan çıkan su ve etrafındaki on adımlık alan satımın dışında tutulmuştur. Bu konu ile ilgili metinde getirilen çözüm ise yalnızca taşınmazı satan kimsenin *iter* yani yürüyerek geçme irtifakına sahip olabileceğidir. Metinde dikkat çeken husus, *iter*'in maddi bir eşya olarak görülmesi ve taşınmaz satılırken geçilen alanın ayrı tutulması halinde irtifak hakkına ayrıca sahip olunabilmesidir.

D.8.3.24 (Pomponius 33 ad sab.)

“Ex meo aquae ductu labeo scribit cuilibet posse me vicino commodare: proculus contra, ut ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam servitus adquisita sit, uti ea possit. proculi sententia verior est.”

Labeo, kendi su kanalından herhangi bir komşuma su alması için ariyet verebileceğimi yazmıştır. *Proculus* ise aksine lehine irtifak hakkı kurulmuş

²² Orestano, s. 107; Grosso, 1969, s. 78.

olandan farklı olarak, kendi taşınmazının bir parçasının bile bana hizmet edemeyeceğini belirtir. *Proculus*'un görüşü daha doğrudur.

*Labeo*²³ irtifak hakkını taşınmazla özdeş düşünmüş ve *aquae ductus* ile *rivus* yani suyolu irtifakı ile su kanalı arasında bir ayrım yapmaksızın, su kanalından su alınmasının ariyet sözleşmesine konu olabileceğini dile getirmiştir.

D.8.3.12 (Modestinus 9 diff.)

“Inter actum et iter nonnulla est differentia: iter est enim, qua quis pedes vel eques commeare potest, actus vero, ubi et armenta traicere et vehiculum ducere liceat”

Iter ve *actus* arasında az bir fark yoktur. Gerçekten de *iter*, yürüyerek ya da at üstünde gelip gitmeye müsaade edilen yerdir. *Actus* ise sürü geçirme ya da yük arabasıyla geçmeye müsaade edilen yerdir.

Modestinus, *iter* ve *actus* arasında çok da az bir fark olmadığından bahseder. Bunu açıklamak için *iter* ve *actus*'u karşılaştırır. Buna göre *iter*, yürüyerek ya da at üstünde geçilmesine izin verilen yerdir. *Actus* ise sürü ya da yük arabasıyla geçilen yerdir. Hukukçunun her iki geçit irtifakını da ifade ederken, geçilen güzergah ile irtifak hakkı arasında ayrım yapmadığı; hatta *iter* ve *actus*'la geçilen güzergahı kast ettiği anlaşılmaktadır.

En eski irtifak hakları *iter*, *actus*, *via* ve *aquae ductus*'a benzer işlevlere sahip ve hak sahibine taşınmaz üzerinde olumlu bir faaliyeti yerine getirme yetkisi veren, *aquae haustus* ya da *servitus pecoris ad aquam adpulsus* gibi yeni irtifaklar zaman

²³ *Marcus Antistius Labeo*, yaklaşık olarak M.Ö. 50 yılı ile M.S. 10/11 yılları arasında yaşadığı tahmin edilen Romalı hukukçu ve *Principatus* döneminin başlarında önemli iki hukuk okulundan birisinin (*Proculiani*) kurucusu. *Labeo* kendinden önceki hukukçular gibi tümdengelim yöntemi ile muhakeme yapmaktansa hukukun ilkelerini açıklama yöntemini tercih etmiştir. *Labeo*'nun sadık kaldığı ilke “bir başkasının zor durumundan yararlanılmamalıdır” ilkesi, sonraki yüzyıllarda da hukukçular tarafından söz edilen önemli bir ilkedir (Schiller, s. 318-319; Berger, s. 536).

içinde kabul edilmeye başlanmıştır. Bahsi geçen bu yeni irtifak hakları, tarım tekniklerinin gelişmesi ile ihtiyaç duyulan yeni gereksinimleri gidermek amacıyla oluşturulmuştur²⁴.

Aquae haustus, başkasının arazisindeki kaynaktan su alma hakkı olarak ortaya çıkmıştır. *Haustus* su çekmek anlamına gelmektedir, kaynağı ifade etmek içinse Romalılar *fons*²⁵ kelimesini tercih etmişlerdir²⁶. *Servitus pecoris ad aquam adpulsus*, sürüyü su içmesi için başkasının taşınmazına götürme hakkıdır. Dolayısıyla burada hem sürünün bir başkasının taşınmazından geçmesi hem de o taşınmazdan su alınması söz konusudur.

*Cicero, pro Caecina*²⁷ isimli eserinde *iter, actus* ve *aquae ductus*'un yanı sıra *aquae haustus*'tan da bahsetmektedir:

Cicero, pro. Caec.26.74

“...*Fundus a patre relinqui potest, at usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium, non a patre relinquitur, sed a legibus; aquae ductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium ab iure civili sumitur*”.

Bir arazi aile babası tarafından bırakılmış olabilir. Ancak arazinin kazandırıcı zamanaşımı ile kazanılması (*usucapio*) yani endişelerin ya da çekişmelerin sonu aile babası tarafından bırakılmamıştır; ama yasalar tarafından bırakılmıştır. *Aquae ductus, aquae haustus, iter* ve *actus* bize babadan geçmiştir. Ancak tüm bu şeylere ilişkin sürekli bir teminat < sorumluluğu > bize *ius civile* tarafından verilmektedir.

²⁴ Giuffré, s. 124.

²⁵ Kaynaktan su alma irtifakı için öngörülen *interdictum, interdictum de fonte* olarak anılmaktadır (bkz. s. 29 vd.).

²⁶ Franciosi, s. 42-43.

²⁷ Bu eserin M.Ö. 69 yılında yazıldığı tahmin edilmektedir (Capogrossi Colognesi, 1999, s. 99).

A- En Eski İrtifakların Niteliği

Roma'daki en eski irtifaklar olarak kabul edilen geçit irtifakları ve su geçirme irtifakı *res mancipi* olarak kabul edilmektedir. *Res mancipi* olarak kabul edilen eşyalar, Roma'nın antik dönemdeki sosyo-ekonomik yapısına göre şekillenmektedir²⁸. Bunun da tarımsal ihtiyaçlarla ilgisinin altı çizilmiştir²⁹. Ayrıca *res mancipi*'nin, aile babasının (*pater familias*) doğrudan hakimiyetindeki eşyaları ifade ettiği de ileri sürülmektedir³⁰. Bu düşüncenin temelinde aile babasının aile üzerindeki egemenliği yatmaktadır. Roma'da eski hukuk döneminde *familia* yani aile, hem siyasi hem de ekonomik gücü haiz bir topluluk olarak oldukça önemli bir yere sahiptir ve aile babasının (*pater familias*) egemenliği altındadır. Diğer bir anlatımla aile babası ailede tüm yetkilere sahip tek kişidir³¹. Aile ise ekonomik bakımdan aile babasının malvarlığını oluşturmaktadır³². En eski dönemlerde aile babasının aile üzerindeki bu hakimiyeti *mancipium* şeklinde ifade edilmektedir³³. İlerleyen zamanlarda aile babasının malvarlığını oluşturan aile üzerindeki hakimiyetinin karı, kişiler ve mallar üzerindeki hakimiyetten oluştuğu kabul edilmiş *manus*³⁴, *potestas*³⁵, *mancipium* ve şeklinde ayrı ayrı ifade edilmeye başlanmıştır³⁶.

²⁸ Pugliese/Vacca/Sitzia, s. 119.

²⁹ Gallo, s. 21 vd.; Honig, s. 310; Oğuzoğlu, s.141; Tahiroğlu, s. 23; Umut, 1983b, s. 10; Koschaker/Ayiter, s. 110.

³⁰ Gallo, s. 20.

³¹ Pugliese, 1957, s. 339 vd.

³² Bonfante, 1972, s. 174; Bretonne, 1962, s. 21.

³³ De Visscher, s.277; Guarino, 2002, s. 119; Arangio-Ruiz, 2002, s. 168; Pugliese, 1964, s. 758; Scherillo, s. 109; Pugliese, 1957, 339; Talamanca, 1990, s. 391; Capogrossi Colognesi, 1969, s. 288 vd.; Di Marzo, s. 209.

³⁴ Hakimiyeti ifade etmek için kullanılan en eski terim olmakla birlikte ilerleyen dönemlerde hukuken evli kadın üzerindeki aile babasının hakimiyetini ifade etmek için kullanılmaktadır (Capogrossi Colognesi, 1969, s. 279..)

³⁵ Genel olarak hakimiyet, yetki anlamına gelen bu kavram aynı zamanda siyasi yetkiyi ifade etmek için de kullanılmaktadır. Bunların yanı sıra *potestas*, aile babasının kişiler üzerindeki yani köleler ve aile evlatları üzerindeki hakimiyetine işaret etmektedir (Capogrossi Colognesi, 1969, s. 284-285).

³⁶ Capogrossi Colognesi, 1969, s. 278; Talamanca, 1990, s. 119-120.

Cumhuriyet döneminin sonlarına doğru ise aile babasının eşya üzerindeki hakimiyeti yerini eşyanın maliki olma haline yani *dominium* kavramına bırakmıştır³⁷.

Res Mancipi kapsamındaki eşyalar, tek tek sayılmıştır ve sayıları bellidir³⁸.

Geçit irtifakları ve su geçirme irtifakının bu kapsamda ele alınması söz konusu irtifakların taşınmazdan bağımsız bir şekilde düşünülmemesi ve taşınmazın bir parçası olarak görülmesiyle açıklanabilir.

Ins. Ulp. 19.1

“*Omnes res aut Mancipii sunt aut nec Mancipii. Mancipii res sunt praedia in Italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus : item iura praediorum rusticorum, uelut uia iter actus aquaeductus : item serui et quadrupedes, quae dorso collouae domantur, uelut houes muli equi asini...*”.

Tüm şeyler ya *Mancipi* ya da *nec Mancipi*'dir. *Mancipi* olanlar gerek köy gerekse şehirde olsun yalnızca İtalya arazisi: benzer şekilde *via*, *iter*, *actus* ve *aquae ductus* gibi köy taşınmazı lehine irtifak hakları: benzer şekilde köleler, öküz, katır, at, eşek gibi dört ayaklı evcil hayvanlardır...

Ulpianus, yukarıda alıntı yapmış olduğumuz metinde *via*, *iter*, *actus* ve *aquae ductus*'un *res Mancipi* olduğunu açıkça ifade etmiştir. Metinde örnekleme yoluyla mı dört irtifak hakkı sayılmıştır yoksa yalnızca bu dört irtifak hakkının mı *res Mancipi* olduğu belirtilmek istenmiştir bu konuda bir açıklık yoktur³⁹.

En eski irtifak hakları Romalılar tarafından *res Mancipi* olarak kabul edildiğinden mülkiyetin nakli için kullanılan karakteristik bir işlem olan *Mancipatio*

³⁷ Capogrossi Colognesi, 1969, s.462 vd.

³⁸ Gallo, s. 20; Scherillo, s. 116; Ourliac-Malafosse, s. 21; Grosso, 2001, s. 64.; Umur, 1983b, s. 10; Marrone, s. 280.

³⁹ Grosso, 2001, s. 64.

ile kurulmaktaydı⁴⁰. Bu irtifaklar baştan itibaren aile babasının malvarlığı üzerindeki egemenliği (*mancipium*) kapsamında ele alındığından, kurulmaları da sıkı şekil şartlarına tabi ve törensel bir yönü olan *mancipatio* ile mümkün olmaktadır. Dolayısıyla *mancipium* ve *mancipatio* arasında sıkı bir ilişki vardır⁴¹. *Mancipatio* Romalılar tarafından “hayali satım” şeklinde⁴² ifade edilmekle birlikte ilerleyen zamanlarda mülkiyetin nakli işlemi olarak varlığını sürdürmüştür⁴³.

Taşınmaz lehine irtifak haklarının *mancipatio* ile kurulması, maddi eşyaların mülkiyetinin naklinden farksızdır. Buna göre beş Roma vatandaşı tanık ve bir terazi tutan Roma vatandaşı huzurunda irtifak hakkını kuran «*aio mihi esse ius eundi (iter) per fundum Cornelianum idque mihi emptum esto hoc aere aeneaque libra*» (*Cornelianus* arazisi üzerinde *iter* yani yürüyerek geçme hakkım olduğunu beyan ediyorum. Bu bronz külçe ve terazi ile iktisap ediyorum) derdi. Ardından terazi tutan irtifak hakkını kurana bir bronz külçe verir ve irtifak hakkını kuran bu külçe ile teraziye vurduktan sonra külçeyi yüklü taşınmaz malikine verir⁴⁴. İrtifak hakkı bu şekilde kurulmuş olurdu.

⁴⁰ Franciosi, s. 6; Watson, 1968, s. 184. Bazı Roma Hukukçuları, söz konusu irtifak haklarının *mancipatio* ile kurulması ve *mancipatio*'nun yapısı nedeniyle *res corporalis* olarak kabul edildiği görüşündedir (ayrıntılı bilgi için bkz. Grosso, 1969, s. 16; Biondi, 1954, s. 36; Pichonnaz, 2004, s. 109).

⁴¹ Scherillo, s. 111; Pugliese/Vacca/Stizia, s. 132.

⁴² Gai.1.119.

⁴³ Biondi, 1954, s. 36; Grosso, 1969, s. 16-17.

⁴⁴ Biondi, 1954, s. 222.

B- Taşınmazın Bir Parçası Olarak Kabul Edilen İrtifakların *Usus* Konusu Olabilmesi

Usus (fiil olarak *uti*), kullanma anlamına gelmektedir⁴⁵. Ayrıca *usus*'un, zilyetliğin en eski biçimi olduğu kabul edilmekle birlikte, bir yetkinin kullanılması anlamına gelen daha geniş bir kavram olduğu ileri sürülmektedir⁴⁶.

En eski irtifak hakları olan geçit irtifakları ile su geçirme irtifakı, üzerinden geçilen ya da su geçirilen alan yani taşınmazın parçası ile özdeş olarak kabul edildiğinden, *usus* konusu olabilmektedir⁴⁷. Diğer bir anlatımla en eski taşınmaz lehine irtifak hakları, diğer maddi eşyalardan farksız bir şekilde ve *fundus* yani taşınmazın diğer parçaları gibi zilyetlik konusu olabilir ve kazandırıcı zamanaşımı ile kazanılabilir⁴⁸.

XII Levha Kanunu, Levha 6.3

“*Usus auctoritas fundi biennium est, ceterarum rerum omnium annuus est usus*”⁴⁹.

Bir arazi (taşınmaz) ile ilgili *usus* ve *auctoritas* iki yıldır.... Diğer tüm şeyler için *usus* bir senedir.

XII Levha Kanunları bakımından *usus*, eşyanın fiilen kullanılması anlamındadır⁵⁰. Kanunda *auctoritas*'ın *usus* ile birlikte kullanımı, *mancipatio*'dan

⁴⁵ Albanese, s.6.

⁴⁶ Meynial, s. 241; Pugliese/Vacca/Sitzia, s. 134; Talamanca, 1990, s. 421; Umur, 1983b, s. 98.

⁴⁷ Grosso, 1969, s. 189.

⁴⁸ Capogrossi Colognesi, 1999, s. 95.

⁴⁹ Aynen alıntı Girard, 1903, s. 15.

⁵⁰ Albanese, s. 7.

doğan zaptan sorumluluğu akla getirmektedir⁵¹. Bu anlamda *usus auctoritas*'ın, zilyetliğin temini şeklinde anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür⁵². Ayrıca yasadaki bu düzenlemenin, ileride *res corporales* olarak anılacak olan maddi eşyayı işaret ettiği de ileri sürülmektedir⁵³. Ancak XII Levha Kanunlarında düzenlendiği şekliyle *usus, omnes ceterae res*'i yani tüm eşyaları kapsar⁵⁴.

Cicero ise *Topica* isimli eserinde *usus auctoritas*'tan *usucapio*'nun ilk uygulaması olarak bahsetmektedir.

Cicero, Top. 4. 23

“...*Quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam aedium. At in lege aedes non appellantur et sunt ceterarum rerum omnium quarum annuus est usus*”.

... arazi için *usus auctoritas* iki yıldır, <şehirdeki> bina bakımından da aynı kural geçerli olmalıdır. Fakat yasada binadan söz edilmemektedir. Dolayısıyla binalar, yasada diğer şeyler için öngörülen bir senelik süre kapsamında değerlendirilir.

Cicero'nun yukarıda alıntı yaptığımız *pro Caecina.26.74*⁵⁵'deki metninde ise *aqua ductus, haustus, iter* ve *actus* bakımından *auctoritas* yani teminat sorumluluğundan bahsedilmektedir. Buna göre bir arazinin miras bırakılması söz konusudur ve arazi lehine olan irtifak hakları da murislere geçmektedir. Bunun yanı sıra *rata auctoritas* şeklinde ifade edilen zapta karşı teminat sorumluluğu da murislere geçmektedir. *Cicero* söz konusu arazinin *usucapio* ile kazanılması tehlikesi

⁵¹ *Mancipatio* ile bir eşyanın mülkiyetinin nakli işlemini yapan kimsenin, herhangi bir zapt (*evictio*) ihtimaline karşı yüklendiği teminat, *auctoritas* şeklinde ifade edilmektedir (Umur, 1983b, s. 52). Pugliese/Vacca/Sitzia, s. 134; Talamanca, 1990, s. 421; Günal, 1998, s. 122.

⁵² Tuccillo, 2009, s. 8. Ancak her iki terimin aynı anlama geldiği de ileri sürülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tuccillo, 2009, s. 10 vd.

⁵³ Arnò, s. 236, dipnot. 1; Orestano, s. 148; Bretone, 1998, s.22.

⁵⁴ Tuccillo, 2009, s. 34.

⁵⁵ Metni kendisi ve çevirisi için bkz. s.18.

varsa murislerin bu tehlike ile karşı karşıya kalacaklarından bahsetmektedir. Zira *rata auctoritas* yani süregelen bir teminat sorumluluğu, *ius civile*'den kaynaklanmaktadır.

Bu şekliyle en eski irtifaklar (geçit irtifakları ve su geçirme irtifakı), zamanaşımı ile kazanılmaktadır. Çünkü söz konusu irtifak hakları, taşınmazdan bağımsız olarak düşünülmemiştir. Diğer bir anlatımla geçit irtifakları ve su geçirme irtifakı, ortaya çıktığı dönemde taşınmazın üzerinden geçilen ya da su geçirilen parçası ile özdeş kabul edildiğinden kazandırıcı zamanaşımı ile kazanılabilmekteydi. Bu bakımdan söz konusu irtifak haklarının kazandırıcı zamanaşımı ile kazanılabilmesi, taşınmazlar için aranan iki senelik süre içinde kullanılması halinde mümkün olmaktadır⁵⁶.

Roma'da rehin⁵⁷ konusu eşya alacaklıya teslim edilmektedir. Daha açık bir anlatımla alacaklı rehin konusu eşyanın zilyedi olmamakta ve fakat zilyet gibi korunmaktadır. En eski irtifak hakları taşınmazın üzerinden geçilen ya da su geçirilen parçası ile özdeş kabul edildiğinden diğer maddi eşyalar gibi *usus* yani zilyetlik konusu olabilir. Dolayısıyla bu irtifakların, rehne de konu olabildikleri tahmin edilmektedir⁵⁸.

⁵⁶ **Biondi**, en eski taşınmaz lehine irtifak haklarının kazandırıcı zamanaşımı ile kazanılmasının yüklü taşınmazın kendisi zamanaşımı ile kazanıldığı takdirde mümkün olduğunu ileri sürmektedir. Taşınmaz lehine irtifak hakkı taşınmazın bir parçası hatta Romalıların deyimiyle bir özelliği olarak taşınmazın mülkiyeti zamanaşımı ile kazanıldığında beraberinde kazanılmaktadır (Biondi, 1954, s. 272).

⁵⁷ Rehinin, yaklaşık olarak M.Ö. 3. yy.'da ortaya çıktığı tahmin edilmektedir (Giuffrè, s. 113).

⁵⁸ Capogrossi Colognesi, 2004, s. 263.

C- Taşınmazın Bir Parçası Olarak Kabul Edilen İrtifakların *Interdictum* Korumasından Yararlanması

Roma'da eski devirlerden itibaren düşmandan kazanılan topraklar, *ager publicus* yani kamu malı olarak görülmektedir⁵⁹. Bu araziler *res publicae*⁶⁰ olarak kabul edilmekle birlikte kişilerin kullanımına bırakılabilmektedir⁶¹. Ancak söz konusu araziler her zaman geri alınabilmekte ve zamanaşımı ile kazanılması mümkün olmamaktadır⁶². Kişiler, kendilerine arazi üzerinde sağlanan bu kullanım olanağı sayesinde, arazide fiili bir hakimiyet kurmaktadır. Romalılar tarafından *possessio* ifadesinin, M.Ö. 3. yy.'ın sonlarına doğru *ager publicus* ile ilgili olarak kullanıldığı kabul edilmekte⁶³ ve *interdictum uti possidetis*'in, *praetor*'larca söz konusu arazileri fiili hakimiyetinde bulunduran kimseleri üçüncü kişilerin müdahalesinden korumak amacıyla öngörüldüğü tahmin edilmektedir⁶⁴. *Interdictum uti possidetis*, zilyetliğin zorla, gizlice ya da *precarium* sebebiyle (*vi, clam aut precario*) elde edilmemiş olması halinde talep edilebilmektedir⁶⁵. Taşınmazdan bağımsız olarak kabul edilmeyen irtifak hakları bakımından da “*uti possidetis*” örnek

⁵⁹ Talamanca, 1990, s. 394; Umur, 1983b, s. 119. Cumhuriyet Döneminin sonlarına doğru İtalya yarımadasındaki tüm araziler *res mancipi* olarak kabul edilmiş ve *ius civile* mülkiyetinin konusu olmuştur. M.Ö. 1. yy.'ın sonlarına doğru İtalya yarımadasındaki henüz tahsis edilmemiş toprakların da zamanaşımı yoluyla mülkiyetinin kazanılmış olduğu kabul edilerek, yarımada *ius civile* mülkiyetinin konusu olmayan toprak kalmamıştır (Umur, 1983b, 122).

⁶⁰ Roma halkına ait malları ifade etmek üzere kullanılmaktadır (Umur, 1983b, s. 9).

⁶¹ M.Ö. 367 yılında çıkarılan *leges Liciniae Sextiae*'ye kadar yalnızca *patricus*'lara tahsis edilmekteyken bu yasa ile söz konusu arazilerin *pleb*'lere de tahsis edilebilmesi öngörülmüştür (Talamanca, 1990, s. 395; Umur, 1983b, s. 119).

⁶² Tahiroğlu, s. 21; Umur, 1983b, s. 119.

⁶³ Talamanca, 1990, s. 486; Umur, 1983b, s.121; Marrone, s. 384; Albanese, s. 8. Bu araziler *ager privatus*'tan farklıdır. *Usucapio* ile kazanılması diğer bir anlatımla bu araziler üzerindeki zilyetliğin, *usucapio* ile *dominium ex iure Quiritium*'un kazanılmasına bir etkisi yoktur (Albanese, s. 74).

⁶⁴ Talamanca, 1990, s. 496. Capogrossi Colognesi, 2001, s. 31; Marrone, s. 385. Bu *interdictum*'un yanı sıra *interdictum de vi armata* ve *interdictum unde vi*'de talep edilebilirdi (Albanese, s. 82).

⁶⁵ Tarihi tam olarak bilinmemekle birlikte bu *interdictum*'un, M.Ö. 2. yy.'dan önce ortaya çıktığı tahmin edilmektedir (Capogrossi Colognesi, 1976, s. 380).

alınarak, *interdictum* koruması öngörülmüştür⁶⁶. En eski irtifak hakları olarak kabul edilen su geçirme irtifakı ve geçme irtifakları için M.Ö. 2. yy. ile M.Ö. 1. yy.'ın arasındaki bir süreçte *interdictum* koruması öngörüldüğü tahmin edilmektedir⁶⁷.

En eski irtifak hakları bakımından geçerli olan bir diğer korumanın *legis actio sacramento in rem* kapsamında olduğu tahmin edilmektedir. Bu konudaki kaynak eksikliği, varsayımlarla giderilmeye çalışılmaktadır. Buna göre *legis actio sacramento in rem* kapsamında *magistra* önünde geçit irtifakı ya da su geçirme irtifakına ilişkin aidiyet iddiası, “*meum esse rivum*” ya da “*meum esse viam*” şeklinde oluyordu. Bu iddiada yer alan *rivus* suyolu irtifakı için *via* ise geçit irtifakı için kullanılmaktadır. Her iki ifade irtifak hakkı için değil de eşyanın kendisi için kullanılmaktadır⁶⁸.

1- Su Yolu İrtifakı İçin Öngörülen *Interdictum*'lar

İrtifak haklarının korunması bakımından öngörülen *interdictum*'lardan en eskisinin, su yolu irtifakı için öngörülen *interdictum de aqua cottidiana et estiva* ve *interdictum de rivis* olduğu kabul edilmektedir⁶⁹.

D.43.20.1 pr.(Ulpianus 70 ad ed.)

“*Ait praetor: 'uti hoc anno aquam, qua de agitur, non vi non clam non precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto'*”.

⁶⁶ Capogrossi Colognesi, 2004, 263; Cannata, 2001, s. 250; Biondi, 1954, s. 356. **Grosso**'ya göre her ne kadar en eski *interdictum*'lar zilyetlik *interdictum*'ları olsa da geçit irtifakı ve su geçirme irtifakını konu alan bu *interdictum*'ların temelinde zilyetlik yatmamaktadır. Yazara göre *interdictum*'ların toplumsal ve kamu hukuku boyutu, söz konusu *interdictum*'ların oluşmasına neden olmuştur (Grosso, 1969, s. 179).

⁶⁷ Capogrossi Colognesi, 1976, s. 396-371.

⁶⁸ Franciosi, s. 10.

⁶⁹ Grosso, 1969, s. 79.

Praetor şöyle demektedir : “Şu kadar ki; bu yıl *nec vi nec clam nec precario* su geçirdiğinden, aynı şekilde su geçirmenin zorla engellenmesini yasaklıyorum”.

Geçen yıl içinde günlük olarak su geçirme hakkını gizlice, zorla ve *precarium* sebebiyle olmamak kaydıyla kullanan kimse, *interdictum* koruması talep edebilmektedir. Metinde su yolu irtifakı sahibinden bahsedilmemektedir. *Interdictum* koruması bakımından, irtifak hakkının kullanımı dikkate alınmaktadır.

D.43.20.1.29 (Ulpianus 70 ad ed.)

“*Deinde ait praetor: ‘uti priore aestate aquam, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto. inter heredes emptores et bonorum possessores interdicam’*”.

Praetor ayrıca şöyle demektedir: “ Şu kadar ki; önceki yaz boyunca *nec vi nec clam nec precario* su geçirdiğinden, aynı şekilde su geçirmenin zorla engellenmesini yasaklıyorum. Mirasçılar, alıcılar ve *bonorum possessores* için de benzer bir *interdictum* yayınlayacağım”.

Burada ise yazın su geçiren kimsenin *interdictum* koruması talep edeceği belirtilmiştir. Bu durumda su yalnızca yazın geçirilmektedir. Günlük su geçirildiği takdirde ise su geçirmenin sürekli olması koşulu aranmaktadır. Burada sözü edilen süreklilik her gün anlamında olmayıp, gerek yazın gerek kışın suyun geçirilmesi anlamındadır⁷⁰.

D.43.21.1 pr.(Ulpianus 70 ad ed.)

“*Praetor ait: ‘ rivos specus septa reficere purgare aquae ducendae causa quo minus liceat illi, dum ne aliter aquam ducat, quam uti priore aestate non vi non clam non precario a te duxit, vim fieri veto’*”.

⁷⁰ Biondi, 1954, s. 358.

Praetor şöyle demektedir: “Su yolu sahibi geçen yaz *nec vi nec clam nec precario* su geçirmiş olması koşuluyla, su geçirmek amacıyla su yolunun, kanalın, mecranın ya da bendin temizlik ve onarımının yapılmasının engellenmesini yasaklıyorum.

Su geçirilen kanalın bakımı için *interdictum* talep edilmesi su geçirme hakkına sahip olunması koşuluna bağlanmamış ve fakat önceki yaz zorla, gizlice ve *precarium* sebebiyle olamamak kaydıyla suyun geçirilmiş olması şartı getirilmiştir.

2- Geçit İrtifakı İçin Öngörülen *Interdictum*

Geçit irtifakının kullanımını korumak amacıyla öngörülen *interdictum*, *interdictum de itinere actuque privato* şeklinde anılmaktadır.

D.43.19.1 pr. (Ulpianus 70 ad ed.)

“*Praetor ait: ‘ quo itinere actuque privato, quo de agitur, vel via hoc anno nec vi nec clam nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto ’*”.

Praetor şöyle demektedir: “Bu yıl *nec vi nec clam nec precario* kullandığın yürüyerek ya da sürüyle geçme hakkının kullanılmasının engellenmesini yasaklıyorum”.

Yukarıdaki metinde geçit irtifakını (*iter* ya da *actus*), son bir yıl içinde zorla, gizlice ve *precarium* sebebiyle olamamak kaydıyla kullanan kimse, irtifak hakkının kullanılmasına müdahale olduğu takdirde *praetor*’dan *interdictum* talep edebilmektedir. Bu metinde de *interdictum* korumasının irtifak hakkını kullanan kimse tarafından talep edilebileceği ifade edilmiştir.

D.43.19.1.2 (Ulpianus 70 ad ed.)

“*Hoc interdicto praetor non inquirat, utrum habuit iure servitutem impositam an non, sed hoc tantum, an itinere actuque hoc anno usus sit non vi non clam non precario, et tuetur eum, licet eo tempore, quo interdictum redditur, usus non sit. sive igitur habuit ius viae sive non habuit, in ea condicione est, ut ad tuitionem praetoris pertineat, si modo anno usus est vel modico tempore, id est non minus quam triginta diebus...*”.

Bu *interdictum* kapsamında *praetor*, bir kimsenin hukuka uygun olarak yüklenmiş bir taşınmaz lehine irtifak hakkına sahip olup olmadığını araştırmaz; yalnızca bu yıl içinde irtifak hakkının *nec vi nec clam nec precario* kullanılıp kullanılmadığını araştırır ve *interdictum* yayınlandığı anda irtifak hakkını kullanmamış olsa dahi onu korur. Geçit hakkının sahibi olsa da olmasa da bu yıl içinde, otuz günden az olmamak üzere, kısa bir süre için bile olsa irtifak hakkını kullanması *praetor* bakımından koruma için yeterlidir⁷¹...

Interdictum talep edebilmek için taşınmaz lehine irtifak hakkına yapılan herhangi bir müdahale yeterlidir. Metindeki önemli bir değerlendirme, *interdictum* koruması talep edildiğinde, *praetor* tarafından koruma talep edenin irtifak hakkının hukuken sahibi olup olmadığını araştırılmasına gerek duyulmadığının belirtilmesidir. *Praetor*, irtifak hakkının zorla, gizlice ve *precarium* sebebiyle olamamak kaydıyla kullanılıp, kullanılmadığını araştırmaktadır.

3- Kaynak İrtifakı İçin Öngörülen *Interdictum*

Başkasının taşınmazındaki kaynaktan su alınması irtifakının korunması amacıyla öngörülen *interdictum*, *interdictum de fonte*'dir.

D.43.22.1 pr.(Ulpianus 70 ad ed.)

“*Praetor ait: ‘ uti de eo fonte, quo de agitur, hoc anno aqua nec vi nec clam nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto. de lacu puteo piscina item interdicam’*”.

⁷¹ Metinde bahsi geçen geçit irtifakının otuz günden az kullanılmamış olması koşulu *interpolatio* olarak kabul edilmektedir (Solazzi, 1949, s. 52 vd.).

Praetor şöyle demektedir : “Şu kadar ki; bu yıl *nec vi nec clam nec precario* kaynaktaki suyu kullandığından, aynı şekilde suyu kullanmanın zorla engellenmesini yasaklıyorum. Göller, kuyular ve dalyanlar hakkında da aynı *interdictum*'u vereceğim”.

Geçen yıl zorla, gizlice ve *precarium* sebebiyle olamamak kaydıyla kaynaktan su alan kimseyi korumaya yönelik bir *interdictum* söz konusudur. Bu metinde de yalnızca irtifak hakkının kullanımından ve bu hakkı kullanan kimseye *interdictum* koruması sağlandığından bahsedilmektedir.

Ayrıca bu kapsamda kaynağın bakımı da gündeme gelmektedir.

D.43.22.1.6 (Ulpianus 70 ad ed.)

“*Deinde ait praetor: 'quo minus fontem, quo de agitur, purges reficias, ut aquam coercere utique ea possis, dum ne aliter utaris, atque uti hoc anno non vi non clam non precario ab illo usus es, vim fieri veto'*”.

Praetor şu şekilde söylemeye devam etti: “ Geçen yıl içinde *nec vi nec clam nec precario* kullanmadıkça, kaynaktan su alabilmen ve kullabilmen için kaynağı temizlemeni ve bakım yapmanı zorla engellemek için güç kullanılmasını yasaklıyorum.

İrtifak hakkının kullanımı için gerekli olan bakım ve onarımların engellenmesi halinde de *interdictum* koruması öngörülmüştür. Buna göre öncelikle kaynaktan su alma irtifakının zorla, gizlice ve *precarium* sebebiyle kullanılmamış olması gerekir. İkinci olarak da bakım ve onarım yapılmasına bir müdahale olması gerekir.

§ 2. TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARININ TAŞINMAZDAN BAĞIMISIZ OLARAK KABUL EDİLME SÜRECİ

I- ŞEHİRLEŞME SONUCU YENİ İRTİFAK HAKLARININ ORTAYA ÇIKMASI

A- Genel Olarak

Şehir taşınmazları lehine irtifak haklarının, artan nüfus nedeniyle gelişen şehirleşmenin bir sonucu olarak yeni ihtiyaçları karşılamak amacıyla ortaya çıktığı kabul edilmektedir⁷². Roma'nın ilk zamanlarında tarıma bağlı bir toplum olması nedeniyle, daha çok kırsal yaşamın gereklerini karşılayacak düzenlemeler mevcuttu. XII Levha Kanunlarında belirtildiği üzere *ambitus* gereğince evler; tek katlı, pencereleri içeriye doğru ve başkasının arazisine bir taşma olmaksızın inşa edilmeliydi⁷³. Buna göre iki bina arasında iki buçuk ayak boyu (*pedes*) boş alan bulunması gerekmektedir⁷⁴.

Varro, de lingua latina, 5.22

“... nam ambitus circuitus; ab eoque Duodecim tabularum interpretes «ambitus parietis» circuitum esse describunt⁷⁵”.

Nitekim *ambitus* etrafındaki alan; XII Levha Kanunlarındaki düzenlemenin “boş alan” olarak tarif edildiği şekilde yorumlanmaktadır.

Varro, ambitus ile boş alanın yani mesafenin kast edildiğini ifade etmektedir.

⁷² Voigt, s. 32 vd. (Naklen Franciosi, s. 182, dipnot 2); Elvers, s. 420 vd. (Naklen Franciosi, s. 182, dipnot 2); Grosso, 1969, s. 49 vd.; Biondi, 1954, s. 203 vd.

⁷³ Franciosi, s. 186; Biondi, 1954, s. 204; Capogrossi Colognesi, 1988, s. 180.

⁷⁴ Gallo, s. 102; Grosso, 1969, s. 49-50.

⁷⁵ Aynen alıntı: Möller, s. 120.

Benzer yaklaşım *Festus* tarafından da dile getirilmektedir:

Festus, De verborum significatu, s.v. ambitus.

“*Ambitus proprie dicitur circuitus aedificiorum patens in latitudinem pedes duos et semissem, in longitudinem idem quod aedificium.*”⁷⁶.”

Ambitus ile gerçekte binalar etrafındaki mesafenin iki buçuk ayak boyu genişliğinde olması kast edilir ve binanın uzunluğu bakımından da aynı geçerlidir.

Cicero, Top. 4.24

“*Quoniam P. Scaevola id solum esse ambitus aedium dixerit, quod parietis communis tegendi causa tectum proiceretur, ex quo tecto in eius aedis qui protexisset aqua deflueret, id ambitus videri*”.

Publius Scaevola, bina bakımından *ambitus*'un ara duvarı korumak için üzerinden yağmur sularının aktığı binanın sahibi tarafından konulmuş çatı ile kapalı boşluk olduğunu söylediği için, *ambitus*'un anlamının bu olduğu anlaşılmaktadır.

Cicero ise binalar söz konusu olduğunda aralarındaki mesafenin (*ambitus*), iki bina arasındaki ara duvarı örten çatının sığabileceği bir boşluk olduğunu, *Publius Mucius Scaevola*⁷⁷’dan alıntı yaparak, ifade etmektedir.

Roma’da İkinci Pön Savaşından⁷⁸ sonra özellikle nüfusun artması ile yeni yapılanma ihtiyacı ortaya çıkmıştır⁷⁹. Roma’da evler daha önce tek katlı ve daha geniş araziler üzerinde inşa edilmekteyken, artan nüfus nedeniyle iki ya da üç katlı

⁷⁶ Aynen alıntı: Möller, s. 122.

⁷⁷ M.Ö. 133 yılında *consul*’lük yapmış olan hukukçu ve politikacıdır (Berger, s. 588; Umur,1983a, s. 138, Gruppo Editore, s. 348).

⁷⁸ M.Ö. 218-201 yılları arasında Kartacalılarla yapılan savaştır (Cerchiai/Mainardis/Manadori/Matera/Zaccaria, s. 257 vd.).

⁷⁹ Gallo, s. 102.

ve bitişik evlerin inşa edilmesine ihtiyaç duyulmuştur⁸⁰. Bu da ortak bir giriş ya da duvar kullanılmasını gerektirmiştir⁸¹. Ayrıca söz konusu bitişik binalardaki yağmur sularının akıtılması gereksinimi de ortaya çıkmıştır⁸². Roma'daki yatay yapılaşmanın yerini dikey yapılaşma alırken, evlerin ışık alması ve manzarası da büyük bir önem taşımaya başlamıştır⁸³. Toplumsal hayatta yaşanan bu gelişmeler sonucundaki yeni yapılaşma anlayışı, Roma'da başkasının binasından ya da binasına yağmur sularının akıtılması için *servitus stillicidii immittendi* ve *vel fluminis avertendi*; başkasının binasına giriş ya da inşaat yaslamak için *servitus tigni immitendi* ve *servitus oneris ferendi* ile ışıktan, manzaradan ve aydınlıktan yararlanmak amacıyla *servitus altius non tollendi*, *servitus ne luminibus officiat* ve *servitus ne prospectui officiat* gibi yeni irtifak haklarının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Söz konusu irtifak haklarının sınırlarının ise M.Ö. 2. yy. içinde çizilmiş olduğu tahmin edilmektedir⁸⁴.

Cicero, de orat. 1.38.173

“.....*Iactare se in causis centumviralibus, in quibus usucapionum, tutelarum, gentilitatum, agnationum, adluvionum, circumluvionum, nexorum, mancipiorum, parietum, luminum, stillicidiorum, testamentorum ruptorum aut ratorum, ceterarumque rerum innumerabilium iura versentur, cum omnino, quid suum, quid alienum, qua re denique civis aut peregrinus, servus aut liber quispiam sit, ignoret, insignis est impudentiae*”.

Centumviri huzurundaki davalarda ki bunlar, kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyetin kazanılması, vesayet, soybağı, *agnatio* hısımlığı, alüvyonlar, *nexum*, *mancipatio*, *parietum*, *luminum*, *stillicidiorum*, ihlal edilen ya da düzenlenen vasiyetnameler ve daha pek çok uyuşmazlıktan oluşur. Bir kimse neyin gerçekte kendisinin neyin komşusunun olduğundan ve neden herhangi birinin vatandaş ya da yabancı, özgür ya da köle olarak değerlendirildiğinden habersizse, bu olağanüstü bir saygısızlığın göstergesidir.

⁸⁰ Franciosi, s. 189.

⁸¹ Tahiroğlu, s. 117.

⁸² Franciosi, s. 193.

⁸³ Franciosi, s. 194.

⁸⁴ Capogrossi Colognesi, 1999, s. 100.

Cicero, De Oratoria isimli eserinden alıntı yapmış olduğumuz metinde, *centumviri*⁸⁵ önündeki yargılamalardan bahsetmektedir. Roma Hukuku doktrininde *centumviri*'nin, istihkak iddiası içeren davaların tümünde yetkili olduğu pek çok hukukçu tarafından kabul edilmektedir⁸⁶. Metinde *parietum* (duvara ilişkin), *luminum* (pencere açma ve açılan pencerenin önünün kapatılmamasına ilişkin) *stillicidiorum* (yağmur sularının akıtılmasına ilişkin) ifadeleri aynı isimli irtifak haklarının talep edildiği uyuşmalıklar için kullanılmıştır⁸⁷. Demek ki söz konusu dönemde *iura parietum*, *iura luminum* ve *iura stillicidiorum* şeklindeki irtifak hakları kullanılmaya başlanmıştır.

⁸⁵ Yüz adam anlamına gelmektedir. *Festus*, “*De verborum significatu cum Pauli epitome*” isimli eserinin *Centumviralia* başlığı altında *centumviri*'nin 35 *tribus*'tan üçer kişi seçilerek oluşturulduğundan bahseder. Bu durumda toplam sayının yüz beş olması gerekir. Ancak kaynaklarda her zaman yüz adam anlamına gelen *centumviri* ifadesi kullanılmaktadır. *Tribus*'lar M.Ö. 241 yılında 35 tane, bu durumda *centumviri*'nin kökeni bu döneme rastlamaktadır. *Gellius*'un *Noctes Atticae* esrinde de *centumviri*'den bahsedilmektedir. Buradan hareketle *centumviri*'nin M.Ö. 242 yılından sonra *praetor peregrinus*'un oluşturulmasının hemen ardından oluşturulduğu da kabul edilmektedir (Gagliardi, s. 100). *Centumviri*, belirli bazı davaların yargılmasını yürüten bir yargıçlar kuruludur. M.S. 3.yy.'da ortadan kaldırılmıştır (Berger, s. 386; Umur, 1983a, s. 36).

⁸⁶ Özellikle Gai.4.16'den hareketle bu görüş savunulmaktadır. *Gaius*'un metninde istihkak iddiasının *festuca* yani değnek ile birlikte dile getirildiği belirtilmektedir. Metnin sonunda ise *festuca*'nın *hasta* yani mızrağı sembolize ettiği ve eşya üzerindeki hakimiyetin mülkiyet hakkına dayandığını (*iusti dominii*) ifade etmek üzere kullanıldığı ileri sürülmektedir. Benzer şekilde *Centumviri* yargılamasında da toprağa *hasta* yani mızrak saplanmaktadır. *Gaius* tarafından gerek istihkak iddiasının değnekle ifade edilmesi gerekse *centumviri* huzurundaki yargılamada mızrak bulunması, aslında egemenlik ve yetki kavramlarını vurgulamaktadır. Ancak pek çok hukukçu, *vindicatio* iddiası ile *centumviri* yargılaması arasında bağlantı kurarak, *centumviri*'nin tüm *vindicatio* yani istihkak iddiası içeren davalarda yetkili olduğu sonucuna ulaşmaktadır [Martin, O.: Les Tribunaux des Centumvirs, Paris 1904, s. 62 (naklen Gagliardi, s. 165 dipnot 124); Wlassak, M.: Römische Prozessgesetze C.I, Leipzig 1888, s. 87 ve s. 111 (naklen Gagliardi, s. 166 dipnot 127)]. Ancak **Gagliardi**'ye göre, *centumviri* miras davalarında yetkilidir. Metinde bahsi geçen diğer konulardaki davalar eğer miras davası ile ilgili ise *centumviri* tarafından ele alınmaktadır. Bu durum *centumviri*'nin yargılama yetkisinin genişlediği ve bu davalara da sirayet ettiği anlamına gelmez (ayrıntılı bilgi için bkz. Gagliardi, s. 166 vd.). **Seviğ** ise düşmandan kazanılan toprak üzerindeki hakimiyeti ifade etmek için mızrak kullanıldığını ve *centumviri* yargılamasının yürütüldüğü yere mızrak dikildiği görüşündedir (Seviğ, s. 289).

⁸⁷ Gagliardi, s. 167. *Centumviri* huzurundaki davaların yargılması, *legis actio*'lar usulü ile yürütülmekteydi (Gagliardi, s. 128).

B- Şehirleşme Sonucu Ortaya Çıkan Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Niteliği

En eski taşınmaz lehine irtifak haklarının *iter, actus, via* ve *aquae ductus* şeklindeki köy taşınmazı lehine irtifak hakları olduğunu ve yüklü taşınmazın üzerinden geçilen ya da su geçirilen parçasının yararlanan taşınmaz malikinin *mancipium*'u kapsamında değerlendirildiğini yukarıda belirtmiştik. Roma'nın nüfusunun artması ile ihtiyaç duyulan yeni yapılaşmaların ortaya çıkarttığı şehir taşınmazları lehine irtifak hakları bakımından, buna benzer bir değerlendirme yapmak oldukça güçtür⁸⁸. Şehir taşınmazları lehine irtifak haklarında, artık bir başkasının taşınmazında herhangi bir faaliyet gerçekleştirme amacı olmadan, bir başkasının taşınmazından yarar sağlanması söz konusu olabilmektedir⁸⁹. Örneğin; *servitus altius non tollendi* binanın yükseltilmemesine ilişkin bir irtifak hakkıdır ve yüklü taşınmazın bir parçasının somut olarak irtifak hakkının kullanımına ayrılmış olduğu söylenemez. Ancak buna rağmen, yüklü taşınmazdan yarar sağlanmaktadır. Söz konusu irtifaklar, ortaya çıktıkları andan itibaren eşya üzerinde bir yetki olarak anlaşılmıştır. Dolayısıyla “maddi eşya” gibi algılanan en eski taşınmaz lehine irtifak haklarından farklı olarak, bu yeni irtifak hakları için zilyetlik korumasına benzer *interdictum* koruması öngörülmemiştir⁹⁰.

Res mancipi olarak kabul edilen eşyaların sınırlı sayıda ele alındıklarına değinilmiştir. Dolayısıyla şehir taşınmazları lehine irtifak hakları, *nec mancipi* eşyalar arasında kabul edilmektedir.

⁸⁸ Franciosi, s. 197.

⁸⁹ Giuffré, s. 124.

⁹⁰ Capogrossi Colognesi, 1988, s. 182.

Gai. 2.14a.

“*Res praeterea aut mancipi sunt aut nec mancipi. [. vv. 5] seruitutes praediorum urbanorum nec mancipi sunt. item stipendiaria praedia et tributaria nec mancipi sunt*”.

Bir diğ er eşya ayrımı da *mancipi* ve *nec mancipi* şeklindedir. [.] şehir taşınmazları lehine irtifak hakları *nec mancipi*'dir. Benzer şekilde *praedia stipendiaria*⁹¹ ve *praedia tributaria*⁹² da *nec mancipi*'dir.

Klasik hukukçu *Gaius*, yukarıda alıntı yaptığımız metinde, şehir taşınmazları lehine irtifak haklarının *nec mancipi* olduğunu açıkça ifade etmektedir.

II- NON USUS KAVRAMI VE TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARINA ETKİSİ

En eski irtifak hakları taşınmazdan bağımsız olarak düşünülmediğ inden *iter*, *actus*, *via* ya da *aquaeductus*'un kullanılmaması halinde, yüklü taşınmaz malikinin taşınmazın o parçasını zamanaşımı ile tekrar kazanacağı kabul edilmektedir⁹³. Diğ er bir anlatımla taşınmazın geçilmeyen ya da su geçirilmeyen parçasının zilyetliğı (*usus*) yüklü taşınmazın sahibi tarafından kazanılmakta ve bu sayede söz konusu parça irtifak hakkından kurtulmaktadır⁹⁴. Ancak bu irtifakların taşınmazdan bağımsız olarak algılanmaya başlanmasıyla birlikte zamanaşımı süresi içinde kullanılmaması, irtifak hakkını sona erdiren bir neden olarak kabul edilmeye başlanmıştır⁹⁵.

⁹¹ İlk imparatorluk döneminde senatonun yönetimindeki eyalet topraklarına verilen isim (Umur,1983a, s. 165; Berger, s. 642).

⁹² İlk imparatorluk döneminde imparatora bağılı eyalet topraklarına verilen isim (Umur,1983a, s. 165; Berger, s. 642).

⁹³ Grosso, 1969, s. 245.

⁹⁴ Grosso, 1969, s. 245.

⁹⁵ Grosso, 1969, s. 245.

M.Ö. 2. yy.'da sosyal ve ekonomik değişimlerin yanı sıra yargılama usulünde yaşanan değişim sayesinde laik bir hukuk bilimi oluşmaya başlamıştır⁹⁶. Bu yeni oluşan laik hukuk biliminin temsilcisi hukukçular, intifa hakkı, taşınmaz lehine irtifak hakkı gibi yeni hukuki kurumların oluşturulması ve mülkiyet hakkının içeriğini ve sınırlarını oluşturmakla ilgilenmişlerdir⁹⁷. Bu amaçla öncelikle en eski geçit irtifakları ve su geçirme irtifakının taşınmazdan bağımsız olduğu düşüncesi ortaya çıkmaya başlamıştır. Bu irtifak haklarının belirlenen sürede kullanılmaması yani “*non usus*”, irtifak haklarının sona erme nedeni olarak kabul edilmiştir. Bu sayede bir eşya üzerindeki mülkiyet ve irtifak hakkı arasında bir ayırım yapılmıştır. Zira irtifak hakları, eşya ile hak sahibi arasında münferit bir durum olarak algılanmaya başlanmıştır⁹⁸. Dolayısıyla bu yeni durum kapsamında taşınmazdan geçme hakkı olan kimse, zamanaşımı ile kazanma süresi içinde bu hakkını kullanmamışsa kaybetmektedir.

Taşınmazın bir parçası olarak kabul edilen en eski irtifak haklarının -*via, iter, actus* ve *aquae ductus*- içeriğini, bir başkasının taşınmazından geçmek ya da su geçirmek gibi olumlu bir faaliyetin gerçekleştirilmesi oluşturmaktadır. Dolayısıyla iki sene içerisinde söz konusu faaliyet yerine getirilmezse diğer bir anlatımla kullanılmazsa (*non usus*), irtifak hakkı sona ermektedir.

⁹⁶ Capogrossi Colognesi, 1988, s. 180.

⁹⁷ Capogrossi Colognesi, 1988, s. 181.

⁹⁸ Capogrossi Colognesi, 1988, s. 181.

Sent.Rec.Paul. 1.17.1

“Viam iter actum aquae ductum, qui biennio usus non est, amisisse videtur: nec enim ea usucapi possunt, quae non utendo amittuntur⁹⁹”.

Via, iter, actus, aquae ductus iki sene kullanılmamakla sona erer. Nitekim kullanılmazsa sona ereceği gibi zamanaşımı ile de kazanılamaz.

Paulus en eski irtifak haklarından bahsetmektedir. Geçit irtifakları ve su yolu irtifakı zamanaşımı ile kazanma süresi içinde yani iki sene içinde kullanılmazsa, irtifak hakkı *non usus* nedeniyle sona ermektedir.

D.8.6.17 (Pomponius 11 ex var. lect.)

“Labeo ait, si is, qui haustum habet, per tempus, quo servitus amittitur, ierit ad fontem nec aquam hauserit, iter quoque eum amisisse”.

Labeo'ya göre, bir kimse kaynaktan su alma irtifakına sahipse ve kaynağa gittiyse; ancak zamanaşımı ile irtifak hakkının sona ermesi süresince kaynaktan su almadıysa, kaynaktan su alma irtifakını kaybeder. Aynı zamanda kaynağa ulaşmak için yürüyerek geçme hakkını da kaybeder.

Labeo, kaynaktan su alma irtifakı bakımından konuyu ele almıştır. Buna göre zamanaşımı ile kazanma süresi içinde kaynaktan su alma hakkını kullanmayan kimse, *non usus* nedeniyle irtifak hakkını kaybedecektir.

D.8.6.7 (Paulus 13 ad plaut.)

“Si sic constituta sit aqua, ut vel aestate ducatur tantum vel uno mense, quaeritur quemadmodum non utendo amittatur, quia non est continuum tempus, quo cum uti non potest, non sit usus. itaque et si alternis annis vel mensibus quis aquam habeat, duplicato constituto tempore amittitur. idem et de itinere custoditur. si vero alternis diebus aut die toto aut tantum nocte, statuto legibus tempore amittitur, quia una servitus est: nam et si alternis horis vel una hora cottidie servitatem habeat, servius scribit perdere eum non utendo servitatem, quia id quod habet cottidianum sit”.

⁹⁹ Riccobono/Baviera/Ferini/Furlani/Arangio Ruiz, s. 333.

Su yolu irtifakının, yalnızca yazın veya yalnızca belirli bir ay kullanılmak üzere kurulduğunu varsayalım. İrtifak hakkından yararlanan kimsenin, aralıksız bir zaman diliminde hakkını kullanmış olduğunun ya da kullanmadığının belirlenmesi zor olduğundan, kullanmama nedeniyle irtifak hakkının nasıl sona ereceği sorusu yöneltilir. Benzer şekilde eğer bir kimse art arda yıllarda ya da art arda aylarda kaynaktan su alma hakkına sahipse, iki kez belirlenen zamanaşımı süresi içinde kullanmama nedeniyle hakkını kaybeder. Aynı kural geçit irtifakı bakımından da geçerlidir. Ancak irtifak hakkı, art arda günlerde ya da gün boyunca ya da yalnızca gece kullanılabilirse, yasalarda belirlenen zamanaşımı süresi içinde kullanılmamakla sona erer, çünkü bu durumda irtifak hakkının kullanılmasının süreklilik arz ettiği kabul edilir. *Servius*'un da bize dediği gibi eğer bir kimse art arda saatlerde ya da gün içinde bir saat hakkı kullanabilirse, kullanmama nedeniyle irtifak hakkını kaybedebilir. Çünkü her gün kullanabileceği bir irtifak hakkına sahiptir.

Yukarıdaki metinde ise su yolu irtifakı bakımından *non usus* değerlendirilmiştir. İrtifak hakkının belirli zamanlarda kullanılması söz konusudur. *Paulus, Servius Sulpicius*¹⁰⁰'un görüşüne yer vermiştir. Buna göre belirli saatlerde irtifak hakkının kullanılması kararlaştırılmışsa ve irtifak hakkı bu belirlemeler dahilinde kullanılmıyorsa, zamanaşımı ile kazanma süresi sonunda *non usus* nedeniyle irtifak hakkı sona erer. Diğer bir anlatımla *non usus* bakımından, irtifak hakkının belirli saatlerde kullanılacağına kararlaştırılmış olması bir engel değildir.

¹⁰⁰ M.Ö. 1. yy.'da yaşamış önemli bir hukukçudur. *Q. Mucius Scaevola* ile birlikte Roma Hukukuna yenilikçi katkıları olmuştur (Gruppo Editore, s. 465).

III- LEX SCRIBONIA İLE TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARININ ZAMANAŞIMI İLE KAZANILMASININ YASAKLANMASI VE USUCAPIO LIBERTATIS KAVRAMI

Yaklaşık olarak M.Ö. 50 yılında çıkarıldığı tahmin edilen *Lex Scribonia*¹⁰¹, taşınmaz lehine irtifak haklarının taşınmazla özdeş kabul edildiği eski hukuk mantığından uzaklaşılması ve bu hakların taşınmazdan bağımsız bir şekilde algılanması bakımından önemli bir role sahiptir¹⁰².

Sent.Rec.Paul. 1.17.1'de yalnızca geçit irtifakları (*via, iter, actus*) ve su geçirme irtifakından (*aquae ductus*) bahsetmektedir. Buna göre söz konusu irtifak hakları iki sene kullanılmadığı takdirde sona ermektedir. Söz konusu iki sene Roma'da zamanaşımı ile taşınmaz mülkiyetinin kazanılması bakımından öngörülen süredir. Ancak metindeki önemli nokta, söz konusu hakların zamanaşımı ile kazanılmasının mümkün olmadığıdır. Metin, eski hukuk döneminde taşınmazdan bağımsız olarak algılanmayan geçit irtifakları ve su geçirme irtifakının zamanaşımı ile kazanılmasının artık mümkün olmadığına belirtilmesi bakımından, büyük önem teşkil etmektedir.

¹⁰¹ Berger, s. 559; Umut,1983a, s. 124; Talamanca, 1990, s. 422-423; Marrone, s. 358; Watson, 1968, s. 202; Capogrossi Colognesi, 1994, s. 220. **Grosso tribunos C. Scribonius** zamanında çıkarılan bir *plebiscitum* olduğunu ileri sürmektedir(Grosso, 1969, s. 189. **Capogrossi Colognesi** ise *Comitia* Meclisinin genellikle kamu hukukunu ilgilendiren siyasi nitelikli yasalar (*leges*) çıkarttığı; ancak sosyal ve ekonomik yaşantıyı ilgilendiren durumlara nadiren özel hukuku ilgilendiren yasalarla müdahale ettiği görüşündedir. Bu bakımdan mülkiyet anlayışının değiştiği ve yeni hukuki kurumların olduğu bir çağda *Lex Scribonia*, büyük bir önemi haizdir. Zira yeni oluşan laik hukuk biliminin teorik kaygılarından bağımsız bir şekilde uygulamaya yönelik olarak bu yasa çıkarılmıştır (Capogrossi Colognesi, 1988, s. 182).

¹⁰² Tuccillo, 2005, s. 134; Talamanca, 1990, s. 468; Marrone, s. 359. **Capogrossi Colognesi**, Cumhuriyet Dönemi sonlarında, hukukçuların çalışmalarında bugün aynı haklar olarak kabul ettiğimiz taşınmaz lehine irtifak haklarının, *res incorporales* olduğu ve zilyetliğe elverişli olmadığı düşüncesinin olduğunu ileri sürmektedir (Capogrossi Colognesi, 2004, s. 264).

D.41.3.4.28 (Paulus 54 ad ed.)

“Libertatem servitutium usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit lex scribonia, quae servitutum constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute. itaque si, cum tibi servitutum deberem, ne mihi puta liceret altius aedificare, et per statutum tempus altius aedificatum habuero, sublata erit servitus.”

Daha doğru bir bakış açısına göre zamanaşımı süresi içinde taşınmaz lehine irtifak hakkından kurtulmak mümkündür. Zira *Lex Scribonia*, zamanaşımı süresi içinde taşınmaz lehine irtifak hakkından kurtulmak için taşınmazın irtifak hakkından ari hale gelmesine ilişkin uygulamayı değil; taşınmaz lehine irtifak hakkının zamanaşımı ile kazanılmasını yasaklamıştır. Dolayısıyla belirli bir yükseklikten fazla inşaat yapmayacağıma ilişkin sana karşı irtifak yükü altındaysam ve zamanaşımı süresi içinde söz konusu seviyeden daha yüksek bir inşaat yapmışsam, irtifak hakkı ortadan kalkacaktır.

Paulus, *Lex Scribonia* ile irtifak hakkının zamanaşımı yoluyla kazanılmasının yasaklandığından bahseder. Ancak belirlenmiş olan süre içerisinde irtifak hakkı kullanılmıyorsa o takdirde irtifak hakkı sona erer. Diğer bir anlatımla irtifak hakkının belirli bir süre kullanılmaması halinde, taşınmaz irtifaktan ari hale gelir. *Paulus*, *servitus altius non tollendi* yani binanın yükseltilmemesine ilişkin irtifak hakkını örnek vererek, konuyu açıklamaktadır. Yüklü binanın yükseltilmesi halinde, zamanaşımı ile kazanma bakımından esas alınan süre içerisinde, irtifak hakkı sahibi talepte bulunmazsa, irtifak hakkı sona erer. Hukukçu *Lex Scribonia* ile irtifak hakkının zamanaşımı ile kazanılmasının yasaklandığı; ancak söz konusu süre içerisinde irtifak hakkının kullanılmaması halinde taşınmazın irtifaktan kurtulmasının yasaklanmadığını belirtmektedir.

Bu düzenleme ile artık *usus* değil *possessio*'ya dayanarak, *usucapio* yani zamanaşımı ile yalnızca mülkiyetin kazanılması söz konusu olmaktadır¹⁰³.

¹⁰³ Talamanca, 1990, s. 423. **Tuccillo**, taşınmaz lehine irtifak haklarında zilyetliğin mümkün olmaması ile *lex Scribonia* arasında bir bağlantı olmadığını ileri sürmektedir (Tuccillo, 2005, s. 141).

Dolayısıyla yalnızca *res corporales* yani maddi eşyalar *possessio* konusu olacağından, bu eşyaların zamanaşımı ile mülkiyetinin kazanılması mümkündür. *Lex Scribonia* ile taşınmaz lehine irtifak haklarının taşınmazdan bağımsız bir biçimde algılanması ve hatta *res incorporales* olarak kabul edilmeye başlanması arasında bir bağlantı vardır¹⁰⁴. *Res incorporales* yani maddi olmayan eşyalar üzerinde mülkiyet de söz konusu olamaz¹⁰⁵. Bu nedenle de taşınmaz lehine irtifak haklarının *usucapio* ile kazanılması mümkün değildir¹⁰⁶.

Capogrossi Colognesi, *Lex Scribonia* ile yalnızca en eski taşınmaz lehine irtifak haklarının-geçit irtifakları ile su geçirme irtifakının- zamanaşımı yoluyla kazanılmasının yasaklandığı görüşündedir. Yazara göre şehir taşınmazları lehine irtifak hakları ortaya çıktıkları ilk zamandan itibaren *usucapio*'nun kapsamı dışında bırakılmıştır¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Franciosi, s. 224. **Tuccillo** ise taşınmaz lehine irtifak haklarının zamanaşımı ile kazanılamamasının, söz konusu hakların *res incorporales* olarak kabul edilmesinin bir sonucu olmadığı görüşündedir (Tuccillo, 2005, s. 142).

¹⁰⁵ Capogrossi Colognesi, 2004, s. 267.

¹⁰⁶ Capogrossi Colognesi, 2004, s. 262; Tuccillo, 2009, s. 34; Cannata, 2001, s. 249.

¹⁰⁷ Capogrossi Colognesi, 1999, s. 124-125.

§3. TAŞINMAZDAN BAĞIMSIZ OLARAK TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARI

I- KAVRAM

A- Terminoloji

Romalılar, taşınmaz lehine irtifak haklarını ne tanımlama ne de sınıflandırma ihtiyacı duymuşlardır¹⁰⁸. Bunun nedeni ise Roma Hukukunda genel bir taşınmaz lehine irtifak hakkı kavramı olmayışdır¹⁰⁹. Çünkü Roma'da belirli ihtiyaçları karşılamak amacıyla bugün genel olarak irtifak hakları şeklinde ifade ettiğimiz haklar, zaman içinde teker teker kabul edilmiş ve ortaya çıkan irtifak hakkı, içeriği dikkate alınarak isimlendirilmiştir: *iter, actus, aquae ductus* gibi. Zamanla irtifak haklarının sayısının artması ile hepsine genel bir isim verilmesi ihtiyacı doğmuştur; ancak yine de Romalı hukukçular irtifak haklarını içeriklerini dikkate alarak tek tek ele almış ve genel bir kavram yaratma çabası içine girmemiştir¹¹⁰.

Taşınmaz lehine irtifak hakları için klasik hukuk döneminde *iura prediorum* ya da *servitudes* terimleri kullanılmaktadır¹¹¹. İrtifak haklarının *iura prediorum* şeklinde ifade edilmesi, *servitudes* şeklinde ifade edilmesinden daha eski olmakla birlikte hukuki bir kavram olarak ortaya çıkmamıştır, daha çok hakkın bir taşınmazın lehine söz konusu olduğunu belirtmektedir¹¹². Başka bir anlatımla *iura prediorum*

¹⁰⁸ Grosso, 1969, s. 11.

¹⁰⁹ Capogrossi Colognesi, 2004, s. 259.

¹¹⁰ Bu durum Romalıların hukuki sorunları somut olarak ele almasından kaynaklanır. O nedenle soyut kavramlar oluşturmaktan kaçınmışlardır (Biondi, 1954, s. 87 vd.; Grosso, 1969, s.77).

¹¹¹ Burdese, 1970, s. 119.

¹¹² Karlowa, O: Römische Rechtsgeschichte II, Leipzig 1901, s. 405 (Naklen Biondi, 1954, s. 88).

ibaresi, lehine irtifak hakkı kurulan taşınmazı yani aktif tarafı yansıtmaktadır. *Servitudes* kavramı ise üzerinde irtifak hakkı kurulan taşınmazın yani yüklü taşınmazın, lehine irtifak hakkı kurulan yani yararlanan taşınmaza fayda sağlaması düşüncesinin ürünüdür¹¹³. Bu düşünce, Cumhuriyet Döneminin sonlarına doğru ortaya çıkmış ve taşınmaz lehine irtifak hakları ile bir taşınmazın bir başka taşınmaza tabi olduğu anlayışını doğurmuştur. Dolayısıyla *servitudes* ibaresi, irtifak hakkı ile yüklü taşınmazı yani pasif tarafı yansıtmaktadır.

Gaius'un *Instituones*'inde ve *Digesta*'daki kimi metinlerde *iura praediorum* ifadesinin¹¹⁴ kimi metinlerde ise *servitudes* ifadesinin¹¹⁵ tercih edildiği görülür.

D.1.8.1.1(Gaius 2 inst.)

“.....eodem numero sunt et iura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitudes vocantur”.

.... Şehir taşınmazları lehine irtifak hakları (*iura praediorum urbanorum*) ve köy taşınmazları lehine irtifak hakları (*iura praediorum rusticorum*) da <*res incorporales*> tir ki; aynı zamanda *servitudes* diye anılırlar.

Yukarıda alıntı yapmış olduğumuz metinde *Gaius*, *iura praediorum* şeklinde anılan irtifak hakları için *servitudes* ifadesinin de kullanıldığını belirterek, konuya bir açıklık getirmektedir.

Klasik sonrası hukuk döneminde ise irtifak haklarının, klasik dönemdeki anlam ve içeriği yavaş yavaş kaybolmaya başlamıştır¹¹⁶. “*De servitutibus*” yani

¹¹³ Solazzi, 1947, s. 1; Grosso, 1944, s. 27; Burdese, 2007, s. 2.

¹¹⁴ Gai.2.31; Gai.2.14; Gai.2.29; D.8.6.3; D.20.1.11.3.

¹¹⁵ Gai.2. 14a; Gai.2. 17.

¹¹⁶ Corbino, 1990, s. 257; Caravale, 1970, s. 125; Levy, s. 55-59.

“İrtifaklara Dair” başlığı açıkça *Codex Theodosianus*¹¹⁷, da yer almamakla beraber *Lex Romana Visigothorum*¹¹⁸, da da böyle bir başlığa rastlanmamaktadır¹¹⁹. Ancak *Codex Theodosianus* 2.23 ve 2.24. bölümüne karşılık gelen *Codex Iustinianus*’un 3.34. bölümünün başlığı “*De servitutibus et de aqua*” yani “İrtifaklara ve Suya Dair” şeklindedir¹²⁰.

Iustinianus’un *Institutiones*’inin 2.3 bölümünün başlığı da “*De Servitutibus*” yani “İrtifaklara Dair” şeklindedir ve metinde *servitutes praediorum* ifadesinin kullanıldığı açıkça görülür. *Iustinianus* döneminin kaynaklarında artık *servitutes* terimi yalnızca taşınmaz lehine irtifak haklarını ifade etmek için kullanılmamış ve fakat daha genel bir anlama kavuşmuştur¹²¹. Bu dönemde irtifak hakları, *servitutes praediorum* yani taşınmaz lehine irtifaklar ve *servitutes personarum* yani kişi lehine irtifak hakları şeklinde tasnif edilmiştir.

I. Ins. 2.3.3

“Ideo autem hae servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt. nemo enim potest servitutum adquirere urbani vel

¹¹⁷ 313 yılından 438 yılına yani II *Theodosius*’e kadar Roma’da hüküm sürmüş olan imparatorlarca çıkartılan emirnamelerin derlemesidir (Pharr, s. XVII). 439 yılında Doğu Roma’da yürürlüğe girmiş ve Batı Roma hükümdarı III *Valentinianus*’un isteği ile batıya gönderilmiş ve senatonun onayına sunulmuştur. Doğuda 529 yılında *Codex Iustinianus*’un ilkinin ilanına kadar yürürlükte kalmıştır. Batıda ise imparatorluk yıkılana kadar yürürlükte kalmış; ancak daha sonra Roma topraklarında yaşayan kavimlerin kanunlarında yapılan alıntılarla yaşamaya devam etmiştir (Talamanca, 1989, s. 613 vd.).

¹¹⁸ 506 yılında Visigotların hüküm sürdüğü İspanya’da ve Galya bölgesinin bir kısmında Kral *Alarico* II tarafından çıkarılmış olan derleme, aynı zamanda *Breviarium Alaricianum* olarak da anılır. *Codex Theodosianus*’un önemli bir bölümü ile *Theodosianus* sonrası *Novellae*, *Gai Epitome*, *Pauli Sententiae*, *Codex Gregorianus*, *Codex Hermogenianus* ve *Responsa Papiniani*’den bölümler içermektedir (Talamanca, 1989, s. 624).

¹¹⁹ Levy, s. 55.

¹²⁰ Ancak bu bölümde *Diocletianus*’dan *Iustinianus*’a kadar olan dönemdeki imparatorların emirnamelerine değinilmemiştir. Söz konusu dönemde geçerli olan emirnameler daha çok umama ait yollardan geçme (*via*, *iter*, *actus*) ve suyolu (*aquaeductus*) ile ilgilidir (Levy, s. 55). Çünkü *Diocletianus*’dan *Iustinianus* dönemine kadar, özel hukuk anlamında, taşınmaz lehine irtifak hakları ile ilgili emirnamelere rastlanmamaktadır (Corbino, 1990, s. 257).

¹²¹ Cantarella, s. 421.

rustici praedii, nisi qui habet praedium, nec quisquam debere, nisi qui habet praediam”.

Bu irtifaklara taşınmaz lehine irtifak hakları-*servitutes praediorum*- denir, zira *praedia* yani taşınmaz yoksa <irtifak hakkı> kurulamaz. Nitekim bir taşınmaza malik olmayan kimse, köy veya şehir taşınmazları üzerinde irtifak hakkı kuramaz¹²².

Theophilus'un *Parapraxis Institutionum*¹²³ isimli eserinin üçüncü bölümünün başlığı, “*De servitutibus*” yani “Taşınmaz Lehine İrtifaklar Hakkında” şeklindedir ve 2.3.2’de yer alan metinde taşınmaz lehine irtifak haklarının şehir taşınmazı ya da köy taşınmazı lehine irtifaklar şeklinde adlandırıldığından bahsedilir. Çünkü bina ya da arazi olmadan irtifak hakkı söz konusu olmaz. Hiç kimse arazisi ya da binası olmadıkça söz konusu irtifak haklarının sahibi olamaz¹²⁴. Burada *Iustinianus Institutiones*’inden yukarıda alıntı yaptığımız metin, tekrar edilmektedir. Ancak *Theophilus*, eserin 2.3.1’de yer alan metinde şehir taşınmazları lehine irtifak haklarının niteliğinden söz eder. Buna göre komşunun yüküne katlanma şeklinde bir hak söz konusudur¹²⁵. Paraph. inst.’deki taşınmaz lehine irtifak haklarına ilişkin metinler birlikte incelendiğinde, taşınmaz lehine irtifak hakkının bir “yük” olarak değerlendirildiğini söylemek mümkündür¹²⁶.

¹²² Çeviride Umur, 1968, s. 93’den yararlanılmıştır.

¹²³ *Iustinianus*’un *Institutiones*’inin Yunanca çevirisi ve açıklaması. Eser doğrudan *Theophilus*’un derslerinin derlemesidir (Falcone, s. 21). Bu eserin M.S. 533/534 yıllarında yazıldığı tahmin edilmektedir (Lokin/Meijering, Roos/Stolte, s. ix).

¹²⁴ Lokin/Meijering/Stolte/Van der Wal, s. 231.

¹²⁵ Lokin/Meijering-/Stolte/Van der Wal, s. 231.

¹²⁶ **Falcone**’ye göre burada I.Ins. 2.3.1’de *servitus oneris ferendi*’yi tarif eden “*ut vicinus onera vicini sustineat*” yani “komşu binanın komşu binaya yaslanması” şeklindeki ifade yanlış yorumlanmış ve diğer irtifak hakları bakımından genelleştirilmiştir. Bu yanlış tanımlama tarihsel gelişim sürecinde kavramların yanlış anlaşılmasına neden olmuş ve bu durum modern kanunlaştırmaları da etkilemiştir (Falcone, s. 25).

B- Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Hukuki Niteliği

1- *Res Corporales-Res Incorporales* Ayrımının Kökeni ve Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının *Res Incorporales* Kapsamında Sayılması

Bu ayırım, eşyanın dış dünyadaki maddi varlığı ile ilgilidir. Maddi eşya *res corporales* maddi olmayan eşya ise *res incorporales* şeklinde anılmaktadır. Bu ayırımın kökeninde yunan felsefesi ve retorik düşünce yatmaktadır¹²⁷.

Maddi eşya ve maddi olmayan eşya değerlendirmesi ilk kez *Cicero* tarafından yapılmaktadır.

Cicero,Top. 5.27

“Definitio est oratio id quod definitur explicat quid sit. Definitionum autem duo genera prima: unum earum rerum quae sunt, alterum earum quae intelliguntur. Esse ea dico quae cerni tangique possunt, ut fundum, aedes, parietem, stillicidium, mancipium, pecudem, suppellectilem, penus et cetera; quo ex genere quaedam interdum vobis definienda sunt. Non esse rursus ea dico quae tangi demonstrarive non possunt, cerni tamen animo atque intellegi possunt, ut si usus capionem, si tutelam, si gentem, si agnationem definias, quarum rerum nullum subest corpus, est tamen quaedam conformatio insignita et impressa intellegentia, quam notionem voco. Ea saepe in argumentando definitione explicanda est”.

Tanım, bir şeyin tanımlandığı bölümdür. Bu tanımlamalarda iki önemli sınıflandırma vardır, birincisi varolan şeyler ikincisi ise sadece zihnimizde kavradığımız şeylerdir. Varolan şeylerle görülebilen ve dokunulabilen şeyleri kast ediyorum: örneğin; arazi, bina, duvar, yağmur suyu, köle, hayvan, mobilya, yiyecek vs. Bazen nesnelere bu sınıfta tanımlaman gerekir. Diğer yandan, varolmayan şeylerden dokunulmayan ve gösterilmeyenleri kast ediyorum; ancak her şeye rağmen zihinle kavranabilir ve algılanabilir: örneğin; somut bir varlığı olmayan ancak zihinde açık bir işaret ve anlayış yaratan ve benim kavram olarak isimlendirdiğim, zamanaşımı ile kazanmayı, vasiliği, *gens*'i, *agnatio* hısımlığını tanımlayabilirsiniz. Akıl yürütme sürecinde kavram sıklıkla tanıma ihtiyacı duyar.

¹²⁷ Bretonne, 1998, s. 123 vd; Marrone, s. 278; Ourliac/De Malafosse, s. 15, Pichonnaz, 2004, s. 108.

Cicero tarafından şeyler *res quae sunt* (somut olarak varolan şeyler) ve *res quae intellegentur* (zihnimizle kayrayabildiğimiz şeyler) şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Buna göre *res quae sunt*, görebildiğimiz ve dokunabildiğimiz şeyler olarak ifade edilmiştir: *res quae cerni tangique possunt*. *Res quae intellegentur* ise somut olarak dokunamadığımız şeylerdir¹²⁸.

Seneca, ep. ad Lucil. 58.11

“Etiam nunc est aliquid superius quam corpus; dicimus enim quaedam corporalia esse, quaedam incorporalia. Quid ergo erit ex quo haec deducantur? illud cui nomen modo parum proprium imposuimus, 'quod est'. Sic enim in species secabitur ut dicamus: 'quod est' aut corporale est aut incorporale”.

Ancak hala maddeden üstün bir şeyler vardır, biz bazı şeylerin maddi varlığı olduğundan bazılarının ise olmadığından bahsederiz. Öyleyse bu şeyler nereden türemiştir? “Mevcut olan şeyler” şeklinde bir isim koymak biraz uygun olacaktır. Bu sayede maddi ve maddi olmayan şekilde türlere ayrılacaktır.

Seneca da *Epistularum Moralium Ad Lucilium Liber Sextus* adlı eserinde maddi ve maddi olmayan şeyler ayrımına değinmiş ve Cicero'dan farklı olarak *corporale* ve *incorporale* ifadelerini açıkça kullanmıştır.

Quint. Ins. Or. 5.10.116.

“Tum secundo gradu, non potuisse donari a uictore ius, quia id demum sit eius quod teneat: ius, quod sit incorporale, adprendi manu non posse...”.

İkinci olarak hakkın, kazanan tarafından bahşedilmediğini ileri sürebiliriz çünkü bir kimse yalnızca elinde olana sahiptir; ancak bir hak maddi olmayan bir şey olduğundan elde tutulamaz.

¹²⁸ Klasik dönemin *res corporales* ve *res incorporales* şeklindeki eşya ayrımı, henüz Cicero'nun terminolojisine yabancıdır (Franciosi, s. 199). Ancak *res corporales-res incorporales* ayrımı *res quae sunt* ve *res quae intellegentur* ayrımından doğmaktadır (Zamorani, s. 363).

Yukarıda *Quintilianus*'un *Institutio Oratoria* eserinden alıntı yaptığımız metinde hatip, maddi olmayan ibaresini *incorporale* şeklinde açıkça bir hakkı belirtmek için kullanmıştır.

Maddi ve maddi olmayan şeyler şeklindeki ayrıma *Gaius*'un *Institutiones*'inde de rastlıyoruz.

Gai.2.12

“Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales.13. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, uelut fundus, homo, uestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles. 14. Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur, et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, ueluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum...”

Ayrıca bazı şeyler maddi, bazıları ise maddi olmayandır. 13. Maddi <olanlar> şunlardır ki onlara dokunabiliriz: *fundus*, insan, giysi, altın, gümüş ve nihayet sayılamayacak diğerleri. 14. Maddi olmayan şeyler kendisine dokunulamayandır: miras, intifa, herhangi bir sözleşmeye dayalı alacak gibi bir hakka dayananlar (*quae in iure consistunt*). Taşınmazdan elde edilen semerelerin maddi eşya olması dikkate alınmamaktadır. Benzer şekilde bir borç ilişkisi kapsamında çoğunlukla taşınmaz, köle ya da para gibi maddi şeyleri borçlanırsınız. Buna rağmen miras hakkı, intifa hakkı ve alacak hakkı maddi olmayan eşyadır. Köy taşınmazları ve şehir taşınmazları lehine irtifak hakları da bu kapsamdadır.

D.8.1.1 (Gaius 2 inst.)

“Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. corporales hae sunt, quae tangi possunt, ueluti fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles: incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, usus fructus, obligationes quoquo modo contractae. nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur: nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur

plerumque corporale est, veluti fundus homo pecunia: nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. eodem numero sunt et iura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur”.

Ayrıca bazı şeyler maddi, bazıları ise maddi olmayandır. Maddi olanlar dokunulabilen şeylerdir: *fundus*, insan, giysi, altın, gümüş gibi ve kısaca sayılamayacak diğerleri. Maddi olmayanlar, kendisine dokunulamayandır. Bir hakka dayananlar (*quae in iure consistunt*): miras, intifa, herhangi bir sözleşme kapsamındaki alacak <gibi>. Mirasın maddi şeyleri de kapsadığı bu değerlendirmede dikkate alınmamaktadır. Nitekim intifa kapsamında bir taşınmazdan elde edilen semereler de maddi eşyadır, benzer şekilde bazı borç <ilişkilerinde> çoğunlukla taşınmaz, köle, para gibi maddi şeyler borçlanılmaktadır. Ancak miras hakkının (*ius successionis*), intifa hakkının (*ius utendi fruendi*) ya da alacak hakkının (*ius obligationis*) kendisi, maddi olmayan eşyadır. Köy ve şehir taşınmazları lehine kurulan haklar da maddi olmayan eşya sınıfına dahildir ki; aynı zaman da irtifaklar olarak adlandırılır.

Romalılar tarafından kullanılan en eski eşya ayrımı *res mancipi* ve *res nec mancipi* şeklindeki ayrımdır. *Res mancipi*, tarım toplumunun ihtiyaçlarını karşılamaya yöneliktir. *Res nec mancipi* ise ilerleyen zamanlarda Roma'nın topraklarının genişlemesiyle eyalet arazilerinden, deve, fil gibi yeni karşılaşılan hayvanlardan ya da altın, gümüş, para gibi daha çok ticaret hayatının gerekliliklerini karşılamaya yönelik eşyalardan oluşmaktadır¹²⁹. *Gaius*'un *Institutiones*'inde söz konusu eşyaların mülkiyetinin nakli işlemi esas alınarak, *res mancipi-res nec mancipi* ayrımı ele alınmaktadır. Buna göre *res mancipi* olarak kabul edilen eşyaların mülkiyetinin nakli *mancipatio* ya da *in iure cessio* işlemi ile olmaktadır¹³⁰. *Res nec mancipi* olarak kabul edilen eşyaların mülkiyetinin nakli ise *in iure cessio* ile olabildiği gibi basit bir işlem olan *traditio* ile de mümkündür. *Res mancipi* yanlış mülkiyetin nakli işlemine konu olursa, yani *traditio* ile mülkiyetin nakli işlemi yapılırsa, *dominus ex iure Quiritium* yani *ius civile* mülkiyeti kazanılamaz. Bu

¹²⁹ Gallo, s. 21 vd.; Zamaroni, s. 366.

¹³⁰ Gallo, s. 105; Di Marzo, s. 247; Umur, 1983b, s. 72; Erdoğan, 2006, s. 62; Schulz, s. 348.

durumda *res Mancipi* olan bir eşyanın *usucapio* yani kazandırıcı zamanaşımı ile kazanılabilmesi bakımından, kazandırıcı zamanaşımı süresi içinde *praetor*'lar, devralana *exceptio rei venditae et traditae* ve *actio Publiciana* olanaklarını tanımak suretiyle koruma sağlarlar¹³¹. Dolayısıyla *Quiritium* mülkiyetinin yanında *praetor*'larca korunan zilyedin (*in bonis esse*), *usucapio* yoluyla mülkiyeti kazanması söz konusu olur ki; bu durum *Gaius* tarafından *duplex dominium* şeklinde ifade edilmektedir¹³². Dolayısıyla artık mülkiyetin naklinde *mancipatio*'yu esas alan *res Mancipi-res nec Mancipi* şeklindeki ayrım önemini yitirmeye başlamıştır¹³³. Zira mülkiyetin nakli işlemi *traditio* ile yapıldığı takdirde *praetor*'larca korunan yeni bir mülkiyet anlayışı ortaya çıkmıştır. *Gaius*, bu gelişmeleri dikkate alarak *Institutiones*'inde *res corporales-res incorporales* şeklindeki retorik ayrıma yer vermiş ve özellikle *traditio* bakımından bu ayrımı ele almıştır¹³⁴.

Metinlerde *res incorporales* yani maddi olmayan eşyalar *quae in iure consistunt* şeklinde ifade edilmektedir. Latineden Türkçeye *in iure consistunt*, bir hakka dayanan şeklinde çevirilmiştir. Ancak Roma'da *ius*, bugün anladığımız teknik anlamında “hak” kavramına karşılık gelmemektedir. Bu kelime Romalılar için eşya üzerinde doğrudan bir hakimiyete ya da yetkiye¹³⁵ veya hukuki duruma¹³⁶ işaret etmek amacıyla kullanılmaktadır.

¹³¹ Erdoğan, 1984, s. 14 vd.-104 vd.

¹³² Gai. 1.54; Gai. 2.41.

¹³³ Ourliac/Malafosse, s. 22; Umur, 1983b, s. 11.

¹³⁴ Zamaroni, s. 368-369. Ancak *quasi possessio* bakımından bu değerlendirmenin yetersiz olduğu da ileri sürülmüştür (Pichonnaz, 2004, s. 111). **Kaser**, bu ayrımın uygulamada bir önemi olmadığı ve tamamen teorik bir ayrım olduğu görüşündedir (Kaser, s. 80).

¹³⁵ Pugliese, 1953, s. 239. Bir insan üzerindeki hakimiyet ve yetki ise *suum* şeklinde ifade edilmektedir (Sforza, s. 664).

¹³⁶ Stein, 1984, s. 219.

Res corporales şeklinde ifade edilen maddi eşyalar, kendisine dokunulabilen yani dış dünyada cismani bir varlığı olan eşyalardır. *Res incorporales* olarak ifade edilen maddi olmayan eşyalar ise kendilerine dokunulamayanlar şeklinde ifade edilmiştir. Diğer bir anlatımla söz konusu eşyaların, dış dünyada cismani bir varlığı yoktur. Metinlerde miras hakkı, intifa hakkı, alacak hakkı ve köy ve şehir taşınmazları lehine irtifak hakları *res incorporales* kapsamında sayılmıştır. Ancak mülkiyet hakkı bu kapsamda değerlendirilmemiştir¹³⁷. Zira Klasik Hukuk Döneminde mülkiyet, *ius* olarak değerlendirilmemektedir¹³⁸. Klasik Hukuk döneminde bir eşya üzerindeki hakimiyet halen “*meum esse*” yani “bana ait” şeklinde ifade edilmektedir¹³⁹. Buna göre mülkiyet hakkından değil bir eşyanın maliki olmaktan bahsedilmektedir¹⁴⁰. Dolayısıyla mülkiyet hakkı ve eşya tektir¹⁴¹. Diğer bir anlatımla mülkiyet eşyanın kendisinden bağımsız değildir¹⁴². O nedenle *res corporales*’ten farkı yoktur¹⁴³. Kendi malvarlığında eşyayı barındıran kimse ise malik olarak anılır. Bu suretle *res corporales*- *res incorporales* şeklindeki ayırım,

¹³⁷ Marrone, s. 278; Villey, 1946, s. 201 vd.; Tellegen, s. 35; Pichonnaz, 2004, s. 112.

¹³⁸ Villey, 1947, s. 425.

¹³⁹ Grossi, 1968, s. 18. Bu ifade gerek eşyanın istihkakı için en eski yargılama usulü olan *legis actio sacramento in rem* kapsamında gerekse eşyanın mülkiyetin devri için yapılan *mancipatio* kapsamında dile getirilmektedir (Marrone, s. 290).

¹⁴⁰ *Legis actio sacramento in rem* kapsamında “*hunc ego hominem meum esse aio ax iure Quiritium*” yani “*Quiritium* hukukuna göre bu kölenin bana aittir” şeklinde *Formula* yargılamasında da istihkak davasının *condemnatio*’su “*si paret hominem Stichum quo de agitur Auli Agerii esse ex iure Quiritium*” yani “köle *Stichum*’um *Quiritium* hukukuna göre davacıya ait olduğu sabit olursa” şeklinde şekillenmektedir. Dolayısıyla Roma’da bir kimse eşyanın maliki olduğunu, eşyanın “kendisine ait olduğu” biçiminde dile getirmektedir (Scherillo, s. 105). Benzer şekilde, *res mancipi*’lerin mülkiyetinin nakli için kullanılan *mancipatio* kapsamında aslında mülkiyetin nakli değil; eşyanın kendinin nakli söz konusu olmaktadır (Villey, 1947, s. 429-430).

¹⁴¹ Villey, 1946, s. 215 vd.; Umur, 1983b, s. 6.

¹⁴² En eski yargılama usulü olan *legis actio sacramento in personam* kapsamında davacı, davalının kendisine borçlu olduğunu iddia eder. Davalı ise bunu reddeder. Bu sayede borcun var olup olmadığı uyuşmazlığın konusunu oluşturmaktadır. Oysa *legis actio sacramento in rem* kapsamında mülkiyet hakkının varlığına ilişkin bir çekişme yoktur. Taraflardan ikisi de eşyanın varlığı konusunda hemfikirdir. Ancak her biri bu eşyanın kendisine ait olduğunu iddia eder (Capogrossi Colognesi, 2004, s. 252).

¹⁴³ Scherillo, s. 82; Buckland, 1963, s. 186.

mülkiyet ile eşya üzerindeki ya da eşya ile ilgili diğer hakları ayrı ayrı sınıflandırmaya yöneliktir¹⁴⁴.

Bu yaklaşım yukarıdaki metinler de açıkça görülmektedir. *Res incorporales* olarak kabul edilen intifa hakkı kapsamında elde edilen semerelerin *res corporales* olduğu, yine borç ilişkisinin konusunun çoğunlukla *res corporales* olduğu metinlerde vurgulanmıştır. Buna rağmen söz konusu hakların, *res incorporales* olduğu özellikle belirtilmektedir.

Gaius, Institutiones isimli eserinde özel hukuku insanlara ilişkin, mallara ilişkin ve davalara ilişkin şeklinde sınıflandırarak incelenmiştir¹⁴⁵. Bu sistematik içinde hukukçu bugün anladığımız anlamda tüm malvarlığı haklarını, “mallara ilişkin” hukuku ele aldığı bölümde ve “*res*” kapsamında değerlendirmiştir. Mülkiyet *res corporales* olarak; intifa hakkı, taşınmaz lehine irtifak hakları, alacak hakkı ve mirasa hakkı ise *res incorporales* olarak incelenmiştir¹⁴⁶. Dolayısıyla *res incorporales* bugün anladığımız anlamda “hak”¹⁴⁷ kavramını işaret etmez. Bu ayrım malvarlığındaki unsurları ifade etmektedir. Malvarlığındaki maddi unsurlar *res*

¹⁴⁴ D. 39.2.19 pr.(Gaius ad ed. pu. de damno inf.): “...sive domini sint sive aliquid in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius et superficiarius”: ... malik olup olmadıkları ya da bu hususta alacaklı, intifa hakkı sahibi, üst hakkı sahibi gibi çeşitli hakların sahibi olup olmadıkları (Pichhonaz, 2004, s. 113).

¹⁴⁵ Gai.1.8. Metinde *Gaius* tüm hukuktan bahsediyormuş gibi görünse de aslında özel hukuktan bahsettiği anlaşılmaktadır (Karadeniz Çelebican, 2005a, s. 111 dipnot 3; Küçük, Pandekt, s. 120).

¹⁴⁶ Talamanca, 1990, s. 383; Marrone, s. 278.

¹⁴⁷ **Pugliese** bu metinlerden hareketle *res incorporales* ifadesi ile bugün anladığımız anlamda “hak” kavramının işaret edildiğini savunmaktadır (Pugliese, 1953, s. 223 vd. Aynı görüşte Cannata, 2001, s. 248 ve 313. Ancak mülkiyet hakkı bu kapsamda sayılmadığından bu görüş eleştirilmiştir bkz. Villey, 1946, s. 201 vd. Tellegen ise *res corporales-res incorporales* ayrımının usulü bir ayrım olduğunu ileri sürmektedir. *Res corporales* olarak kabul edilen eşyalar doğada mevcuttur, oysa *res incorporales* olarak kabul edilenler usuli bir işlem sonucunda *praetor* tarafından tanınmaktadır (Tellegen, s. 48 vd.). Bu görüş ise *res incorporales* yani maddi olmayan eşyaların davadan bağımsız bir şekilde *quasi possessio* kapsamında değerlendirilmesine bir açıklık getirmediği gerekçesiyle eleştirilmiştir (bkz. Pichhonaz, 2004, s.112).

corporales, maddi olmayan unsurlar ise *res incorporales*'tir¹⁴⁸. Hukuk düzeni malvarlığının *res*'ten oluştuğu düşüncesinden arınmamış, o nedenle malvarlığını oluşturan haklar da *res* kapsamında değerlendirilmiştir¹⁴⁹.

Iustinianus da bu ayrıma sadık kalmıştır.

Ius.Ins. 2.2

“Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales eae sunt quae sui natura tangi possunt: veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles. Incorporales autem sunt quae tangi non possunt. qualia sunt ea quae in iure consistunt: sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. nec ad rem pertinet quod in hereditate res corporales continentur: nam et fructus qui ex fundo percipiuntur corporales sunt, et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum ius hereditatis et ipsum ius utendifruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. Eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum, quae et servitutes vocantur”.

Bundan başka bazı şeyler maddi, bazıları maddi olmayandır. Maddi eşya doğası gereği kendisine dokunulabilendir: *fundus*, köle, giysi, altın, gümüş ve buna benzer sayılamayacak diğerleri. Maddi olmayan eşya kendisine dokunulamayandır: miras, intifa, herhangi bir borç ilişkisi kapsamındaki alacak gibi bir hakka dayananlar. Mirasın maddi şeyleri içermesi durumu değiştirmez, bir taşınmazdan elde edilen semereler de maddidir ve hatta herhangi bir borç ilişkisi sonucu bize boşlu olunan- *fundus*, köle, bir miktar para gibi- şeyler de genellikle maddidir. Bununla birlikte miras hakkı, intifa hakkı ve alacak hakkı maddi olmayan eşyadır. *Servitutes* olarak adlandırdığımız şehir ve köy taşınmazı lehine irtifak hakları da maddi olmayan eşyadır¹⁵⁰.

Iustinianus, *res corporales-res incorporales* şeklindeki eşya ayrımına *Institutiones*'inde aynen yer vermesinin yanı sıra *res incorporales* yani maddi olmayan eşyalar kategorisinin kapsamını belirlerken bir hakka dayananlar “*in iure consistunt*” ifadesini tekrar etmiştir. Yine benzer şekilde *ius* ibaresinin burada, bugün

¹⁴⁸ Pichonnaz, 2004, s. 112; Cannata, 2001, s. 248.

¹⁴⁹ Provera, 1983, s. 339; Scherillo, s. 82.

¹⁵⁰ Çeviride Umur, 1968'den s. 92-93'den yararlanılmıştır.

anladığımız anlamda hak kavramından ziyade hukuki durum anlamında kullanıldığının kabulü daha uygun olacaktır¹⁵¹.

Theophilus da *Paraprasit Institutionum*'un 2.2.1 sayılı paragrafında, eşyaların maddi eşyalar ve maddi olmayan eşyalar şeklinde ayırma tabii tutulduğundan bahsetmektedir. Maddi eşyalar, isimleri ile anılmalarının yanı sıra arazi, ev, giysi ya da köle gibi dokunulabilen ve görülebilen eşyalardır. Maddi olmayan eşyalar ise yalnızca zihinsel olarak bilinen ve dokunulamayan ve görülemeyen eşyalardır¹⁵². Aynı eserin 2.2.3 sayılı paragrafında hem köy taşınmazı lehine hem de şehir taşınmazı lehine irtifak haklarının, maddi olmayan eşya olarak kabul edildiğinden bahsedilir. Şehir taşınmazı lehine irtifak hakkı, belirli şekillerde kurulan bir haktır. Zihinsel olarak kavranır ve bir komşunun diğerinin yüküne katlanmasını gerektirir. Benzer şekilde köy taşınmazı lehine irtifak hakkı belirli şekillerde kurulur, yalnızca zihinsel olarak kavranır ve komşu arazi malikinin diğerinin yüküne katlanmasını gerektirir¹⁵³.

a.) Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Zilyetliğe (*Possessio*) Elverişli Olmaması

aa.) Genel Olarak

Possessio, bir eşyaya zilyet olmaktır. Romalılar için *possessio*, maddi bir eşyayı malikmiş gibi elde bulundurmaya ifade etmektedir¹⁵⁴. Dolayısıyla *res*

¹⁵¹ Stein, 1984, s. 220.

¹⁵² Lokin/Meijering/Stolte/Van der Wal, s. 225.

¹⁵³ Lokin/Meijering/ Stolte/Van der Wal, s. 227.

¹⁵⁴ Capogrossi Colognesi, 2004, s. 262.

incorporales olarak kabul edilen haklar ve özellikle taşınmaz lehine irtifak hakları, *possessio* yani zilyetliğe elverişli değildir¹⁵⁵.

D.41.2.3 pr. (Paulus 54 ad ed.)

“*Possideri autem possunt, quae sunt corporalia*”.

Maddi eşyalar zilyetliğe elverişlidir.

D.41.3.4.26 (Paulus 54 ad ed.)

“*Si viam habeam per tuum fundum et tu me ab ea vi expuleris, per longum tempus non utendo amittam viam, quia nec possideri intellegitur ius incorporale nec de via quis (id est mero iure) detruditur.*”

Eğer senin taşınmazın üzerinde geçit irtifakım (*via*) varsa ve beni zorla çıkarırsan, uzun süre kullanmama nedeniyle irtifak hakkını kaybederim. Çünkü maddi olmayan haklar gerçek zilyetliğe elverişli değildir ve bir kimsenin geçitten, yani basit bir haktan <irtifak hakkından> mahrum bırakıldığını söyleyemeyiz.

Yukarıdaki metinlerden de anlaşıldığı üzere zilyetlik ancak maddi eşyalar üzerinde söz konusu olmaktadır. Zira Roma Hukukunda zilyetlik eşyanın fiilen elde bulundurulması (*corpore possideri*) ve kendisi için elde bulundurma iradesi (*animus possidendi*) ile kazanılmaktadır¹⁵⁶. Dolayısıyla fiilen elde bulundurulabilecek eşyalar üzerinde zilyetlik söz konusu olmaktadır. Özellikle ikinci metinden de anlaşıldığı üzere, maddi olmayan eşya¹⁵⁷ olarak nitelendirilen taşınmaz lehine irtifak haklarının

¹⁵⁵ Ourliac/Malafosse, s. 17; Biondi, 1954, s. 361; Umur, 1983b, s. 115; Marrone, s. 395; Albanese, s. 9; Buckland, s. 260.

¹⁵⁶ Umur, 1983b, s. 103; Marrone, s. 391; Cannata, 2001, s. 202.

¹⁵⁷ Metinde *ius corporale* ifadesi kullanılmıştır. *Digesta* metinlerinde çokça karşılaşılmamakla birlikte *Iustinianus*'un C.7.37.3.1'de *iura corporalia* ile ilgili ayrıntılı değerlendirmeler yapılmış olduğu görülmektedir. Ele alınan *Digesta* metninde *ius corporalis* ile *Paulus, res incorporales*'lerin haklardan oluştuğuna vurgu yapmak istemiş olabilir (Pichonnaz, 2004, s. 115)

fiilen elde bulundurulması mümkün olmadığından, bu haklar zilyetliğe elverişli değildir¹⁵⁸.

D.8.2.32.1 (Iulianus 7 dig.)

“...*Natura enim servitutium ea est, ut possideri non possint, sed intellegatur possessionem earum habere, qui aedes possidet*”.

..... İrtifak hakkı niteliği gereği zilyetlik konusu olmaz; fakat her kim binanın zilyedi ise irtifak hakkının da zilyedi olur.

Metinde *Iulianus*, irtifak hakkının niteliği gereği, yani *res incorporales* olmasının bir sonucu olarak, zilyetliğe elverişli olmadığından bahseder. Metnin devamında ilginç bir yorumla karşılaşılmaktadır. Buna göre binanın zilyedi olan kimse, irtifak hakkının da zilyedi olmaktadır. Bundan kasıt, binanın zilyedinin irtifak hakkını kullanacak olmasıdır.

Ancak bu dönemde hakkın kullanılması ile zilyetlik arasında bir paralellik kurulmaya çalışılmıştır. Bu durum intifa hakkı hakkı bakımından ele alınmıştır¹⁵⁹.

Gai.2.93

“*Sed bonae fidei possessor cum usucepit seruum, quia eo modo dominus fit, ex omni causa per eum sibi acquirere potest. usufructuarius uero usucapere non potest; primum quia non possidet, sed habet ius utendi fruendi; deinde quia scit alienum seruum esse*”.

Nitekim iyiniyetli zilyet köleyi kazandırıcı zamanaşımı ile kazandığında, her durumda kendisi için kazanmakta, malik olmaktadır. Ancak intifa hakkı sahibi kazandırıcı zamanaşımı yoluyla mülkiyeti kazanamaz: öncelikle zilyet değildir; ancak kullanma ve yararlanma haklarına sahiptir, ayrıca kölenin bir başkasına ait olduğunu bilmektedir.

¹⁵⁸ Grosso, 1969, s. 177.

¹⁵⁹ Grosso, 1969, s. 178.

Yukarıda alıntı yaptığımız metinde açıkça intifa hakkı sahibinin zilyet olmadığı belirtilmiştir. İntifa hakkı sahibi, eşyayı fiilen elde bulundursa dahi eşyanın bir başkasına ait olduğunu bildiğinden *animus sibi habendi* yani kendininmiş gibi elde bulundurma iradesinden yoksundur. O nedenle Klasik Dönemde intifa hakkı sahibi, zilyet değildir.

D.43.3.1.8 (Ulpianus 67 ad ed.)

“Unde est quaesitum, si usus fructus vel usus fuerit alicui relictus eumque occupaverit, an hoc interdicto restituere sit compellendus. movet, quod neque usus fructus neque usus possidetur, sed magis tenetur: potest tamen defendi competere interdictum. idem dicendum est et in servitute relicta”.

Nitekim intifa hakkı ya da kullanma hakkı birisine bırakılmışsa ve önceden buna el koyulmuşsa, bu *interdictum* ile bunu yeniden kurmaya zorlanması mümkün müdür sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu soruya yol açan intifa hakkı ya da kullanma hakkının zilyetliğe elverişli olmamasıdır. Ancak yine de *interdictum*'un uygulanabileceği tartışılabilir, aynı durum taşınmaz lehine irtifak hakları için de söz konusudur.

İntifa hakkı *res incorporales* olduğundan, bu hakların kendisinin ya da fiili kullanımının *possessio* konusu olamayacağı açıkça ifade edilmektedir. Buna karşılık *possessio* yani zilyetliğe benzer bir durumdan bahsedilmektedir. Bunu ifade etmek için Romalıların hukuk dilinde sıkça kullandıkları “*quasi*”¹⁶⁰ sözcüğünden yararlanılmaktadır. Çünkü taşınmaz zilyetliğinin korunması için öngörülen *interdictum uti possidetis*'in uygulama alanı intifa hakkı bakımından genişletilmiştir. Ancak intifa hakkı üzerinde zilyetlik söz konusu olamayacağından, intifa hakkının kullanımı “zilyetlikmiş gibi” ya da “zilyetlik benzeri” şeklinde değerlendirilmiştir¹⁶¹. Dolayısıyla intifa hakkının kullanımı, “*quasi possessio*” olarak kabul edilmiştir.

¹⁶⁰ Bu kavram Roma Hukuku'nun gelişim sürecinde öğretinin yararlandığı bir kavram olarak, çoğu yerde bir kıyası ifade etmiş, kimi zaman bir benzerliğe işaret etmiş kimi zaman da karşılaştırma yaparken kullanılmıştır (Söğütü-Erişgin, 2002, s. 35).

¹⁶¹ Albertario, s. 188.

Daha açık bir anlatımla intifa hakkını kullanan kimse, intifa hakkı nedeniyle sanki bir eşyanın zilyediymiş gibi bir durumdadır. Çünkü intifa hakkı kapsamında hak sahibi, maddi bir eşyayı elinde bulundurmakta ve ondan yararlanmaktadır. O nedenle burada, *quasi possessio* yani zilyetliğe benzer bir durum olduğuna klasik hukukçular tarafından yapılan değerlendirmelerde rastlanmaktadır¹⁶².

Klasik Hukuk Döneminde, taşınmaz lehine irtifak haklarının korunması bakımından öngörülen *interdictum*'lar ile zilyetliğin korunması bakımından öngörülen *interdictum*'lar arasında açık bir ayırım yapılmıştır. Zilyetliğin korunması amacıyla öngörülen *interdictum*'lar *res corporales* yani maddi eşyalar bakımından söz konusu olmaktadır. *Res incorporales* olarak kabul edilen taşınmaz lehine irtifak haklarının korunması bakımından öngörülen *interdictum*'larda ise özellikle hakkın kullanılması (*uti, usus*), korunmaktadır. Buna göre taşınmaz lehine irtifak haklarının korunması için genel bir *interdictum* koruması öngörülmemiştir. Kabul edilen özel *interdictum*'lar farklı koşullara ve rejime tabi tutulmuştur¹⁶³.

Taşınmaz lehine irtifak hakkının zilyetliğe elverişli olmamasının önemli bir sonucu, teslim (*traditio*) yoluyla irtifak hakkının kurulması ya da devredilmesinin mümkün olmamasıdır¹⁶⁴. *Traditio* (teslim), *res nec mancipi*'lerin mülkiyetinin devrinde kullanılan bir *ius gentium* kurumu olarak ortaya çıkmıştır¹⁶⁵ ve eşyanın

¹⁶² Pichonnaz, 2004, s.119; **Dias** ise Klasik Dönemde zilyetliğin hem fiili bir durum hem de hukuki bir durum olarak algılandığı görüşündedir. Yazara göre *res incorporales* olarak kabul edilen intifa hakkı ve taşınma lehine irtifak haklarının kullanılması ile zilyetlik arasında bir bağ kurulmaya çalışılmış ve bu sayede zilyetlik hukuki bir durum olarak da kabul edilmiştir. Bunun en önemli göstergesi söz konusu hakların *interdictum* korunmasından yararlanmasıdır (Dias, s. 246-247). Ancak *interdictum* ile eski irtifak haklarının korunma altına alınması, bu irtifak haklarının taşınmazdan bağımsız bir şekilde düşünülmemesinden kaynaklanmaktadır (Solazzi, 1956, s. 128)

¹⁶³ Biondi, 1954, s. 361.

¹⁶⁴ Umur, 1983b, s. 73; Capogrossi Colognesi, 2004, s. 267; Ourliac/Malafosse, s. 17.

¹⁶⁵ Berger, s. 739; Umur,1983a, s. 72; Günel, 2006, s.27; Oğuz, 1998a, s. 50.

zilyetliğinin devredilmesi ile gerçekleşmektedir¹⁶⁶. Dolayısıyla ancak *res corporales* olarak kabul edilen eşyalar *traditio* konusu olabilir. Zira *traditio*'dan bahsedebilmek için, eşyanın kendisinin (*corpus*) fiilen devralana bırakılması gerekmektedir.

Gai. 2.28

“Res incorporales traditionem non recipere manifestum est”.

Maddi olmayan eşyalar teslim elverişli değildir¹⁶⁷.

D.41.1.43.1 (Gaius 7 ad ed. provinc.)

“Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est”.

Maddi olmayan eşyaların teslim (*traditio*) ve kazandırıcı zamanaşımına (*usucapio*) elverişli olmadığı açıktır.

Metinde maddi olmayan eşyaların *traditio*'nun (teslim) yanı sıra *usucapio* yani zamanaşımı ile kazanmaya da elverişli olmadığı belirtilmiştir. Nitekim Klasik Dönemde maddi olmayan eşyalar arasında sayılan taşınmaz lehine irtifak haklarının zilyetliğe elverişli olmaması, zamanaşımı ile kazanılmasına da engeldir.

D.8.1.14 pr. (Paulus 15 ad sab.)

“Servitutes praediorum rusticorum etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt et ideo usu non capiuntur: vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem: nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur. idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur.”

¹⁶⁶ Umur, 1983b, s. 73; Cannata, 2001, s. 220.

¹⁶⁷ *Usucapio* (kazandırıcı zamanaşımı ie mülkiyetin kazanılması) bakımından benzer değerlendirme: D.41.3.9 (Gaius 4 ad ed. provinc.) *“Usucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis populi romani et civitatum, item liberis hominibus.”* (Kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyetin kazanılması, kutsal eşyalar, kutsanmış eşyalar, kamu malları, özgür insanlar hariç olmak üzere ancak maddi eşyalar için mümkündür).

Köy taşınmazı lehine irtifak hakları maddi şeyler üzerinde söz konusu olmasına rağmen, gayri maddidir. O nedenle zamanaşımı ile kazanılamaz. Belki de asıl neden söz konusu irtifakların niteliğinin mutlak ve sürekli bir zilyetlik doğurmamasıdır. Nitekim hiç kimse gerçekten daimi ve düzenli bir şekilde geçit irtifakını kullanamaz ki; bu şekilde zilyetliği herhangi bir anda kesilmemiş olsun. Şehir taşınmazları lehine irtifak hakları bakımından da aynı durum geçerlidir.

Metinde taşınmaz lehine irtifak haklarının *res incorporales* olduğu ve o nedenle zamanaşımı ile kazanılmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir. Buna gerekçe olarak da söz konusu hakların daimi ve düzenli bir şekilde zilyetliğinin mümkün olmaması gösterilmektedir. Söz konusu değerlendirme köy taşınmazları lehine irtifak hakları bakımından yapılmış ve şehir taşınmazları lehine irtifak hakları için de aynı durumun geçerli olduğu belirtilmiştir. Metinde dikkat çeken husus, açıkça maddi olmayan eşya kapsamında ele alınan taşınmaz lehine irtifak haklarının zilyetliğe elverişli olmadığı ve bu nedenle zamanaşımı ile kazanılmasının mümkün olmadığını belirtmesidir.

Taşınmaz lehine irtifak haklarının zilyetliğe elverişli olmamasının bir diğer sonucu rehne konu olamamasıdır. En eski irtifak hakları *via, iter, actus* ve *aquae ductus*'un zilyetliğin en eski biçimi olan *usus* konusu olmasının ve bu suretle rehne konu olmasının da mümkün olabileceğinin ileri sürüldüğüne yukarıda değinmiştik. Klasik Hukuk Döneminde söz konusu irtifak haklarının rehne konu olabilmesine ilişkin *Pomponius*'un değerlendirmesi ile karşılaşıyoruz. Bu durum, *via, iter, actus* ve *aquae ductus*'un taşınmazdan bağımsız düşünülmediği eski anlayışın izlerini yansıtmaktadır.

D.20.1.12 (Paulus 68 ad ed.)

“Sed an viae itineris actus aquae ductus pignoris conventio locum habeat videndum esse pomponius ait, ut talis pactio fiat, ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur (scilicet si vicinum fundum habeat) et, si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat: quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est”.

Pomponius, ayrıca *via, iter, actus* ve *aquaeductus*'un, ödenmesi gereken para ödenene kadar, alacaklının söz konusu irtifak haklarını kullanacağına (aynı zamanda yakında bir taşınmazının bulunması gerekir) ve eğer bahsi geçen para miktarı vadesinde ödenmezse bir komşuyla irtifakların satışına rıza gösterildiğine ilişkin *pactio* yapılarak, söz konusu irtifakların rehne konu olup olamayacağına bakılması gerektiğini ifade etmiştir. Bu görüş tarafların menfaati bakımından kabul edilmelidir.

Ancak şehirleşme sonucu ortaya çıkan irtifaklar, rehne konu olamaz. Söz konusu hakların ortaya çıkması ile birlikte irtifak haklarının taşınmazdan bağımsız düşünölmeye başlandığına yukarıda değinilmiştir. Klasik Dönemde ayrıca irtifak haklarının zilyetliğe elverişli olmaması nedeniyle rehne konu olamayacaklarının kabulü gerekir. Zira *pignus* zilyetliğin nakli ile mümkündür¹⁶⁸. Ayrıca söz konusu irtifak haklarının ipoteye de konu olamayacakları belirtilmiştir.

D.20.1.11.3 (Marcianus l.S. ad form. hypoth.)

“Iura praediorum urbanorum¹⁶⁹ pignori dari non possunt: igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint.”

Şehir taşınmazları lehine irtifak hakları rehin verilemez: dolayısıyla <irtifak hakları sahipleri>ipotek verilmesine ilişkin anlaşma da yapamazlar.

¹⁶⁸ Umur, 1983b, s. 162; Erdoğan, 2006, s. 121.

¹⁶⁹ Perozzi'ye göre “urbanorum” ifadesi *interpolatio*'dur (Perozzi, 2002, s. 765)

bb.) *Possessio Iuris* Kavramının Ortaya Çıkışı ve Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Zilyetlik Konusu Olabilmesi

Constantinus ile birlikte *possessio*'nun gerek maddi eşyalar üzerinde gerekse haklar üzerinde söz konusu olabileceği kabul edilmektedir.

CI.7.32.10: Imperator Constantinus

*“Nemo ambigit possessionis duplicem esse rationem, aliam quae iure consistit, aliam quae corpore, utramque autem ita demum esse legitimam, cum omnium adversariorum silentio ac taciturnitate firmetur: interpellatione vero et controversia progressa non posse eum intellegi possessorem, qui, licet corpore teneat, tamen ex interposita contestatione et causa in iudicium deducta super iure possessionis vacillet ac dubitet. * const. a. ad maternum. * <a 314 p. xi k. febr. triveris volusiano et anniano cons>”.*

İmparator *Constantinus*'dan *Maternus*'a

Hiç kimse zilyetliğin iki dayanağı olduğundan şüphe etmez. Birisi hakka ve diğeri ise fiili duruma dayanmaktadır. Her ikisi de sessizlik ile onaylandığında ya da tüm tarafların itirazı ile karşılaşmadığı takdirde hukukidir. Bu yüzden bir uyuşmazlık ortaya çıktığında, bir kimse malik olarak zilyet kabul edilmeyebilir. Dava nedeniyle ve sorunun birleşmesiyle, eşyayı fiziken elinde bulunduranın hakka dayanan zilyetliğinden şüphe edilir. 22 Ocak 314'de *Treverorum*'da yayınlanmıştır.

M.S. 4. yy.'dan itibaren *possessio* kavramı, bir hakka dayanan fiili bir durum olarak kabul edilmektedir¹⁷⁰. Nitekim zilyetlik, mülkiyet hakkına dayanan fiili bir durum olabileceği gibi diğer aynı haklara dayanan fiili bir durum da olabilir. Bu yeni zilyetlik kavramının oluşumunda, Helenistik kültürün etkisi görülmektedir¹⁷¹. Dolayısıyla bu dönemden itibaren zilyetlik, gerek fiili gerekse hukuki bir durumu ifade etmek için kullanılmaktadır.

¹⁷⁰ Albanese, s. 149; Levy, s. 19 vd.; Solidoro Maruotti, s. 244-245.

¹⁷¹ Helenistik yapı içinde mülkiyet ve zilyetlik arasında net bir ayırım yoktur (Solidoro Maruotti, 245).

Zilyetlik *possessio corpore* ya da *possessio iuris* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. *Possessio iuris*, Klasik Hukukçuların *animus* şeklinde ifade ettikleri eşyayı kendisi için elinde bulundurma iradesinin, bir hakka dayanarak eşyayı elde bulundurma olarak değişime uğramasının bir sonucudur¹⁷². *Possessio corpore* ise maddi olarak eşyanın elde bulundurulması anlamında kullanılmaktadır¹⁷³.

Iustinianus Döneminde benzer bir yaklaşım sergilenmiş ve *possessio* yani zilyetliğin kapsamı genişletilmiştir¹⁷⁴. Böylece *res incorporales* olarak kabul edilen hakların kullanımı, zilyetlik kapsamında değerlendirilmiştir¹⁷⁵.

Iustinianus Dönemi hukukçuları *possessio iuris* kavramını teknik olarak “hakka zilyet olmak” anlamında kullanmış¹⁷⁶ ve taşınmaz lehine irtifak hakkını fiilen kullanmakla bu hakka sahip olmak arasında bir ayrım yapmışlardır. Dolayısıyla söz konusu hakkı fiilen kullananlar bakımından, *possessio iuris* yani hak üzerinde zilyetlik kavramını geliştirmişlerdir¹⁷⁷. Buna göre bir başkasının taşınmazı üzerinde bir irtifak hakkı sahibi gibi hareket eden kimse, o hakkın sahibi olmasa bile, *interdictum* korumasından yararlanabilmektedir. Bu dönemin hukukçuları, *interdictum* koruması tanınan haklardan hareketle, *possessio iuris* kavramını

¹⁷² Levy, s. 26 vd; Cannata, 2001, s. 250; Solidoro Maruotti, s. 326. Kimi zaman *possidere iure*, *possessio secundum ius*, *iusta possessione* ifadeleri de kullanılmaktadır. Bu ifadelerin ise daha çok “haklı zilyetlik” anlamında kullanıldığı ileri sürülmektedir (Solidoro Maruotti, s. 264-278).

¹⁷³ *Corpore possidere* ifadesi de kullanılmaktadır. Maddi olarak eşyanın elde bulundurulması ve *animus possidere*'nin eklenmesi ile birlikte zilyetliğin kazanılmasını sağlamaktadır (Solidoro Maruotti, s. 283-284).

¹⁷⁴ Ourliac/Malafosse, s. 17.

¹⁷⁵ Levy, s.74.

¹⁷⁶ Marrone, s. 396.

¹⁷⁷ Umur, 1983b, s. 117.

geliştirmiş ve bu durumu *interdictum* koruması öngörölmüş olan hallerle sınırlı tutmuşlardır¹⁷⁸.

Sonuç olarak *possessio iuris* kavramı, taşınmaz lehine irtifak haklarının fiilen kullanılması¹⁷⁹ şeklindeki teknik anlamına *Iustinianus* Dönemi Hukukçuları sayesinde kavuşmuştur¹⁸⁰.

Taşınmaz lehine irtifak haklarının *possessio iuris* yani hak zilyetliğine konu olabilmemesinin bir sonucu olarak, bu hakların *praescriptio longi temporis* ile kazanılabileceği kabul edilmektedir. Ancak bu dönemin kaynaklarında taşınmaz lehine irtifak haklarının *usucapio* ile kazanılamayacağı da ayrıca belirtilmektedir. Zira *Iustinianus*, M.S. 531 yılında çıkardığı bir emirname ile *usucapio* ve *praescriptio longi temporis* şeklindeki iki kurumu birleştirmiş ve *praescriptio longi temporis*'i yalnızca taşınmazlar, *usucapio*'yu ise yalnızca taşınırlar bakımından kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyetin kazanılması yolu olarak belirlemiştir¹⁸¹.

Praescriptio longi temporis (uzun zaman defii), Yunan kültürünün etkisi ile Roma'nın İmparatorluk Döneminde usulü bir işlem olarak ortaya çıkmıştır. Özellikle eyalet arazileri *ius civile* mülkiyetinin konusu olamadığından, söz konusu arazilerin *usucapio* ile kazanılması mümkün değildi¹⁸². Ancak eyalet arazisinin zilyetliğini *iusta causa* yani hukuki sebebe dayanarak, elde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açıldığı takdirde zilyet-istihkak davasını açan ile aynı eyalette ise on yıl, farklı

¹⁷⁸ Umur, 1983b, s. 117.

¹⁷⁹ İntifa hakkı bakımından da benzer bir bakış açısı söz konusudur. Özünde mülkiyet hakkının fiili kullanımı ile bir hakkın fiili kullanımı arasında bir paralellik kurulmaktadır (Grosso, 1969, s. 185).

¹⁸⁰ Pichonnaz, 2004, s. 120-121.

¹⁸¹ C.I.7.31.1; C.I. 3.34.13. Günel, 2006, s. 126.

¹⁸² Gai.2.46: *Item prouincialia praedia usucapionem non recipiunt* (Benzer şekilde eyalet arazileri *usucapio* ile kazanılamaz).

eyaletlerde ise yirmi yıl zilyet olmak koşuluyla- *praescriptio longi temporis* yani uzun zaman defini ileri sürerse zilyetliğinin devamı mümkün oluyordu¹⁸³.

CI.7.33.12.4 (Imperator Iustinianus)

“Eodem observando et si res non soli sint, sed incorporales, quae in iure consistunt, veluti usus fructus et ceterae servitutes. <a 531 d.V k.Dec.Constantinopoli post consulatum lampadii et orestis vv.Cc. >”.

İmparator Iustinianus

Eğer mülkiyet araziye özgü değil de maddi olmayansa, intifa ya da irtifak hakları gibi, haklardan oluşuyorsa aynı kural uygulama alanı bulacaktır.
Constantinopolis, 27 Kasım 531

Iustinianus, yukarıda alıntı yapılan emirnamesi ile *praescriptio longi temporis*'in, *res incorporales* olarak kabul edilen taşınmaz lehine irtifak hakları ve intifa hakkı bakımından da uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla taşınmazlar için öngörülen sürelerde (aynı eyalettekiler için on yıl, farklı eyalettekiler için yirmi yıl) taşınmaz lehine irtifak haklarının, *praescriptio longi temporis* yani kazandırıcı zamanaşımı ile kazanılması mümkün hale gelmiştir.

Iustinianus Döneminde taşınmaz lehine irtifak haklarının hak zilyetliğine (*possessio iuris*) elverişli olduğunun kabul edilmesinin bir diğer sonucu, yüklü taşınmaz malikinin taşınmazı üzerinde irtifak hakkının kullanılmasına katlanması halinde irtifak hakkının *traditio vel patentia* yani kullanıma katlanma ve teslim biçiminde kurulabilmesidir¹⁸⁴. Buna göre üzerinde irtifak hakkı kullanılmakta olan

¹⁸³ *Caracalla*'dan itibaren taşınırlar bakımından da uygulanmaya başlanmıştır (Grosso, 1969, s. 212).

¹⁸⁴ Grosso, 1969, s. 207 vd.; Capogrossi Colognesi, 1977, s. 242; Guarino, 2002, s. 237; Burdese, 1970, s. 123; Corbino, 1990, s. 259; Pichonnaz, 2008, s. 313.

taşınmaz malikinin irtifak hakkına katlanması (*patentia*), *quasi traditio* olarak kabul edilmektedir¹⁸⁵.

b.) *In Iure Cessio*'nun *Res Incorporales* Bakımından Tipik Bir İşlem Olarak Benimsenmesi

Yukarıda da değindiğimiz gibi Romalılar için uzunca bir süre temel eşya ayrımı, *res Mancipi* ve *res nec Mancipi* olarak kabul edilmiştir. Taşınmaz lehine irtifak haklarının kurulmasına ilişkin işlemler de öncelikle bu ayrım esas alınarak, belirlenmiştir. En eski irtifak hakları *res Mancipi* olarak kabul edildiğinden *Mancipatio* ile kurulması mümkündür. Oysa şehirleşme sonucu ortaya çıkan irtifaklar *res nec Mancipi* olarak kabul edildiğinden hiçbir zaman *Mancipatio* ile kurulamaz ve fakat *in iure cessio* ile kurulabilir. Ayrıca köy taşınmazı lehine irtifak hakları bakımından, *in iure cessio* da geçerli bir kurucu işlemdir.

Gai.2.17

“Sed item fere omnia, quae incorporalia sunt, nec Mancipi sunt, exceptis seruitutibus praediorum rusticorum; nam eas Mancipi esse constat, quamuis sint ex numero rerum incorporalium”.

Köy taşınmazları lehine irtifak hakları hariç olmak üzere *res incorporales*'lerin hepsi, *nec Mancipi*'dir. Ancak köy taşınmazları lehine irtifak hakları *res incorporales* olmasına rağmen *res Mancipi*'dir.

Gai.2.29

“Sed iura praediorum urbanorum in iure cedi tantum possunt; rusticorum uero etiam Mancipari possunt.”

¹⁸⁵ Burdese, 1970, s. 23.

Ancak şehir taşınmazları lehine irtifak hakları *in iure cessio* ile kurulabilir. Köy taşınmazları lehine irtifak hakları ise *mancipatio* ile de kurulabilir.

Gaius, köy taşınmazları lehine irtifak hakları dışındaki *res incorporales*'in *res nec mancipi* olarak kabul edildiğini belirtmektedir. Hukukçu, mülkiyetin nakli işlemleri bakımından Klasik Hukuk döneminde hala varlığını korumakta olan *res mancipi-res nec mancipi* ayrımı bakımından *res incorporales*'i ele almıştır. Buna göre köy taşınmazı lehine irtifak hakları, hala *res mancipi* olma özelliğini korumaktadır. Dolayısıyla Klasik Hukuk Dönemi boyunca söz konusu haklar, *in iure cessio* ile kurulabileceği gibi *mancipatio* ile de kurulabilmektedir. Şehir taşınmazları lehine irtifak hakları ve intifa hakkı¹⁸⁶ ise ancak *in iure cessio* ile kurulmakta ve miras hakkı¹⁸⁷ da *in iure cessio* ile devredilmektedir.

O halde *res mancipi* olmayan taşınmaz lehine irtifak hakları ya da intifa hakkı gibi *res incorporales* olarak kabul edilen hakların *res nec mancipi* olduğu açıklaması, *in iure cessio* ile kurulması bakımından tek başına yeterli değildir. Söz konusu hakların *res incorporales* olması, bu hakların zilyetliğe elverişli olmaması sonucunu doğurmaktadır. O nedenle de *res nec mancipi* bakımından, sıklıkla başvuru olan *traditio* işleminin uygulanması mümkün değildir ve bu hakların kurulması ya da devri ancak *in iure cessio* ile söz konusu olmaktadır¹⁸⁸. Ayrıca *res incorporales* olarak kabul edilen intifa hakkının kurulması ve miras hakkının devri için de *in iure cessio*'ya başvurulması, Klasik Dönemde *res incorporales*'in bakımından *in iure cessio* işleminin tipik bir işlem olarak benimsendiğinin göstergesidir.

¹⁸⁶ Gai.2.30.

¹⁸⁷ Gai.2.34.

¹⁸⁸ Cannata, 2001, s. 313; Pichonnaz, 2004, s. 116.

In iure cessio, vindicatio servitutis yani taşınmaz lehine irtifak hakkı talepli davanın farazi bir şekli olarak meydana gelmektedir. Taşınmaz lehine irtifak hakkını talep eden yani yararlanan taşınmazın maliki, *praetor* önünde taşınmaz lehine irtifak hakkının sahibi olduğunu iddia etmektedir. Yüklü taşınmaz maliki ise sessiz kalmakta ve bu şekilde *praetor* taşınmaz lehine irtifak hakkının mevcut olduğu şeklindeki kararı (*addictio*) ile yargılamayı sona erdirmektedir. Bu sayede irtifak hakkı kurulmuş olmaktadır¹⁸⁹.

c.) Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Hukuki İşlemlere Konu Olamaması

İrtifak hakkı tek başına hukuki işlemlere de konu olamaz¹⁹⁰:

D.19.2.44 (Ulpianus 7 ad ed.)

“*Locare servitutum nemo potest.*”

Hiç kimse taşınmaz lehine irtifak hakkını kiraya veremez.

D.8.3.24¹⁹¹'deki metinde *Labeo*'nun su yolu irtifakını taşınmazdan bağımsız olarak ele almadığına yukarıda değinilmiştir. Oysa *Proculus*¹⁹², *Labeo*'nun görüşüne katılmamaktadır. Çünkü su yolu irtifakı ile maddi olarak su kanalı arasında bir ayırım yapmıştır ve irtifak hakkının ariyet olarak verilemeyeceğini belirtir. *Proculus*, su yolu irtifakını artık taşınmazdan bağımsız bir hak olarak kabul etmektedir.

¹⁸⁹ Biondi, 1954, s. 222.

¹⁹⁰ Perozzi, 2002, s. 760.

¹⁹¹ Metnin kendisi ve çevirisi için bkz. s.16-17.

¹⁹² İsminin *Sempronius Proculus* olduğu konusunda tartışmalar vardır. *Proculus*'un tahminen M.Ö. 12 yılı ile M.S. 66 yılları arasında yaşadığı tahmin edilen Romalı Hukukçu. *Proculiani* okulunun ismi *Proculus*'dan gelmektedir. Özellikle pek çok hukukçu tarafından *Epistulae* isimli eserinden altıntılar yapılmıştır. *Epistuale*, hukuki sorunların ele alındığı ve diyalektik yöntemle çözüme kavuşturulduğu öğretim amaçlı bir eser olarak kabul edilmektedir (Schiller, s. 323-325; Berger, s. 653).

Pomponius ise *Proculus*'un görüşüne katılmaktadır. Metinden anlaşıldığı kadarıyla, her ne kadar iki hukukçu farklı görüşte de olsalar, Klasik Dönemin başında irtifak hakkının taşınmazdan farklı bir biçimde algılanmaya başlandığını görüyoruz. Ardından *Pomponius* tarafından kabul edildiği gibi D.19.2.44'den anlaşıldığı üzere *Ulpianus* tarafından da bu yaklaşım takip edilmiştir. Zira *Ulpianus*, taşınmaz lehine irtifak hakkının tek başına kira sözleşmesine konu olamayacağından bahsetmektedir.

d.) Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının İntifa Hakkına Konu Olmaması

Taşınmaz lehine irtifak hakları *res incorporales* yani maddi olmayan eşya olarak kabul edildiği için intifa hakkına konu olamaz¹⁹³. Zira irtifak hakkı yararlanan taşınmaza bağlı bir haktır, irtifak hakkının taşınmazdan ayrı bir biçimde intifa hakkına konu olması mümkün değildir¹⁹⁴.

D.8.3.33.1 (Africanus 9 quaest.)

“Per plurium praedia aquam ducis quoquo modo imposita servitute: nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est, neque eorum cuius neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere: pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet, quamvis nullum praedium ipsum sibi servire neque servitutis fructus constitui potest”.

İrtifak hakkına dayanarak, nasıl kurulduğu önemli olmaksızın, farklı maliklere ait taşınmazlar üzerinden su geçiriyorsun. Ardından buna ilişkin bir *pactio* ve *stipulatio* yapmadıkça ne söz konusu taşınmaz maliklerinden biri ne de başka bir komşu lehine su geçirme hakkını kurabilirsin. Nitekim söz konusu hak çoğunlukla *pactio*'ya *stipulatio* eklenerek, kurulmaktadır. Bununla birlikte hiçbir taşınmaz kendi lehine bir irtifak hakkına tabi olmaz, benzer şekilde intifa hakkına da konu olamaz.

Bununla birlikte asıl kuralın “irtifak hakkının bir başka irtifak hakkına konu olamayacağı” şeklinde olduğu da ileri sürülmektedir.

¹⁹³ Küçükgüngör, 1998a, s.18.

¹⁹⁴ Burdese, 1993, s. 359.

D.33.2.1 (Paulus 3 ad sab.)

“Nec usus nec usus fructus itineris actus viae aquaeductus ^ aequaeductus^ legari potest, quia servitus servitutis esse non potest: nec erit utile ex senatus consulto, quo cavetur, ut omnium quae in bonis sint usus fructus legari possit, quia id neque ex bonis neque extra bona sit...”

Geçit irtifakı (*via*), yürüyerek geçme, sürü geçirme ya da su yolu irtifakı üzerinde ne kullanma hakkı ne de intifa hakkı vasiyet edilebilir. Çünkü irtifak hakkının irtifak hakkı olmaz. Mülkiyet hakkı kapsamındaki her şeyin intifa hakkına konu olmasına ilişkin *Senatus Consultum* da geçerli olmaz. Çünkü <irtifak hakkı> ne mülkiyet hakkına dahildir ne de mülkiyet hakkının dışındadır...

Yukarıdaki metinde geçen “*servitus servitutis esse non potest*” ibaresi, bir irtifak hakkı üzerinde başka bir irtifak hakkının söz konusu olamayacağı anlamına gelir. Diğer bir anlatımla bir irtifak hakkı, bir başka irtifak hakkının konusu olamaz. Öncelikle taşınmaz lehine irtifak hakları, maddi olmayan eşya olarak kabul edilmektedir. İkinci olarak da taşınmaz lehine irtifak hakkının konusu bir taşınmazdır. Dolayısıyla bir irtifak hakkı örneğin geçit irtifakı üzerinde bir suyolu irtifakının kurulması mümkün değildir¹⁹⁵.

Perozzi tarafından geliştirilen görüşe göre D.33.2.1'deki metin D.8.3.33.1'deki ile birlikte ele alınmalıdır. Yazara göre “*servitus servitutis*” ifadesi *interpolatio*'dur ve metnin aslında “*fructus servitutis*” ifadesi kullanılmaktadır¹⁹⁶. Kuralın aslı “*fructus servitutis esse non potest*” yani irtifak hakkının intifa hakkına konu olamayacağı şeklindedir ve Klasik Roma Hukukunda “*servitus servitutis esse non potest*” diye bir kural hiçbir zaman olmamıştır¹⁹⁷. **Bonfante**'ye göre ise burada bilinçli bir *interpolatio* söz konusudur. Çünkü *Iustinianus* Döneminde artık

¹⁹⁵ Biondi, 1954, s. 153.

¹⁹⁶ Perozzi, 1948c, s. 167 vd.

¹⁹⁷ Perozzi, 1948c, s. 175. Aynı görüşte bkz. Marrone, s. 352.

ususfructus yani intifa hakkı da kişi lehine irtifak hakları (*servitutes personarum*) kapsamında değerlendirilmektedir¹⁹⁸.

Biondi'ye göre her iki kural, iki farklı döneme aittir. D. 8.3.33.1'deki "*fructus servitutis esse non potest*" kuralı Klasik Döneme aittir ve irtifak hakkının taşınmazdan ayrılamayacağını ifade eder. D.33.2.1'deki "*servitus servitutis esse non potest*" ise *Iustinianus* Dönemine aittir¹⁹⁹ ve taşınmaz lehine irtifak hakkının yalnızca taşınmaz üzerinde kurulabileceğine işaret eder²⁰⁰.

2- Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Aynı Dava (*Actio in rem*) Kapsamında Korunması

a.) Genel Olarak

Aile babasının mal varlığının maddi ve maddi olmayan şeylerden, *res corporales* ve *res incorporales*, oluştuğuna yukarıda değinmiştik. Malvarlığını oluşturan bu değerlere, çeşitli koruma olanakları tanınmaktadır. Bu koruma olanaklarının başlıcası ise "*actio*" yani davadır²⁰¹. Yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız gibi Roma'da malvarlığını oluşturan maddi şeyler ve bunlar üzerindeki mülkiyet *res corporales*; haklar ise *res incorporales* kapsamında değerlendirilmiştir. Ancak davalar bakımından, farklı bir sınıflandırma yoluna gidilmiştir. Bu sınıflandırmada, *res corporales-res incorporales* ayrımı dikkate alınmamıştır.

¹⁹⁸ Bonfante, 1972, s. 29; **Solazzi** de yazarla hemfikirdir (Solazzi,1947, s. 17).

¹⁹⁹ **Burdese** da bu kuralın *Iustinianus* Dönemine ait olduğu görüşüne katılmaktadır (Burdese, 1970, s.122).

²⁰⁰ Biondi, 1954, s. 159.

²⁰¹ Roma'da hak ve dava kavramları ayrılmaz bir biçimde birbirine bağlıdır (Provera, 1983, s. 326; Talamanca, 1990, s. 273; Gruppo Editoriale, s. 20). Zira Roma'da hakların korunması bakımından genel bir dava (*actio*) olanağı tanınmamıştır, hukuken korunmaya değer görülen her menfaat için özel bir dava tanınmıştır (Erdoğan-Tahiroğlu, 2009, s. 225; Çelebican Karadeniz, 2005a, s. 122-123; Günel, s. 25; Küçükgüngör, 1998b, s. 6; Özdemir Türkoğlu, s. 20).

Davalar arasındaki ayırım, aynı dava (*actio in rem*) ve şahsi dava (*actio in personam*) şeklindedir ve bu ayırımın ana ekseninde “bize borçlu olunan”ı ve “bize ait olan”ı ayırt etmek yatmaktadır. Ayrıca eşya üzerinde, intifa ya da taşınmaz lehine irtifak hakkı sahibi olduğunun ileri sürülmesi de aynı dava kapsamında olmaktadır. O halde *res incorporales* olarak ele alınan “alacak hakkı” iddiası *actio in personam* yani şahsi dava; *res corporales* olarak ele alınan “mülkiyet” iddiası ve *res incorporales* olarak ele alınan “intifa ve taşınmaz lehine irtifak haklarının” iddia edilmesi ise *actio in rem* yani aynı kapsamında korunmaktadır.

Actio in rem-actio in personam ayırımı oldukça eskiye dayanmakta, *legis actio*’lar zamanına dek uzanmaktadır. Aile babasının malvarlığını oluşturan mal ve kişiler üzerindeki hakimiyeti söz konusu olduğunda “*meum esse*” yani “bana ait” şeklinde ifade edilen *legis actio sacramento in rem*; kendisine borçlu olunanı talep etmesi söz konusu olduğunda ise *legis actio sacramento in personam* talep edilmekteydi²⁰². Buradaki ayırım, yalnızca usuli bir ayırımdan ibaret değildir; davanın esası, konusu ve amacı da dikkate alınarak yapılmaktadır²⁰³.

Gai.4.2

“In personam actio est, qua agimus, quotiens litigamus cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE. 3. In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse aut ius aliquod nobis competere, velut utendi aut utendi fruendi, eundi, agendi aquamue ducendi vel altius tollendi prospiciendiue, aut cum actio ex diverso adversario est negativa”.

Actio in personam’ı (şahsi davayı) bize bir sözleşmeden ya da haksız fiilden dolayı borçlu olana yahut vermek, yapmak ya da yerine getirmekle yükümlü olduğunu ileri sürdüğümüz kişiye karşı talep ederiz. 3. *Actio in rem* (aynı

²⁰² Provera, 1983, s. 333.

²⁰³ Pugliese, 1964, s. 757.

dava) ise maddi bir eşyanın bize ait olduğunu ya da kullanma, intifa, geçme, su geçirme, belirli yüksekliğe kadar inşaat yapma ya da ışıktan yararlanma hakkımız olduğunu ileri sürdüğümüz yahut tam tersi karşı tarafa haksız müdahalenin önlenmesi (*actio negatoria*) için dava açtığımızda söz konusu olur.

Gaius'un yukarıda alıntı yapmış olduğumuz metninde yer alan ayrıma, aynı dava (*actio in rem*) ve şahsi davaların (*actio in personam*) *intentio*'su kaynaklık etmektedir. Aynı davada davacı, bir eşyanın ya da hakkın kendisine ait olduğunu ya da bir hakkın davalıya ait olmadığını iddia etmektedir²⁰⁴. Şahsi davada ise davacı, davalının bir borcu yerine getirmekle yükümlü olduğunu ileri sürmektedir: “*dare facere praestrare oportere*”²⁰⁵.

Iustinianus, Institutiones'inde bu ayrımı tekrar etmiştir:

I.Ins. 4.6.1

“*..namque agit unusquisque aut cum eo qui ei obligatus est vel ex contractu vel ex maleficio, quo casu proditae actiones in personam sunt, per quas intendit adversarium ei dare facere oportere, et aliis quibusdam modis: aut cum eo agit qui nullo iure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam. quo casu proditae actiones in rem sunt. veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat: nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est. Aequae si agat, ius sibi esse re, fundo forte vel aedibus, utendi fruendi vel per fundum vicini eundi, agendi vel ex fundo vicini aquam ducendi, in rem actio est. eiusdem generis est actio de iure praediorum urbanorum, veluti si agat, ius sibi esse altius aedes suas tollendi prospiciendi vel prociendi aliquid vel immittendi in vicini aedes. contra quoque de usufructu et de servitutibus praediorum rusticorum, item praediorum urbanorum invicem quoque proditae sunt actiones, ut quis intendat, ius non esse adversario utendi fruendi, eundi, agendi aquamve ducendi, item altius tollendi, prospiciendi, prociendi, immittendi: istae quoque actiones in rem sunt, sed*

²⁰⁴ Nitekim bu davaların *intentio*'sunda yalnızca davacının adı yer alır (Schulz, s. 33; Karadeniz Çelebican, 2005a, s. 303; Erdoğan/Tahiroğlu, s. 30-31; Gürten, s. 100). Zira dava bir kişiye değil ve fakat bir eşyaya yönelmektedir (Schulz, s. 33).

²⁰⁵ Dolayısıyla bu davaların *intentio*'sunda hem iddiada bulunan kişinin hem de kendisinden talepte bulunulan kişinin adının yer alması gerekir (Schulz, s. 33; Karadeniz Çelebican, 2005a, s.303; Umur, Erdoğan/Tahiroğlu, s. 30-31; Gürten, s. 102).

negativae. quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est: nam in his is agit qui non possidet: ei vero qui possidet non est actio prodita per quam neget rem alterius esse. sane uno casu qui possidet nihilo minus actoris partes obtinet, sicut in latioribus digestorum libris oppotunius apparebit.”

Nitekim bir kimse ya kendisine bir sözleşme ya da haksız fiil nedeniyle boşlu olan kimseye karşı dava açar ki; bu davalar şahsidir (*actio in personam*) ve bundan davalı olan kimsenin ona bir şey vermek, yapmak ya da buna benzer bir yükümlülük atında olduğu anlaşılır. Ancak kendisine hiçbir şey borçlu olmadığı halde, bir kimseyi herhangi bir eşya üzerinde çıkmış bir uyuşmazlıktan dolayı dava eder, bu davalar ise aynidir (*actio in rem*). Örneğin; bir kimse maddi bir şeyin zilyedi iken, *Titius* o şeyin kendisine ait olduğunu ileri sürse ve zilyet de kendisinin malik olduğunu iddia etse: *Titius*'un bu kanaatinden ortaya çıkan dava aynidir. Benzer şekilde bir kimse bir arazi ya da bina üzerinde intifa hakkı sahibi olduğunu ya da komşu taşınmaz üzerinde geçme ya da su geçirme hakkı olduğunu ileri sürse, bu dava aynidir. Şehir taşınmazları lehine irtifak haklarına ilişkin davalar da -örneğin; bir kimse binasını daha da yükseltmek, manzara alabilmek veya komşu bina üzerine bir çıkma yapmak ya da bir şey dayamak hakkını haiz olduğunu iddia ederse- aynı niteliktedir. İntifa hakkı ile köy ve şehir taşınmazları lehine irtifak haklarına karşı davalar da tanınmıştır. Bu davaları açan kimse, karşı tarafın intifa hakkına sahip olmadığı, geçme, su geçirme bina yükseltme, manzara almaya, çıkma yapmaya veya taşınmazına bir şey dayamaya hakkı olmadığını iddia eder ki; bunlar da aynı davalardır; ancak olumsuzdurlar (*negativae*). Bu tür davalar maddi eşya uyuşmazlıklarıyla ilgili değildir, çünkü maddi eşyaya ilişkin uyuşmazlıklarda dava eden zilyet değildir; zilyet olan ise o şeyin başkasına ait olduğunu inkar etmek üzere bir dava hakkına sahip olmaz. Bununla birlikte ayrıntılı *Digesta* kitaplarında daha isabetle görüleceği gibi bir tek halde zilyet, yine de davacı rolünde olabilir²⁰⁶.

Metinde daha ayrıntılı bir değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Buna göre bir haksız fiilden ya da sözleşmeden kaynaklı borç ilişkisinden doğan uyuşmazlıklar, şahsi davanın konusunu oluşturur. Ancak bir eşya üzerindeki hak nedeniyle, uyuşmazlık meydana gelmişse o takdirde aynı dava söz konusu olacaktır.

Gerek *Gaius*'un gerekse *Iustinianus*'un metninde aynı davanın dayanağı örneklerle açıklanmıştır. *Gaius* önce bir eşyanın aidiyeti talebini örnek göstermiştir.

²⁰⁶ Çeviride Umur, 1968, s. 315'den yararlanılmıştır.

Iustinianus'un metninde bunun biraz daha ayrıntılı bir biçimde nitelendiği ve istihkak iddiası şeklinde açıklandığı görülür. Ardından intifa hakkı ve çeşitli taşınmaz lehine irtifak haklarına ilişkin taleplerin aynı dava kapsamında değerlendirileceği belirtilmiştir. Ayrıca söz konusu hakların mevcut olmadığına ilişkin taleplerin de aynı dava kapsamında olduğu ifade edilmiştir.

b.) İrtifak Hakkı Sahibini Koruyan Dava: *Vindicatio Servitutis*

Ius Civile'nin öngördüğü irtifak hakkı sahibini koruyan aynı nitelikli (*in rem*) dava, *vindicatio servitutis* ya da *vindicare servitutum* olarak anılmaktadır²⁰⁷. *Iustinianus* döneminde bu dava *actio confessoria* olarak adlandırılmıştır. Bu dönemde bütün irtifak haklarını korumaya yönelik tek bir davaya ihtiyaç duyulmuş ve Klasik Hukuk Döneminde irtifak haklarını koruyan *vindicatio servitutis* ile intifa hakkını koruyan *vindicatio ususfructus* birleştirilerek, bu davaya *actio confessoria* adı verilmiştir. Bu suretle Klasik Hukuk Dönemi kaynaklarının *interpolatio*'ya uğradığı ve *vindicatio servitutis* ile *vindicatio ususfructus*'un yerine *actio confessoria* ifadesinin kullanıldığı kabul edilmektedir²⁰⁸.

D.8.5.6.3 (Ulpianus 17 ad ed.)

“Haec autem actio in rem magis est quam in personam et non alii competit quam domino aedium et adversus dominum, sicuti ceterarum servitutium intentio”.

Bu dava, her şeyden önce, *in personam*'dan çok *in rem*'dir (şahsi davadan çok aynı bir davadır) ve <yüklü taşınmaz> malikine karşı <yararlanan taşınmaz> maliki tarafından talep edilebilir, diğer irtifak haklarına ilişkin davaların iddia (*intentio*) bölümlerinde olduğu gibi.

²⁰⁷ Solazzi, 1949, s. 1 vd; Biondi, 1954, s. 352 vd; Grosso, 1969, s. 279 vd.

²⁰⁸ Küçükgüngör, 1998a, s.118-119; Umur, 1990, s. 482; Schulz, s. 389; Kaser, s. 121; Erdoğan, 2006, s. 110; Di Marzo, s. 279.

Yukarıdaki metinde irtifak hakkı talepli davanın aynı dava olma özelliğine değinilmiştir. Davaya ise bu niteliğini *intentio* yani davacının iddiası vermektedir. Bunun yanı sıra hangi irtifak hakkının talep edildiği de *intentio*'dan anlaşılmaktadır. Zira bu davanın *intentio*'su irtifak hakkının varlığı (*ius esse*) talebini içermektedir. O nedenle de irtifak hakkına göre şekillenmektedir. Daha açık bir anlatımla taşınmaz lehine irtifak hakkı, olumlu bir irtifak hakkı ise- yani yüklü taşınmaz üzerinde irtifak hakkı sahibinin olumlu bir faaliyeti ile kullanılıyorsa- *intentio* olumlu (*ius esse*); irtifak hakkı olumsuz bir irtifak hakkı ise- yani irtifak hakkının kullanılması yüklü taşınmaz malikinin olumsuz bir faaliyeti sayesinde oluyorsa- *intentio* olumsuz (*ius non esse*) olmaktadır²⁰⁹.

İrtifak hakkı sahibinin olumlu bir faaliyeti ile kullanılan *via*'nın ileri sürüldüğü, irtifak hakkı talepli davanın *intentio*'sunun şu şekilde olduğu varsayılmaktadır: “*Si paret A° A° ius esse per fundum illum ire agere...*”²¹⁰(davacının o araziden geçme ya da geçirme hakkı olduğu saptanırsa).

Yüklü taşınmaz malikinin bir yetkiyi kullanmaması şeklinde yarar sağlayan *servitus altius non tollendi*'nin talep edildiği davanın *intentio*'sunun ise şu şekilde olduğu varsayılmaktadır: “*Si paret N° N° ius non esse aedes suas altius tollere invito A° A°, ...*”²¹¹(davalının kendi binasını yükseltme hakkı olmadığı saptanırsa davacının davet edilmesi,).

Vindicatio servitutis yani irtifak hakkı talepli davada, her şeyden önce yararlanılan taşınmaz malikinin aktif dava ehliyeti vardır.

²⁰⁹ Öcal, 2010, s. 496 vd.

²¹⁰ Lenel, s. 220.

²¹¹ Lenel, s. 220.

D.8.5.2.1 (Ulpianus 17 ad ed.)

“Haec autem in rem actio confessoria nulli alii quam domino fundi competit: servitatem enim nemo vindicare potest quam is qui dominium in fundo vicino habet, cui servitatem dicit deberi”.

Söz konusu *actio in rem confessoria*, bir taşınmaz malikinden başkasına verilmez; nitekim hiç kimse irtifak hakkı ile yüklü olduğunu söylediği taşınmaza yakın olan taşınmazın maliki değilse irtifak hakkını talep edemez.

Yararlanan taşınmaz paylı mülkiyete konu ise her pay sahibi tek başına aktif dava ehliyetine sahiptir²¹². İntifa hakkı sahibinin ise aktif dava ehliyetine sahip olup olmadığı Romalı Hukukçular arasında tartışmalıdır. *Iulianus*, intifa hakkı sahibinin dava ehliyetinin olduğunu ileri sürerken²¹³, *Labeo*, *Nerva*, *Marcellus* ve *Ulpianus* intifa hakkı sahibinin irtifak hakkı talepli dava açamayacağını, zira intifa hakkına sahip olduğu yararlanan taşınmaz lehine irtifak hakkını kullanması engelenirse intifa hakkı ihlal edileceğinden intifa hakkı nedeniyle dava açabileceğini savunmaktadır²¹⁴.

İrtifak hakkı talepli bu dava (*vindicatio servitutis*) öncelikle yüklü taşınmaz malikine karşı açılır. D.8.5.6.3’de²¹⁵ bu durum açıkça dile getirilmiştir. Yüklü taşınmazın paylı mülkiyete konu olması halinde ise irtifak hakkı talepli dava, her bir paydaşa yöneltilebilecektir²¹⁶.

D.8.5.10.1 (Ulpianus 53 ad ed.)

“Agi autem hac actione poterit non tantum cum eo, in cuius agro aqua oritur vel per cuius fundum ducitur, verum etiam cum omnibus agi poterit, quicumque aquam non ducere impediunt, exemplo ceterarum servitutium. et generaliter quicumque aquam ducere impediat, hac actione cum eo experiri potero”.

²¹² Bkz. s. 103 vd.

²¹³ D.43.25.1.4; D.39.1.2.

²¹⁴ D.7.6.1 pr.; D.7.6.5.1.

²¹⁵ Metnin kendisi ve çevirisi için bkz. s. 76.

²¹⁶ Bkz. 103 vd.

Bu dava yalnızca kaynağın üzerinde bulunduğu taşınmaz maliki ya da suyun geçirildiği taşınmazın malikine karşı değil aynı zamanda suyun geçirilmesini engelleyen herkese karşı açılır. Genel olarak suyun geçirilmesini her kim engellerse, söz konusu davayı ona karşı açabilirim.

Alıntı yaptığımız son metinde ise irtifak hakkı talepli davanın, irtifak hakkının kullanılmasını engelleyen herkese karşı açılabileceği ifade edilmektedir. Böylece irtifak hakkı, herkese karşı ileri sürülebilir hale gelmektedir.

C- Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Özellikleri

1- Malikin Kendi Taşınmazı Üzerinde İrtifak Hakkı Kuramaması:

Nemini res sua servit

Bu ilke, bir irtifak hakkının aynı malike ait iki taşınmaz üzerinde söz konusu olamayacağını belirtir²¹⁷. Diğer bir anlatımla bir kimse hem irtifak hakkının sahibi hem de yüklü taşınmazın maliki olamaz²¹⁸. Taşınmaz lehine irtifak hakkı ancak iki farklı malike ait taşınmazlar üzerinde söz konusu olabilir. İki taşınmazın da maliki olan kimse bir taşınmazı için diğer taşınmazından geçmek, su almak gibi yararlanabilir ve bu yararlanma irtifak hakkı görüntüsü arz edebilir. Ancak yine de irtifak hakkından değil; mülkiyet hakkından bahsedilir: *iure dominii, non iure servitutis*²¹⁹. Ancak bu ilkenin bir başka yorumu da bir taşınmaz üzerinde kendi

²¹⁷ Pugliese/Vacca/Sitzia, s. 479; Burdese, 1970, s. 121; Guarino, 2002, s. 230; Salkowski, s. 447; Guarino, 2006, s. 230; Sanfilippo, s. 229; Koschaker/Ayiter, s. 167; Buckland, s. 260. Bu ilke *ufusfructus* yani intifa hakkı için de söz konusu olmaktadır. D.7.6.5 Ayrıntılı bilgi için bkz. Küçükgüngör, 1998a, s. 132.

²¹⁸ Perozzi, 2002, s. 759; Marrone, s. 352; Pichonnaz, 2008, s. 309.

²¹⁹ Biondi, 1954, s. 105.

yararına irtifak hakkı kurulamayacağı yani bir taşınmazın kendi kendisine tabi olamayacağıdır²²⁰.

D.8.2.26 (Paulus 15 ad sab.)

“In re communi nemo dominorum iure servitutis neque facere quicquam invito altero potest eque prohibere, quo minus alter faciat (nulli enim res sua servit): itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit. sed per communi dividundo actionem consequitur socius, quo minus opus fiat aut ut id opus quod fecit tollat, si modo toti societati prodest opus tolli.”

Maliklerden hiçbirisi, irtifak hakkına dayanarak, ne müşterek eşya üzerinde diğerinin istemediği bir şeyi yapabilir ne de diğerinin bir eylemini yasaklayabilir (nitekim hiç kimse kendi eşyası üzerinde irtifak hakkı sahibi olamaz). Öyle ki; en büyük uyuşmalıklar, çoğunlukla eşyanın paylaşılması ile sonlanır. Ancak *actio communi dividundo* ile müşterek malik eserin yapılmamasını ya da -eserin ortadan kaldırılması müşterek maliklerin tümünün yararına ise- yapılmış eserin ortadan kaldırılmasını ileri sürer.

Yukarıda alıntı yapılan metindeki temel düşünce, bir taşınmazın kendi lehine irtifak hakkı ile yüklü olamayacağıdır. Metinde, öncelikle maliklerden birinin müşterek mülkiyete konu taşınmaz üzerinde olumlu ya da olumsuz bir irtifak hakkı kurulamayacağı hususu belirtilmektedir. Çünkü müşterek taşınmaz paylaşılmadan önce bir bütün halinde irtifak hakkı ile yüküldür. Dolayısıyla *Paulus*, bir taşınmaz kendi lehine irtifak hakkı ile yüklü olamayacağından, taşınmazın bir parçası üzerinde diğer parçası lehine irtifak hakkının kurulmasının mümkün olmadığını vurgulamaktadır.

Yukarıda incelenen D.8.3.33.1²²¹, de de bir taşınmazın kendi lehine irtifak hakkı ile yüklü olamayacağı vurgusu yapılmaktadır²²².

²²⁰ **Solazzi**'ye göre Klasik Hukukçular, "*nemini res sua servit*" ilkesi ile bir taşınmazın kendi kendisine hizmet edemeyeceğini kast etmektedir (Solazzi,1947, s. 15). Aynı doğrultuda Honig, s. 341.

²²¹ Metnin kendisi ve çevirisi için bkz. s. 70.

²²² Aynı doğrultuda: D.39.3.17.3; D.8.4.10.

D.8.3.31 (Iulianus 2 ex minic.)

“Tria praedia continua trium dominorum adiecta erant: imi praedii dominus ex summo fundo imo fundo servitutem aquae quaesierat et per medium fundum domino concedente in suum agrum ducebat: postea idem summum fundum emit: deinde imum fundum, in quem aquam induxerat, vendidit. quaesitum est, num imus fundus id ius aquae amisisset, quia, cum utraque praedia eiusdem domini facta essent, ipsa sibi servire non potuissent. negavit amisisse servitutem, quia praedium, per quod aqua ducebatur, alterius fuisset et quemadmodum servitus summo fundo, ut in imum fundum aqua veniret, imponi aliter non potuisset, quam ut per medium quoque fundum duceretur, sic eadem servitus eiusdem fundi amitti aliter non posset, nisi eodem tempore etiam per medium fundum aqua duci desisset aut omnium tria simul praedia unius domini facta essent.”

Üç malike ait üç taşınmaz, biri diğerinin arkasında olacak şekilde konumlanmıştır. Aşağıdaki taşınmaz maliki yukarıdaki taşınmaz üzerinde kendi taşınmazı yararına su yolu irtifakına sahiptir ve ortadaki taşınmaz malikinin rızası ile söz konusu taşınmaz üzerinden kendi taşınmazına su geçirmektedir. Sonra kendisi yukarıdaki taşınmazı satın almış ve ardından lehine su geçirmekte olduğu aşağıdaki taşınmazı satmıştır. Aşağıdaki taşınmazın su yolu irtifakını kaybedip kaybetmediği sorusu gündeme gelir; çünkü her iki taşınmaz da aynı malikin olmuştur, <aynı malike ait> taşınmazlar kendi kendilerine hizmet edemez. <Hukukçulardan birisi> irtifak hakkının sona erdiğini reddetti. Çünkü üzerinden su geçirilen taşınmaz bir başkasına aitti. Nasıl ki; ortadaki taşınmazdan geçirmeksizin suyun geldiği yukarıdaki taşınmaz aşağıdaki taşınmaza irtifak hakkı ile yüklü olamaz, dolayısıyla ortadaki taşınmazdan su geçirildiği müddetçe ya da her üç taşınmazın maliki aynı kişi olmadıkça irtifak hakkı sona ermez.

Yukarıda alıntı yapılan metinde ise bir taşınmaz üzerinde diğer taşınmaz lehine irtifak hakkı ile yüklüken, taşınmazların malikinin aynı kişi olması durumunda, irtifak hakkının sona erip ermeyeceği hususu ele alınmıştır. İlk görüşe göre aynı kişinin hem yararlanan taşınmazın hem de yüklü taşınmazın maliki olması, irtifak hakkının sona erdiren bir neden yani *confusio* olarak görülmektedir²²³. Ancak somut olayda üçüncü bir taşınmaz bulunmaktadır ve yararlanan taşınmaz ile yüklü taşınmazın arasında yer aldığı için üzerinden su geçirilmektedir. Metinde bir başka

²²³ Bu görüş **Solazzi** tarafından *aquae ductus* yani su yolu irtifakının bütün olarak algılandığı ve birden fazla taşınmazdan geçse dahi tek bir irtifak hakkının söz konusu olduğu şeklinde açıklanmıştır (Solazzi, 1952, s. 225 vd.)

hukukçunun daha görüşü aktarılmıştır. Buna göre ortadaki taşınmazın üzerinden su geçirilmeye devam ediliyorsa ya da o taşınmazın da maliki aynı kişi değilse irtifak hakkı devam eder. Metinde ortadaki taşınmaz malikinin rızasının alındığı belirtilmektedir. Ancak taraflar arasındaki ilişkinin niteliği anlaşılammaktadır. Dolayısıyla ilk görüşten hareketle yararlanan ve yüklü taşınmazın maliki belirli bir süreliğine aynı kişi olduğundan, irtifak hakkı sona ermektedir.

İncelediğimiz metinlerde iki farklı durum karşımıza çıkmaktadır. Birincisi bir taşınmazın kendi lehine irtifak hakkı ile yüklü olamayacağıdır. D.8.2.26'da *Paulus*, müşterek mülkiyete konu bir taşınmazda paylaştırılma yapılmadan önce müşterek maliklerden birinin taşınmaz üzerinde irtifak hakkı kurmasının mümkün olamayacağını belirtmiştir. Çünkü henüz taşınmaz parsellere ayrılmadan, bir parsel üzerinde başka bir parsel lehine irtifak hakkı kurulamaz. O durumda tüm taşınmazın kendi lehine irtifak hakkı ile yüklü olması söz konusu olacaktır ki; hukukçu bunun mümkün olmadığını belirtmiştir: "*nulli enim res sua servit*". İkinci durum ise yararlanan ve yüklü taşınmazın malikinin aynı kişi olması halinde irtifak hakkının sona ermesidir. D.8.3.33.1'de *Africanus*, iki farklı kişiye ait iki taşınmazın birinin diğeri lehine irtifak hakkı ile yüklü olması durumunda sonradan iki taşınmazın da aynı malike ait olmasının irtifak hakkını sona erdiren bir durum olduğunu ileri sürmüştür. Yalnız her iki metinde de dikkati çeken husus, her ne kadar taşınmaz lehine irtifak hakkı taşınmaz lehine kurulsa da kullanılan ifadelerin malikleri esas almasıdır. Metinlerde bir kimsenin kendi lehine irtifak hakkı sahibi olamayacağı belirtilmektedir. Diğer bir anlatımla taşınmaz lehine irtifak hakkı farklı maliklere ait taşınmazlar üzerinde söz konusu olmaktadır; dolayısıyla her iki taşınmaz aynı malike

ait olamaz. Çünkü Romalılara göre bir taşınmazın kendi kendine hizmet etmesi söz konusu olamaz. Benzer şekilde aynı kimsenin hem yararlanan hem de yüklü taşınmazın maliki olması mümkün değildir. Mülkiyet hakkı daha geniştir ve tüm yetkileri kapsar. Bir kimse yararlanan taşınmazın malikiyken yüklü taşınmazın da maliki olmuşsa o takdirde zaten mülkiyet hakkına dayanarak, yüklü taşınmazdan yararlanacaktır²²⁴. Daha geniş bir hakka sahipken, daha sınırlı bir hakkın kullanması Romalılara göre mümkün değildir²²⁵.

2- Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkının İçeriğinin Bir Yapma Ediminden Oluşmaması: *Servitus in faciendo consistere nequit*

Taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğini, yüklü taşınmaz üzerinde yararlanan taşınmaz malikinin birtakım faaliyetlerine yüklü taşınmaz malikinin katlanması yani “*pati*”²²⁶ ya da yüklü taşınmaz malikinin kendi taşınmazında birtakım faaliyetleri yapmaktan kaçınması yani *non facere* oluşturmaktadır²²⁷. Ancak irtifak hakkı nedeniyle yüklü taşınmaz maliki, bir yapma edimi yani “*facere*” altına sokulamaz²²⁸.

²²⁴ Erdoğan, 2006, s. 106.

²²⁵ Betti, s. 440; Burdese, 1993, s. 358.

²²⁶ Katlanmak anlamına gelen “*patior*” fiilinin isim halidir.

²²⁷ Perozzi, 2002, s. 759; Burdese, 1970, s. 121; Salkowski, s.446; Guarino, 2002, s. 232; Marrone, s. 353.

²²⁸ Arangio-Ruiz, 2002, s. 236; Pugliese/Vacca/Sitzia, s. 480; Guarino, 2002, s. 232; Sanfilippo, s. 229; Talamanca, 1990, s. 458; Erdoğan, 2006, s. 105; Pichonnaz, 2008, s. 309; Honig, s. 341. Koschaker/Ayiter, s. 168; Schulz, s. 384; Buckland, s. 259. **Bonfante**, bu ilkenin *Iustinianus* Döneminde ortaya çıktığını ileri sürmektedir (Bonfante, 1972, s. 30). **Biondi** ise özellikle D.8.5.6.2’den hareketle daha Cumhuriyet Döneminde bu ilkenin var olduğunu ileri sürerek, **Bonfante**’nin görüşünü eleştirmektedir (Biondi, 1954, s. 119 vd.). **Grosso**’ya göre bu ilke, aynı hakların bir eşya üzerinde doğrudan hakimiyet sağlayan ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilen haklar olması nedeniyle aynı hakları şahsi haklardan ayırmaktadır ve tüm aynı haklar için geçerlidir (Grosso, 1969, s. 81 vd.).

D.8.1.15.1 (Pomponius 33 ad sab.)

“Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat”.

İrtifak hakkının içeriği, bir kimsenin- örneğin; bitkilerin kesilmesi veya göze hoş gelecek bir hale getirilmesi ya da benzer şekilde binanın boyanması gibi- bir şey yapması olamaz; ancak bir şeye katlanması ya da bir şeyi yapmaktan kaçınması olabilir.

Pomponius, bu metinde irtifak hakkı nedeniyle yüklü taşınmaz malikinin bir başkasının eylemine katlanması ya da kendisinin bir eylemi yapmaktan kaçınmasının söz konusu olabileceğini; ancak bir faaliyette bulunmak gibi olumlu bir davranışı yerine getirme yükümlüğü altına sokulamayacağını belirtmiştir. Hukukçu bu konuda bitkileri kesmek ya da bitkilerin daha iyi görünmesini sağlamak ya da bir binayı boyamak gibi örnekler vererek, irtifak hakkının yüklü taşınmaz malikine bir yapma borcu yani *“facere”* yükleyemeyeceğini ifade etmiştir.

D.33.1.12 (Paulus 13 resp.)

“Gaius seius praedia diversis pagis maeviae et seiae legavit et ita cavitt: “praestari autem volo ex praediis potitianis praediis lutatianis annua harundinis milia trecena et salicis mundaie annua librarum singula milia”: quaero, an id legatum defuncta legataria extinctum sit. paulus respondit servitutem iure constitutam non videri neque in personam neque in rem: sed fideicommissi petitionem competisse ei, cui praedia lutatiana legata sunt, et ideo, cum annua legata fuerint, mortua legataria finitum legatum videri.”

Gaius Seius, *Maevia* ve *Seia*'ya taşınmazın çeşitli yerlerini vasiyetname ile şu şekilde bırakmaktadır: *“Potitianus* arazisinden *Lutatianus* arazisine her sene üç yüz bin kamyş ve bin terazi söğüt sağlanmasını istiyorum”. Ayrıca vasiyetname lehtarlarının ölümü halinde vasiyetnamenin sona ereceğini belirttim. *Paulus*, ne taşınmaz lehine ne de kişi lehine kurulmuş hukuka uygun bir irtifak hakkının söz konusu olduğu ve fakat bu durumda vasiyetname ile *Lutatianus* arazisinin bırakıldığı kişi tarafından *fideicommissum*'a dayanılarak, dava açılabilceği şeklinde cevap verdi. Ayrıca vasiyetnamede bırakılan yükümlülük yıllık olduğundan vasiyetname lehtarlarının ölümü ile son bulmaktadır.

Metinde bazı taşınmazların vasiyetname yoluyla miras bırakılması söz konusudur. Buna göre *Potitianus* taşınmazı *Lutatianus* taşınmazına yıllık üç yüz bin kamış ve bin terazi söğüt vermekle yükümlü olmak üzere, her iki taşınmaz farklı kişilere miras bırakılmaktadır. Miras bırakanın ölmesi halinde bu hukuki ilişki nasıl nitelendirilecektir? *Paulus*, burada irtifak hakkının söz konusu olmayacağına karar vermiştir. Hukukçuya göre, taşınmaz lehine irtifak hakkında da taşınmazlar arasında bir bağ meydana gelse dahi metinde bahsi geçen olayda bir yapma edimi söz konusu olduğundan irtifak hakkından bahsedilemez. Nitekim vasiyetname bir kimsenin taşınmazdan yararlanması şeklinde de yorumlanamaz. O nedenle *ususfructus* yani intifa hakkı da söz konusu olmaz. Vasiyetnamede bir taşınmazın bir başka taşınmaz yararına yıllık bir borcun yerine getirilmesi koşulu ile iki taşınmaz farklı kimselere miras bırakılmıştır. Hukukçu, bu durumda *fideicommissum*'a²²⁹ başvurulacak, sorunun çözümleneceğini belirtmiştir.

Söz konusu ilke bakımından *servitus oneris ferendi* yani kendi inşaatını komşu inşaata yaslama hakkı veren irtifak hakkının durumu, Romalı Hukukçular arasında tartışmalı olmasının yanı sıra çağdaş Roma Hukuku öğretisinde de tartışılmaktadır. Tartışmanın ana eksenini, kendi inşaatını komşu inşaata yaslama hakkı veren irtifak hakkı kapsamında yüklü taşınmaz malikinin inşaatın yaslandığı duvarı iyi durumda tutmakla yükümlü olması bir yapma borcu olduğundan, *servitus*

²²⁹ İlk İmparatorluk Döneminde ortaya çıkmış bir kurumdur. Bu işlemle mirasbırakan, kanuni mirasçıdan veya mirasçı atanan ya da kendisine belirli bir mal bırakılan kişiden ölümünden sonra bir arzusunu yerine getirmesini istemektedir. Burada mirasbırakanın bir ricası söz konusu olduğundan önceleri, *fideicommissum* işlemi nedeniyle bir dava öngörülmemiştir. Ancak *Augustus* tarafından Sistem Dışı Yargılama Usulünde uygulanmak üzere bir dava (*persecutio fideicommissoria*) tanınmıştır (Küçükgüngör, 2007, s. 230).

in faciendo consistere nequit ilkesi karşısında söz konusu irtifak hakkının durumunun nasıl değerlendirileceği oluşturmaktadır.

D.8.5.6.2 (Ulpianus 17 ad ed.)

“Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est. et gallus putat non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet: nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit, non ad eum, cuius res servit. sed evaluit servi sententia, in proposita specie ut possit quis defendere ius sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Labeo autem hanc servitutem non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere scribit.”

İnşaata yaslanma hakkı veren irtifak hakkına ilişkin de inşaatın yaslanması ve davalının, irtifak hakkı kapsamında, duvarı onarma yükümlülüğü (*refectio parietis*) için dava açma hakkımız vardır. *Gallus*'a göre birisini bir şey yapmaya zorlayan; ancak benim bir şey yapmamı yasaklamayan böyle bir irtifak hakkı kurulamaz. Nitekim tüm irtifak haklarında irtifak hakkının konusu olan taşınmazın maliki değil; irtifak hakkı sahibi olduğunu ileri süren onarımları yapmakla yükümlüdür. Ancak söz konusu olayda, *Servius*'un görüşü üstün geldi. Buna göre bir kimse, karşı tarafı duvarı onarmaya zorlama hakkı olduğunu ileri sürebilir, çünkü yük bu şekilde kendi binasına dayanabilir. *Labeo* ayrıca irtifak hakkı ile yüklü olanın kişi değil fakat eşya olduğunu ve malikin eşyayı terk etme hakkı olduğunu yazmıştır.

Metinden de anladığımız kadarıyla *servitus oneris ferendi*, Cumhuriyet Döneminin hukukçuları arasında da tartışmaya neden olmuştur. Zira bu irtifak hakkı kapsamında yüklü taşınmaz malikine bir yapma edimi yüklenmektedir. *Aquilius Gallus*²³⁰, yüklü taşınmaz malikine bir yapma edimi yüklenemeyeceğinden hareketle böyle bir irtifak hakkının mümkün olmadığını belirtmiştir. Ancak *Servius Sulpicius*'un, *servitus oneris ferendi* kapsamında yüklü taşınmaz malikinin duvarı onarmaya zorlanabileceğine ilişkin, görüşü bu tartışmada galip gelmiştir.

²³⁰ *Q. Mucius Scaevola*'nın yetiştirdiği M.Ö. 1. yy.'da yaşamış hukukçu (Gruppo Editore, s. 61).

D.8.2.33 (Paulus 5 epit. alf. dig.)

“Eum debere columnam restituere, quae onus vicinarum aedium ferebat, cuius essent aedes quae servirent, non eum, qui imponere vellet. nam cum in lege aedium ita scriptum esset: “paries oneri ferundo uti nunc est, ita sit”, satis aperte significari in perpetuum parietem esse debere: non enim hoc his verbis dici, ut in perpetuum idem paries aeternus esset, quod ne fieri quidem posset, sed uti eiusdem modi paries in perpetuum esset qui onus sustineret: quemadmodum si quis alicui cavisset, ut servitutem praeberet, qui onus suum sustineret, si ea res quae servit et tuum onus ferret, perisset, alia in locum eius dari debeat.”

İnşaatı yaslayan değil; bu irtifak hakkı ile yüklü olan taşınmazın maliki kolonu onarmak zorundadır. Nitekim irtifak hakkının kurulması sırasında şöyle yazılmıştı: “inşaatın yaslandığı duvar şu anda nasılsa öyle olmalı”, yani oldukça açık bir biçimde duvarın her zaman mevcut olacağı belirtilmekteydi. Gerçekten de bu sözcüklerle, her zaman aynı duvarın mevcut olacağı kast edilmemektedir ki; bu mümkün değildir. Ancak duvarın, her zaman inşaatı yaslayabilecek durumda olması anlatılmak istenmektedir. Benzer şekilde bir kimse *stipulatio* ile inşaat yaslamak üzere irtifak hakkı kurmuş ve inşaatın yaslandığı şey yıkılmışsa yerine başkasını koymak zorundadır.

Alıntı yaptığımız metinde *Paulus*, yararlanan taşınmaz malikinin değil; yüklü taşınmaz malikinin *servitus oneris ferendi* nedeniyle duvarı ya da kolonu onarma yükümlülüğü altında olduğunu belirtmektedir. Bu yükümlülük irtifak hakkı kurulurken ortaya çıkmaktadır. Buna göre irtifak hakkı kurulduğunda inşaat duvara nasıl yaslanmışsa hep öyle olmalıdır. Diğer bir anlatımla irtifak hakkı devam ettikçe, inşaat duvara yaslanmaya devam edecektir. Bu amaçla yüklü taşınmaz maliki, duvarı inşaatın yaslanmasını sağlayacak durumda tutmakla yükümlüdür. Dolayısıyla onarmak ya da onarma masraflarını karşılamak durumundadır.

D.8.5.6.2 ve D.8.2.33’deki metinlerden yüklü taşınmaz malikinin, inşaatın yaslandığı duvarı iyi durumda tutma yükümlülüğü altında olmasına rağmen, Romalı hukukçular arasında *servitus oneris ferendi*’nin irtifak hakkı olduğuna dair görüşün kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda söz konusu irtifak hakkı bakımından

inşaatın yaslandığı duvarın yüklü taşınmaz malikince onarılması yükümlülüğünün, irtifak hakkının içeriğinin bir yapma ediminden oluşamayacağına ilişkin ilkeye bir istisna teşkil edip etmediği sorusu gündeme gelmektedir.

Beseler'e göre *refectio parietis* (duvarın onarımı) ibaresinin geçtiği tüm metinler *interpolatio*'ya uğramıştır²³¹. Yazarın bu görüşü, D. 8.5.6.2'de Cumhuriyet Döneminin hukukçuları *Gallus* ve *Servius*'un görüşlerine yer verilmesinin o dönemde dahi bu sorunun tartışıldığını gösterdiği, dolayısıyla *refectio parietis*'in *interpolatio* olamayacağı şeklinde eleştirilmiştir²³².

Scialoia ise irtifak hakkının asıl kapsamının ve yan yükümlülüklerin belirlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Yazara göre *servitus oneris ferendi* yani kendi inşaatını komşunun inşaatına yaslama hakkının içeriğini, bir yapma borcu oluşturmaz; aksine bir katlanma (*pati*) yükümlülüğü oluşturur. Buna göre yüklü taşınmaz maliki, yararlanan inşaatın kendi inşaatına yaslanmasına katlanmak zorundadır. Duvarın onarılması yükümlülüğü ise *servitus oneris ferendi*'nin asıl içeriğini oluşturmaz; ancak ona bağlı bir yan yükümlülüktür²³³. Başlarda ihtiyari iken zamanla zorunlu hale gelmiştir. Dolayısıyla *servitus oneris ferendi* bakımından irtifak hakkının yüklü taşınmaz malikine bir yapma borcu yükleyemeyeceği kuralı ihlal edilmiş olmaz²³⁴. **Arangio-Ruiz** ise bu yükümlülüğün hem yan yükümlülük

²³¹ Beseler Von, G.: Postliminium und Cornelia, in Miscellanea, ZSS 45, 1925, s. 231 vd. (Naklen Biondi, 1954, s. 117). **Bonfante** de bu metinlerin *interpolatio*'ya uğradığı görüşündedir. Ancak yazar *Digesta*'yı derleyenlerin neden sadece *servitus oneris ferendi* ile ilgili olarak böyle bir ekleme yaptıklarını neden *servitus tigni immitendi* ile ilgili benzer bir *interpolatio*'ya rastlanmadığını anlamının mümkün olmadığını belirtmiştir (Bonfante, 1972, s. 31 vd.).

²³² Biondi, 1954, s. 117.

²³³ Aynı doğrultuda Küçükgüngör, 1998a, s. 16; Pichonnaz, 2008, s. 309-310.

²³⁴ Scialoia, V.: Sula Servitus Oneris Ferendi, AG 27, 1881 s. 145 vd. (Naklen Biondi, 1954, s. 117). Aynı görüşte Biondi, 1954, s. 117 vd. ; Talamanca, 1990, 459.

olması hem de onarılacak duvarın yüklü taşınmaz malikinin hakimiyet alanında bulunması sebebiyle, söz konusu irtifak hakkının *servitus in faciendo consistere nequit* ilkesinin istisnasını oluşturduğu görüşündedir²³⁵. **Corbino** da duvarı onarma yükümlülüğünün, yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkından kaynaklandığı görüşündedir. Dolayısıyla bu yükümlülük, *servitus oneris ferendi*'nin irtifak hakkı olması bakımından karakterini değiştirmez. Burada yüklü taşınmaz malikinin *facere* yani yapma yükümlülüğünün kaynağı irtifak hakkı değil; mülkiyet hakkıdır²³⁶.

Segrè ise D.8.5.6.2'de bahsi geçen *servitus oneris ferendi*'ye ilişkin *vindicatio* yani irtifak hakkını koruyan dava *formula*'sında *refectio parietis*'e rastlanmadığından, bu metnin *Digesta* 'yı derleyenler tarafından değiştirildiğini ileri sürmektedir. Yazara göre *Gallus* ve *Servius* arasında fikir ayrılığına neden olan olaydaki mesele, irtifak hakkının korunmasına ilişkin davanın *formula*'sında *restitutio* hükmünün bulunup bulunmadığına ilişkindir. Benzer şekilde D.8.2.33'de de bahsi geçen olayda *paries* yani inşaatın yaslandığı duvar, irtifak hakkının konusunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu duvarın ortadan kalkması *servitus oneris ferendi*'nin sona ermesine neden olmaz; ancak irtifak hakkının devamlılığını engeller²³⁷. **Grosso, Segrè** ile aynı görüşte olmakla beraber yazara göre Klasik Dönemde *servitus oneris ferendi* kapsamında inşaatın yaslandığı duvarın belirli koşullarda muhafaza edilmemesi, başkasının aynı hakkının ihlal edildiği anlamına gelmekteydi ve bu nedenle irtifak hakkını koruyan *formula* ile talep edilmekteydi.

²³⁵ Arangio-Ruiz, 2002, s. 236.

²³⁶ Corbino, 1999, s. 34.

²³⁷ Segrè, 1933, s. 52 vd.

Dolayısıyla *servitus in faciendo consistere nequit* ilkesinin esnekliğinin sınırını oluşturmaktaydı²³⁸.

Kanımızca *servitus oneris ferendi* kapsamında inşaatın yaslandığı duvarın onarım yükümlülüğünün yüklü taşınmaz malikinin omuzlarında olmasının sebebi, inşaatın yaslandığı duvarın yüklü taşınmaz malikinin hakimiyet alanında olmasıdır. Aşağıda alıntı yaptığımız metin ve D.8.2.33 birlikte değerlendirildiğinde duvarı inşaat yaslamaya uygun bir şekilde tutma yükümlülüğünün irtifak hakkı kurulurken, yüklü taşınmaz malikine yüklendiği anlaşılmaktadır. Yüklü taşınmaz malikinin irtifak hakkı kurulurken, söz konusu yükümlülüğün altına sokulması da bu yükümlülüğün bir yan yükümlülük olduğunu göstermektedir. Bu yan yükümlülük, eşyaya bağlı borç kavramının ilk oluşumudur. Dolayısıyla yüklü taşınmaz malikinin kendi hakimiyet alanında bulunan duvarın onarım yükümlülüğü nedeniyle *servitus oneris ferendi*, *servitus in faciendo consistere nequit* ilkesine bir istisna teşkil etmez. Yüklü taşınmaz malikinin hakimiyet alanındaki duvarın her zaman yaslanmaya uygun tutulması, buna ilişkin bakım ve onarım masraflarının yüklü taşınmazdan talep edilebilmesini sağlayan dava Romalılar tarafından bir aynı dava olarak öngörülmüştür. Aşağıdaki metinden de anlaşıldığı üzere bunun dayanağı irtifak hakkını kuran işlemdir:

D.8.5.6.5 (Ulpianus 17 ad ed.)

“Modus autem refectionis in hac actione ad eum modum pertinet, qui in servitute imposita continetur: forte ut reficiat lapide quadrato vel lapide structili vel quovis alio opere, quod in servitute dictum est”.

²³⁸ Grosso, 1969, s. 86.

Bu dava kapsamında talep edilen onarımın şekli, irtifak hakkının kurulmasıyla belirlenen şekille ilgilidir. Örneğin; irtifak hakkı kurulurken belirtilen kare taş, kırma taş ya da diğer herhangi bir yapı ile onarımı yaparsın.

3- Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Paylara Bölünememesi

Taşınmaz lehine irtifak hakları paylara bölünemez²³⁹. İrtifak haklarının bölünemeyeceği ifadesi ile ne kast edilmektedir?

Biondi'ye göre taşınmaz lehine irtifak hakları paylara bölünemez. Çünkü irtifak hakkının taşınmazın yalnızca bir parçası üzerinde doğması ve varlığını sürdürmesi mümkün değildir. Bir kölenin bir kısmının özgür bir kısmının köle olması nasıl mümkün değilse, bir taşınmazın da bir kısmının irtifak hakkı ile yüklü bir kısmının irtifak hakkından bağımsız olması mümkün değildir²⁴⁰.

Segré²⁴¹, **Solazzi**²⁴², **Grosso**²⁴³ ve **Capagrossi Colognesi**²⁴⁴ ise irtifak hakkının kullanımın paylara bölünmesinin mümkün olmadığı; o nedenle irtifak haklarının bölünemeyeceğini ileri sürmektedir.

Klasik dönemde semerelerin (*fructus*) paylara bölünebileceği; ancak kullanmanın (*usus*) bölünemeyeceği kabul ediliyordu²⁴⁵.

²³⁹ Longo, s. 3; Solazzi,1947, s. 64 vd.; Grosso, 1969, s. 151 vd.; Biondi, 1954, 160 vd.; Burdese, 1993, s. 360; Guarino, 2006, s. 231; Sanfilippo, s. 230; Di Marzo, s. 273; Robaye, s. 174; Girard, 2003, s. 386-387; Erdoğan, 2006, s. 108-109; Oğuzoğlu, s. 180; Buckland, s. 262.

²⁴⁰ Biondi, 1954, s. 161.

²⁴¹ Segré, 1931, s.26-27.

²⁴² Solazzi,1947, s. 65.

²⁴³ Grosso, 1969, s. 152.

²⁴⁴ Yazara göre D.8.6.2 ve D.8.6.17'de görüşlerine yer verilen hukukçular, *Sabinianus* ve *Labeo*'nun irtifak hakkının paylı olarak kullanılmasının mümkün olmadığı kuralından hareket etmektedir (Capogrossi Colognesi, 1972, s.208).

²⁴⁵ Grosso, 1969, s. 152.

D.7.8.19 (Paulus 3 ad vitell.)

“Usus pars legari non potest: nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus.”

Kullanma (*usus*) paylara ayrılarak, miras bırakılmaz. Nitekim paylara ayrılarak semerelerden yararlanabiliriz; ancak paylara ayrılarak kullanamayız.

Kanımızca irtifak haklarının paylara bölünemeyeceği ifadesi ile gerek irtifak hakkının kendisinin paylara bölünemeyeceği gerekse taşınmaz payı üzerinde irtifak hakkının mümkün olmayacağı ifade edilmektedir²⁴⁶. İrtifak hakkının taşınmaz payı üzerinde mümkün olmaması, taşınmazın bütününe irtifak hakkı ile yüklü olmasından kaynaklanır. O nedenle taşınmazın tümü üzerinde irtifak hakkı söz konusudur. Taşınmaz payı üzerinde irtifak hakkından bahsedilemez. Ancak taşınmaz sınırları belli bir şekilde parsellere ayrılmışsa, o takdirde her parsel ayrı bir taşınmaz olarak nitelendirileceğinden bir parselin irtifak hakkı ile yüklü olması mümkündür²⁴⁷.

İrtifak hakkının paylara bölünmesinin mümkün olmaması²⁴⁸ ise irtifak hakkının kullanımının bölünmemesi²⁴⁹, diğer bir anlatımla yüklü taşınmaz üzerinde yerine getirilen eylemlerin paylara bölünmemesi anlamındadır. Örneğin; *aquae ductus* yani su geçirme irtifakının bölünemez olması, geçirilen su miktarı ile ilgili değildir. Bu irtifak hakkının kullanılması suyun bir taşınmazdan bir başka taşınmaza taşınması şeklinde olmaktadır, yani su, yüklü taşınmaz üzerinden geçirilmektedir. Taşınan bu su birden fazla kişi tarafından kullanılabilir. Burada kast edilen suyun taşınması işleminin bir bütün halinde yerine getirilmesidir. Benzer şekilde yüklü taşınmazdan geçme hakkı birden fazla kimse tarafından kullanılıyorsa bile bu

²⁴⁶ D.8.1.11 (metnin kendisi ve çevirisi için bkz.s.98).

²⁴⁷ D.8.4.6.1 (metnin kendisi ve çevirisi için bkz.s.95-96).

²⁴⁸ D.8.5.4.3 (metnin kendisi ve çevirisi için bkz.s.103-104).

²⁴⁹ D.8.1.17 (metnin kendisi ve çevirisi için bkz.s.100).

kimselerden her biri tek başına geçme hakkını bir bütün olarak kullanmaktadır. Kendi aralarında geçme eyleminin paylara bölünerek, kullanılması söz konusu olamaz.

Pomp.Reg.

*“Et servitutes dividi non possunt: nam earum usus ita connexus est, ut qui eum partiatur, naturam eius corrumpat”*²⁵⁰.

Ayrıca irtifak hakları <paylara> bölünemez: çünkü onların kullanımı öylesine ayrılmazdır ki; bir kimse onu²⁵¹ <paylara> bölerse esası bozulur.

Yukarıda alıntı yaptığımız metinde taşınmaz lehine irtifak hakkının paylara bölünemeyeceği, irtifak hakkının kullanımı ile açıklanmıştır. Eğer irtifak hakkının kullanımı paylara bölünürse irtifak hakkının özüne zarar verilmiş olacaktır.

Yüklü taşınmazın paylara ayrılması durumu aşağıdaki metinde ele alınmıştır:

D.8.6.6.1a (Celsus 5 dig.)

“Sed si is fundus qui servierit ita divisus est, plusculum dubitationis ea res habet: nam si certus ac finitus viae locus est, tunc, si per longitudinem eius fundus divisus est, eadem omnia servanda erunt, quae si initio constituendae eius servitutis similiter hic duo fundi fuissent: si vero per latitudinem viae fundus divisus est (nec multum refert, aequaliter id factus est an inaequaliter), tunc manet idem ius servitutis, quod fundo indiviso fuerat, nec aut usu detineri aut non utendo deperire nisi tota via poterit: nec si forte inciderit, ut semita, quae per alterum dumtaxat fundum erit, uteretur, idcirco alter fundus liberabitur, quoniam unum atque eo modo individuum viae ius est”.

Diğer yandan yüklü taşınmaz paylara ayrılırsa, sorun biraz belirsizlik arz eder. Gerçekten eğer *via*'nın (geçit irtifakı) yeri kesin bir biçimde belirlenmişse ve iki parsel arasındaki sınır söz konusu yer boyunca ise o takdirde, irtifak hakkı kurulduğu zaman iki ayrı taşınmazın olduğu kabul edilir. Ancak eğer taşınmaz, geçit irtifakının kullanıldığı yeri enine kesecek

²⁵⁰ Riccobono/Baviera/Ferini/Furlani, s. 449.

²⁵¹ Metnin Latince aslında “onun” anlamına gelen “*eum*” kelimesi tekil ve eril olduğundan kanımızca tekil ve eril olan “*usus*” yani kullanım kelimesini işaret etmektedir.

biçimde bölünmüşse (bölünen parçaların eşit olup olmadığı önemli değildir) o zaman irtifak hakkı sanki taşınmaz bölünmemiş gibi devam eder, tüm geçit irtifakı için olmadıkça ne kullanma ile korunur ne de kullanılmamakla sona erer. Ayrıca taşınmazın bir bölümünde geçit irtifakı kullanılırsa bu, taşınmazın diğer kısmının irtifak hakkından kurtulduğu anlamına gelmez. Çünkü geçit irtifakı, bir bütündür ve bölünemez.

Alıntı yaptığımız bu metinde çeşitli olasılıklar değerlendirilmiştir. Birinci durumda geçit irtifakının taşınmazın neresinde kullanılacağı kesin biçimde belirlenmişse ve geçilen yer sınırları belirli iki parsel arasında sınır oluşturacak şekilde iki parsel ayrılırsa, iki ayrı taşınmaz söz konusu olacaktır. Ancak metinde bu taşınmazlardan hangisinin irtifak hakkı ile yüklü olduğu aydınlatılmamıştır. İkinci durumda geçidin yeri belirli olsa ve taşınmaz geçidi de enine kesecek biçimde parsellere ayrılırsa, bu iki parsel de irtifak hakkı ile yüklü olmaya devam eder. Son olarak metinde genel bir değerlendirme yapılmaktadır. Buna göre geçit irtifakı taşınmazın belirli bir kısmında kullanılsa dahi taşınmazın tümü irtifak hakkı ile yüküdür. Çünkü hakkın kendisi bölünemez.

Yararlanan taşınmazın paylara ayrılması durumunda ise her pay lehine irtifak hakkı söz konusu olacaktır:

D.8.3.23.3 (Paulus 15 ad sab.)

“Quaecumque servitus fundo debetur, omnibus eius partibus debetur: et ideo quamvis particulatim venierit, omnes partes servitus sequitur et ita, ut singuli recte agant ius sibi esse eundi. si tamen fundus, cui servitus debetur, certis regionibus inter plures dominos divisus est, quamvis omnibus partibus servitus debeatur, tamen opus est, ut hi, qui non proximas partes servienti fundo habebunt, transitum per reliquas partes fundi divisi iure habeant aut, si proximi patiantur, transeant”.

Bir taşınmaz lehine herhangi bir irtifak hakkı kurulmuş olsun, her parçası için irtifak hakkı söz konusu olur. Dolayısıyla <söz konusu yararlanan> taşınmaz paylara ayrılmak suretiyle satılırsa, irtifak hakkı her bir payı takip eder. Bu

suretle her biri doğru olarak taşınmazdan geçmek (*iter*) hakkı olduğunu iddia ederek dava açabilir. Ayrıca yararlanan taşınmaz sınırları belli olarak paylara bölündüyse, taşınmazın her bir parseli lehine irtifak hakkı söz konusudur. Yüklü taşınmaza yakın olmayan parsel sahiplerinin, bölünmüş olan taşınmazın diğer kısımlarından geçme hakkı olup olmadığı ya da <yüklü taşınmaza> yakın olan parsel sahiplerinin rızası ile geçip geçemeyeceği konusu hala önemlidir.

Yukarıdaki metinde ise konu iki farklı şekilde ele alınmıştır. Birincisi, bir taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulmuşsa, irtifak hakkı taşınmazın tamamı için söz konusu olmaktadır. Eğer yararlanan taşınmaz paylara bölünürse, irtifak hakkı her pay lehine devam edecektir. İkinci olarak, eğer yararlanan taşınmaz sınırları belli olacak şekilde parsellere ayrılmışsa her parsel için irtifak hakkı devam edecektir. Ancak *Paulus*, bir yandan da ayrılmış parselleri ayrı birer taşınmaz olarak kabul etmektedir. Şöyle ki; yüklü taşınmaza uzak olan parsel sahiplerinin yüklü taşınmaza ulaşmak için diğer parsellerden de geçmesi gerekmektedir. Bunun mümkün olup, olmadığına çözümlenmesi gereken bir sorun olduğuna değinen hukukçu, bu soruna ilişkin net bir cevap vermemiştir.

İrtifak haklarının paylara bölünememesinin sonuçları metinlerde karşımıza şu şekilde çıkmaktadır:

i.) İrtifak hakkının taşınmaz payı üzerinde (*pro parte*) kurulması mümkün değildir²⁵².

D.8.4.6.1 (Ulpianus 28 ad sab.)

“Si quis partem aedium tradet vel partem fundi, non potest servitutum imponere, quia per partes servitus imponi non potest, sed nec adquiri. plane si divisit fundum regionibus et sic partem tradidit pro diviso, potest alterutri servitutum imponere, quia non est pars fundi, sed fundus. Quod et in aedibus

²⁵² Bonfante, 1972, s. 39; Solazzi, 1947, s. 65; Grosso, 1969, s. 151 vd.; Burdese, 1993, s. 360.

potest dici, si dominus pariete medio aedificato unam domum in duas dividerit, ut plerique faciunt: nam et hic pro duabus domibus accipi debet.”

Eğer bir kimse bir binadaki ya da arazideki payını devir ve teslim ederse, payı irtifak hakkı ile yüklü olmaz. Çünkü ne bir pay irtifak hakkı ile yüklü olabilir ne de bir pay üzerinde irtifak hakkı kazanılabilir. Şüphesiz bir taşınmaz parsellere ayrılmış ve devredilmişse, bireysel olarak bir parsel belirlenmişse, bir parsel ya da diğeri irtifak hakkı ile yüklü olabilir. Çünkü bu durumda <irtifak hakkı> taşınmaz payı üzerinde söz konusu olmamaktadır; taşınmazın kendisi üzerinde söz konusu olmaktadır. Bina için de aynı gerekçelere başvurulabilir. Eğer malik binanın ortasına bir duvar inşa ederse, birçoklarının yaptığı gibi, evi ikiye bölmüş olur. Nitekim bu durumda iki evden bahsedilir.

Yukarıda alıntı yaptığımız metinde müşterek mülkiyet payı üzerinde irtifak hakkının kurulmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir. Ancak taşınmaz sınırları belli olacak şekilde parsellere ayrılmışsa, artık taşınmaz payı söz konusu olmamaktadır. Her parsel, ayrı bir taşınmaz olarak nitelendirilmektedir. Dolayısıyla taşınmaz parsellere ayrılmadan, paylı mülkiyet söz konusu ise mülkiyet payı üzerinde irtifak hakkının kurulması mümkün değildir. Diğer bir anlatımla mülkiyet payı, irtifak hakkı ile yüklü olamaz. Fakat taşınmaz parsellere ayrıldıktan sonra parsel üzerinde irtifak hakkı kurulması mümkündür. Çünkü parsel artık bağımsız bir taşınmazdır ve irtifak hakkı ile yüklü olabilir.

D.8.3.32 (Africanus 6 quaest.)

“Fundus mihi tecum communis est: partem tuam mihi tradidisti et ad eundem viam per vicinum tuum proprium. recte eo modo servitutem constitutam ait neque quod dici soleat per partes nec adquiri nec imponi servitudes posse isto casu locum habere: hic enim non per partem servitutem adquiri, utpote cum in id tempus adquiratur, quo proprius meus fundus futurus sit”.

Sen ve ben bir taşınmazın müşterek malikleriyiz. Sen kendi payını, sana komşu taşınmaz lehine *via* (geçit irtifakı) kurarak, bana devir ve teslim ediyorsun. <Iulianus²⁵³> bu şekilde irtifak hakkının doğru bir biçimde kurulduğunu belirtmektedir. Bu durumda pay üzerine irtifak hakkı

²⁵³ Schipani,2005, C.II, s. 204.

yüklenemeyeceği ya da pay üzerinde irtifak hakkı kurulamayacağı kuralı uygulama alanı bulmaz. Nitekim burada pay üzerinde irtifak hakkı kurulmamıştır. Kurulma anında taşınmazın tamamı benim olmuştur.

Yukarıdaki metinde de pay üzerinde irtifak hakkı kurulamayacağı kuralı vurgulanmıştır. Ayrıca iki kişinin müşterek malik olduğu taşınmaz payı üzerinde ancak bir başka taşınmaz lehine irtifak hakkı kurularak, taşınmaz payı diğer malike devir ve teslim edilirse bu durumda pay üzerinde değil taşınmazın kendisi üzerinde irtifak hakkının kurulduğu ifade edilmektedir.

İncelediğimiz metinlerden çıkan sonuca göre müşterek mülkiyete konu taşınmaz payı üzerinde irtifak hakkı kurulması mümkün değildir. Ancak müşterek taşınmazın tümü üzerinde irtifak hakkı kurulabilir. O halde müşterek mülkiyete konu taşınmaz üzerinde irtifak hakkı nasıl kurulacaktır?

D.8.3.11 (Celsus 27 dig.)

“Per fundum, qui plurium est, ius mihi esse eundi agendi potest separatim cedi. ergo subtili ratione non aliter meum fiet ius, quam si omnes cedant et novissima demum cessione superiores omnes confirmabuntur: benignius tamen dicitur et antequam novissimus cesserit, eos, qui antea cesserunt, vetare uti cesso iure non posse”.

Bir taşınmazın birden fazla maliki varsa, *iter* (yürüyerek geçme irtifakı) ya da *actus*'un (sürüyle geçme irtifakı) kurulması için her bir malik tarafından *in iure cessio* işlemi ayrı ayrı yapılır. Katı bir yoruma göre bu durumda, tüm paydaşlar *<in iure cessio>* işlemi gerçekleştirmezse irtifak hakkı kurulamayacak ve son *in iure cessio* işlemi ile öncekiler onaylanmış olacaktır. Ancak en serbest yoruma göre son malik *in iure cessio* işlemi yapmadan önce dahi ondan önce işlemi yapanlar, benim irtifak hakkını kullanmamı engelleyemezler.

Alıntı yapılan metinden anlaşıldığı üzere, müşterek mülkiyete konu taşınmaz üzerinde irtifak hakkının kurulması için *in iure cessio*, tek bir paydaş tarafından yapılırsa hüküm ve sonuç doğurmaz. Her paydaşın söz konusu işleme katılması gerekir. Şayet paydaşlar işlemi ayrı ayrı yapıyorsa, tüm paydaşlar tarafından işlemin yapılması ile irtifak hakkının kurulmuş olacağı belirtilmektedir. Diğer bir anlatımla irtifak hakkının kurulması işlemi, tüm paydaşlar tarafından *in iure cessio* yapıldığında tamamlanmaktadır. Metinde dikkat çeken bir diğer husus, irtifak hakkını kurmak için *in iure cessio* işlemi gerçekleştirmiş olan paydaşın, henüz tüm paydaşlar söz konusu işlemi gerçekleştirmeden yani işlem tamamlanmadan irtifak hakkının kullanılması halinde, buna itiraz edemeyeceğinin belirtilmesidir. Bu durumda *in iure cessio*'yu yerine getiren paydaş bakımından irtifak hakkı hüküm doğurmaktadır.

ii.) Taşınmaz payı üzerinde (*pro parte*) irtifak hakkı kurulmasına ilişkin borçlandırıcı işlemler geçersizdir²⁵⁴.

D.8.1.11 (Modestinus 6 diff.)

“Pro parte domini servitutem acquiri non posse volgo traditur: et ideo si quis fundum habens viam stipuletur et partem fundi sui postea alienet, corrumpit stipulationem in eum casum deducendo, a quo stipulatio incipere non possit. pro parte quoque neque legari neque adimi via potest et, si id factum est, neque legatum neque ademptio valet”.

Genellikle irtifak hakkının bir taşınmazın mülkiyet payı üzerinde kazanılamayacağı söylenir. Dolayısıyla eğer taşınmaz sahibi bir kimse *via* (geçit irtifakı) kuracağı şeklinde *stipulatio* ile taahhüt altına sokulur, sonra da onun taşınmazının payı devralınırsa, konusu olan taşınmazın içinde bulunduğu koşullar nedeniyle *stipulatio*, baştan itibaren hüküm doğuramayacağından geçersiz sayılır. Kaldı ki; mülkiyet payına ilişkin geçit irtifakı vasiyetname yoluyla da miras bırakılamaz ya da <bu haktan> feragat

²⁵⁴ Solazzi,1947, s. 65; Biondi, 1954, s. 169; Grosso, 1969, s. 154.

edilemez. Şayet bu şekilde yapıldıysa ne vasiyetname ne de feragat <işlemi> geçerlidir.

Yukarıdaki metin genel kuralı ortaya koymaktadır. Buna göre taşınmaz payı üzerinde irtifak hakkı kurulamaz. Dolayısıyla taşınmaz payı üzerinde irtifak hakkı kurulacağına ilişkin yapılan *stipulatio* geçersizdir. Metinde ayrıca taşınmaz payı üzerinde vasiyetname yoluyla da irtifak hakkı kurulamayacağı belirtilmiştir.

D.8.3.19 (Paulus 6 ad sab.)

“Si unus ex sociis stipuletur iter ad communem fundum, inutilis est stipulatio, quia nec dari ei potest: sed si omnes stipulentur sive communis servus, singuli ex sociis sibi dari oportere petere possunt, quia ita dari eis potest: ne, si stipulator viae plures heredes reliquerit, inutilis stipulatio fiat”.

Eğer paydaşlardan biri <kendi lehine> *stipulatio* ile müşterek taşınmaza ulaşmak için *iter* (yürüyerek geçme irtifakı) kurmuşsa, *stipulatio* geçersizdir. Çünkü <münhasıran> kendi yararına <irtifak hakkı> kuramaz. Ancak hepsi, ya da ortak köleleri, *stipulatio* ile <irtifak hakkını kurmayı> taahhüt ederse paydaşlardan her biri geçit irtifakının kurulmasını hukuken talep edebilir. Çünkü bu durumda irtifak hakkı hepsi için kurulacaktır. Benzer şekilde bir kimsenin *stipulatio* ile *via* kuracağını taahhüt etmesi, sonra ölmesi ve belirli sayıda mirasçı bırakması halinde, onun *stipulatio*'su da geçersiz sayılacaktır.

Alıntı yapılan bu metinde ise paydaşlardan birinin, kendi taşınmaz payı lehine ortak taşınmaza ulaşmak için irtifak hakkı kurulacağına dair yaptığı *stipulatio* 'nun geçersiz olduğu belirtilmiştir. Ancak paydaşların hepsi *stipulatio* yaparsa, o takdirde hepsi irtifak hakkının kurulmasını talep edebilecektir. Çünkü ikinci durumda, tüm paydaşlar işleme katılmış olduğundan irtifak hakkı müşterek taşınmaz lehine söz konusu olacaktır. Metindeki bir diğer olasılık ise bir kimsenin geçit irtifakı kuracağını *stipulatio* ile taahhüt etmesi ve ardından ölmesi halinde de söz konusu *stipulatio* 'nun geçersiz sayılacağıdır.

D.8.1.17 (Pomponius lib.sing. reg.)

“Viae itineris actus aquae ductus pars in obligationem deduci non potest, quia usus eorum indivisus est:”

Pay üzerinde *via* (geçit irtifakı), *iter* (yürüyerek geçme irtifakı), *actus* (yük ve çeki hayvanı ile geçme irtifakı) ve *aquae ductus* (su yolu irtifakı) borç konusu yapılamaz. Çünkü bu irtifak haklarının kullanımı <paylara> bölünemez...

Taşınmaz payı üzerinde irtifak hakkı kurulacağına dair borçlandırıcı bir işlem yapılmışsa, metindeki somut olaydan hareketle pay üzerinde irtifak hakkı kurulacağı *stipulatio* ile taahhüt edilmişse, bu işlem geçersizdir²⁵⁵.

iii.) Taşınmazın paylara bölünmesi (*pro parte*), irtifak hakkını ortadan kaldırmaz²⁵⁶.

Eğer yüklü taşınmaz maliki yararlanan taşınmazın müşterek maliki olursa ya da yararlanan taşınmaz maliki yüklü taşınmazın müşterek maliki olursa, irtifak hakkı devam eder²⁵⁷. Bu durumda her iki taşınmazın malikinin de aynı kişi olmasından söz edilemez²⁵⁸.

D.8.2.30.1 (Paulus 15 ad sab.)

“Si partem praedii nactus sim, quod mihi aut cui ego serviam, non confundi servitutem placet, quia pro parte servitus retinetur. itaque si praedia mea praediis tuis serviant et tuorum partem mihi et ego meorum partem tibi tradidero, manebit servitus. item usus fructus in alterutris praediis adquisitus non interrumpit servitutem”.

Eğer benim taşınmazım lehine irtifak hakkı ile yüklü ya da benim taşınmazım üzerinde irtifak hakkından yararlanan taşınmazın payını elde edersem, irtifak hakkının birleşme (*confusio*) yoluyla ortadan kalkmayacağı kabul edilir, payla ilgili olarak irtifak hakkı devam eder. Dolayısıyla eğer benim

²⁵⁵ Benzer yaklaşım için bkz. D.45.1.2.1.

²⁵⁶ Biondi, 1954, s. 167 vd.; Burdese, 1993, s. 360.

²⁵⁷ Bonfante, 1972, s. 39; Solazzi, 1947, s. 66.

²⁵⁸ Perozzi, 2002, s. 762; Grosso, 1969, s. 154.

taşınmazım senin taşınmazın lehine irtifak hakkı ile yüklüyse ve sen taşınmazından bir payı bana devir ve teslim edersen ve ben de benimkinden bir payı sana devir ve teslim edersem, irtifak hakkı devam eder. Benzer şekilde, iki taşınmazdan biri üzerinde intifa hakkının elde edilmesi irtifak hakkını etkilemez.

Yukarıdaki metinde ele alınan örnekte, yararlanan taşınmaz malikinin yüklü taşınmaz payı kazanması ya da yüklü taşınmaz malikinin yararlanan taşınmaz payını kazanması halinde, irtifak hakkının birleşme nedeniyle sona erdiğinden bahsedilemeyeceği belirtilmiştir. Benzer şekilde yüklü ve yararlanan taşınmaz maliklerinin birbirlerinin taşınmazının payını kazanması da irtifak hakkını sona erdirmez.

D.8.3.34 pr. (Papinianus 7 quaest.)

“... quoniam servitutes pro parte retineri placet, ab altero servitus alteri remitti non potest: quamvis enim unusquisque sociorum solus sit, cui servitus debetur, tamen quoniam non personae, sed praedia deberent, neque adquiri libertas neque remitti servitus per partem poterit”.

...Paylar üzerinde irtifak hakkının korunacağı kuralı gereği maliklerden biri diğeri için irtifak hakkını kaldıramaz. Her müşterek malik, tek başına, irtifak hakkından yararlanma hakkına sahip olsa dahi irtifak hakkı bireyler üzerinde değil taşınmaz üzerinde bir yükür. Taşınmazın paylara ayrılması ile yüklü taşınmaz irtifaktan bağımsız hale getirilemeyeceği (*usucapio libertatis*) gibi irtifak hakkı da ortadan kalkmaz.

Alıntı yapılan bu metinde ise taşınmaz payı sahibinin tek başına irtifak hakkından feragat edemeyeceği ifade edilmiştir. Her pay sahibi yüklü taşınmazda irtifak hakkını tek başına kullanabilmektedir. Ancak yararlanan taşınmazın paylara ayrılması tek başına irtifak hakkının ortadan kalması sonucunu doğurmaz.

iv.) *Non usus* yani kullanmama nedeniyle irtifak hakkının sona ermesini engellemek için müşterek maliklerden yalnızca birinin irtifak hakkını kullanması yeterlidir²⁵⁹:

D.8.6.16 (Proculus 1 epist.)

“Aquam, quae oriebatur in fundo vicini, plures per eundem rivum iure ducere soliti sunt, ita ut suo quisque die a capite duceret, primo per eundem rivum eumque communem, deinde ut quisque inferior erat, suo quisque proprio rivo, et unus statuto tempore, quo servitus amittitur, non duxit. existimo eum ius ducendae aquae amisisse nec per ceteros qui duxerunt eius ius usurpatum esse: proprium enim cuiusque eorum ius fuit neque per alium usurpari potuit. quod si plurium fundo iter aquae debitum esset, per unum eorum omnibus his, inter quos is fundus communis fuisset, usurpari potuisset. item si quis eorum, quibus aquae ductus servitus debebatur et per eundem rivum aquam ducebant, ius aquae ducendae non ducendo eam amisit, nihil iuris eo nomine ceteris, qui rivo utebantur, adcrevit idque commodum eius est, per cuius fundum id iter aquae, quod non utendo pro parte unius amissum est: libertate enim huius partis servitutis fruitur”.

Birden fazla kimse, irtifak hakkına dayanarak, komşu taşınmazda bulunan kaynaktaki suyu, aynı su kanalından geçirmektedir. Böylece her biri kendisi için belirlenen günde öncelikle kendi aralarında müşterek olan söz konusu kanaldan ve sonra kendi taşınmazının kaynağa olan uzaklığına bağlı olarak, kanalın kendine ait kısmından su geçirmektedir. Bunlardan birisi <zamanaşımının> belirlediği süre içinde su geçirmezse, onun için irtifak hakkı sona erer. Bana göre irtifak hakkını kaybetmiştir ve diğerleri su geçirmeye devam ettikleri için onun hakkı da muhafaza edilmez. Nitekim her birinin, kendi mülkiyetindeki taşınmaza ait ayrı su geçirme hakkı vardır ve bir diğeri aracılığıyla bu hak kullanılamaz. Ancak eğer müşterek mülkiyete konu bir taşınmaz lehine su geçirme irtifakı söz konusu olsaydı, o takdirde paydaşlardan yalnızca biri aracılığıyla taşınmazın tüm diğer malikleri yararına irtifak hakkı kullanılabilirdi. Benzer şekilde, eğer kanaldan su geçirme hakkı olanlardan biri, aynı kanaldan su geçiriyorsa ve kullanmamakla hakkını kaybetmişse, kanalı kullanan diğerlerinin hakkında bir genişleme olmaz. Bu durumda yaralanma, irtifak hakkı ile yüklü taşınmaz malikine geri döner ve malik irtifak hakkının kaybı kadar serbestiye kavuşur.

Yukarıdaki metinde bir su kanalının birden fazla kişi tarafından kullanılması halinde, irtifak hakkının zanaşımı ile sona ermesi bakımından belirlenen süre

²⁵⁹ Grosso, 1969, s.155.

içinde, bir kimsenin su geçirmemesi halinde o kimse bakımından irtifak hakkının sona ereceği ifade edilmiştir. Çünkü bu halde kanalı ortak kullananlardan her birinin, kendi taşınmazı lehine ayrı su geçirme irtifakları vardır. O yüzden belirlenen süre içinde bu kimselerden biri, su geçirme irtifakını kullanmadıysa onun taşınmazı lehine söz konusu olan irtifak hakkı sona erer. Söz konusu sürede diğerlerinin su geçirmiş olması yani irtifak hakkını kullanmış olmasından, kendisi bakımından irtifak hakkı sona ermiş olan kimse yararlanamaz. Ancak eğer su geçirme irtifakı müşterek mülkiyete konu bir taşınmaz lehine söz konusu ise paydaşlardan biri, irtifak hakkını belirlenen sürede kullanmasa dahi irtifak hakkı sona ermez. Diğer paydaşlar ve hatta yalnızca bir paydaş irtifak hakkını kullanmaya devam ettiği sürece irtifak hakkı korunur.

v.) Paylı mülkiyette pay sahipleri tek başına (*in solidum*) irtifak hakkına sahip olurlar ve her biri tek başına (*in solidum*) irtifak hakkı talebi ile dava açabilir ya da irtifak hakkı talepli dava paydaşlardan her birine karşı açılabilir²⁶⁰.

D.8.5.4.3 (Ulpianus 17 ad ed.)

“Si fundus, cui iter debetur, plurium sit, unicuique in solidum competit actio, et ita et pomponius libro quadragesimo primo scribit: sed in aestimationem id quod interest veniet, scilicet quod eius interest, qui experietur. itaque de iure quidem ipso singuli experientur et victoria et aliis proderit, aestimatio autem ad quod eius interest revocabitur, quamvis per unum adquiri servitus non possit. 4. Sed et si duorum fundus sit qui servit, adversus unumquemque poterit ita agi et, ut pomponius libro eodem scribit, quisquis defendit, solidum debet restituere, quia divisionem haec res non recipit”.

Eğer *iter*'den (yürüyerek ya da atla geçme irtifakı) yararlanan taşınmazın birden fazla maliki varsa, her biri dava açabilir. 41. kitabında <*Edictum* hakkında²⁶¹>Pomponius da bu şekilde yazmıştır. Ancak *aestimatio*²⁶²

²⁶⁰ Solazzi,1947, s. 66; Grosso, 1969, s. 155.

²⁶¹ Schipani, 2005, C.II, s. 215.

yapılırken menfaat dikkate alınacaktır, diğer bir deyişle dava açanın menfaati dikkate alınacaktır. Dolayısıyla her malik kendi hakkı için dava açar ve davayı kazanırsa bundan diğerleri de yararlanır. Ancak irtifak hakkı müşterek maliklerden yalnızca biri tarafından kazanılamasa da *aestimatio* her birinin menfaatine göre belirlenir. 4. Eğer yüklü taşınmaz iki kişinin mülkiyetindeyse, benzer şekilde her birine karşı dava açılabilir. *Pomponius*'un aynı kitabında yazdığı üzere, paydaşlardan hangisi savunma yaptıysa tek başına *restitutio*²⁶³ hükmünü yerine getirir. Çünkü irtifak hakkının paylara bölünmesi mümkün değildir.

Yukarıdaki metinde hem yararlanan taşınmazın hem de yüklü taşınmazın müşterek mülkiyete konu olması durumu ele alınmıştır. Yararlanan taşınmaz müşterek mülkiyete konu ise her bir pay sahibi irtifak hakkı talebi ile dava açma hakkına sahip olacaktır. Ancak dava sırasında uyuşmazlık konusu üzerinden mahkumiyet miktarının tayini (*aestimatio*), her pay sahibinin menfaati dikkate alınarak tespit edilecektir. Eğer yüklü taşınmaz müşterek mülkiyete konu ise her bir pay sahibine karşı irtifak hakkı talebi ile dava açılacaktır. Ancak davada savunma yapan diğer paydaşlar da *restitutio* hükmünü yerine getirecektir. Çünkü *restitutio* irtifak hakkının kullanılmasının yeniden sağlanmasına yöneliktir²⁶⁴ ve irtifak hakkı paylara bölünemeyeceğinden paydaşlardan biri tüm taşınmaz üzerinde *restitutio* hükmünün gereğini yerine getirecektir.

²⁶² Uyuşmazlık konusunun takdiri. Özellikle *Formula* Yargılaması'nda mahkumiyete daima para miktarı üzerinden karar verildiğinden hakimin onu paraya tahvil edecek şekilde kıymetini takdir etmesi gerekiyordu: Umur,1983a, s.128; Berger, s. 355.

²⁶³ *Formula*'da *clausola arbitraria* bulunan davalarda *intentio* ile *condemnatio* arasına koyulan ve hakimin dava konusunun geri verilmesine ya da eski haline getirilmesine karar vermesini sağlayan emir: Umur,1983a, s.26 ve 187

²⁶⁴ Öcal, 2010, s. 501 vd.

D- Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Koşulları

1- Objektif Yarar (*Utilitas Fundi*) Koşulu

Taşınmaz lehine irtifak hakkında, yüklü taşınmazdan bir yarar sağlanmaktadır. Bunun ölçütü ise lehine irtifak hakkı kurulan taşınmazın yararidir. Dolayısıyla burada taşınmaza bağlı bir yarar yani *utilitas fundi* vardır²⁶⁵. Yararlanan taşınmazın maliki kim olursa olsun, yüklü bir taşınmaz aracılığı ile kendi taşınmazından daha çok fayda elde etmektedir²⁶⁶. Roma Hukukunda taşınmaz lehine irtifak hakları tek tek ele alındığından “*utilitas*”, her irtifak hakkı kapsamında belirlenmiş bir yarara karşılık gelir²⁶⁷. Ancak her zaman taşınmazın yararı söz konusudur²⁶⁸. Diğer bir anlatımla taşınmaz lehine irtifak hakkı bakımından yararlanan taşınmaz malikinin yararı yani “subjektif yarar” dikkate alınmaz²⁶⁹ ve fakat örneğin; taşınmazdaki tarımsal faaliyetleri ya da binanın işlevini artırmaya²⁷⁰ yani taşınmazın ekonomik değerini artırmaya yönelik yarar²⁷¹ gibi taşınmazın yararından yani objektif yarardan bahsedilir²⁷². Bu sayede yararlanan taşınmaz aracılığıyla malik, irtifak hakkının içeriğindeki faaliyetleri yerine getirerek ya da

²⁶⁵ Perozzi, 2002, s. 760; Guarino, 2002, s. 230; Grosso, 1969, s. 97 vd.; Corbino, 1990, s. 248; Biondi, 1954, s. 174 vd.; Burdese, 1970, s.121; Solazzi, 1947, s.21; Pugliese/Vacca/Sitzia, s. 479; Salkowski, s. 450; Marrone, s. 352; Di Marzo, s. 272; Robaye, s. 173; Erdoğan, 2006, s. 108. Talamanca, 1990, s. 457; Sanfilippo, s. 230; Schulz, s. 394; Buckland, s. 262. **Erişgin**, *utilitas*’ın Klasik Dönem Hukukçularının “imparator adına hukuki sorunlara cevap verme yetkileri” kapsamında somut olayları çözmeye faaliyetlerini yürütürken, belirledikleri bir “açık değer” olduğunu belirtir. Pozitif hukukta yer almayan bu değer, pozitif norm öncesi düzen ögesi olarak nitelendirilir (Erişgin, s. 375-376). Capogrossi **Colognesi**’ye göre *utilitas*, hukukçuların çalışmalarıyla ve *Praetor*’un müdahalesiyle şekillenmiştir. Ancak *utilitas*, taşınmaz lehine irtifak hakkının yapısını belirleyen temel unsur teşkil eder (Capogrossi Colognesi, 2004, s. 260).

²⁶⁶ Solazzi,1947, s. 21; Betti, s. 446.

²⁶⁷ Solazzi,1947, s. 23; Biondi, 1954, s. 174; Grosso, 1969, s. 98.

²⁶⁸ Grosso, 1969, 98.

²⁶⁹ Arangio-Ruiz, 2002, s. 234-235.

²⁷⁰ Burdese, 1970, s. 121.

²⁷¹ Corbino, 1990, s. 248.

²⁷² Girard, 2003, s. 386; Guarino, 2006, s. 230; Pichonnaz, 2008, s. 308.

yüklü taşınmaz malikinin birtakım faaliyetleri yapmasından kaçınması sayesinde, fayda elde etmektedir²⁷³.

D.8.1.8 pr. (Paulus 15 ad plaut.)

“Ut pomum decerpere liceat et ut spatiari et ut cenare in alieno possimus, servitus imponi non potest”.

Başkasının taşınmazında meyve toplayabilmek, gezinebilmek ya da yemek yiyebilmek için taşınmazın irtifak hakkı ile yüklü olması mümkün değildir.

Alıntı yapılan bu metinde genel bir değerlendirme yapılmıştır. Buna göre başkasının taşınmazında meyve toplamak, gezinmek, yemek yemek amacıyla irtifak hakkı kurulamaz. Çünkü bu eylemler bir kişinin menfaati içindir²⁷⁴. Burada taşınmazının yararından bahsedilemez.

Aşağıdaki metinde *servitus altius non tollendi* (bina yükseltmeme irtifakı) kapsamında yarar ele alınmıştır.

D.8.5.5 (Paulus 21 ad ed.)

“Et ideo si inter meas et titii aedes tuae aedes intercedant, possum titii aedibus servitutem imponere, ne liceat ei altius tollere, licet tuis non imponatur: quia donec tu non extollis, est utilitas servitutis”.

Dolayısıyla eğer benim binam ve *Titius*'un binası arasında senin binan bulunuyorsa, senin binanın yerinde olmasa dahi, *Titius*'un binası üzerinde binanın yükseltilmeyeceğine dair irtifak hakkı kurabilirim, çünkü sen binanı yükseltmediğin müddetçe, irtifak hakkına ilişkin yarar vardır.

²⁷³ Grosso, 1969, 101

²⁷⁴ Solazzi, 1947, s. 23.

Metinde açıkça “*utilitas servitutis*” ibaresi geçmektedir²⁷⁵. Burada birbirinin ardı sıra bulunan üç bina söz konusudur. İrtifak hakkı aradaki bina üzerinde değil de üçüncü bina üzerinde kurulmaktadır. *Paulus*, aradaki bina yükseltilmedikçe üçüncü bina üzerinde kurulan irtifak hakkı nedeniyle yarar koşulunun sağlandığını ifade etmektedir.

Aquae ductus (su yolu irtifakı) kapsamında yarar koşuluna çeşitli metinlerde değinilmiştir.

D.43.20.1.11 (Ulpianus 70 ad ed.)

“Illud quaeritur, utrum ea tantum aqua his interdictis contineatur, quae ad agrum irrigandum pertinet, an vero omnis, etiam ea, quae ad usum quoque et commodum nostrum. et hoc iure utimur, ut haec quoque contineatur. propter quod etiam si in urbana praedia quis aquam ducere velit, hoc interdictum locum habere potest”.

Yalnızca söz konusu suyun *interdictum* kapsamına, arazilerin sulanması ya da yalnızca bizim kullanmamız ve bizim için elverişli olması amacına bağlı olarak, alınıp alınmadığı sorulmuştur. Bizim takip ettiğimiz hukuka göre her ikisini de içermektedir. Bu yüzden eğer bir kimse şehir taşınmazından su geçirmek isterse bu *interdictum* uygulanabilir.

Yukarıdaki metinde su yolu irtifakının arazinin sulanması ya da yararlanan taşınmazdaki kimselerin kullanması için kurulması arasında fark gözetilmemiş, her ikisi de yarar kapsamında değerlendirilmiştir.

D.43.20.3pr. (Pomponius 34 ad sab.)

“Hoc iure utimur, ut etiam non ad irrigandum, sed pecoris causa vel amoenitatis aqua duci possit.”

²⁷⁵ **Grosso**, bu ibarenin orijinal olduğu kanaatindedir (Grosso, 1969, s. 101). **Solazzi** de yazarla hemfikirdir (Solazzi,1947, s. 23).

Kullandığımız bu hakkı her zaman sulama için değil aynı zamanda sürü için ya da güzelleştirme için de kullanabiliriz.

Alıntı yapılan bu metinde *aquae ductus* yani su yolu irtifakının su geçirmeye yönelik olduğu; ancak suyun somut olarak ulaştığı yerin öneminin olmadığı vurgulanmaktadır. Suyun taşınması yararlanan taşınmazın yararına olmalıdır. Ancak su taşıma, sulama amaçlı olabilir, sürülerin su ihtiyacını karşılamak için olabilir ya da yararlanan taşınmazı güzelleştirmek amaçlı olabilir²⁷⁶. Metinde bu amaçlar arasında fark gözetilmemiştir.

Servitus calcis coquendae e cretae eximendae yani başkasının taşınmazında kireç söndürme ve başkasının taşınmazından alçı alma hakkı ile ilgili olarak yararlanan taşınmazın ihtiyacı dikkate alınmalıdır.

D.8.3.6 pr. (Paulus 15 ad plaut.)

“Veluti si figlinas haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus eius fundi exportarentur (sicut in quibusdam fit, ut amphoris vinum evehatur aut ut dolina fiant), vel tegulae vel ad villam aedificandam. sed si, ut vasa venirent, figlinae exercerentur, usus fructus erit.”

Bir kimsenin alçı işleme imalathanesi (fabrikası) vardı ve vazo üretip, bu şekilde taşınmazın semerelerini alıp götürüyordu (benzer şekilde bazı taşınmazlarda şu şekilde meydana gelir: şarap küplerle başka yere taşınır ya da saklamak için şişelenir) ya da kiremit yapıyordu ve köyde bir villa inşasında kullanılıyordu. Ancak ticari amaçla vazoları satmak için bir alçı işleme imalathanesi (fabrikası) varsa <o durumda kurulmuş olan hak> intifa hakkı olacaktır.

Metinde irtifak hakkından bahsedebilmek için yararlanan taşınmazın yararı açıkça vurgulanmıştır. Buna göre alçı alma hakkı, örneğin; bir villanın yapımı için

²⁷⁶ Biondi, 1954, s. 176.

söz konusu olabilir. Ancak bir ticari faaliyet için, örneğin; vazo yapıp satmak için, bahsi geçen irtifak hakkı kurulamaz. O takdirde intifa hakkından söz edilebilir.

D.8.1.19 (Labeo 4 post. a iav. epit.)

“Ei fundo, quem quis vendat, servitatem imponi, et si non utilis sit, posse existimo: veluti si aquam alicui dedere ducere non expediret, nihilo minus constitui ea servitus possit: quaedam enim debere habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt²⁷⁷”.

Bana göre ona yararı olmasa bile birisinin sattığı taşınmaz irtifak hakkı ile yüklü olabilir. Örneğin, bir kimse için su yolu irtifakının (*aquae ductus*) olması amacına uygun olmasa bile söz konusu irtifak hakkını kurabilir: nitekim yararı olmasa da birtakım şeylere sahip olabiliriz.

Alıntı yaptığımız metinde *Labeo*, bir kimsenin yararı olmasa bile irtifak hakkı kurabileceğini savunmaktadır. Zira taşınmaz lehine irtifak hakkı bir kimsenin yararı için değil; bir taşınmazın yararı için söz konusu olmaktadır²⁷⁸.

2- Yakınlık (*Vicinitas*) Koşulu

Vicinitas, komşuluk ve yakınlık anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bu ifade ile yüklü taşınmazın, yararlanan taşınmaza komşu olması ya da yakın olması kast edilmektedir. Ancak bu durum her zaman taşınmazların bitişik olması anlamına

²⁷⁷ Metnin orijinalliği konusu Roma Hukuku doktrininde oldukça tartışmalıdır. **Perozzi**, metinde geçen “*quidem ... sunt*” ibaresinin *interpolatio* olduğunu savunmaktadır (Perozzi, 2002, s. 760, dipnot 4). **Solazzi** ise bunun bir *glossema* (açıklama) olduğunu ileri sürmektedir (Solazzi,1947, s. 24). Ayrıca **Mommsen** ve **Lenel** de metindeki bazı sözcüklerin silinmesi, bazılarının da başka sözcüklerle değiştirilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir (ayrıntılı bilgi için bkz. Solazzi,1947, s. 24).

²⁷⁸ Metin Roma Hukuku doktrininde tartışmalara neden olmuştur. **Biondi**'ye göre *deductio* ile kurulan irtifak hakkı için yarar koşulu aranmamaktadır (Biondi, 1954, s. 149). **Solazzi**'ye göre ise metnin *interpolatio*'ya uğradığı *Basilicum*'la karşılaştırınca açıkça ortaya çıkmaktadır. O nedenle *Labeo*'nun bu konudaki gerçek görüşünü bilmek oldukça zordur (Solazzi,1947, s. 25).

gelmez²⁷⁹. İrtifak hakkı bakımından komşu taşınmazlardan bahseden pek çok metin karşımıza çıkmaktadır²⁸⁰.

Yakınlığın irtifak hakkı için ayrı bir koşul mu olduğu yoksa yarar koşulunun bir unsuru mu olduğu Roma hukukçuları arasında tartışmalı bir konudur.

Perozzi, bir zamanlar irtifak hakkından söz edebilmek için taşınmazların bitişik olması koşulunun arandığı; ancak zamanla somut olaya göre değerlendirme yapılmaya başlandığını ileri sürmektedir. Buna göre iki taşınmazın arasında bulunan taşınmazın hukuki durumuna göre irtifak hakkının kullanımını engelleyip engellemediği dikkate alınmalıdır²⁸¹.

Bonfante²⁸² ve **Solazzi**²⁸³,ye göre yakınlık, yarar koşulunun bir unsurudur²⁸⁴. **Grosso**'ya göre taşınmaz lehine irtifak hakları ilk olarak komşu taşınmazlar üzerinde söz konusu olmuştur. O nedenle yakınlık, irtifak haklarının gelişim süreci dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Ancak zamanla irtifak haklarının türleri arttıkça, her irtifak hakkı için taşınmazların yakın olması koşulu aranmamaya başlanmıştır. Dolayısıyla yakınlık, yarar koşulunun bir unsuru olarak kabul edilmiştir. Zira yakınlık, yararlanan taşınmazın yararını somutlaştırmaktadır²⁸⁵.

²⁷⁹ Metinlerde kimi zaman bitişik taşınmazlardan söz edildiğinde *vicinitas proximus* ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Bkz. D.8.6.14.1; D.39.1.8.pr.

²⁸⁰ D.8.2.1.1; D.8.2.6; D.8.2.9; D.8.2.11.pr. ve 1; D.8.2.20.5; D.8.2.27.1; D.8.2.29; D.8.2.33; D.8.3.2.pr.; D.8.3.3.2; D.8.3.32; D.8.3.38; D.8.4.6.3a; D.8.4.16; D.8.4.5.4.7; D.8.5.6.pr. ve 4; D.8.5.8.pr.; D.8.5.9.pr.; D.8.5.17.2; D.8.5.18; D.8.6.6.1; D.8.6.13; D.8.6.16; D.8.6.18.2; D.20.1.12; D.39.3.7.3; D.43.25.1.4.

²⁸¹ Perozzi, 2002, s. 763.

²⁸² Bonfante, 1972, s. 37.

²⁸³ Yazar *Iustinianus* Döneminde kişi lehine ve taşınmaz lehine irtifak hakları şeklinde ayırım yapıldığını ve bu dönemde yakınlığın ayrı bir koşul olarak görülmeye başlandığını ileri sürmektedir (Solazzi,1947, s. 29 vd).

²⁸⁴ Aynı görüşte Schulz, s. 394.

²⁸⁵ Grosso, 1969, s. 109-112.

Biondi'ye göre *vicinitas* yani yakınlık irtifak hakkının kullanılabilmesi ile ilgilidir. Yazara göre irtifak hakkı için gerekli olan yakınlık irtifak hakkının türüne göre belirlenmektedir. Örneğin; *servitus oneris ferendi* ve *servitus tigni immitendi* gibi bazı irtifak hakları için taşınmazların bitişik olması gerekmektedir. *Servitus altius non tollendi* ya da *servitus limunis* bakımından taşınmazların bitişik olması şartı aranmaz. Ancak birbirinden uzak taşınmazlar bakımından irtifak hakkının kullanılması mümkün olmadığından söz konusu irtifak hakları kurulamaz²⁸⁶.

Kanımızca yakınlık taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanılabilmesi ile ilgili olduğu kadar yarar koşulu ile de ilgilidir. Çünkü taşınmazlar arasındaki mesafe taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanılabilmesi ve bu sayede bir yarar sağlaması bakımından önemlidir. Kaynaklardaki metinlerde yakınlık, hangi irtifak hakkı söz konusuysa ona göre değerlendirilmektedir. Genellikle köy taşınmazı lehine irtifak hakları bakımından taşınmazların yakın olması ve arada bir başka taşınmaz bulunmaması önem taşımaktadır.

D.8.3.5.1 (Ulpianus 17 ad ed.)

“Neratius libris ex plautio ait nec haustum nec appulsum pecoris nec cretae eximendae calcisque coquendae ius posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat: et hoc proculum et atilicinum existimasse ait. sed ipse dicit, ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit.”

Neratio, ad Plautio kitabında yakında bir taşınmaz sahibi olmadıkça başkasının taşınmazından su çekilemeyeceği, <başkasının taşınmazında> hayvan otlatılmayacağı, başkasının taşınmazında kireç söndürülemeyeceği ve başkasının taşınmazından alçı alınamayacağını ileri sürmektedir. *Proculus* ve *Atilicinus*'un da bu şekilde düşündüğü belirtilmektedir. Yine kendisi, özellikle de başkasının taşınmazında kireç söndürme ve başkasının

²⁸⁶ Biondi, 1954, s. 179 vd. Aynı görüşte bkz. Guarino, 2006, s. 231.

taşınmazından alçı alma irtifakının kurulabilmesi için <yararlanan> taşınmaz için gerekli olan miktardan fazlası bakımından irtifak hakkı kurulamayacağını ifade etmiştir.

Metinde sayılan kaynak irtifakı, hayvan otlatma irtifakı, kireç söndürme ve alçı alma irtifakları köy taşınmazları lehine irtifaklar arasında sayılmaktadır. Bu irtifak haklarının kullanılması ancak yakındaki bir taşınmazda mümkündür ve yararlanan taşınmazın yararı bakımından anlam ifade etmektedir.

D.19.1.6.5 (Pomponius 9 ad sab.)

“Si tibi iter vendidero, ita demum auctorem me laudare poteris, si tuus fuerit fundus, cui adquirere servitutem volueris: iniquum est enim me teneri, si propter hoc adquirere servitutem non potueris, quia dominus vicini fundi non fueris.”

Eğer *iter* yani yürüyerek geçme irtifakını satacaksan, yalnızca lehine kazanmak istediğin irtifak hakkının söz konusu olduğu taşınmazın maliki olman halinde, teminat amacıyla benim adımlı verebilirsin. Gerçekten senin yakın bir taşınmazın maliki olmaman sebebiyle irtifak hakkını kazanmamış olman halinde, sorumlu olmam haksızlık olur diye düşünüyorum.

Metinde açıkça *iter* yani yürüyerek geçme irtifakının yakın bir taşınmaz üzerinde söz konusu olabileceği belirtilmiştir.

D.8.3.7.1 (Paulus 21 ad ed.)

“In rusticis autem praediis impedit servitutem medium praedium, quod non servit.”

Köy taşınmazları bakımından irtifak hakkının konusu olmayan <iki taşınmazın> arasında kalan taşınmaz, irtifak hakkını engeller.

Metinden de anlaşılacağı üzere köy taşınmazları lehine irtifak haklarında yüklü ve yararlanan taşınmazın arasında bir taşınmaz yer alıyorsa, arada kalan taşınmaz irtifak hakkının kullanımını ve bu sayede yarar sağlanmasını engeller.

Şehir taşınmazları lehine irtifak hakları bakımından ise her irtifak hakkı bakımından yakınlık ayrı ayrı ele alınmalıdır. *Servitus oneris ferendi* yani komşu taşınmaza inşaat yaslama irtifakı, *tigni immitendi* yani komşu taşınmaza giriş dayama irtifakı gibi bazı irtifakların kullanılabilmesi için taşınmazların bitişik olması gerekirken, *non altius tollendi* gibi kimi irtifaklarda böyle bir koşul aranmaz. Burada dikkate alınacak ölçüt taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanılabilmesi ve bu sayede yararlanan taşınmaza bir yarar sağlayabilmesi için yüklü taşınmazla bitişik ya da yakın olmasına ihtiyaç duyulup duyulmadığıdır.

Yararlanan taşınmazın ışığının ve manzarasının engellenmemesi ile ilgili irtifaklar bakımından genel olarak yakın (*vicinus*) olma ifadesi kullanılmaktadır.

D.8.2.4 (Paulus 2 inst.)

“Luminum in servitute constituta id acquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat: cum autem servitus imponitur, ne luminibus officiat, hoc maxime adepti videmur, ne ius sit vicino invitis nobis altius aedificare atque ita minuere lumina nostrorum aedificiorum”.

Servitus lumunis immitendi kurulduğunda, komşunun bizim ışığımıza saygı göstermesi sonucunu doğuran hakkı elde ederiz. Diğer yandan, *servitus ne luminibus officiat* kurulduğunda, komşunun bizim binamızın ışığını engelleyecek şekilde binasını yükseltmeyeceği sonucunu doğuran hakkı elde ederiz.

Alıntı yapılan bu metinde *servitus lumunis immitendi* yani komşuya ait duvarda pencere açma hakkı veren irtifak hakkı kurulduğunda komşunun (*vicinus*)

bu hakka saygı göstermesi gerektiğinden bahsedilmektedir. *Servitus ne luminibus officiatur* yani yararlanan taşınmazdaki pencerelerin yüklü taşınmazla kapatmayı engelleyen irtifak hakkı söz konusu olduğunda da ışığı engelleyecek şekilde komşu (*vicinus*) binasını yükseltmeyecektir.

D.8.2.22 (Iulianus 2 ex minic.)

“Qui aedificium habet, potest servitatem vicino imponere, ut non solum de his luminibus, quae in praesentia erunt, sed etiam de his quae postea fuerint, caveat”.

Bina maliki komşu taşınmaz üzerinde halihazırdaki ışığı temin eden irtifak kurabileceği gibi ilerideki için de kurabilir.

Bu metinde komşu taşınmaz üzerinde halihazırdaki ışıktan faydalanmak için irtifak hakkı kurulabileceği gibi, ileride daha çok ışık gelmesi ihtimalini gözeterek de irtifak hakkı kurulabileceği belirtilmiştir.

D.8.2.38 (Paulus 2 quaest.)

Si aedes meae a tuis aedibus tantum distent, ut prospici non possint, aut medius mons earum conspectum auferat, servitus imponi non potest:

Eğer benim evim seninkinden, birinin diğerini göremeyeceği kadar bir mesafede uzaksa ya da her ikisinin arasında manzarayı engelleyen bir tepe varsa, bu iki ev bakımından irtifak hakkı kurulamaz.

Yukarıdaki metinde eğer iki taşınmaz birbirini göremeyecek kadar uzaksa ya da aralarında görüşü engelleyen bir tepe varsa manzarayı kesmeme irtifakından bahsedilemeyeceği ifade edilmektedir.

D.8.2.39 (Paulus 1 manual.)

“Nemo enim propriis aedificiis servitutem imponere potest, nisi et is qui cedit et is cui ceditur in conspectu habeant ea aedificia, ita ut officere alterum alteri possit”.

Nitekim *in iure cessio* ile <hakkı> bırakan ve <hak kendisine> bırakılan kendi manzarasını çevreleyen bir diğeri binasına sahip olmadıkça hiçkimse kendi binalarını irtifak hakkı ile yüklü duruma getiremez. Böylece binalardan birinin diğeri manzarasını azaltması mümkün olur.

Bu metinde de yine manzara kesmeme irtifakından söz edebilmek için taşınmazların belirli bir yakınlıkta olması gerektiği belirtilmektedir.

Servitus altius non tollendi yani binayı yükseltmeme irtifakı bakımından ise yakınlık daha esnek bir biçimde ele alınmıştır. Yüklü ve yararlanan taşınmaz arasında bir başka binanın olması, irtifak hakkının kullanımına ve bu sayede yarar elde etmeye engel değildir.

D.8.4.7.1 (Paulus 5 ad sab.)

“Interpositis quoque alienis aedibus imponi potest, veluti ut altius tollere vel non tollere liceat vel etiam si iter debeatur, ut ita convalescat, si mediis aedibus servitus postea imposita fuerit: sicuti per plurium praedia servitus imponi etiam diversis temporibus potest...”.

Yararlanan ve yüklü taşınmaz arasında üçüncü bir kişiye ait bina olması halinde de irtifak hakkı kurulabilir. Örneğin; bina yükseltilmesine ya da yükseltilmemesine ilişkin irtifak hakkı ya da gelecekte benzer bir irtifak hakkının aradaki ev bakımından da kurulması halinde geçerli olacağı koşulu ile kurulan *iter* gibi. Benzer şekilde farklı maliklere ait taşınmazlar üzerinde farklı zamanlarda irtifak hakkı kurulabilir...

D.8.5.5²⁸⁷, de de açıkça, yüklü ve yararlanan taşınmaz arasında bir başka binanın bulunmasının irtifak hakkı bakımından bir engel oluşturmayacağı ele

²⁸⁷ Metnin kendisi ve çevirisi için bkz. s. 106.

alınmıştır. Metinde bu değerlendirme yapılırken, doğrudan *utilitas* yani yarar ölçütüne başvurulmuştur. Buna göre aradaki bina yükseltilmediği takdirde, yüklü taşınmaz üzerindeki irtifak hakkı yararlanan taşınmaza yarar sağlamaktadır.

3- Süreklilik (*Perpetua Causa*) Koşulu

Taşınmaz lehine irtifak haklarında *perpetua causa* koşulu Roma Hukukçuları arasında oldukça tartışmalıdır. Söz konusu koşulun ele alındığı metne aşağıda yer verilmiştir.

D.8.2.28 (Paulus 15 ad sab.)

“Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse neque tempore adquiri placuit. hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex caelo aquae veniat (neque enim perpetuam causam habet quod manu fit): at quod ex caelo cadit, etsi non adsidue fit, ex naturali tamen causa fit et ideo perpetuo fieri existimatur. omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aquae ductus potest. stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet”.

Yeri temizlemek amacıyla yemek odası ya da bir odanın duvarının ortasına konulmuş olan bir deliğin *servitus fluminis* (başkasının binasından su geçirmeye yarayan şehir taşınmazı lehine irtifak hakkı²⁸⁸) olmadığı ve zamanaşımı ile kazanılabilecek bir hak da olmadığı ileri sürülmüştür. Bu değerlendirme doğrudur, bu durumda yağmur suyundan söz edilemez (gerçekten de devamlılıktan bahsedilmez çünkü insan müdahalesiyle olmuştur); ancak yağmur suyu sürekli olmasa bile, doğal nedenlerle oluşmaktadır ve dolayısıyla sürekli olduğu kabul edilir. Nitekim irtifak haklarının hepsinde bir devamlılık koşulu vardır. Bu nedenle, ne su teknesinden ne de sarnıçtan <alınan su ile> bir su yolu irtifakı kurulabilir. *Sevitus stillicidii* (başkasının binasından yağmur sularını geçirmeye yarayan irtifak hakkı) için de doğal ve sürekli bir kaynağın olması gerektiği varsayılır.

Perozzi, taşınmaz lehine irtifak haklarının hepsi için devamlılık koşulu aranmadığını ve yukarıdaki metinde geçen “*omnes autem servitutes praediorum*

²⁸⁸ Burdese, 2007, s. 5.

perpetuas causas habere debent” ifadesinin *glossa* olduğunu ileri sürmektedir²⁸⁹.

Biondi, söz konusu ifadenin *glossa* olduğu konusunda hemfikirdir. Ayrıca yazara göre metinde bahsi geçen süreklilik irtifak hakkının kullanımına yönelik değildir; ancak irtifak hakkının kullanımını sağlayan doğal kaynağa yöneliktir. Dolayısıyla *servitus fluminis* ve *servitus stilicidii* bakımından doğal kaynağın sürekliliğinden bahsedilmektedir. Buna göre *perpetua causa* ile Romalı hukukçular irtifak hakkının devamlılığını kast etmemektedir, ancak yüklü taşınmazın durumuna işaret etmektedir. Zira söz konusu irtifak haklarının kullanımı ve yararlanan taşınmazın bu şekilde yarar sağlamaı ancak sürekli bir su kaynağı ile mümkün olmaktadır²⁹⁰.

Günümüz Roma Hukuku doktrininde genel kabul gören görüşe göre taşınmaz lehine irtifak haklarının hepsi için devamlılık koşulu aranmamaktadır; ancak su ile ilgili irtifak hakları bakımından devamlılık koşulu aranmaktadır²⁹¹.

Su yolu irtifakından bahsedebilmek için suyun bir ırmaktan, gölden ya da bir çaydan (dereden) alınması gerekmektedir. Yoksa bir sarnıç ya da su teknesinden alınan su ile su yolu irtifakı kurulamaz.

D.43.22.1.4 (Ulpianus 70 ad ed.)

“Hoc interdictum de cisterna non competit: nam cisterna non habet perpetuam causam nec vivam aquam. ex quo apparet in his omnibus exigendum, ut viva aqua sit: cisternae autem imbribus concipiuntur. denique constat interdictum cessare, si lacus piscina puteus vivam aquam non habeat”.

²⁸⁹ Perozzi, 1948b, s. 94 vd.

²⁹⁰ Biondi, 1954, s. 183-186.

²⁹¹ Grosso, 1969, s.113 vd.; Capogrossi Colognesi, 1966, s. 10vd.; Corbino, 1990, s. 249; Burdese, 1970, s. 122; Solazzi, 1947, s. 42 vd. Biondi, 1954, s. 83 vd. Aksi görüş için bkz. Bonfante, 1972, s. 39.

Bu *interdictum* sarnıçlar için uygulanmaz. Sarnıç bakımından sürekli kaynak suyu söz konusu olmaz. Buradan ortaya çıkan sonuca göre her durumda aranan koşul kaynak suyunun varlığıdır. Sarnıçlar ise yağmur suları ile dolmaktadır. Dolayısıyla göl, balık havuzu ya da kuyuda kaynak suyu yoksa, söz konusu *interdictum*'un uygulanması mümkün değildir.

Dolayısıyla su yolu irtifakının kurulması için *aqua viva* (akarsu) ya da *aqua perennis* (devamlılığı olan kaynak) yani *perpetua causa* koşulu aranmaktadır²⁹².

Diğer bir anlatımla Roma'da su yolu irtifakının kurulabilmesi için sürekli olan bir su kaynağından su alınacak şekilde yüklü taşınmaz, irtifak hakkının kullanımını sağlayacak durumda olmalıdır²⁹³.

II- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKKININ KONUSU

A-Fundus Kavramı

Romalılara göre bir kimse ancak taşınmazı varsa taşınmaz lehine irtifak hakkı kurabilir:

D.8.4.1.1 (Ulpianus 2 inst.)

“Ideo autem hae servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt: nemo enim potest servitutem adquirere vel urbani vel rustici praedii, nisi qui habet praedium ^ nec quisquam debere, nisi qui habet praedium^.”

Bu irtifak hakları “taşınmaz lehine” diye anılır çünkü eğer taşınmaz yoksa irtifak hakkı kurulamaz. Gerçekten bir kimse taşınmazı olmadıkça köy ya da şehir taşınmazı lehine irtifak hakkı kazanamayacağı gibi söz konusu irtifak hakkı ile de bağlı olamaz.

²⁹² Aksi görüş için bkz. Capogrossi Colognesi, 1966, s. 9 vd. **Perozzi** bunu Romalıların inancı ile açıklamaktadır. Buna göre ancak daimi sular ilahi bir akarsu niteliğindedir (Perozzi, 2002, s. 797). Ancak **Biondi**'ye göre bunun inançla bir ilgisi yoktur, bu koşul söz konusu irtifak hakkının niteliğinden kaynaklanmaktadır (Biondi, 1954, s. 183).

²⁹³ Biondi, 1954, s. 183.

Kimi metinlerde “*fundus*” kimi metinlerde ise “*praedium*” ifadesi kullanılmıştır. Romalılar için *praedium* ve *fundus* aynı kavramlardır²⁹⁴. *Gaius*, *fundus* ile ilgili bir tanım yapmamış; ancak *fundus*'u maddi mallar arasında saymıştır²⁹⁵. Metinlerde şehir taşınmazları lehine irtifak hakları ile ilgili olarak “*aedes*” yani bina kelimesi kullanılmaktadır.

D.50.16.211 (Florus 8 inst.)

" Fundi" appellatione omne aedificium et omnis ager continetur. sed in usu urbana aedificia "aedes", rustica "villae" dicuntur. locus vero sine aedificio in urbe " area", rure autem "ager" appellatur. idemque ager cum aedificio " fundus" dicitur".

Fundus ile tüm binalar ve araziler kastedilmektedir. Şehirdeki binalar için “*aedes*” köydekiler içinse “*villa*” ifadesini kullanırız. Gerçekten üzerinde bina olmayan yer şehirde ise “*area*” köydeyse “*ager*” dir. Benzer şekilde “*ager*” ve “*aedificia*” ya *fundus* deriz.

Metinde konuya bir açıklık getirilmiştir. *Fundus* gerek şehirdeki gerekse köydeki binaları ve arazileri kapsayan geniş bir kavramdır²⁹⁶.

D.50.16.60pr. (Ulpianus 69 ad ed.)

“« Locus» est non fundus, sed portio aliqua fundi: «fundus» autem integrum aliquid est. et plerumque sine villa " locum" accipimus: ceterum adeo opinio nostra et constitutio locum a fundo separat, ut et modicus locus possit fundus dici, si fundi animo eum habuimus. non etiam magnitudo locum a fundo separat, sed nostra affectio: et quaelibet portio fundi poterit fundus dici, si iam hoc constituerimus. nec non et fundus locus constitui potest: nam si eum alii adiunxerimus fundo, locus fundi efficietur.”

“*Locus*”, *fundus* değildir; ancak *fundus*'un belirli bir parçasıdır. *Fundus*, bütünü işaret etmektedir ve genellikle üzerinde *villa* (ev) olmayan bir şeyi kast ederiz. Ancak bizim görüşümüze ve *constitutio*'ya göre *locus*, *fundus*'dan ayrılır. Şöyle ki; eğer onun *fundus* olduğu iradesiyle *locus*'a zilyet

²⁹⁴ Biondi, 1954, s. 207.

²⁹⁵ Gai. 2.13; D.1.8.1.1 (Gaius 2 inst.) (metinlerin kendisi ve çevirisi için bkz. s.49).

²⁹⁶ D. 8.1.4.pr. (Ulpianus 2 inst.) :”*Aedificia urbana quidem praedia appellamus.*” (şehirdeki binalara da *fundus* deriz).

olursak, *locus*'u *fundus* olarak anarız. *Locus*'u *fundus*'dan ayıran boyut değil, iradedir. Biz o şekilde karar verirsek, *fundus*'un herhangi bir kısmı da *fundus* olarak adlandırılır. Ayrıca *fundus*, *locus* olarak kararlaştırılabilir; eğer bir başkasının *fundus*'uyla birleştirirsek, kendi *fundus*'u üzerinde *locus* söz konusu olacaktır.

Bu metinde *fundus* ve *locus* ibaresi karşılaştırılmıştır. Buna göre *fundus* sınırları belirli ve ekonomik amaçla kullanılan bir alanı ifade etmek için kullanılmaktadır. *Locus* ise *fundus*'un bir parçası olabilir; ancak ekonomik bir amaçla kullanılmamaktadır²⁹⁷. Dolayısıyla *fundus*, Roma'nın eski dönemlerinde *dominium ex iure Quiritium* yani *Ius Civile* mülkiyetinin konusu olabilen ve işlenebilir toprak yani *ager* olarak anlaşılmaktadır. Ancak *fundus* üzerindeki *villa* yani evi de kapsamaktadır. O nedenle *locus*'tan daha geniş bir kavramdır²⁹⁸.

D.50.16.60 pr. ve D.50.16.211 bir arada değerlendirilince Romalıların *fundus* kavramını hem üzerinde ev olmayan boş arazi için kullandıkları hem de köy arazileri (*ager*) ve bu araziler üzerindeki evler (*villa*) ile şehirdeki araziler (*area*) ve bu arazilerdeki evler (*aedificia*) için kullandıkları anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Romalılar, taşınmaz lehine irtifak hakkının konusunu oluşturan ve tam karşılığı taşınmaz olan "*res immobiles*"²⁹⁹ ifadesi yerine *fundus* kavramını kullanmaktadır³⁰⁰.

²⁹⁷ *Locus*'un irtifak hakkının kullanıldığı yer anlamında da kullanıldığına rastlanmaktadır. D.8.5.17.1 (Alfenus 2 dig.): "*Cum in domo gatii sei locus quidam aedibus anni ita serviret, ut in eo loco positum habere ius seio non esset, et seius in eo silvam sevisset, in qua labra et tenes cucumellas positas haberet, annio consilium omnes iuris periti dederunt, ut cum eo ageret ius ei non esse in eo loco ea posita habere invito se*"(Gaius *Seius*'un taşınmazlarının belirli bir bölümü, *Annius*'un evi lehine *Seius*'un özellikle belirlenmiş yerler üzerine hiçbir şey koyma hakkı olmayacağına ilişkin irtifak hakkı ile yüküdür. *Seius* oraya ağaçlar dikmiş ve altlarına leğenler, çanaklar ve vazolar koymuştur. Hukuk hakkında tüm öğrendiklerime dayanarak, kendisinin izni olmadan *Seius*'un o alan üzerinde söz konusu eşyaları tutamayacağını ileri sürerek *Annius*'a *Seius*'a karşı dava açmasını önerdim). D.8.5.4 pr.(Ulpianus 17 ad ed.): "*Loci corpus non est domini ipsius, cui servitus debetur, sed ius eundi habet*"(*Locus*, üzerinde irtifak hakkı olan kişinin mülkiyetinde değildir. Ancak üzerinden geçme hakkı vardır).

²⁹⁸ Zuccotti, s.18-19.

²⁹⁹ Taşınmaz mal ifadesi D. 41.3.23pr.; D.19.2.48.1; D.2.8.15pr.; D.3.3.63; C.I. 3.34.2'de geçmektedir. **Grosso**'ya göre, söz konusu *Digesta* metinlerinin hepsi *interpolatio* görmüştür. Çünkü

1- Yüklü Taşınmaz: *Fundus Serviens*

Taşınmaz lehine irtifak hakkı *fundus* üzerinde uygulama alanı bulmaktadır. Diğer bir deyişle *fundus* üzerinde kullanılmaktadır. Üzerinde irtifak hakkı kullanılan, buna göre irtifak hakkının kurulmuş olduğu taşınmaz “yüklü taşınmaz”dır ve Roma Hukuku kaynaklarında “*fundus serviens*”³⁰¹ şeklinde ifade edilmektedir. Üzerinde yük olmayan taşınmazı ifade etmek için ise “*fundus liber*”³⁰² ibaresi kullanılmaktadır.

Yüklü taşınmaz “*res in commercium*” yani alışverişe elverişli eşya olmalıdır; “*res extra commercium*” yani alışverişe elverişli olmayan eşya özel mülkiyetin konusu olamayacağı gibi irtifak hakkının da konusunu oluşturamaz. Alışverişe elverişli olmayanlar öncelikle “*res extra commercium divini iuris*”den (ilahi hukuk gereği alışverişe elverişli olmayan şeyler) oluşmaktadır. Bunlar ise kutsal eşyalar (*res sacrae*), dini eşyalar (*res religiosae*) ve kutsanmış eşyalardan (*res sanctae*)³⁰³ ibarettir. Alışverişe elverişli olmayan diğer eşyalar “*res extra commercium humani iuris*” yani beşeri hukuk gereği alışverişe elverişli olmayan eşyalardır. Bunlar özellikle Roma halkına ait eşyalar (*res publicae*), herkesin ortak kullanımına açık olan eşyalar (*res communes omnium*) ve topluluğa ait olan eşyalardan (*res universitatis*) oluşmaktadır³⁰⁴.

Klasik Dönemde mallar için kullanılan temel ayırım *res mancipi* ve *res nec mancipi* ayırımıdır. Taşınır-taşınmaz mal ayırımı *Iustinianus* dönemine özgüdür (Grosso, 2001, s. 70).

³⁰⁰ Grosso, 2001, s. 70.

³⁰¹ D.8.3.23.2.

³⁰² D.50.16.90; D.50.16.126; D.50.16.169.

³⁰³ Gai.2.3.

³⁰⁴ Grosso, 2001, s. 18 vd. ile 29 vd.; Arangio-Ruiz, 2002, s. 171-172; Talamanca, 1990, s. 382; Umur, 1983b, s. 9-10; Karadeniz Çelebican, 2005b, s. 37 vd.; Erdoğan, 2006, s. 5-6; Pichonnaz, 2008, s. 184-185; Koschaker/Ayiter, s. 104.

D.8.4.4 (Iavolenus 10 ex cass.)

“Caveri, ut ad certam altitudinem monumentum aedificetur, non potest, quia id, quod humani iuris esse desiit, servitutem non recipit: sicut ne illa quidem servitus consistere potest, ut certus numerus hominum in uno loco humetur”.

Bir mezar anıtının belirli bir yükseklikten fazla inşa edilmeyeceği taahhüt edilemez. Çünkü bu beşeri hukuktan kaynaklanmaktadır, irtifak hakkına konu olmaz. Dolayısıyla aynı mezara belirli sayıdaki kişinin gömüleceğine ilişkin bir irtifak hakkı da söz konusu olamaz.

Metinde *servitus altius non tollendi* yani binanın yükseltilmeyeceğine ilişkin irtifak hakkı söz konusudur. Bu irtifak hakkının mezar anıtı (taşı) için kurulamayacağı belirtilmiştir. Çünkü mezarlar *res religiosae* olduğundan irtifak hakkına konu olamaz.

D.8.1.14.2 (Paulus 15 ad sab.)

“....Sacri et religiosi loci interventus etiam itineris servitutem impedit, cum servitus per ea loca nulli deberi potest”.

Dini ve kutsal yerlerde geçit irtifakı kurulması mümkün değildir. Çünkü söz konusu yerlerden hiç kimse irtifak hakkı şeklinde yararlanamaz.

Metinde hem *res religiosae* hem de *res sacrae* bakımından bir değerlendirme yapılmıştır. Buna göre dini ve kutsal yer sayılan bir taşınmaz üzerinde geçit irtifakı kurulması mümkün değildir. Çünkü söz konusu eşyalar üzerinde bu tarz bir yararlanma söz konusu olamaz.

D.39.3.17.3 (Paulus 15 ad plaut.)

“Sic et si non proximo meo praedio servitutem vicinus debeat, sed ulteriori, agere potero ius esse mihi ire agere ad illum fundum superiorem, quamvis servitutem ipse per fundum meum non habeam, sicut interveniente via publica vel flumine quod vado transiri potest. sed loco sacro vel religioso vel sancto interveniente, quo fas non sit uti, nulla eorum servitus imponi poterit”.

Benim taşınmazıma yakın olmayan bir taşınmaz benim komşum olan taşınmaza irtifak hakkı ile yüklü. Sonradan, kendi taşınmazım lehine irtifak hakkı olmasa da yukarıdaki taşınmaza irtifak hakkı talebi (*vindicatio servitutis*) ile dava açabilirim. Çünkü kamu yolu ya da nehirlerden geçiş her zaman mümkündür. Ancak dini, kutsal ya da kutsanmış yerleri kullanmak, ilahi hukuk (*fas*) gereğince yasaklanmıştır. Bu yerler hiçbir irtifak hakkına konu olamaz.

Metinde kutsal eşyalar (*res sacrae*), dini eşyalar (*res religiosae*) ve kutsanmış eşyalar (*res sanctae*) yani ilahi hukukça korunan eşyalar (*res divini iuris*) üzerinde irtifak hakkı kurulamayacağı belirtilmiştir. *Paulus*, bu eşyaların ilahi hukuk gereğince korunmakta olduğunu ve hiçbir irtifak hakkının konusu olamayacağını belirtmektedir.

D.8.2.1 pr. (Paulus 21 ad ed.)

“Si intercedat solum publicum vel via publica, neque itineris actusve neque altius tollendi servitutes impedit: sed immittendi protegendi prohibendi, item fluminum et stillicidiorum servitutum impedit, quia caelum, quod supra id solum intercedit, liberum esse debet.”

Eğer bir kamu toprağı ya da bir kamu yolu <iki taşınmazın> arasında kalıyorsa, ne yürüyerek ya da atla geçme irtifakı (*iter*) ne sürüyle geçme irtifakı (*actus*) ne de binayı yükseltmeme irtifakı (*servitus altius non tollendi*) dışında bırakılabilir. Ancak başkasının binasına giriş dayama (*servitus tigni immitendi*) ve benzer şekilde başkasının taşınmazından yağmur sularını geçirme irtifakı (*servitus stilicii immitendi*) <bu kapsamın> dışındadır. Çünkü söz konusu toprağın üzerindeki hava sahası boş olmalıdır.

Benzer değerlendirmeye bu metinde de rastlanmaktadır. Buna göre Roma halkına ait eşyalar (*res publicae*) da irtifak hakkının konusu olamaz. Geçit konusunda kamu toprağı ya da kamu yolu bir istina teşkil etmez. Çünkü bu durumda yol ya da toprak zaten herkesin kullanımına açıktır yani herkes yaya, atla ya da

sürüsü ile bu yoldan yahut alandan geçebilir³⁰⁵. Burada gerçek anlamda bir irtifak hakkından bahsedilmemektedir. Kamu toprağı ya da kamu yolu tüm Roma halkının kullanımına açıktır. Dolayısıyla üzerinde bir irtifak hakkı kurulması mümkün değildir. Metinde bahsi geçen diğer iki durum söz konusu alanının üstünün boş kalması gerektiğı ile ilgilidir. Binanın yükseltilmeyeceğine ilişkin değerlendirme de yine bu alanın hava sahasının boş olması ile ilgilidir.

D.8.1.14.2 (Paulus 15 ad sab.)

“Publico loco interveniente vel via publica haustus servitus imponi potest, aquae ductus non potest: a principe autem peti solet, ut per viam publicam aquam ducere sine incommodo publico liceat”.

Eğer iki taşınmazın arasında kamu toprağı ya da kamu yolu bulunuyorsa kaynaktan su alma irtifakı (*aquae haustus*) kurulabilir; ancak su yolu irtifakı (*aquae ductus*) kurulamaz. Yalnızca topluma rahatsızlık vermeden kamu yolundan su geçirmek için *Princeps*'ten izin istenebilir.

Tüm metinlerdeki ortak nokta, hepsinde kamu yolu ya da kamu toprağından geçişin serbest olarak kabul edilmesidir. Burada *iter* teknik anlamda irtifak hakkı anlamında değil de geçiş anlamında kullanılmıştır. Bu metinde de aynı anlayış hakimdir. Birbirine yakın üç taşınmaz söz konusudur ve aradaki taşınmaz kamu toprağıdır. Bu durumda kamu toprağından geçilerek yüklü taşınmazdan su alınabilir. Çünkü kamu toprağından herkes serbestçe geçebilir. Ancak yüklü taşınmazda su yolu irtifakının geçirilmesi için aradaki kamu toprağından da kanal ya da boru geçirmek gerekmektedir. Ancak kamu toprağının herkesin kullanabileceğı şekilde boş olması kural olduğundan, suyolunun geçirilmesi ancak *Princeps*'in izni ile mümkündür.

³⁰⁵ Grosso, 1969, s. 141-142.

D.8.4.13pr. (Ulpianus 6 opin.)

“Venditor fundi geroniani fundo botriano, quem retinebat, legem dederat, ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur. quamvis mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest, quia tamen bona fides contractus legem servari venditionis exposcit, personae possidentium aut in ius eorum succedentium per stipulationis vel venditionis legem obligantur”.

Geronianus arazisinin satıcısı sözleşmeye *Botrianus* arazisi lehine *Botrianus* arazisine zarar verecek şekilde ton balığı avlamamak şeklinde bir hüküm koymuştur. Sözleşme hükmü ile herkesin kullanımına açık olan deniz üzerinde bir irtifak hakkı kurmak mümkün değildir. Ancak sözleşmeden kaynaklanan iyiniyet, satımla ilgili olarak bu hükme uyulmasını öngörür. Arazinin zilyetleri ya da onların halefleri satım sözleşmesi ya da *stipulatio*'daki hüküm nedeniyle borç altındadır.

Metinde *res communes omnium*³⁰⁶ yani herkesin kullanımına açık eşyalardan olduğu için deniz üzerinde irtifak hakkı kurulamayacağı belirtilmiştir. D.39.3.17.3³⁰⁷, de de hem *res publicae* hem de *res communes omnium* ile ilgili bir değerlendirmeye yer verilmiştir. Kamu yolu ve nehirlerin herkesin kullanımına açık olduğu belirtilmiştir. *Paulus*, söz konusu metinde geçmeyi irtifak hakkının kendisi olarak görmüş ve teknik bir değerlendirme yapmamıştır. Sonuçta hukukçuya göre bu alanlar herkesin kullanımına açık olduğu için kimsenin geçişi engellenemez.

2- Yararlanan Taşınmaz: *Fundus cui servitus debetur*

Roma Hukuku kaynaklarında yararlanan taşınmaz için “*fundus dominans*” ya da “*praedium dominans*” ifadeleri kullanılmamaktadır³⁰⁸. Kaynaklarda “*fundus cui*

³⁰⁶ Denizler ve sahiller *res communes omnium* yani herkesin kullanıma açık olan mallardan olduğu için farklı bir rejime tabiydi. Buna göre mümkün olduğunca herkesin kullanımı söz konusuydu. Ancak denizin ya da sahilin bir parçası üzerinde bir yapı inşa edilmişse ve bu yapı deniz ya da sahildeki doğal koşullar nedeniyle yok olana kadar özel mülkiyet konusu olabiliyordu (Grosso, 1969, s. 142-143).

³⁰⁷ Metnin kendisi ve çevirisi için bkz. s. 122-123.

³⁰⁸ Schulz, s. 382. Bu ifadeler Ortaçağda kullanılmaya başlanmıştır (bkz. s. 195 vd.).

*servitus debetur*³⁰⁹ ya da “*praedium cui servitur*” şeklindeki tariflere rastlanmaktadır.

Yararlanan taşınmaz *extra commercium* yani alışverişe elverişli bir mal olmasa dahi lehine irtifak hakkı kurulabilir mi? Metinlerde yalnızca *sepulchrum*³¹⁰ yani mezarlar lehine geçit irtifakı kurulmasından bahsedilmektedir.

D.8.1.14.1 (Paulus 15 ad sab.)

“*Servitus itineris ad sepulchrum privati iuris manet et ideo remitti domino fundi servientis potest: et adquiri etiam post religionem sepulchri haec servitus potest*”.

Mezara ulaşmak için geçit irtifakı (*iter*) özel hukuk kapsamında kalır, dolayısıyla yararlanan taşınmazın maliki tarafından kullanılabilir. Mezar dini bir eşyaya dönüşse dahi irtifak hakkı devam eder.

Metinde açıkça *sepulcrum privati* yani özel mezar lehine geçit irtifakının söz konusu olabileceğine değinilmiştir. Ardından söz konusu mezar dini bir yere dönüştüğünde de irtifak hakkının devam edeceği belirtilmiştir.

D.8.5.1 (Ulpianus 14 ad ed.)

“*Actiones de servitutibus rusticis sive urbanis eorum sunt, quorum praedia sunt: sepulchra autem nostri dominii non sunt: adquin viam ad sepulchrum possumus vindicare*”.

Köy ve şehir taşınmazları lehine irtifak hakları ile ilgili davaları, ilgili taşınmazların malikleri talep edebilmektedir. Diğer yandan mezarlar, bizim

³⁰⁹ D.8.3.23.2 ; D.8.3.34pr.; D.8.5.4.3 (metinde “*fundus cui iter debetur*” yani özel olarak *iter*’den yararlanan taşınmaz ifadesi kullanılmıştır); D.8.5.8pr. (metinde “*aedificiorum cui servitus debetur*” yani irtifak hakkından yararlanan bina ifadesi kullanılmıştır).

³¹⁰ Ölülerin gömüldüğü yer, mezar. D.11.7.2.5’de “ölü bedenlerin ya da kemiklerin yattığı yer” olarak tarif edilmiştir (Berger, s. 701).

mülkiyetimizde değildir; ancak mezara ulaşmak için geçit irtifakı talebi ile dava açabiliriz.

Mezarlar *extra commercium* olduğundan özel mülkiyetin konusu olmamaktadır³¹¹. Ancak metinde *ius sepulchri*³¹² yani mirasa konu olabilen mezarlardan bahsedilmektedir. Metinde mezara ulaşmak için bir başkasının taşınmazından geçmek gerekiyorsa, o taşınmaz üzerinde geçit irtifakının talep edileceği ifade edilmektedir.

D.8.6.4 (Paulus 27 ad ed.)

“Iter sepulchro debitum non utendo numquam amittitur”.

Mezara ulaşmak için geçit irtifakı kullanılmamakla (*non usus*) sona ermez.

Ancak taşınmaz lehine irtifak haklarının hepsi bu değerlendirmeye alınmamıştır. Daha çok geçit irtifakından bahsedilmektedir. Benzer şekilde diğer alışverişe elverişli olmayan (*extra commercium*) eşyalar açısından da bir değerlendirmeye rastlanmamaktadır³¹³. Yalnızca mezarlar bakımından geçit irtifakı ele alınmıştır: *iter ad sepulchri*. Burada dikkate alınan asıl ölçüt, “yarar” ölçütüdür. Diğer bir anlatımla, yararlanan taşınmaz yani mezarların su yolu (*aquae ductus*) ya da sürü otlatmak (*ius pascendi*) gibi diğer irtifak haklarından bir yararı yoktur. Dolayısıyla buradaki asıl kıstas mezarların alışverişe elverişli mal olmaması değil, bu irtifak haklarından mezarların bir yararının bulunmamasıdır³¹⁴.

³¹¹ Gai.2.4’de *Gaius, res religiosae* yani dini malların ilahlara adandığı ve onların mülkiyetinde olduğunu belirtmektedir.

³¹² Mezarı ziyaret etme ve gerekli ayinleri yapma hakkı. Bir yer mezar yeri olarak kendisine tahsis edilmiş olan kimsenin ailesi ve mirasçılara söz konusu ziyaret hakkının miras yoluyla intikal edebileceği, Klasik Dönemde kabul edilmekle birlikte yaşayanlar arasında nakli mümkün değildi (Berger, s. 533; Umur,1983a, s. 104).

³¹³ Grosso, 1969, s. 146 vd.

³¹⁴ Biondi, 1954, s. 111.

Mezara ulaşmak için geçit irtifakı, diğer irtifaklardan farklı kendine özgü bir yapıya sahiptir. Örneğin D. 8.6.4'de kullanılmamakla söz konusu geçit irtifakının sona ermeyeceği belirtilmiştir. Oysa diğer köy taşınmazları lehine irtifak hakları, *non usus* yani zamanaşımı süresi içinde kullanılmadıklarında sona erer. Mezara ulaşmak için geçit irtifakının kurulması ve sona ermesi farklı rejime tabi olmakla birlikte dava yoluyla talep edilmesi (*vindicatio*) aynı rejime tabidir³¹⁵. Bu durum zorunlu geçit irtifakının ilk izleri olarak kabul edilmektedir³¹⁶.

III- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARININ SINIFLANDIRILMASI

Klasik metinlerde taşınmaz lehine irtifak hakları ile ilgili olarak benimsenen temel ayırım şehir taşınmazları lehine ve köy taşınmazları lehine irtifak hakları şeklindedir³¹⁷.

D.8.1.1 (Marcianus 3 reg.)

“Servitutessunt, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum”.

İrtifak hakları gerekse taşınmaz lehinedir, köy taşınmazları ve şehir taşınmazları lehine irtifaklar gibi.

³¹⁵ Grosso, 1969, s. 145.

³¹⁶ Roma Hukukunda bir istisna olarak görülen bu durum, Ortak Hukukta genişletildi ve bir taşınmazın işletilmesi ve o taşınmazdan ekonomik yarar sağlanması bakımından geçit sorunluluğu bulunan hallerde geçite ihtiyacı olan taşınmazın malikine zorunlu geçit talebi olanağı verildi (Özbudun, s. 753).

³¹⁷ Vat.45 (Paul.2 manual): *“.....Idemque est in servitutibus praediorum urbanorum”* (aynı durum şehir taşınmazı lehine irtifak hakları için de söz konusudur); Gai.2.14a (metnin kendisi ve çevirisi için bkz. 36); Ins. Ulp. 19.1 (metnin kendisi ve çevirisi için bkz. s.20).

Iustinianus Döneminde de taşınmaz lehine irtifak hakları bakımından köy taşınmazları ve şehir taşınmazları lehine irtifak hakları ayrımı, temel ayırım olarak benimsenmiştir.

Ius.I.2.3

“Rusticorum praediorum iura sunt haec: iter, actus, via, aquae ductus.Praediorum urbanorum sunt servitutes quae aedificiis inhaerent, ideo urbanorum praediorum dictae quoniam aedificia omnia urbana praedia appellantur, etsi in villa aedificata sunt...”

Köy taşınmazları lehine irtifak hakları şunlardır: *iter, actus, via, aquaeductus*.....Şehir taşınmazı lehine irtifak hakları, binalar üzerinde olanlardır. Şehir taşınmazları lehine ismini bu yüzden alırlar, zira bütün binalara köyde yapılmış dahi olsa şehir taşınmazları ismini veriyoruz.³¹⁸.

Hatta *Digesta*'nın taşınmaz lehine irtifak hakları ile ilgili sekizinci bölümün ikinci alt başlığı *“De Servitutes Praediorum Urbanorum”* yani “Şehir Taşınmazları Lehine İrtifak Hakları Hakkında” ve üçüncü alt başlığı ise *“De Servitutes Praediorum Rusticorum”* yani “Köy Taşınmazları Lehine İrtifak Hakları” şeklindedir. Yine taşınmaz lehine irtifak hakları ile ilgili sekizinci bölümün dördüncü alt başlığı ise *“Communia Praediorum Tam Urbanorum Quam Rusticorum”* yani “Gerek Şehir Taşınmazları Gerekse Köy Taşınmazları Lehine İrtifak Hakları için Ortak Düzenlemeler” biçimindedir.

D.8.3.1 pr.(Ulpianus 2 inst.)

“Servitutes rusticorum praediorum sunt hae: iter actus via aquae ductus. iter est ius eundi ambulandi homini, non etiam iumentum agendi. actus est ius agendi vel iumentum vel vehiculum: itaque qui iter habet, actum non habet, qui actum habet, et iter habet etiam sine iumento. via est ius eundi et agendi et ambulandi: nam et iter et actum in se via continet. Aquae ductus est ius aquam dicendi per fundum alienum”.

³¹⁸ Çeviride Umur, 1968, s. 93'den yararlanılmıştır.

Köy taşınmazı lehine irtifak hakları şunlardır: *iter*, *actus*, *via* ve *aquae ductus*. *Iter*, bir kimsenin yürüyerek geçme hakkını içerir; ancak sürü geçirme hakkını içermez. *Actus*, sürü veya yük arabası geçirme hakkıdır. Dolayısıyla her kim *iter*'e sahipse, *actus*'a sahip değildir. Ancak her kim *actus*'a sahipse, aynı zamanda sürü olmadan geçme hakkına da (*iter*'e) sahiptir. *Via* ise bir kimsenin yürüyerek geçmesi, sürü ya da yük hayvanı geçirmesinden ibarettir. Nitekim *via*, *iter* ve *actus*'u kapsar. *Aquae ductus* ise başkasının arazisi üzerinden su geçirme hakkıdır.

Ulpianus, köy taşınmazı lehine irtifak hakları kapsamında en eski irtifak haklarını saymaktadır. Öncelikle geçit irtifaklarına değinmektedir. *Iter*'de yalnızca insanların geçmesi söz konusudur; ancak *iter* at üzerinde geçilmesini de kapsar³¹⁹. Dolayısıyla eğer *iter* varsa, sürü geçirilmesi mümkün değildir. *Actus* ise sürü geçirme ya da yük arabası geçirme hakkıdır. Hukukçu iki irtifak hakkını karşılaştırmaktadır. Buna göre yürüyerek geçme hakkına sahip kimse sürüyle ya da yük arabasıyla geçme hakkına sahip değildir. Ancak sürüyle ya da yük arabasıyla geçme hakkına sahip kimse, sürü ya da yük arabası olmadan, yürüyerek geçme hakkına da sahiptir. Hukukçu *via*'yı ise hem yürüyerek hem de sürü ya da yük hayvanı ile geçme hakkı olarak, diğer iki irtifak hakkını da kapsayacak şekilde tanımlamıştır. Bunun yanı sıra *via* malzeme geçirilmesini de kapsar³²⁰. Metinde gerek *actus*'un gerekse *via*'nın *iter*'i içerdiği anlaşılmaktadır. *Aquae ductus* ise başkasının taşınmazından su geçirme irtifakıdır.

³¹⁹ D.8.3.12, metnin kendisi ve çevirisi için bkz. s.17.

³²⁰ D.8.3.7pr.(Paulus 21 ad ed.): “*Qui sella aut lectica vehitur, ire, non agere dicitur: iumentum vero ducere non potest, qui iter tantum habet. qui actum habet, et plostrum ducere et iumenta agere potest. sed trahendi lapidem aut tignum neutri eorum ius est: quidam nec hastam rectam ei ferre licere, quia neque eundi neque agendi gratia id faceret et possent fructus eo modo laedi. qui viam habent, eundi agendique ius habent: plerique et trahendi quoque et rectam hastam referendi, si modo fructus non laedat.*” (Bir kimse tahtirevan ya da sedye ile taşıyorsa geçme hakkı vardır; fakat geçirme hakkı yoktur deriz. Ayrıca her kim *iter*'e sahipse sürü geçiremez. Ancak her kim *actus*'a sahipse hem yük arabası hem de sürü geçirebilir. Ancak ne *iter* ne de *actus* taş ya da kereste sürüklemek hakkını içerir. Bazıları taşınmazda dik şekilde mızrak taşımanın da meşru olmadığını söyler, çünkü bu onun geçme ya da geçirme hakkına dahil değildir. Kaldı ki; bu şekilde ürünler zarar görebilir. Her kim *via*'ya sahipse hem geçme hem de geçirme hakkına sahiptir. Üstelik taş ya da kereste sürükleme ve ürünlere zarar vermeden mızrak taşıma hakkına da sahip olduğu ileri sürülür).

D.8.3.1.1 (Ulpianus 2 inst.)

“In rusticis computanda sunt aquae haustus, pecoris ad aquam adpulsus, ius pascendi, calcis coquendae, harenae fodiendae”.

Köy taşınmazları lehine irtifak haklarına, başkasının arazisindeki kaynaktan su alma, sürüyü su içmesi için başkasının taşınmazına götürme, sürü otlatma, kireç söndürme ve kum çekme de dahildir.

Yukarıdaki metinde ise diğer köy taşınmazı lehine irtifak hakları sayılmıştır.

Buna göre *aquae haustus*, başkasının taşınmazındaki kaynaktan su alma; *pecoris ad aquam adpulsus*, sürüyü su içmesi için başkasının taşınmazına götürme; *ius pascendi*, başkasının taşınmazında sürü otlatma; *calcis coquendae*, kireç söndürme ve *harenae fodiendae* ise kum çekme irtifakıdır.

Ius.Ins. 2.3

“Rusticorum praediorum iura sunt haec: iter, actus, via, aquae ductus. iter est ius eundi, ambulandi homini, non etiam iumentum agendi vel vehiculum: actus est ius agendi vel iumentum vel vehiculum. itaque qui iter habet, actum non habet; qui actum habet, et iter habet eoque uti potest etiam sine iumento. via est ius eundi et agendi et ambulandi: nam et iter et actum in se via continet. Aquae ductus est ius aquae ducendae per fundum alienum...In rusticorum praediorum servitutibus quidam computari recte putant aquae haustum, pecoris ad aquam adpulsus, ius pascendi, calcis coquendae, harenae fodiendae”.

Köy taşınmazları üzerindeki haklar şunlardır (*rusticorum praediorum iura*): *iter, actus, aqua ductus*. *Iter*, bir insanın yaya geçme hakkı olup, hayvan veya araba geçiremez. *Actus*, hayvanları ve arabaları geçirme hakkıdır. Şöyle ki; *iter*'e sahip olan *actus*'a sahip olmaz, hakbuki *actus*'a sahip olanın *iter*'i de vardır ve bu hakkını, hayvan geçirmeden de kullanabilir. *Via* yaya gitmek, at veya araba ile geçmek ve hayvan geçirmek hakkıdır: nitekim hem *iter*'i hem de *actus*'u içerir. *Aquae ductus* başkasının arazisinden su geçirme hakkıdır... Köy taşınmazları lehine irtifak hakları arasında, doğru olarak, kaynaktan su alma, sürüye su içirme, yayılım, kireç söndürme, kum çekme irtifakları da sayılır.

Iustinianus'un metninde, tüm köy taşınmazı lehine irtifak hakları bir arada sayılmaktadır.

Aşağıdaki metinde ise şehir taşınmazı lehine irtifak haklarının bir kısmı sayılmıştır.

D.8.2.2 (Gaius 7 ad ed. provinc.)

“Urbanorum praediorum iura talia sunt: altius tollendi et officiendi luminibus vicini aut non extollendi: item stillicidium avertendi in tectum vel aream vicini aut non avertendi: item immittendi tigna in parietem vicini et denique prociendi protegendive ceteraque istis similia”.

Şehir taşınmazı lehine irtifak hakları şunlardır: *servitus altius tollendi* ya da *non tollendi*; benzer şekilde *servitus stillicidii avertendi* ya da *non avvertendi*; *servitus tigni immittendi* ve son olarak *servitus prociendi protegendive* ve yanı sıra benzer haklar.

Metinde bahsi geçen şehir taşınmazı lehine irtifak hakları: *Servitus altius tollendi*, komşunun ışığını kesebilecek oranda binayı yükseltme ya da *non altius tollendi*, binayı yükseltmeme irtifakı; *servitus stillicidii avertendi*, komşunun çatısından veya arazisinden yağmur sularını akıtma ya da *non avvertendi*, yağmur sularının akıtılmasını engelleme irtifakı; *servitus tigni immittendi*, komşunun duvarına giriş dayama irtifakı ve *servitus prociendi protegendive* ise komşu taşınmaz üzerinde balkon, teras gibi ek inşaat yapma irtifakıdır.

Ius.Ins. 2.3.1

“.....Item praediorum urbanorum servitutes sunt hae: ut vicinus onera vicini sustineat: ut in parietem eius liceat vicino tignum immittere: ut stillicidium vel flumen recipiat quis in aedes suas vel in aream, vel non recipiat: et ne altius tollat quis aedes suas, ne luminibus vicini officiatur.”

.....Şehir taşınmazları lehine irtifak hakları şunlardır: bitişik binanın komşuya isnat etmesi, komşunun duvarına giriş dayamak hakkı, çatı veya çatı

deresinden gelen suyu kendi binasına, kendi avlusuna veya kendi mecrasına almak veya almamak hakkı; komşunun ışığını kesmemek için kendi binasını yükseltmeme hakkı (*servitus oneris ferendi, servitus tigni immitendi, servitus stillicidi immitendi, altius non tollendi ve limunis*)³²¹.

Köy taşınmazı ve şehir taşınmazı lehine irtifak hakkı şeklindeki ayrımın, irtifak hakkının lehine kurulduğu taşınmazın niteliği dikkate alınarak yapıldığı kimi yazarlarca ileri sürülmektedir³²². Ancak bu ayrımın kökeninde her bir irtifak hakkının kendine özgü işlevinin yattığı görüşü de savunulmaktadır³²³. Buna göre köy taşınmazı lehine irtifak haklarının tarımsal bir işlevi varken, şehir taşınmazı lehine irtifak haklarının böyle bir işlevi yoktur³²⁴. Ayrıca bu ayrımın hem taşınmazın niteliği hem de irtifak hakkının işlevi dikkate alınarak, yapıldığı görüşü doktrinde yerini almıştır³²⁵.

D.8.4.14 (Iulianus 41 dig.)

“Iter nihil prohibet sic constitui, ut quis interdum dumtaxat eat: quod fere circa praedia urbana etiam necessarium est”.

Iter’in yalnızca gün ışığında kullanılabilceği koşulu, *iter*’in kurulmasını engellemez. Nitekim söz konusu kısıtlama şehir taşınmazları bakımından aslında bir gerekliliktir.

Iulianus, bir şehir taşınmazı (*praedia urbana*) yani bir bina lehine *iter* yani yaya geçme irtifakının kurulabileceğini belirtmektedir. Her ne kadar *iter*, köy taşınmazı lehine irtifak hakları arasında sayılmışsa da bir bina lehine kurulabilmektedir.

³²¹ Çeviride Umur, 1968, s. 93’den yararlanılmıştır.

³²² Solazzi, 1948, s. 2 vd; Franciosi, s. 215; Buckland, s. 263.

³²³ Bonfante, 1972, s. 47 vd.; Biondi, 1954, 209 vd.; Di Marzo, s. 271.

³²⁴ Schulz, s. 393; Schwarz, s.220.

³²⁵ Grosso, 1969, s. 57 vd.; Talamanca, 1990, s. 460-461.

Nitekim köy taşınmazı lehine irtifaklar arasında sayılan irtifakların hepsinin, şehir taşınmazları lehine kurulması mümkün değildir. Örneğin; *aquae haustus*, *adpulsus pecoris ad aquam* ve *ius pascendi* her zaman tarımsal işlevini korumuştur. Oysa su yolu irtifakı ve geçit irtifaklarının şehir taşınmazları bakımından da kurulması mümkündür³²⁶. Çünkü şehir taşınmazının, geçit veya su yolu irtifakı kurulmasıyla yarar sağlayacağı da açıktır.

IV TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKKININ İÇERİĞİ

A- Roma Hukukunda Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Belirli Tiplerde Olması

Roma Hukuku doktrinde taşınmaz lehine irtifak haklarının tipe bağlı olup olmadığı konusu geniş tartışmalara neden olmuştur. **Perozzi** tarafından geliştirilen görüşe göre Roma'da taşınmaz lehine irtifak hakları tipe bağlıdır³²⁷. Çünkü Klasik Roma Hukuku kaynaklarında tarafların isteklerine göre irtifak hakkının içeriğini belirleyebileceklerine ilişkin metinlere rastlanmamaktadır³²⁸. Tüm taşınmaz lehine irtifak hakları belirli bir yetkiyi temsil eden belirli bir isimle anılmaktadır³²⁹. Roma Hukuku kaynaklarında irtifak hakları birbirinden ayrı bir sistem içinde bulunmaktadır. Örneğin en eski geçit irtifakları *via* (geçit), *iter* (yürüyerek geçme) ve

³²⁶ Corbino, 1991, s. 220.

³²⁷ Perozzi, 1948a, s.4 vd. Aynı görüşte Betti, s. 447; Biondi, 1954, s. 43 vd.; Capogrossi Colognesi, 1972, s. 210; Marrone, s. 355.

³²⁸ Perozzi, 1948a, s. 12. Hukukçu buradan hareketle irtifak haklarının içeriğinin taraflarca değiştirilemeyeceği sonucuna ulaşmaktadır. Buna göre irtifak haklarının kapsamı hukuken belirlenmiştir, taraflarca bu kapsam değiştirilemez. Örneğin *servitus oneris ferendi* kapsamında *reficere parietem* yani dayanılan kirişi ya da duvarı onarma yükümlülüğü vardır ve bu yükümlülük yüklü taşınmaz malikine düşmektedir; taraflarca bu yükümlülük kaldırılamayacağı gibi yararlanan taşınmaz malikinin bu yükümlülüğe katlanması gerektiği şeklinde düzenlemelerde de bulunamaz (Perozzi, 1948a, s. 13).

³²⁹ Perozzi, 1948a, s. 12.

actus (yük ve çeki hayvanı ile geçme), birbirinden bağımsız bir şekilde ele alınmış ve genel bir geçit irtifakı kavramı içinde değerlendirilmemiştir. Benzer şekilde, *servitus non altius tollendi* (kendi binasını yükseltmeme irtifakı), *servitus ne luminibus officatur* (komşunun ışığını kesecek biçimde bina yükseltmeme irtifakı) ve *servitus ne prospectui officatur* (komşunun manzarasını kesecek şekilde bina inşa etmeme ve ağaç yetiştirmeme) şeklindeki şehir taşınmazları lehine irtifak hakları da ayrı ayrı değerlendirilmiş; genel bir manzara ve ışığı kesmeme irtifakı kavramı içinde ele alınmamıştır³³⁰.

Brugi ise bu görüşü eleştirmiştir. Yazara göre Klasik Dönemde taşınmaz lehine irtifak haklarının tipe bağlı olduğundan bahsedilemez. Bu dönemde tipe bağlı sistemin yerini artık tarafların müdahalesine açık yeni bir sistem almıştır. Tarafların serbestçe irtifak hakkı kurabilmeleri ise *modus* sayesinde olmaktadır. Bu değişim, *Iustinianus* Döneminde daha belirgindir³³¹.

Perozzi'ye göre *Praetor* beyannamesinde genel olarak taşınmaz lehine irtifak haklarına ilişkin dava *formula*'sı yer almamaktadır. Onun yerine bazı irtifak haklarına ilişkin dava *formula*'ları ile karşılaşılmaktadır³³². **Elvers** ve **Arangio-Ruiz** özellikle bu noktada taşınmaz lehine irtifak haklarının tipe bağlı olmadığı görüşündedir. **Elvers**, belirli isimli belirli şekildeki irtifak haklarının bulunduğu; ancak bu isim ve şekilde olmayan başka irtifak haklarının da sonradan bunlara eklendiği görüşündedir³³³. **Arangio-Ruiz** ise Klasik Roma Hukukunda sözleşmelerin

³³⁰ Perozzi, 1948a, s. 13.

³³¹ Brugi, s. 68 vd.

³³² Perozzi, 1948a, s. 18-19.

³³³ Elvers, s. 136 (Naklen Perozzi, 1948a, s. 19).

tipe bağılı olduğunu, zira bir sözleşme *praetor* beyannamesinde yer almıyorsa yani *praetor* tarafından dava *formula*'sı verilmemişse hukuki korumadan yoksun olduğunu belirtmektedir³³⁴. Yazara göre benzer şekilde aynı haklar da tipe bağılı olmakla birlikte tek başına taşınmaz lehine irtifak haklarının tipe bağılılığından bahsedilemez.

Doktrinde her iki görüşün ortasında kalan bir görüş daha kabul edilmektedir. **Grosso** tarafından geliştirilen bu görüşe göre, zaman içerisinde belirli tipte irtifak hakları ortaya çıkmıştır. İlk ortaya çıkan taşınmaz lehine irtifak hakları *iter*, *actus*, *via* ve *aquae ductus* birbirinden bağımsız bir şekilde ele alınmış ve genel olarak *servitutes* yani taşınmaz lehine irtifak hakları şeklinde bir sınıflandırmaya dahil edilmemiştir³³⁵. O nedenle irtifak haklarının içeriği ve tabi olduğu rejim birbirinden bağımsız bir şekilde kaynaklarda yerini almıştır. Her bir irtifak hakkının tarihsel gelişimi incelenerek içeriği ve tabi olduğu rejim anlaşılabilir³³⁶. Yazara göre zaman içinde ortaya çıkan ihtiyaçlar nedeniyle yeni tipte irtifak hakları oluşturulmaya başlanmıştır³³⁷. Dolayısıyla Roma'da irtifak hakları tipe bağılı olmakla birlikte kapalı

³³⁴ Aynı görüşte Talamanca, 1990, s. 210; Marrone, s. 126. Yazar *iureconsulti* tarafından genel bir “*servitutes*” kategorisi oluşturulduğu görüşündedir (Arangio-Ruiz, 1974, s. 483 vd.). Aynı görüşte: Solazzi, 1947, s. 6 vd. **Grosso**, *Edictum Perpetuum*'da bazı irtifak haklarına ilişkin dava *formula*'larının örnek teşkil edecek şekilde ele alınmış olduğunu ileri sürerek bu varsayıma karşı çıkmaktadır. Bu da özellikle tipe bağılı irtifak haklarının *iureconsulti* müdahalesi ile oluşturulduğunu göstermektedir (Grosso, 1937, s. 265 vd.).

³³⁵ Biondi, 1954, s. 43; Grosso, 1969, s. 61.

³³⁶ Grosso, 1937, s. 274–278. Örneğin; *Aquae ductus*, suyolu irtifakı, bir başkasının arazisinden su yolu, kanal geçirme yetkisini içermektedir. Bu su yolu irtifakı yalnızca sulama amaçlı değil sürü için ya da başka amaçlarla kurulmuş olabilir (D. 43.20.3; D.43.20.1.11). Ancak hangi amaçla kurulmuşsa bu amaç sonradan değiştirilemez (D.8.3.24). Ayrıca *aquae ductus* için özel bir koşul öngörülmektedir. Buna göre ancak sürekli bir suyun geçirilmesi için söz konusu irtifak hakkı mümkün olabilir. Tüm bunlar yalnızca *aqua ductus* yani su geçirme irtifakının tabi olduğu rejimdir (Grosso, 1969, s. 64–65).

³³⁷ **Perozzi**, *iureconsulti* yani hukuk alimleri tarafından bu incelemenin yapıldığı kanaatindedir. Yazara göre hukukçular *respondi* (hukukçuların cevapları) gibi somut olayı ele aldıkları hukuki değerlendirmelerde yeni ihtiyaçlara göre irtifak haklarını belirtiyorlardı (Perozzi, 1948a, s. 17). **Grosso** ise taşınmazların belirli ihtiyaçları nedeniyle yeni irtifak haklarının ortaya çıktığı görüşündedir (Grosso, 1937, s. 294).

bir sistem benimsenmemiş, böylece irtifak haklarının sayısı artmıştır. Klasik Hukuk Döneminde özellikle *praetor*'lar ve *iureconsulti*'nin katkısıyla yeni tipte irtifak hakları benimsenmiş ve içeriği belirlenmiştir³³⁸. Taraflar ise bu içerikleri belirlenmiş tipler arasında seçim yapmak durumundadır³³⁹. **Burdese** de bu görüşe katılmakla birlikte *numerus clausus* yani sınırlı sayıda olma ve tipe bağlılığın Roma'da farklı değerlendirildiğini belirtmektedir. Bugünkü hukuk sistemimizde tipe bağlılık ve sınırlı sayıda olma aynı haklara özgü bir hukuki niteliktir ve bir madalyonun iki yüzü gibidir³⁴⁰. Oysa Roma'da taşınmaz lehine irtifak hakları belirli tipte olmakla beraber sınırlı sayıda değildir. En eski irtifak hakları tipe bağlıdır. Ancak Cumhuriyet Döneminin sonlarına doğru yeni içerikte irtifak haklarına ihtiyaç duyulmuştur. Dolayısıyla söz konusu dönemde yeni irtifak hakları oluşturulması bakımından geniş bir serbesti tanınmıştır. *Principatus* Döneminde ise yeni bir irtifak hakkının kabul edilmesi bakımından genel sınırlar belirlenmiştir³⁴¹.

Giuffrè, Klasik Dönemde irtifak haklarının tipe bağlı olduğunu ancak irtifak hakları bakımından sınırlı sayıda olma ilkesinin benimsenmediğini belirtir³⁴². Yazara göre yeni irtifak hakları tarafların ihtiyacı doğrultusunda ortaya çıkmaktadır. Ancak bir kez hukuk düzenince kabul edildikten sonra taraflar artık bu irtifak hakkının içeriğini değiştirememektedir³⁴³. **Corbino**'ya göre de Roma'da taşınmaz lehine

³³⁸ Grosso, 1944, s. 33.

³³⁹ Guarino, 2006, s. 229.

³⁴⁰ Burdese, 1998, s. 4.

³⁴¹ Burdese, 1998, s. 35 vd.

³⁴² Aynı görüşte Schulz, s. 392.

³⁴³ Giuffrè, s. 135. Aynı görüşte bkz. Capogrossi Colognesi, 1966, s. 153.

irtifak hakları sınırlı sayıda değildir. Ancak kendine özgü işlevi olan farklı tipte irtifak hakları bulunmaktadır³⁴⁴.

Franciosi, en eski geçit irtifakları ve su geçirme irtifakının tipe bağlı olduğunu, her biri için ayrı *interdictum* öngörülmesini savunmaktadır³⁴⁵. Ancak tarihsel gelişim süreci içerisinde bu tipe bağlılık aşılmış olmakla birlikte yine de irtifak hakkına ilişkin genel bir sınıflandırmadan bahsedilemez. Yeni ihtiyaçları karşılamak üzere ortaya çıkan irtifak hakları tek başına değerlendirilmiştir³⁴⁶. Klasik dönem metinlerinde taşınmaz lehine irtifak hakları, teker teker sayılmış ve genel bir taşınmaz lehine irtifak hakkı yani *servitutes* kavramı içinde değerlendirilmemiştir³⁴⁷.

Kanımızca irtifak hakları tarafların ihtiyacına göre ortaya çıkmış; ancak içeriği hukuken belirlenmiştir. İlk ortaya çıkan taşınmaz lehine irtifak hakları *iter*, *actus*, *via* ve *aquae ductus* yararlanan taşınmaz malikinin *mancipium*'u kapsamında değerlendirilmiş, taşınmazdan ayrı bir biçimde düşünülmemiştir. Tarım toplumunun gereksinimleri çerçevesinde *res mancipi* olarak kabul edilmiştir ve farklı bir rejime tabidir. Bu yaklaşım uzunca bir süre varlığını korumuş, *Iustinianus* Dönemine kadar en eski irtifak haklarının sağlar arası işlemle kurulması *mancipatio* yoluyla olmuştur. Bu kapsamda söz konusu irtifaklar *res incorporales* yani maddi olmayan eşyalar olarak kabul edildikten sonra bile bu bakış açısı varlığını korumuştur. Dolayısıyla ilerleyen zamanlarda dahi tarafların istekleri doğrultusunda *via*, *iter* ve *actus* haricinde yeni bir geçit irtifakı oluşturulamamıştır. Daha sonra ortaya çıkan irtifak

³⁴⁴ Corbino, 1991, s. 220.

³⁴⁵ Franciosi, s. 41-42.

³⁴⁶ Franciosi, s. 185.

³⁴⁷ Franciosi, s. 183.

hakları ise şehirdeki taşınmazlardan daha iyi surette yararlanma amacı taşımaktadır. Bu irtifaklar tarımsal ihtiyaçlara göre şekillenmiş *res mancipi* olarak değil de *nec mancipi* olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla bu irtifakların sağlar arası işlemle kurulması *in iure cessio* ile mümkündür. Bu durumda Roma'da irtifak haklarının sınırlı sayıda olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Zira zaman içerisinde yeni irtifak hakları oluşturulmuş ve hukuk düzeni tarafından kabul edilmiştir. Ancak Roma'da Klasik Hukuk Döneminde genel bir irtifak hakkı kavramı olmadığı ve belirli tipte irtifak haklarının bulunduğunu da kabul etmek gerekir. Yalnız bu durum, Roma'da soyut kurallar yerine somut olaylar çerçevesinde sürekli gelişim gösteren bir hukuk düzeninin varlığından kaynaklanmaktadır. Bugün Kıta Avrupası hukuk sisteminde soyut normlar yasa koyucu tarafından düzenlenmekte ve somut olaya uygulanmaktadır. Oysa Roma'da somut olaylar değerlendirilmekte ve belirli çözümlere ulaşılmaktadır. Ayrıca Romalılar, genel kavram, tanım ve sınıflandırmalardan kaçınmaktadır. Taraflar serbest iradeleri ile bir taşınmaz lehine bir başka taşınmaz üzerinde yeni bir irtifak hakkı kurduğunda, bunun irtifak hakkı olarak kabul edilip edilmeyeceği hukuk düzeni tarafından denetlenmektedir. Bu da irtifak hakkının korunması aşamasında söz konusu olmaktadır. Eğer söz konusu yeni hukuki duruma hukuki korunma verildiyse o takdirde hukuki korunmadan faydalanmakta ve yeni bir irtifak hakkı olarak kabul görmektedir. Ancak hukuki korunmadan yoksun ise o takdirde bir haktan bahsedilemez. Bu bakış açısıyla Klasik Roma Hukuku kaynaklarında irtifak haklarının teker teker sayıldığı ve genel bir rejime tabi tutulmadığı görülür.

Eyalet taşınmazları üzerinde irtifak haklarının *pactio* ve *stipulatio*'larla kurulabileceğinin kabul edilmesi ve *Iustinianus* Döneminde irtifak haklarının kurulmasında tek yöntem olarak belirlenmesi ile irtifak haklarının belirli tipte olması anlayışı sona ermiştir³⁴⁸. Ayrıca *Iustinianus* Döneminde genel bir irtifak hakkı kategorisi kabul edilmektedir.

B- Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkını Kullanım Tarzı: *Modus* Kavramı

Taşınmaz lehine irtifak hakkı bakımından *modus* kavramı da doktrinde tartışmaya neden olmuştur. Tartışmanın ana eksenini, Roma'da taşınmaz lehine irtifak haklarının tipe bağlı olduğunun kabulü etrafında şekillenmektedir.

Modus kavramına **Perozzi** tarafından özellikle Roma'da taşınmaz lehine irtifak haklarının tipe bağlı olduğunu kanıtlamak amacıyla yer verilmiştir. Buna göre *modus*, taraflarca irtifak hakkına eklenmektedir ve üç önemli işlevi vardır: İrtifak hakkının kullanımını tespit eder, irtifak hakkının kullanım ölçüsünü belirler ve yüklü taşınmaz yararına irtifak hakkı yükünü sınırlar³⁴⁹. Yazar, irtifak hakkının içeriği ile irtifak hakkının kullanımını kavramını birbirinden ayırmaktadır. Yazara göre irtifak hakkının içeriği hukuk düzeni tarafından belirlenmiştir, dolayısıyla taraflar irtifak hakkının içeriğine müdahale edemez. *Modus* ise irtifak hakkının kullanımına ilişkindir³⁵⁰. **Grosso**, irtifak hakkının içeriği ile irtifak hakkının kullanımının birbirinden ayrılmasının mümkün olmadığını savunarak, bu görüşü eleştirmiştir. Yazara göre irtifak hakkının içeriği irtifak hakkı kullanılarak, gerçekleştirilir. O

³⁴⁸ Bonfante, 1972, s. 40; Biondi, 1954, s. 47; Cursi, s. 364 vd. Karşı görüşte Grosso, 1969, s. 75 vd.

³⁴⁹ Perozzi, 1948a, s. 30 vd.

³⁵⁰ Perozzi, s. 19 vd.

nedenle yazar *modus*'u irtifak hakkının içeriği olarak kabul etmektedir³⁵¹. Yazara göre henüz tam olarak tipi belirlenmemiş bir irtifak hakkının içeriğine müdahale, *modus* sayesinde olmaktadır³⁵².

Elvers'e göre ise *modus*, belirli tipteki irtifak hakkını bir başka tipe dönüştürmek için irtifak hakkının içeriğine ilişkin bir işlemdir³⁵³. **Brugi** ise taşınmaz lehine irtifak haklarının tipe bağlı olmadığını, tarafların serbest iradeleri ile irtifak hakkı kurabildiklerini ve taraf iradelerinin *modus* aracılığı ile ortaya koyulduğunu ileri sürmektedir³⁵⁴.

Cursi *modus*'u, irtifak hakkı kurulduğu anda taraflarca irtifak hakkına eklenen kullanım tarzı olarak tanımlamaktadır. Taraflar ihtiyaçları doğrultusunda hukuk düzenince kabul edilen belirli tipteki irtifak haklarına, bu şekilde müdahale etmektedir³⁵⁵.

Modus servitutis yani taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanım tarzı ile ilgili olarak aşağıdaki metinle karşılaşılmaktadır.

D.8.1.4 pr. (Papinianus 7 quaest.)

“Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore neque ad tempus neque sub condicione neque ad certam condicionem (verbi gratia " quamdiu volam") constitui possunt: sed tamen si haec adiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurreretur contra placita servitutem vindicanti: idque et sabinum respondisse cassius rettulit et sibi placere. I.Modum adici servitutibus posse constat: veluti quo genere vehiculi agatur vel non agatur (veluti ut equo dumtaxat) vel ut certum pondus vehatur vel grex ille

³⁵¹ Grosso, 1969, s. 161 vd.

³⁵² Grosso, 1969, s. 160 vd.

³⁵³ Elvers, s. 135 vd. (Naken Cursi, s. 10).

³⁵⁴ Brugi, s. 23 vd.

³⁵⁵ Cursi, s. 259.

transducatur aut carbo portetur. 2. Intervalla dierum et horarum non ad temporis causam, sed ad modum pertinent iure constitutae servitutis”.

Ius Civile'ye göre taşınmaz lehine irtifak hakkı, ne bir vadeden başlayarak geçerli olacak ne de belirli bir vadede sona erecek şekilde kurulabilir. Benzer şekilde ne <taliki> şarta bağlı olarak ne de belirli bir olayın gerçekleşmesi halinde (örneğin; «ben istediğim takdirde») sona ereceği koşuluyla kurulabilir. Ancak benzer unsurlar eklenmişse, irtifak hakkı talebiyle dava açıldığında taraflarca karşılaştırılan koşullar karşısında davacı, *pactum* ya da hile defii ile karşılaşacaktır. *Cassius*, bunun *Sabinus*'un görüşü olduğunu ifade etmekle birlikte bu görüşe katıldığını da belirtmektedir. 1. Taşınmaz lehine irtifak hakkına *modus*'un eklenebileceği kabul edilmektedir. Ne tür yük arabasıyla geçileceği ya da geçilemeyeceği (örneğin; sadece at üzerinde geçilebileceği) ya da ne kadar ağırlığın geçirilebileceği ya da özellikle hangi hayvan sürülerinin geçirilebileceği ya da kömür geçirilebileceği gibi. 2. İrtifak hakkının kullanımına ilişkin gün ve saat aralığı, irtifak hakkının ne zaman geçerli olacağı ile ilgili değildir. Hukuka uygun olarak kurulan irtifak hakkına ilave edilen bir *modus*'tur.

Metinde öncelikle *Ius Civile*'ye göre taşınmaz lehine irtifak hakkının şarta ve vadeye bağlı olarak kurulamayacağı ifade edilmiştir. Ancak şarta ya da vadeye bağlı olarak taraflar irtifak hakkı kurmuşsa ve irtifak hakkı talebi ile dava açılırsa *Ius Honorarium* kapsamında *pactum* ve hile defii olmak üzere iki tane defii olanağı getirilmiştir. Metnin devamında ise *modus*'tan bahsedilmektedir; ancak *modus*'un ne olduğu tarif edilmemiştir. *Papinianus*, örneklerle anlatmak yolunu tercih etmiştir. Buna göre geçit irtifakı söz konusu ise yalnızca at üzerinde geçilebileceği ya da ne tür bir at arabası ile geçilebileceğinin irtifak hakkı kurulurken taraflarca tespit edilebileceği belirtilmektedir. Benzer şekilde hangi hayvan sürüsünün geçirileceği de irtifak hakkı kurulurken taraflarca belirlenebilmektedir. Metnin sonunda şart ve *modus* arasında fark olduğuna değinilmektedir. Buna göre irtifak hakkının kullanımının gün ve saat aralığının belirlenmesi şart olarak değerlendirilmemekte ve fakat *modus* kapsamında değerlendirilmektedir.

Kanımızca **Cursi**'nin yaklaşımı isabetlidir ve *modus* irtifak hakkının kullanım tarzını ifade etmektedir. Kullanım tarzı tarafların serbest iradesi ile belirlenmektedir. Yukarıda alıntı yaptığımız metinde özellikle en eski irtifak haklarından bahsedilmektedir. Metinde verilen ilk örnek geçit irtifakıdır. Geçit irtifakının kullanımını “geçme eylemi” ile gerçekleştirmektedir. İşte taraflar bu geçme eylemine ilişkin bir belirleme yapmaktadır. Örneğin; geçit irtifakı için taraflar yalnızca atla geçileceği ya da yalnızca at arabası ile geçileceği şeklinde bir belirleme yapabilirler. Eğer sürüyle geçme irtifakı söz konusu ise taraflar hangi hayvan sürüsünün geçirilebileceğini tespit edebilirler. Benzer şekilde taşınmazdan geçirilecek yükün ağırlığına bir sınırlama getirebilirler. Tüm bunların, irtifak hakkının kullanım tarzına ilişkin olduğu oldukça açıktır³⁵⁶. Ancak metnin devamında irtifak hakkının kullanım zamanına ilişkin bir değerlendirme yapılmaktadır. Bu değerlendirme irtifak hakkının kullanımının sınırlanması şeklinde algılanmaktadır. Oysa burada da irtifak hakkının kullanım tarzından bahsedilmektedir. İrtifak hakkının kullanılacağı zamanın belirlenmesine ilişkindir. Bu konu Romalılar için büyük bir öneme sahiptir. Örneğin; yazın su geçirilmesi halinde özel bir *interdictum* öngörülmüştür.

V- Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Kazanılması

A- *Ius Civile*'ye Göre Kazanma Yolları

İtalya sınırları içindeki taşınmazlar (*Italica praedia*) *ius civile* mülkiyetinin konusunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla söz konusu taşınmazlar üzerinde irtifak

³⁵⁶ **Cursi**, en eski irtifak hakkı olarak *via*'yı kabul etmektedir. Burada bahsi geçen *modus* yani kullanım tarzı *via*'dan *actus* ve *iter*'in ortaya çıkarılmasını sağlamıştır. Zira *iter* ve *actus* geçme faaliyetini tarif etmektedir. Yaya geçmek, sürüyle geçmek gibi. XII Leva Kanunlarında bahsi geçen *via* ise topraktan bağımsız bir şekilde düşünülmemektedir. İşte geçme faaliyetini işaret eden iki yeni geçit irtifakı *modus* yani kullanım tarzının irtifak hakkına eklenmesi sayesinde olmuştur (Cursi, s. 29 vd. ve s. 365-366).

haklarının kazanılması, *ius civile*'nin öngördüğü kazanma yolları ile mümkün olmaktadır.

Yukarıda *res mancipi* olarak kabul edilen taşınmaz lehine irtifak haklarının *mancipatio* ya da *in iure cessio* ile diğer taşınmaz lehine irtifak haklarının ise *in iure cessio* ile kurulduğuna değinilmiştir. Zamanaşımı yoluyla taşınmaz lehine irtifak hakkının kazanılması meselesi de yukarıda ele alınmıştır. Gerek *mancipatio* gerekse *in iure cessio* ve *usucapio*, *ius civile*'ye uygun olarak taşınmaz lehine irtifak haklarının kazanılması yollarıdır. O nedenle burada *ius civile*'ye göre taşınmaz lehine irtifak haklarının diğer kazanma yolları ele alınacaktır.

1- *Deductio Servitutis: Deductio* Yoluyla Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Kurulması

Bir taşınmazın mülkiyetinin nakli işlemi yapılırken mülkiyeti nakledenin, ya nakle konu taşınmaz üzerinde ya da kendisine ait bir başka taşınmaz üzerinde nakle konu taşınmaz lehine irtifak hakkını kurması hali *deductio* olarak adlandırılmaktadır³⁵⁷.

Deductio mülkiyetin nakli işlemi ile birlikte söz olmaktadır. O nedenle Klasik Hukuk Döneminde *deductio*'nun *mancipatio* ya da *in iure cessio*'ya eklenmesi suretiyle irtifak hakkı kurulmaktadır³⁵⁸. Taşınmazın mülkiyetini devralan, devreden taşınmaz lehine irtifak hakkı ile yüklü olan taşınmazın maliki olduğunu törensel bir biçimde beyan etmektedir³⁵⁹. Dolayısıyla devreden şeklen bir irtifak hakkını muhafaza etmesinden söz edilemez ve fakat devralan belirli bir hakkı

³⁵⁷ Solazzi,1947, s. 87; Biondi, 1954, s. 222.

³⁵⁸ Solazzi,1947; s. 87; Biondi, 1954, s. 222.

³⁵⁹ Biondi, 1954, s. 223.

olduğunu beyan etmektedir³⁶⁰. *Iustinianus* Döneminde ise *traditio*, mülkiyetin nakli bakımından genel bir işlem olarak belirlenmiştir. Bu nedenle de *traditio* kapsamında *deductio* söz konusu olmaktadır³⁶¹.

Digesta'da taşınmaz devir ve teslim edilirken, üzerinde ya da lehine *deductio* yoluyla irtifak hakkı kurulmasına ilişkin metinlerle karşılaşılmaktadır:

D.8.2.34 (Iulianus 2 ex minic.)

“Et qui duas areas habet, alteram tradendo servam alteri efficere potest”.

Her kim iki araziye sahipse, bunlardan birisini bir başkasına devir ve teslim ederek (*traditio*), üzerinde taşınmaz lehine irtifak hakkı kurabilir.

D.8.4.3 (Gaius 7 ad ed. provinc.)

“Duorum praediorum dominus si alterum ea lege tibi dederit, ut id praedium quod datur serviat ei quod ipse retinet, vel contra, iure imposita servitus intellegitur”.

İki taşınmaza sahip malik, taşınmazlardan birisini, teslim edilen taşınmazın elinde tuttuğu diğeri lehine irtifak hakkı ile yüklü olması ya da tam tersi elinde tuttuğu taşınmazın teslim edilen lehine irtifak hakkı ile yüklü olması koşuluyla sana teslim ederse, taşınmaz lehine irtifak hakkı hukuka uygun olarak kurulmuştur.

Nemini res sua servit ilkesi gereğince malik kendi taşınmazı üzerinde bir başka taşınmazı lehine irtifak hakkı kuramaz; ancak taşınmazlarından birinin mülkiyetini devrederken kendisine ait bir başka taşınmaz lehine ya da üzerinde mülkiyetini nakletmekte olduğu taşınmaz lehine ya da üzerinde irtifak hakkı kurması mümkün olmaktadır.

³⁶⁰ Biondi, 1954, s. 223.

³⁶¹ Solazzi, 1947, s. 88.

D.8.4.8 (Pomponius 8 ad sab.)

“Si cum duas haberem insulas, duobus eodem momento tradidero, videndum est, an servitus alterutris imposita valeat, quia alienis quidem aedibus nec imponi nec adquiri servitus potest. Sed ante traditionem peractam suis magis acquirit vel imponit is qui tradit ideoque valebit servitus”.

İki tane taşınmazım var ve aynı zamanda her ikisini de ayrı ayrı, başka kimselere teslim ediyorum. Başkasının taşınmazına bir irtifak hakkının yüklenemeyeceği ya da başkasının taşınmazı üzerinde irtifak hakkı kazanılamayacağı kuralı gereğince, taşınmazlardan herhangi birinin irtifak hakkı ile yüklü olmasının geçerli olup olmadığı sorulabilir. Ancak teslim işlemi tamamlanmadan önce, kendi binasında irtifak hakkını kazanan ya da kendi binasına irtifak hakkı yükleyen kimse bakımından irtifak hakkı geçerlidir.

Yukarıdaki metinde de değinildiği üzere üçüncü bir kişiye ait taşınmaz lehine ya da üzerinde *deductio* yoluyla irtifak hakkı kurulamaz. Bu kural aşağıdaki metinlerde de açıkça dile getirilmiştir.

D.8.4.6 pr.(Ulpianus 28 ad sab.)

“Si quis duas aedes habeat et alteras tradat, potest legem traditioni dicere, ut vel istae quae non traduntur servae sint quae traduntur, vel contra ut traditae retentis aedibus serviant: parvique refert, vicinae sint ambae aedes an non. idem erit et in praediis rusticis: nam et si quis duos fundos habeat, alium alii potest servum facere tradendo. duas autem aedes simul tradendo non potest efficere alteras alteris servas, quia neque adquirere alienis aedibus servitutem neque imponere potest”.

Eğer bir kimse iki taşınmazın maliki ise ve bunlardan birisini devir ve teslim ederse, teslim edilmeyen taşınmazın diğeri lehine irtifak hakkı ile yüklü olacağı ya da tam tersi teslim edilenin elde tutulan lehine irtifak hakkı ile yüklü olacağı şeklinde bir hüküm koyabilir. Taşınmazların yakın olup olmaması az bir önem arz eder. Aynı kural köy taşınmazları bakımından da geçerlidir. Nitekim iki taşınmazı olan bir kimse, bir tanesini devir ve teslim ederken, diğeri lehine irtifak hakkı ile yüklü olmasını sağlayabilir. Eğer iki taşınmazı da aynı anda devir ve teslim ederse, aynı şekilde birinin diğereine irtifak hakkı ile yüklü olacağı şeklinde hüküm koyamaz, çünkü bir başkasının taşınmazı üzerinde ne irtifak hakkı kazanılabilir ne de bir başkasının taşınmazına irtifak hakkı yüklenebilir.

D.8.4.5 (Iavolenus 2 epist.)

“Proprium solum vendendo an servitatem talem iniungere possim, ut mihi et vicino serviat? similiter si commune solum vendo, ut mihi et socio serviat, an consequi possim? respondi: servitatem recipere nisi sibi nemo potest: adiectio itaque vicini pro supervacuo habenda est, ita ut tota servitus ad eum, qui receperit, pertineat. Solum autem communem vendendo ut mihi et socio serviat, efficere non possum, quia per unum socium communi solo servitus adquiri non potest”.

Taşınmazlarımdan bazılarını satıyorum. Hem kendim hem de komşum bakımından taşınmazı irtifak hakkı ile yüklü hale getirebilir miyim? Benzer şekilde, bir başkası ile müşterek malik olduğum taşınmazı satıyorum, irtifak hakkının kurulması beni ve diğer müşterek maliki etkiler mi? Cevabım bir kimsenin yalnızca kendisi için irtifak hakkını muhafaza edeceği, bir başkası adına yapamayacağı şeklindedir. Dolayısıyla komşu lehine eklenen hükmün bir geçerliliği yoktur. Zira irtifak hakkı bir bütün olarak onu muhafaza edene aittir. Ayrıca müşterek taşınmazın satışında, ben ve diğer müşterek malik irtifak hakkının kurulmasından etkilenmeyiz. Çünkü müşterek bir taşınmazda maliklerden yalnızca birisinin tasarrufu ile irtifak hakkı kazanılamaz.

Alıntı yapılan bu metinde ayrıca paylı mülkiyet konusu bir taşınmazda, pay sahiplerinden birisinin *deductio* yoluyla, taşınmazı satarken müşterek taşınmaz üzerinde irtifak hakkı kurup kuramayacağı sorusu ele alınmıştır. Buna göre müşterek maliklerden birisi tek başına müşterek taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunamayacağından, söz konusu irtifak hakkı kazanılamayacaktır.

2- Legatum Servitutis: Muayyen Mal Vasiyeti Yoluyla Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Kurulması

Muayyen mal vasiyeti yoluyla irtifak hakkı kurulması, *legatum per vindicationem* ve *legatum per damnationem* biçiminde iki türlü olmaktadır.

Legatum per vindicationem'de, vasiyeti düzenleyen kimse, lehine mal vasiyet ettiği kimseye o malı bıraktığına (*do lego*) ya da almasına izin verdiğine (*sumito*,

capito) dair ifadeler kullanarak, vasiyet bıraktığı kişinin söz konusu malın mülkiyetini kazanmasını sağlardı³⁶². *Legatum per vindicationem*, muayyen mal vasiyeti lehdarına bir aynı dava olanağı kazandırır³⁶³.

Taşınmaz lehine irtifak hakkı, bu tür muayyen mal vasiyeti ile kurulmak istenirse, örneğin; “*Titio ius eundi agendi per fundum Cornelianum do lego*”³⁶⁴ (*Cornelianus* arazisi üzerinde *Titio*’ya geçit irtifakını (*via*) bırakıyorum) şeklinde irtifak hakkı vasiyete konu olabilmekteydi. Bu durumda kendisine vasiyet bırakılan, mirası kabul ettiği anda irtifak hakkını *ipso iure* kazanmaktaydı³⁶⁵. Ancak eğer lehine vasiyet bırakılan kendisine irtifak hakkı bırakıldığından habersizse, mirasın kabul edildiği anda zamanaşımı ile kazanma süresi işlemeye başlardı³⁶⁶.

D.8.6.19.1 (Pomponius 32 ad sab.)

“*Si per fundum meum viam tibi legavero et adita mea hereditate per constitutum tempus ad amittendam servitutem ignoraveris eam tibi legatam esse, amittes viam non utendo. quod si intra idem tempus, antequam rescires tibi legatam servitutem, tuum fundum vendideris, ad emptorem via pertinebit, si reliquo tempore ea usus fuerit, quia scilicet tua esse coeperat: ut iam nec ius repudiandi legatum tibi possit contingere, cum ad te fundus non pertineat*”.

Eğer sana benim taşınmazım üzerinde geçit irtifakını (*via*) vasiyetname ile bırakırsam, mirasın kabulüyle, sen irtifak hakkının sona ermesi için tespit edilmiş süre içinde, vasiyetname lehtar olduğunu bilmezsen, geçit irtifakını kullanmama nedeniyle kaybedersin. Ancak yine söz konusu sürede, sen önce vasiyetname lehtar olduğunu öğrenir ve taşınmazı satarsan, o takdirde eğer alıcı zamanaşımı ile irtifak hakkının sona ermesi süresi içinde irtifak hakkını kullanırsa, geçit irtifakı (*via*) alıcıya geçecektir. Çünkü hakkın senin olmaya başlamış olduğu açıktır. Sonuç olarak bu durumda artık taşınmaz senin olmadığı anda mirası reddetme hakkın da yoktur.

³⁶² Gai.2.193. Küçükgüngör, 1996, s. 517.

³⁶³ Küçükgüngör, 1998a, s. 58.

³⁶⁴ Biondi, 1954, s. 227.

³⁶⁵ Solazzi, 1947, s. 91.

³⁶⁶ Biondi, 1954, s. 227.

Yukarıda alıntı yapılan metinde mirasın kabulüyle birlikte zamanaşımı yoluyla hakkı kaybetme süresinin de başladığı anlaşılmaktadır. Buna göre vasiyetname lehtarı, mirasın kabulünden itibaren ve zamanaşımı yoluyla irtifak hakkını kaybetme süresi içerisinde, vasiyetnameden habersizse irtifak hakkını kullanmayacaktır. Dolayısıyla irtifak hakkı sona erecektir. Fakat söz konusu süre içinde vasiyetname lehtarı, vasiyetnameden haberdar olursa geçit irtifakını kazanmış olacaktır. Bu durumda lehine irtifak hakkı vasiyet edilmiş taşınmazı satarsa ve alıcı irtifak hakkını kullanmaya başlarsa, lehine irtifak hakkı kurulmuş satın aldığı taşınmaz üzerinden irtifak hakkını kazanacaktır.

Legatum per damnationem'de ise vasiyeti düzenleyen kişi, mirasçılara, vasiyete konu malın vasiyet bırakılana verilmesi konusunda emir verirdi. Bu durumda lehine vasiyet bırakılan kişinin, malın kendisine teslimi bakımından mirasçılara karşı bir alacak hakkı bulunmaktaydı³⁶⁷.

Taşınmaz lehine irtifak hakkının bu tür bir muayyen mal vasiyetine konu olması halinde vasiyeti düzenleyen, mirasçılara vasiyet bırakılan lehine bir irtifak hakkı kurma borcu yüklemektedir. Dolayısıyla burada tam anlamıyla irtifak hakkının kurulmasından söz edilemez; ancak mirasçılara yüklenen irtifak hakkı kurma borcu söz konusu olmaktadır³⁶⁸. Bu durumda lehine vasiyet bırakılan kişi *actio ex testamento* ile mirasçıları irtifak hakkını kurmaları bakımından zorlayarak, vasiyetin yerine getirilmesini sağlayabilirdi³⁶⁹. Vasiyeti düzenleyen, mirasçılara başkasına ait

³⁶⁷ Küçükgüngör, 1996, s. 518.

³⁶⁸ Solazzi, 1947, s. 91.

³⁶⁹ Biondi, 1954, s. 227.

bir taşınmaz üzerinde irtifak hakkı kurma borcu da yükleyebilirdi³⁷⁰. O durumda kaynaklarda açıkça belirtilmemekle birlikte, başkasının malının vasiyet bırakılması halinde olduğu gibi, vasiyetnameyi düzenleyen taşınmazın bir başkasına ait olduğunu bilmesi gerekmektedir. Bu durumda mirasçılar, taşınmaz maliki tarafından irtifak hakkının kurulmasını muayyen mal vasiyeti lehtarına adına sağlamakla yükümlüydüler³⁷¹.

D.8.2.31 (Paulus 48 ad ed.)

“Si testamento damnatus heres, ne officeret vicini luminibus servitutemque praestaret, deposuit aedificium, concedenda erit legatario utilis actio, qua prohibeatur heres, si postea extollere supra priorem modum aedificium conabitur”.

Vasiyeti yerine getirilmesi yüklenen mirasçı, komşunun ışığını engellemek için söz konusu irtifak hakkını kurmakla yükümlüdür. <İrtifak hakkı ile yüklü> binayı yıkmıştır. Vasiyetname lehtarını mirasçıyı durdurmak için bir *actio utilis* açarak, binanın önceki sınırlamadan daha fazla yükseltilmesi halinde, bunun önlenmesini ister.

Alıntı yapılan metinde bina yükseltmeme irtifakını (*servitus altius non tollendi*) vasiyetname lehtarına lehine kurmakla yükümlü mirasçının, binayı yıkması ve daha sonra yeniden inşa etmesi hali söz konusudur. Eğer mirasçı binayı öncekinden daha yüksek bir şekilde inşa ederse, henüz irtifak hakkı kurulmamış olduğundan, bir *actio utilis* açarak mirasçıyı engellemeye çalışacaktır.

D.8.4.16 (Gaius 2 rer. cott.)

“Potest etiam in testamento heredem suum quis damnare, ne altius aedes suas tollat, ne luminibus aedium vicinarum officiat, vel ut patiat eum tignum in parietem immittere, vel stillicidia adversus eum habere, vel ut

³⁷⁰ Biondi, 1954, s. 227.

³⁷¹ Biondi, 1954, s. 227.

patiatur vicinum per fundum suum vel heredis ire agere aquamve ex eo ducere”.

Aynı zamanda bir kimse kendi mirasçısını vasiyetname yoluyla, komşu binanın ışığını engellemek için binasını yükseltmeyeceği; kendi duvarına giriş dayanmasına katlanacağı; kendi taşınmazına doğru yağmur sularının akıtılması; kendi taşınmazından komşunun geçmesi ve sürü geçirmesine ya da su geçirmesine katlanacağı şeklinde yükümlülük altına sokulabilir.

Yukarıdaki metinde bir kimsenin vasiyetname yoluyla mirasçısını yükümlülük altına sokmasından bahsedilmektedir. Burada hem bina yükseltmeme (*servitus non altius tollendi*); başkasının duvarına giriş dayama (*servitus tigni immitendi*) ve komşunun yağmur sularını kendi taşınmazından geçirme (*servitus stillicidii immitendi*) gibi şehir taşınmazı lehine irtifak haklarından hem de yürüyerek geçme (*iter*), sürüyle geçme (*actus*) ve su geçirme (*aquae ductus*) gibi köy taşınmazı lehine irtifak haklarından söz edilmektedir. Metinde, sayılan irtifak haklarına ilişkin yükümlülüğün mirasçıya yüklenmesi *legatum per damnationem* ile olmaktadır.

D.8.3.26 (Paulus 47 ad ed.)

“Si via iter actus aquae ductus legetur simpliciter per fundum, facultas est heredi, per quam partem fundi velit, constituere servitutem, si modo nulla captio legatario in servitute fit”.

Eğer *via*, *iter*, *actus* ya da *aquae ductus* herhangi bir belirleme olmaksızın taşınmaz aracılığıyla vasiyet edilmişse, irtifak hakkı ile ilgili olarak vasiyetname lehtarını kandırılmadığı takdirde, taşınmazın hangi bölümünde irtifak hakkının kullanılacağını tespit yetkisi mirasçılardır.

Bu metinde ise önemli değerlendirmeler vardır. Taşınmaz mirasçılara bırakılırken, üzerinde geçme ya da su geçirme irtifakının kurulması yükümlülüğü muayyen mal vasiyetine konu olmuştur. Ancak vasiyetnamede taşınmazın hangi

bölgesinde irtifak hakkının kullanılacağı belirtilmemiştir. O takdirde mirasçılar, irtifak hakkının taşınmazın hangi bölgesinde kullanılacağını tespit edeceklerdir.

Genel olarak muayyen mal vasiyeti ile taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulması üç halde söz konusu olmaktadır. Birincisi, mirasçılara ait olacak bir taşınmaz üzerinde bir başka taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulmasına ilişkin vasiyet düzenlenmesi halidir. Bu durumda, birisi taşınmazın diğeri irtifak hakkının miras bırakılmasına ilişkin, iki vasiyet söz konusu olmaktadır³⁷². İkinci hal, vasiyet bırakılan taşınmaz üzerinde mirasçılara bırakılan taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulmasına ilişkin vasiyet düzenlenmesidir³⁷³. Üçüncü hal ise iki taşınmazın birbirinden farklı iki kişiye, taşınmazlardan biri lehine diğeri üzerinde irtifak hakkı kurulmasının vasiyet edilmesi halidir³⁷⁴.

3-Adiudicatio Yoluyla Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Kurulması

Müşterek mülkiyetin taksimi konulu davalarda, *praetor* tarafından *formula*'ya *adiudicatio* hükmü konulmak suretiyle özel yargıcın müşterek malı taksim etmesi sağlanırdı³⁷⁵. Bu hüküm sayesinde özel yargıç, *actio familiae erciscundae*³⁷⁶ ve *actio communi dividundo*³⁷⁷ şeklindeki, iki tür müşterek mülkiyetin taksimi davası kapsamında taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulmasına karar verebilirdi³⁷⁸.

³⁷² Biondi, 1954, s. 228.

³⁷³ Biondi, 1954, s. 228.

³⁷⁴ Biondi, 1954, s. 228.

³⁷⁵ Bu tür davalarda öncelikle taksime konu malın değerinin tespit edilmesi gerekirdi. O nedenle bu uyuşmazlıkların çözümünde hakem (*arbiter*) tayini daha uygun olmaktadır (Öcal, 2006, s. 50 vd.).

³⁷⁶ Müşterek mirasçıların terekenin paylaşılması için açtıkları taksim davası (Umur, s. 7; Berger, s. 343; Gruppo Editore, s. 27).

³⁷⁷ Müşterek maliklerin, müşterek mülkiyeti sona erdirmek için açtıkları davadır (Umur, s. 3; Berger, s. 342; Gruppo Editore, s. 23).

³⁷⁸ Biondi, 1954, s. 238; Grosso, 1969, s. 192.

Actio communi dividundo ile ilgili olarak:

D.10.3.7.1 (Ulpianus 20 ad ed.)

“Neratius scribit arbitrum, si regionibus fundum non vectigalem divisum duobus adiudicaverit, posse quasi in duobus fundis servitutem imponere”.

Neratius, eğer hakem *adiudicatio* yoluyla *vectigalis* olmayan bir araziyi iki kişi arasında paylaştırırsa, iki ayrı taşınmazla uğraşıyormuş gibi bir taşınmaz lehine irtifak hakkı yükleyebilir şeklinde yazmıştır.

Metinde müşterek bir taşınmazın taksimini yaparken yargıcın, taksimden sonra iki farklı taşınmazın meydana geleceğini düşünerek, biri lehine diğeri üzerinde irtifak hakkı kurabileceği ifade edilmektedir.

Actio familiae erciscundae ile ilgili olarak:

D.10.3.18 (Iavolenus 2 epist.)

“Ut fundus hereditarius fundo non hereditario serviat, arbiter disponere non potest, quia ultra id quod in iudicium deductum est excedere potestas iudicis non potest”.

Hakem, terekedeki taşınmaz üzerinde terekede olmayan bir taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulmasına ilişkin karar veremez. Çünkü yargıcın yetkisi hüküm vermekten öteye geçemez.

Hakem terekedeki taşınmazı paylaştırırken, terekede olmayan bir taşınmaz lehine irtifak hakkı kuramaz. Çünkü kendisine terekenin taksimine ve bu kapsamda irtifak hakkı kurmasına ilişkin yetki verilmiştir. Terekede olmayan bir taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulmasına karar vermesi ise bu yetkinin aşılması anlamına gelmektedir.

D.10.2.22.3 (Ulpianus 19 ad ed.)

“*Sed etiam cum adiudicat, poterit imponere aliquam servitutem, ut alium alii servum faciat ex is ^iis^ quos adiudicat: sed si pure alii adiudicaverit fundum, alium adiudicando amplius servitutem imponere non poterit*”.

Ve ayrıca, *adiudicatio* anında, yargıç taksim etmekte olduğu taşınmazlardan biri lehine diğeri üzerinde herhangi bir irtifak hakkı kurabilir. Ancak taşınmazlardan birini taksim ederken daha önce taksim etmiş olduğu bir başka taşınmaz lehine irtifak hakkı kuramaz.

Benzer bir değerlendirme bu metinde de yer almaktadır. Buna göre yargıç, terekedeki taşınmazı taksim ederken, daha önce taksim etmiş olduğu bir taşınmaz lehine irtifak hakkı kuramaz.

Fr.Vat.47’de yalnızca *iudicium legitimum*³⁷⁹ davası bakımından *adiudicatio* yoluyla intifa hakkı kurulabileceği belirtilmektedir³⁸⁰. Bu konuda, taşınmaz lehine irtifak hakkı ile ilgili değerlendirmelere kaynaklarda rastlanmamaktadır. Ancak doktrindeki baskın görüş, ancak *iudicium legitimum* davası kapsamında *adiudicatio* yoluyla taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulabildiğinin kabulü yönündedir³⁸¹.

Bu yolla taşınmaz lehine irtifak hakkının kazanılmasında taşınmaz maliklerinin iradesi önem taşıymıyormuş gibi görünse de *Formula* Yargılamasının kendine özgü yapısı, aksini işaret etmektedir. Şöyle ki; özel yargıç önünde yargılamanın yapılabilmesi için tarafların *praetor* tarafından hazırlanan *formula*’nın içeriğini kabul etmesi gerekir. Bu durumda *adiudicatio* hükmü içeren bir *formula*’nın davanın taraflarınca kabulü, *praetor*’ca özel yargıca müşterek malın taksiminin yanı

³⁷⁹ Yalnızca Roma’da ya da Roma’nın bir mil çevresinde yaşayan Roma vatandaşları arasındaki uyuşmazlıkların, yine Roma vatandaşı tek yargıç önünde görüldüğü davalardır (Berger, s. 520-521; Gruppo Editore, s. 265).

³⁸⁰ Solazzi,1947, s. 106; Biondi, 1954, s. 238; Küçükgüngör, 1998a, s. 70.

³⁸¹ Solazzi,1947, s. 106-107; Biondi, 1954, s. 238-239; Grosso, s. 192.

sıra taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulması konusunda verilen yetkinin de kabulü anlamına gelir³⁸².

B- Eyalet Arazileri Üzerinde İrtifak Haklarının Kazanılması

Romalılar, İkinci Pön savaşının sonundan itibaren İtalya yarımadası dışında fethettikleri veya işgal ettikleri toprakları eyalet (*provincia*) olarak kabul etmişlerdir³⁸³. Bu topraklar, *dominium ex iure Quiritium* yani *ius civile* mülkiyetinin konusu olamaz³⁸⁴. O nedenle eyaletlerdeki taşınmazlar üzerinde, *mancipatio* ya da *in iure cessio* ile taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulması mümkün değildir. Ancak eyalet arazileri üzerinde de irtifak hakkı kurulması ihtiyacı nedeniyle taraflar, irtifak hakkından doğacak yükümlülükleri *pactionibus et stipulationibus* yani anlaşma yoluyla belirleyerek, taşınmaz lehine irtifak hakkı kurabilmektedir³⁸⁵.

Gai.2.31

“Sed haec scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in iure cessionem recipiunt. alioquin in prouincialibus praediis siue quis usumfructum siue ius eundi agendi aquamue ducendi uel altius tollendi aedes aut non tollendi, ne luminibus uicini officiat, ceteraque similia iura constituere uelit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest; quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in iure cessionem recipiunt”.

Ancak bu İtalya arazisi için geçerlidir, çünkü bu araziler *mancipatio* ve *in iure cessio*'ya elverişlidir. Bundan farklı olarak eğer bir kimse intifa hakkı, *via*, *aquaeductus*, *servitus altius tollendi* ya da *non tollendi*, *servitus ne luminibus officiat* ya da benzeri hakları kurmak istiyorsa, bu sonucu *pactiones et stipulationes* ile elde edebilir. Çünkü söz konusu arazi *mancipatio* ve *in iure cessio*'ya elverişli değildir.

³⁸² Biondi, 1954, s. 239.

³⁸³ Albanese, s. 73.

³⁸⁴ Bu topraklar *stipendium* (senatonun eyaletleri) ve *tributum* (imparator eyaletleri) olarak ikiye ayrılmaktadır. Senato eyaletlerindeki toprakların, Roma Halkına (*populus Romanus*); imparator eyaletlerindeki toprakların ise imparatora ait olduğu kabul edilmektedir (Umur, 1983b, s. 123-124).

³⁸⁵ Bonfante, 1972, s. 139; Marrone, s. 357; Umur, 1983b, s. 143; Grosso, 1969, s. 192; Biondi, 1954, s. 246.

Burada *pactio* ve *stipulatio* olmak üzere iki işlem söz konusu olmaktadır. O nedenle öncelikle irtifak hakkının hangisiyle kurulduğu, diğer bir anlatımla hangi işlemin aynı hak kurma etkisi yarattığı sorununun çözümü önem arz etmektedir.

Bir görüş Romalıların, aynı etkisi olan işlemle borç doğuran işlemi birbirinden ayırdığı ve borç doğuran tipik bir işlem olan *stipulatio*'nun aynı etkiyi haiz olduğunu ileri sürmektedir³⁸⁶. Buna göre *stipulatio* bugün eşyaya bağlı borç olarak adlandırdığımız borcu doğurmaktadır³⁸⁷.

Bir diğer görüş ise *pactio* ve *stipulatio* işlemlerinin birbirinden ayrılamayacağı ve Romalıların *pactio* ya da *stipulatio* şeklinde bir ifade tarzı kullanmadığı ve fakat her iki işlemin birlikte arandığını ileri sürülmüştür³⁸⁸. Bu kapsamda *pactio*'un içerik *stipulatio*'nun ise şekli temsil ettiği ifade edilmiştir³⁸⁹. *Pactio*, tarafların asıl iradelerini içeren işlemdir. Buna göre tarafların borç doğuran bir işlemi mi kast ettikleri yoksa irtifak hakkı mı kurmak istedikleri anlaşılabilir³⁹⁰. *Stipulatio* ise hukuken hüküm doğuran işlemdir ve bu sayede *praetor* tarafından irtifak hakkı, dava ile korunmaktadır³⁹¹. Çünkü eyalet arazileri üzerinde *ius civile*'ye uygun olarak kurulan bir irtifak hakkı söz konusu olmadığından, bu yolla kurulan taşınmaz lehine irtifak haklarının *ius civile*'de öngörülen *vindicatio servitutis* ile korunması mümkün olmuyordu³⁹². Zira eyalet arazileri devlete aitti; ancak söz konusu araziler kullanımına bırakılan kişilerin zilyetliğinde kabul ediliyordu.

³⁸⁶ Perozzi, 1948d, s. 220 vd; Solazzi, 1947, s. 128 vd.

³⁸⁷ Provera, 1971, s.15 vd.

³⁸⁸ Bonfante, 1972, s.140; Grosso, 1969, s. 197; Sanfilippo, s. 233.

³⁸⁹ Bonfante, 1972, s.141; Küçükgüngör, 1998a, s. 74.

³⁹⁰ Biondi, 1954, s. 256.

³⁹¹ Biondi, 1954, s. 256.

³⁹² Biondi, 1954, s. 249; Marrone, s. 357.

Dolayısıyla bu araziler *praetor*'larca tanınan *actio publiciana in rem* kapsamında korunuyordu³⁹³. Haliyle eyalet arazisi üzerinde *pactio* ve *stipulatio* ile kurulan bir taşınmaz lehine irtifak hakkının korunması, *praetor* tarafından eyalet arazisinin zilyedine *vindicatio servitutis* örnek alınarak oluşturulan bir dava (*actio utilis*) tanınması suretiyle olmaktadır³⁹⁴. Ancak yine aynı kapsamda, *stipulatio*'nun Romalılar için her zaman borç doğuran bir işlem olduğu ve *pactio*'nun aynı hakkı kuran işlem olduğu ileri sürülmüştür³⁹⁵. *Stipulatio*'nun işlevinin ise söz verenin kendisinin ya da mirasçılarının irtifak hakkına müdahale etmeyeceklerini güvence altına almak olduğu da ileri sürülmüştür³⁹⁶. Dolayısıyla *pactio*, *mancipatio* ya da *in iure cessio*'nun yerini alırken, *stipulatio* irtifak hakkının kullanımını güvence altına alan bir işlem olmaktadır.

Kanımızca son görüş isabetlidir. Alıntı yapılan aşağıdaki metinde paylı mülkiyete konu iki taşınmazın, iki pay sahibi arasında taksiminden söz edilmektedir. Bu taksim sırasında her taşınmazın müstakilen bir pay sahibine bırakılması ve fakat üzerinde diğeri lehine su yolu irtifakı kurulması söz konusu olmaktadır. Metnin sonunda yapılan değerlendirmeye göre tarafların anlaşarak, taşınmazları taksim etmesi halinde, irtifak hakkı kurmaları ancak *stipulatio* ile güçlendirilmiş bir *pactio* yapılması halinde mümkün olmaktadır. *Africanus* tarafından da açıkça bu durum dile getirilmiştir. Öyleyse *pactio* irtifak hakkını kuran işlemdir; ancak bu işlemin *stipulatio* ile güçlendirilmesi ve bu sayede ileride irtifak hakkına yapılması muhtemel müdahalelerin önlenmesinin taahhüt edilmesi gerekmektedir.

³⁹³ Biondi, 1954, s. 249; Berger, s. 344.

³⁹⁴ Biondi, 1954, s. 253; Betti, s. 457; Girard, 2003, s. 407.

³⁹⁵ Talamanca, 1990, s. 468.

³⁹⁶ Kaser, s.120; Grosso, 1969, s. 197; Marrone, s. 357; Talamanca, 1990, s. 468; Girard, 2003, s. 399-400; Corbino, 1990, s. 256; Burdese, 1970, s. 122.

D.8.3.33 pr.(Africanus 9 quaest.)

“Cum essent mihi et tibi fundi duo communes titianus et seianus et in divisione convenisset, ut mihi titianus, tibi seianus cederet, invicem partes eorum tradidimus et in tradendo dictum est, ut alteri per alterum aquam ducere liceret: recte esse servitutem impositam ait, maxime si pacto stipulatio subdita sit”.

Sen ve ben *Titianus* ve *Seianus* olmak üzere iki taşınmaz ortak olarak sahiptik. Müşterek mülkiyetin taksimi konusunda *Seianus* arazisi benim, *Titianus* arazisi benim olacak şekilde anlaştık. Her ikimizin de diğer arazi üzerinde su geçirme hakkı olacağını kabul ederek, söz konusu arazilere ait hisselerimizi birbirimize devrettik. Özellikle *pactio*, *stipulatio* ile güçlendirilmişse, taşınmaz lehine irtifak hakkının geçerli bir biçimde kurulduğu kabul edilir.

Aslında *pactio* ve *stipulatio* ile taşınmaz lehine irtifak haklarının kurulmasının sadece eyalet arazilerine özgü bir işlem olmadığı, İtalya arazileri üzerinde *ius gentium* mülkiyetine sahip bir yabancı ile intifa hakkı kurulmasının da söz konusu işlemle mümkün olduğu öğretilerde kabul edilmekle³⁹⁷ birlikte taşınmaz lehine irtifak haklarının da bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda yeterli kaynak bulunmamaktadır³⁹⁸.

In iure cessio ve *mancipatio* işlemlerinin ortadan kaldırılmasıyla birlikte *Iustinianus* Döneminde, *pactiones et stipulationes* taşınmaz lehine irtifak haklarının kurulması için tek hukuki işlem olarak kabul edilmiştir³⁹⁹.

I.Ius. 2.3.4

“Si quis velit vicino aliquod ius constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet”.

³⁹⁷ Biondi, 1954, s. 257; Grosso, 1969, s. 207; Talamanca, 1990, s. 469; Küçükgüngör, 1998a, s. 74.

³⁹⁸ Karşı görüş La Rosa, s. 33.

³⁹⁹ Grosso, 1969, s. 226; Biondi, 1954, s. 262; Arangio-Ruiz, 2002, s. 246. İntifa hakkı bakımından da aynı durum geçerlidir (I.Ius.2.4.1).

Bir kimse komşusu ile bir irtifak hakkı kurmak isterse, bunu *pactio* ve *stipulatio*'larla yapmak zorundadır⁴⁰⁰.

Bu dönemde *pactio* ve *stipulatio* arasındaki sorun dönüşüm geçirmiştir. Diğer bir anlatımla borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi arasında bir ayrım yapılmıştır. Artık *stipulatio*'nun taşınmaz şehine irtifak hakkını kuran işlem olup olmadığı konusunda kuşku kalmamıştır. Çünkü taşınmaz lehine irtifak hakkı *stipulatio* aracılığıyla kurulmaktadır⁴⁰¹. *Pactio* ise hukuki sebebi belirlenmesi bakımından dikkate alınmaktadır⁴⁰².

Bu gelişmenin önemli bir sonucu, CIC.'in derleyicilerinin *Digesta* metinlerindeki <*mancipatio*> ve <*in iure cessio*> ifadelerini silmelerinde görülmektedir. *Pactiones* ve *stipulationes*'in satım sözleşmesi bakımında da ele alınması kimi zaman CIC'i derleyenlerin *interpolatio* yaparken, taşınmaz lehine irtifak hakları ile ilgili olarak kimi zaman satım sözleşmesini ifade eden *emere* ya da *immittere* kelimelerini kullandıkları⁴⁰³ kimi zaman *venditio* ile *stipulatio* arasında paralellik kurdukları⁴⁰⁴ görülmektedir.

⁴⁰⁰ Çeviride Umur, 1968, s. 93'den yararlanılmıştır.

⁴⁰¹ Biondi, 1954, s. 263; Grosso, 1969, s. 227.

⁴⁰² Grosso, 1969, s. 228.

⁴⁰³ D.8.5.16 (Grosso, 1969, s. 227)

⁴⁰⁴ D.8.4.13 pr. (metnin kendisi ve çevirisi için bkz. s.125); D.8.6.19pr. (Solazzi,1947, s. 92 vd.).

VI- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARININ HÜKÜMLERİ

A- İrtifak Haklarının Kullanımına İlişkin Hükümler

1- Genel Olarak Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Kullanılması

Taşınmaz lehine irtifak hakları sahibine, irtifak hakkı kapsamındaki yetkileri kullanma hakkı vermektedir. Bu yetkiler ise taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinden anlaşılır. Roma'da taraflar belirli tipteki irtifak haklarını kurabildikleri gibi irtifak hakkının kullanım tarzını irtifak hakkını kurarken belirleyebilirler.

Taşınmaz lehine irtifak hakkı öncelikle yararlanan taşınmaz maliki tarafından kullanılmaktadır. Bunun yanı sıra taşınmaz lehine irtifak hakkının, intifa hakkı sahibi, iyiniyetli zilyet ya da herhangi bir zilyet tarafından da kullanılması mümkündür:

D.8.6.20 (Scaevola 1 reg.)

“Usu retinetur servitus, cum ipse cui debetur utitur quive in possessionem eius est aut mercennarius aut hospes aut medicus quive ad visitandum dominum venit vel colonus aut fructuarius:”.

İrtifak hakkı kullanılmakla- yararlanan taşınmaz maliki ya da zilyedi ya da iş göreni, misafiri ya da doktoru, yararlanan taşınmaz malikini ziyaret eden kimse ya da *colonus*⁴⁰⁵, u ya da intifa hakkı sahibi tarafından kullanıldığında- muhafaza edilir.

D.8.6.5 (Paulus 66 ad ed.)

“Servitus et per socium et fructuarium et bonae fidei possessorem nobis retinetur:”.

⁴⁰⁵ Genellikle hasılat üzerinden ödenen senelik bir kira bedeli karşılığında işlenmek üzere araziyi kiralayan (Umur,1983a, s. 39; Berger vs.396).

İrtifak hakkı müşterek malik, gerek intifa hakkı sahibi gerekse iyiniyetli zilyet tarafından kullanılabilir.

D.8.6.21(Paulus 5 sent.)

“Fructuarius licet suo nomine”.

Hatta intifa hakkı sahibi de <taşınmaz lehine irtifak hakkını> kendi adına kullanabilir.

D.8.6.24 (Scaevola 1 reg.)

“Licet malae fidei possessor sit, retinebitur servitus”.

Hatta kötünıyetli zilyet de <kullanarak> taşınmaz lehine irtifak hakkını muhafaza edebilir.

D.8.6.12 (Celsus 23 dig.)

“Qui fundum alienum bona fide emit, itinere quod ei fundo debetur usus est: retinetur id ius itineris: atque etiam si precario aut vi deiecto domino possidet: fundus enim qualiter se habens ita, cum in suo habitu possessus est, ius non deperit, neque refert, iuste nec ne possideat, qui talem eum possidet. quare fortius et si aqua per rivum sua sponte perfluxit, ius aquae ducendae retinetur, quod et sabino recte placet, ut apud neratium libro quarto membranarum scriptum est”.

Satıcıya ait olmayan taşınmazı iyiniyetle satın alan kimse, söz konusu taşınmaz lehine olan yürüyerek geçme irtifakını kullanmıştır; bu irtifak hakkı muhafaza edilmektedir. Hatta bu kimse *precarium* ile taşınmazı elinde tutsaydı ya da maliki zorla taşınmazdan çıkarmış olsaydı dahi aynı çözüm söz konusu olurdu. Çünkü taşınmaz kendisine bağlı özel niteliklere sahipse ve bunlarla birlikte taşınmaza zilyet olunmuşsa, söz konusu hak kaybedilmez. Bu durumda zilyetliğin haklı ya da haksız olması önemli değildir. O nedenle eğer doğal olarak kanaldan su akıyorsa, su geçirme irtifakının muhafaza edileceği evleviyetle ifade edilebilir. *Neratius*'un Parşömenler Kitabının dördüncüsünde yazdığı gibi doğru olan bu görüş *Sabinus*'un da görüşüdür.

D.43.19.3.4 (Ulpianus 70 ad ed.)

“Uti videmur servitutibus etiam per servos vel colonos vel amicos vel etiam hospites et fere per eos omnes, qui nobis retinent servitutes: sed enim per fructuarium quidem servitus retinetur, per fructuarium autem interdictum hoc domino non competere iulianus ait”.

Taşınmaz lehine irtifak hakkını köleler, kiracılar, arkadaşlar hatta misafirler aracılığıyla kullanabiliriz ve neredeyse hepsi bizim için irtifak hakkını muhafaza ederler. İrtifak hakkı ayrıca intifa hakkı sahibi aracılığıyla da muhafaza edilir; ancak *Iulianus*, intifa hakkı aracılığıyla kullanılan irtifak hakkı bakımından bu *interdictum*'un uygulama alanı bulamayacağını ifade eder.

Yukarıdaki metinlerden de anlaşıldığı üzere taşınmaza zilyet olan kimsenin, haklı ya da haksız zilyet olması fark etmeksizin, zilyet olduğu taşınmaz lehine irtifak hakkını kullandığı takdirde irtifak hakkı *non usus* yani kullanmama nedeniyle sona ermeyecektir. Bunun yanı sıra irtifak hakkını kullanan kimsenin, irtifak hakkının sahibi olduğu konusunda iradesi olmalıdır. Bir başkasına ya da kamuya ait olduğunu bildiği bir irtifak hakkını kullanan kimsenin kullanımı, ne irtifak hakkının muhafaza edilmesi ne de korunma olanaklarından yararlanılması bakımından yeterlidir.

D.8.6.25 (Paulus 5 sent.)

“Servitute usus non videtur nisi is, qui suo iure uti se credidit: ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum nec actio utiliter competit”.

Taşınmaz lehine irtifak hakkının kendisine ait olduğuna inararak kullanmayan kimsenin irtifak hakkını kullandığından bahsedilemez. Dolayısıyla bir geçidi (*via*) kamu yolu ya da başkasına ait bir irtifak hakkı zannederek kullanan kimse ne *interdictum* ne de dava korumasından yararlanır.

D.8.5.9.1 (Paulus 21 ad ed.)

“Qui latiore via vel angustiore usus est, retinet servitutem, sicuti qui aqua, ex qua ius habet utendi, alia mixta usus est, retinet ius suum”.

Sahip olduğundan daha geniş ya da daha dar bir geçidi (*via*) kullanma alışkanlığı olan kimse, irtifak hakkını muhafaza eder. Su alma hakkı olan kimsenin başkasının suyu ile karıştırıp, kullanması halinde irtifak hakkını muhafaza edeceği gibi.

2- İrtifak Hakkı Sahibine İlişkin Hükümler

Yüklü taşınmazın tamamı irtifak hakkı ile yüklü olarak kabul edilir. Ancak irtifak hakkının kurulması sırasında irtifak hakkının taşınmazın belirli bir parçasında kullanılmasına karar verilebilir. Eğer irtifak hakkının kurulması esnasında böyle bir belirleme yapılmadıysa irtifak hakkı sahibi taşınmazın tümü üzerinde irtifak hakkını kullanabilecektir.

D.8.3.21 (Paulus 15 ad sab.)

“Si mihi concesseris iter aquae per fundum tuum non destinata parte, per quam ducerem, totus fundus tuus serviet:”.

Taşınmazın hangi bölümünden su yolu geçireceğimi tayin etmeksizin senin taşınmazın üzerinden su yolu geçirmek üzere irtifak hakkı kurarsan, taşınmazının tamamı irtifak hakkı için elverişli olacaktır.

Metinde su yolu irtifakı kurulurken irtifak hakkının geçirileceği yer yük taşınmaz üzerinde tespit edilmemişse, taşınmazın tamamının su yolu geçirilmeye elverişli halde bulundurulacağı belirtilmektedir.

D.8.3.13.1 (Iavolenus 10 ex cass.)

“Si totus ager itineri aut actui servit, dominus in eo agro nihil facere potest, quo servitus impediatur, quae ita diffusa est, ut omnes glabrae serviant, aut si iter actusve sine ulla determinatione legatus est: modo determinabitur et qua

primum iter determinatum est, ea servitus constitit, ceterae partes agri liberae sunt: igitur arbiter dandus est, qui utroque casu viam determinare debet”.

Köy taşınmazının tamamı *iter* (yürüyerek geçme irtifakı) ya da *actus* (sürüyle geçme irtifakı) ile yüklü olsun, bu taşınmazın maliki irtifak hakkını engelleyecek hiçbir şey yapamaz. Çünkü taşınmazın tamamı irtifak hakkı ile yüküldür. Ancak *iter* ya da *actus* herhangi bir belirleme olmaksızın miras bırakıldı ve hemen sonra belirleme yapıldıysa ve irtifak hakkının taşınmazın hangi bölümünde kullanılacağı tespit edildiyse, irtifak hakkı o bölgede tespit edilmiştir. Taşınmazın geri kalanı irtifak hakkından bağımsızdır. Ayrıca, her iki durumda da geçiş yolunu tespit etmek amacıyla hakem tayin edilmelidir.

Alıntı yapılan bu metinde de eğer irtifak hakkının taşınmaz üzerinde kullanılacağı yer tespit edilmemişse, taşınmazın tamamının irtifak hakkı ile yüklü olacağı belirtilmektedir. Ancak irtifak hakkının taşınmaz üzerinde kullanılacağı yer tespit edilmişse, irtifak hakkı söz konusu yerde kullanılacaktır. Artık taşınmazın diğer kısımları üzerinde irtifak hakkı kullanılamaz. Metindeki diğer bir önemli değerlendirme, irtifak hakkı kurulurken taşınmazın hangi bölümünde irtifak hakkının kullanılacağı belirlenmemişse, hakem aracılığı ile tespit edilmesi ile ilgilidir.

D.8.1.9 (Celsus 5 dig.)

“Si cui simplicius via per fundum cuiuspiam cedatur vel relinquatur, in infinito, videlicet per quamlibet eius partem, ire agere licebit, civiliter modo: nam quaedam in sermone tacite excipiuntur. non enim per villam ipsam nec per medias vineas ire agere sinendus est, cum id aequae commode per alteram partem facere possit minore servientis fundi detrimento. verum constitit, ut qua primum viam direxisset, ea demum ire agere deberet nec amplius mutandae eius potestatem haberet: sicuti sabino quoque videbatur, qui argumento rivi utebatur, quem primo qualibet ducere licuisset, posteaquam ductus esset, transferre non liceret: quod et in via servandum esse verum est”.

Yeri belirlenmeksizin başkasının taşınmazı üzerinde *via* (geçit irtifakı) miras yoluyla ya da *in iure cessio* (*cedatur*) yoluyla kuruldu, makul bir şekilde hareket etmek kaydıyla, taşınmazın herhangi bir yerinden herhangi bir sınırlama olmadan yürüyerek geçmesine ya da sürü veya yük arabası ile

geçmesine müsaade edilecektir. Nitekim genel ifade tarzı her zaman zımni kayıtlar içermektedir. Gerçekten de diğer taraf için de elverişli olduğu zaman ve yüklü taşınmaza en az zararı verecek şekilde geçilebiliyorsa, köy taşınmazındaki çiftlikten ya da üzüm bağlarının arasından yürüyerek ya da sürüyle ve arabayla geçilmesine müsaade etmek zorunda değildir. Aslında yalnızca başlangıçta geçme yolunun belirlendiği yerden geçilmeli ya da sürü veya yük arabası ile geçilmelidir ki; bu yolu değiştirme yetkisi de artık yoktur. *Sabinus*'a göre de başlangıçta taşınmazın herhangi bir yerinden geçirme yetkisi olsa da su yolunu kullanan taraf kanalı bir kez kullandığında yerini değiştiremez; bu durum *via* için de söz konusudur.

Bu metinde ise iki önemli değerlendirme yapılmıştır. Birincisi geçit irtifakının (*via*) yüklü taşınmazın üzerinde kullanılacağı yer tespit edilmemişse, irtifak hakkı sahibi taşınmazın herhangi bir yerinden ve herhangi bir sınırlama olmaksızın geçilebilmektedir. Ancak bunu makul bir hareket tarzı ile yapmalıdır. Daha açık bir anlatımla irtifak hakkı sahibi, yüklü taşınmaza en az zararı verecek şekilde ve yüklü taşınmaz maliki için elverişli olan zamanda irtifak hakkını kullanmalıdır: *servitus civiliter exercanda est*. Metindeki diğer önemli tespit ise irtifak hakkının kullanılacağı yer tespit edilmemiş olsa dahi irtifak hakkı bir kez kullanıldığında kullanılan bu yerin değiştirilememesidir.

Her ne kadar yüklü taşınmazın tamamı irtifak hakkı ile yüklü de olsa irtifak hakkının taşınmazın hangi kısmında kullanılacağı irtifak hakkı kurulurken tespit edilmelidir. Böyle bir tespit yapılmadıysa irtifak hakkı bir kez taşınmazın belirli bir bölgesinde kullanıldıktan sonra hep aynı kısımda kullanılmalıdır. Sonradan yer değişikliği yapılması mümkün değildir. Kanımızca, burada mülkiyet hakkı ile irtifak hakkı arasında bir denge kurulmaya çalışılmaktadır. İrtifak hakkı kurulurken, taşınmazın hangi bölgesinde bu hakkın kullanılacağı belirlenmemişse dahi bir kez taşınmazın belirli bir bölgesinde irtifak hakkı kullanıldığında, artık yer değişikliği

yapılamaz. Romalı Hukukçular bu değerlendirme ile irtifak hakkının sürekli taşınmazın değişen bölgelerinde kullanılmasını ve bu sayede yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerinin keyfi olarak ve daha fazla sınırlandırılmasını engellemek istemişlerdir. İrtifak hakkı nedeniyle yüklü taşınmaz malikinin katlanma yükümlülüğü vardır. Ancak bu yükümlülük sınırsız değildir. O nedenle irtifak hakkı yüklü taşınmaz maliki için de elverişli olan bir zamanda ve yüklü taşınmaza en az zararı verecek şekilde kullanılmalıdır. Bu sayede katlanma yükümlülüğünün ağırlaştırılmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır.

Taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulurken kullanım tazı belirlenmişse (*modus*), irtifak hakkı buna uygun olarak kullanılmalıdır.

D.8.6.18 pr.(Paulus 15 ad sab.)

“Si quis alia aqua usus fuerit, quam de qua in servitute imponenda actum est, servitus amittitur”.

İrtifak hakkı kurulduğunda üzerinde anlaşılan su miktarından fazlasını kullanırsa, irtifak hakkını kaybeder.

İrtifak hakkı kurulurken taraflar yüklü taşınmazdan alınacak su miktarını tespit etmişlerse, bu şekilde irtifak hakkının kullanım tarzını belirlemişlerdir. İrtifak hakkı sahibi, buna uymakla yükümlüdür. Eğer irtifak hakkı sahibi, tespit edilen su miktarından fazlasını kullanırsa, irtifak hakkını kaybetmektedir.

İrtifak hakkı sahibi, irtifak hakkını kullanırken yüklü taşınmazı iyi durumda tutmakla yükümlüdür. D.8.5.6.2⁴⁰⁶deki metinden bu durum açıkça anlaşılmaktadır.

⁴⁰⁶ Metnin kendisi ve çevirisi için bkz. s. 86.

Metinde tüm irtifak haklarında irtifak hakkının konusu olan taşınmaz malikinin değil; irtifak hakkı sahibi olduğunu ileri süren kimsenin yüklü taşınmazı iyi durumda tutmakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir⁴⁰⁷.

B- Yüklü Taşınmaz Malikine İlişkin Hükümler

Yüklü taşınmaz maliki, irtifak hakkının kullanılmasını engelleyemez veya zorlaştıramaz. Bunun somut bir örneği olarak, yüklü taşınmaz maliki irtifak hakkının kullanımını engelleyecek şekilde taşınmazı üzerinde bina inşa edemez.

D.8.3.13.1⁴⁰⁸,deki metinde açıkça yüklü taşınmaz malikinin, irtifak hakkının kullanımını engelleyecek ya da zorlaştıracak faaliyetlerden kaçınmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

D.8.5.9 pr. (Paulus 21 ad ed.)

“Si eo loco, per quem mihi iter debetur, tu aedificaveris, possum intendere ius mihi esse ire agere: quod si probavero, inhibebo opus tuum...”

Üzerinde yürüyerek geçme irtifakına (*iter*) sahip olduğum yere bir şey inşa edersen, geçme ve geçirme hakkım olduğunu ileri sürerek, dava açabilirim. Bunu kanıtlarsam, inşaat işini engelleyebilirim.

Bu metinde de yürüyerek geçme irtifakı ile yüklü bir taşınmaz üzerinde bir şey inşa edilmesi halinde, irtifak hakkının kullanılmasının engelendiği gerekçesi ile irtifak hakkı sahibi tarafından dava açılarak, söz konusu inşaatın engellenebileceği ifade edilmektedir.

⁴⁰⁷ *Servitus oneris ferendi*, bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Konu yukarıda ayrıntılı olarak ele alınmıştır: bkz. s. 86 vd.

⁴⁰⁸ Metnin kendisi ve çevirisi için bkz. s. 163-164.

D.8.2.20.3 (Paulus 15 ad sab.)

“Si servitus stillicidii imposita sit, non licet domino servientis areae ibi aedificare, ubi cassitare coepisset stillicidium”.

Eğer başkasının taşınmazından yağmur sularını geçirme irtifakı (*servitus stillicidii immitendi*) kurulmuşsa, yüklü taşınmaz maliki yağmur sularının boşaltılmaya başlatıldığı yer üzerinde bir şey inşa edemez.

Alıntı yapılan bu metinde ise başkasının taşınmazından yağmur sularının geçirilmesine ilişkin irtifak hakkı söz konusudur. Yağmur sularının boşaltıldığı yere yani irtifak hakkının kullanıldığı yere herhangi bir şey inşa edilemez.

D.39.3.11 pr.(Paulus 49 ad ed.)

“Supra iter alienum arcus aquae ducendae causa non iure fiet: nec is, cui iter actus debetur, pontem, qua possit ire agere, iure extruet. at si specus (non cuniculum) sub rivo aget, aqua corrumpetur, quia suffosso eo aqua manabit et rivus siccatur”.

Su yolu irtifakı hukuken, bir başkasının geçit hakkının olduğu yerde kurulamaz. Ne de yürüyerek ya da sürüyle geçme hakkının sahibi olan bir kimse yürüyerek ya da sürüyle geçilen yer üzerinde köprü inşa edemez. Eğer su yolunun altına kapalı (açık olmayan) bir kanal inşa ederse, su kaynağı zarar görecektir. Çünkü su yolu bir kez zayıfladı mı, su sızıntısı olacaktır ve su kuruyacaktır.

Yukarıdaki metinde su yolu irtifakının geçit hakkının kullanılmakta olduğu yerde söz konusu olamayacağı belirtilmiştir. Benzer şekilde yürüyerek ya da sürüyle geçme hakkının kullanıldığı yere bir köprü de inşa edilemez.

D.43.24.21.3 (Pomponius 29 ad sab.)

“Si quis propter opus factum ius aliquod praedii amisit, id restitui ex hoc interdicto debet”.

Bir kimse taşınmazına bağlı herhangi bir hakkı inşa edilmiş bir yapıdan dolayı sona eriyorsa, kendisine bu *interdictum (quod vi aut clam)* verilir.

Alıntı yaptığımız bu metinde ise irtifak hakkı bir inşaat sebebiyle kullanılamaz hale gelmişse, irtifak hakkını kullanmakta olan kimseye bir *interdictum* korunması sağlanacağından bahsedilmektedir.

CI.3.34.5 (Imperator Philippus)

*“Si quid pars diversa contra servitutem aedibus tuis debitam iniuriose extruxit, praeses provinciae revocare ad pristinam formam, damni etiam ratione habita, pro sua gravitate curabit. * philipp. a. et philipp. c. luciano mil. * <a 246 pp. k. febr. praesente et albino cons.>”*

İmparator *Philippus* ve *Caesar Philippus*'dan asker *Lucianus*'a
Eğer karşı taraf senin binan lehine olan irtifak hakkına aykırı bir inşaat yaparsa, eyalet valisi kendi yetkisine dayanarak, önceki koşulların sağlanması ve tüm zararın ödenmesi şeklinde konuyu halledecektir.
Şubatın *Kalend*'i 247

Bu metinde ise irtifak hakkının kullanımını engelleyen bir inşaat yapılmıştır. O takdirde irtifak hakkı sahibi tarafından, dava yoluyla söz konusu inşaatın yıkılması ve bu sayede eski duruma getirme ve zararın tazmini istenebilecektir.

Yüklü taşınmaz maliki, irtifak hakkı sahibinin irtifak hakkının kullanımını için vazgeçilmez olan faaliyetlerine izin vermekle yükümlüdür. İrtifak hakkının kullanılması için gerekli olan faaliyetlerin, irtifak hakkı sahibinin yetkisinde olması *adminicula servitutis* olarak adlandırılır. Bazı irtifak haklarının kullanılması, bir başka irtifak hakkına ihtiyaç duymaktadır. Örneğin; kaynaktan su alma irtifakının (*aquae haustus*) kullanılabilmesi için mutlaka yürüyerek geçme irtifakına (*iter*)

ihtiyaç duyulmaktadır. Diğer bir anlatımla *iter, aquae haustus'un adminiculum servitutis*'idir.

D.8.3.3.3 (Ulpianus 17 ad ed.)

“Qui habet haustum, iter quoque habere videtur ad hauriendum et, ut ait Neratius libro tertio membranarum, sive ei ius hauriendi et adeundi cessum sit, utrumque habebit, sive tantum hauriendi, inesse et aditum sive tantum adeundi ad fontem, inesse et haustum. haec de haustu ex fonte privato. ad flumen autem publicum idem Neratius eodem libro scribit iter debere cedi, haustum non oportere et si quis tantum haustum cesserit, nihil eum agere”.

Eğer bir kimse kaynaktan su alma irtifakına (*aquae haustus*) sahipse, hakkını kullanabilmesi için yürüyerek geçme irtifakına (*iter*) da sahip olduğu varsayılır. Parşömenler kitabının üçüncüsünde *Neratius*'un da ifade ettiği gibi, eğer bir kimseye kaynaktan su alma hakkı ve amaca uygun olarak geçme hakkı verildiyse her ikisine de sahiptir. Eğer yalnızca kaynaktan su alma hakkı verildiyse, geçme hakkı da buna dahildir. Yalnızca ilkbaharda geçme hakkı verildiyse, kaynaktan su alma hakkı da dahildir. Bu kurallar özel ilkbaharda su alma hakkı için uygulanır. Ancak kamuya ait nehirle ilgili olarak, *Neratius* aynı kitapta, her ne kadar bunun için *iter*'inde verilmesi gerekiyorsa da, kaynaktan su alma hakkının verilmesine gerek yoktur ve bir kimseye <söz konusu nehirden> yalnızca su alma hakkı verildiyse, bu hiçbir amaca hizmet etmez şeklinde yazmıştır.

Yukarıdaki metinde kaynaktan su alma irtifakının kullanılabilmesi için yürüyerek geçme irtifakına da ihtiyaç duyulduğu açıkça dile getirilmiştir. İrtifak hakkı sahibinin, yüklü taşınmazdaki kaynağa ulaşabilmesi için yürüyerek geçme irtifakına da sahip olması, kaynağa ulaşmak istediği her seferinde taşınmazdan sorunsuzca geçmesi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla kaynaktan su alma irtifakının, yürüyerek geçme irtifakını da içerdiği kabul edilmektedir.

D.8.6.17⁴⁰⁹, de de kaynaktan su alma irtifakına sahip bir kimsenin, yürüyerek geçme irtifakına da sahip olduğu anlaşılmaktadır. Zamanaşımı ile irtifak hakkının sona erme süresi içinde yürüyerek geçme irtifakı kullanıldıysa; ancak kaynaktan su alma irtifakı kullanılmadıysa kaynaktan su alma irtifakının sona ereceği gibi yürüyerek geçme irtifakının da sona ereceği ifade edilmektedir. Zira yürüyerek geçme irtifakı, kaynaktan su alma irtifakının kullanılması için gereklidir, kaynaktan su alma irtifakının sona ermesiyle yürüyerek geçme irtifakı da sona erecektir.

Yüklü taşınmaz maliki, irtifak hakkının kullanımı için gerekli olan tesislerin inşasına katlanmakla yükümlüdür.

D.8.1.10 (Celsus 18 dig.)

“Si iter legatum sit, qua nisi opere facto iri non possit, licere fodiendo substruendo iter facere proculus ait”.

Eğer bir kimseye vasiyetname yoluyla *iter* bırakılmışsa ve bir takım tesisler inşa edilmeksizin, bu hakkını kullanması mümkün değilse, *Proculus*'a göre yolu yapmak için kazmakta ve zemini oluşturmakta serbesttir.

Bu metinde ise taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanılması bir tesise ihtiyaç duyuyorsa, irtifak hakkı sahibinin söz konusu tesisi inşa etme yetkisini haiz olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla yüklü taşınmaz maliki kendi taşınmazındaki tesisin inşasına katlanmakla yükümlüdür.

D.8.2.20.1 (Paulus 15 ad sab.)

“Si domo mea altior area tua esset tuque mihi per aream tuam in domum meam ire agere cessisti nec ex plano aditus ad domum meam per aream tuam esset, vel gradus vel clivos propius ianuam meam iure facere possum, dum ne quid ultra quam quod necesse esset itineris causa demoliar”.

⁴⁰⁹ Metnin kendisi ve çevirisi için bkz. s. 38.

Senin açık arazinin benimkinden yüksekte olduğunu ve senin bana arazin üzerinden evime yürüyerek ve sürüyle geçme hakkı verdiğini ve fakat senin arazinle benim evimin aynı seviyede olmadığını varsayalım. Yürüyerek geçme hakkı için gerekli olan kadarını aşmayacak şekilde araziye zarar vermemek koşuluyla, evimin kapısına kadar merdiven ya da rampa inşa etme hakkına sahibim.

Bu metinde de yine geçit irtifakının kullanılması için gerekli merdiven ya da rampanın yapılması ele alınmaktadır. Buna göre irtifak hakkı sahibi söz konusu inşaatı yapma yetkisine sahiptir. Ancak metinde dikkat çeken husus, irtifak hakkı sahibinin söz konusu merdiven ya da rampayı inşa ederken geçit irtifakı için gerekli olduğu kadarıyla ve yüklü taşınmaza zarar vermeyecek şekilde bunu gerçekleştirmesinin gerekmesidir. Yüklü taşınmaz maliki ise söz konusu inşaatla katlanmakla yükümlüdür.

D.8.3.15⁴¹⁰'deki metinde ise su yolu irtifakı ele alınmaktadır. İrtifak hakkı sahibi hakkından daha fazla fayda elde etmek için su geçirdiği kanalda su biriktirebilir ve daha çok miktarda birikimi sağlamak adına gerekli malzemeleri kullanabilir. Hatta yüklü taşınmaz bakımından elverişsiz hale getirmemek kaydıyla kanalda gerekli inşaatı yapabilir. Yüklü taşınmaz maliki ise bunlara katlanmakla yükümlüdür.

D.43.20.3.5 (Pomponius 34 ad sab.)

“Is, qui aquae cottidianae ius habet, vel fistulam in rivo ponere vel aliud quodlibet facere potest, dummodo ne fundum domino aut aquagium rivalibus deterius faciat”.

⁴¹⁰ Metnin kendisi ve çevirisi için bkz. s.13.

Günlük su geçirme hakkına sahip bir kimse, <yüklü taşınmazın> durumunu maliki ya da aynı kanaldan su geçiren diğer kimseler bakımından kötüleştirmedikçe su yolunun içine bir boru ya da istediği bir başka şeyi ekleyebilir.

Bu metinde de su yolu irtifakına sahip bir kimsenin yüklü taşınmazın durumunu ya da aynı kanaldan başkaları da su geçiriyorsa kanalın durumunu kötüleştirmemek kaydıyla, kanala bir boru ya da başka bir şey ilave etmesinin mümkün olduğundan bahsedilmektedir.

Yüklü taşınmaz maliki, irtifak hakkı için gerekli olan tesislerin bakım ve onarımının irtifak hakkı sahibi tarafından yapılmasına izin vermekle yükümlüdür.

D.8.4.11 pr. (Pomponius 33 ad sab.)

“Refectionis gratia accedendi ad ea loca, quae non serviant, facultas tributa est his, quibus servitus debetur, qua tamen accedere eis sit necesse, nisi in cessione servitutis nominatim praefinitum sit, qua accederetur: et ideo nec secundum rivum nec supra eum (si forte sub terra aqua ducatur) locum religiosum dominus soli facere potest, ne servitus intereat: et id verum est. sed et depressurum vel adlevaturum rivum, per quem aquam iure duci potestatem habes, nisi si ne id faceres cautum sit”.

Taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulurken, irtifak hakkı ile birlikte, onarımı yürütmek amacıyla ve onarım için geçilmesi gerekenle sınırlı olmak üzere taşınmazın irtifak hakkı ile yüklü olmayan kısımlarında geçiş serbestisi tanınmıştır. Dolayısıyla taşınmaz lehine irtifak hakkı sona ermedikçe yüklü taşınmaz maliki, ne su kanalını ne de -suyun arazinin altından geçirildiğini durumlarda-üzerindeki kısmı dini eşya haline getirebilir. Bu yaklaşım doğrudur. Ayrıca su geçirme hakkına sahip olduğun kanalı, aksine bir taahhüt olmadıkça, yükseltmez ya da alçaltamazsın.

Metinde onarım için gerekli olan hallerde irtifak hakkı kurulurken, taşınmazın irtifak hakkı ile yüklü olmayan kısımlarında geçiş serbestisi tanınması ele alınmıştır. Bu serbesti onarım için gerekli olan kısımlarla ve onarımı yürütmek amacıyla sınırlıdır. Burada yüklü taşınmaz malikinin, irtifak hakkı ile ilgili onarımlara

katlanma yükümlülüğünün yanında serbest geçiş nedeniyle daha fazla yükümlülük altına sokulmaması amacıyla söz konusu sınırlama getirilmiştir.

D.43.19.4 pr. (Venonius 1 interd.)

“Veteres nominatim adiciebant, ut ea quoque, quae ad refectionem utilia essent, adportanti vis non fieret: quod supervacuum est, quoniam qui adportari non patitur ea, sine quibus refici iter non possit, vim facere videtur, quo minus reficiatur”.

Eski hukukçular (*veteres*), onarım için faydalı olanları taşıyan herhangi birine karşı da güç kullanılmaması gerektiğini eklerlerdi. Buna gerek yoktur, çünkü yolun tamiri için vazgeçilmez olanların taşınmasına izin verilmemesi onarımın engellenmesi için güç kullanmak anlamına gelmektedir.

Adminicula servitutis, irtifak hakkı sahibinin irtifak hakkının içeriği ile sınırlı olarak yüklü taşınmazdan yararlanmasının yanı sıra irtifak hakkının kullanımı için gerekli olan ilave yetkiler anlamında kullanılmaktadır. İrtifak hakkının kullanımı için vazgeçilmez olan bir diğer irtifak hakkı ya da irtifak hakkının kullanımı için gerekli olan tesislerin yapımı, bakım ve onarımı gibi. İrtifak hakkı sahibinin söz konusu yetkilerinin kullanımı engellendiği takdirde, irtifak hakkı sahibi *actio confessoria* talep edebileceği gibi *interdictum* koruması da talep edebilmektedir.

D.8.5.4.5 (Ulpianus 17 ad ed.)

“Si quis mihi itineris vel actus vel viae controversiam non faciat, sed reficere sternere non patiatur, pomponius libro eodem scribit confessoria actione mihi utendum: nam et si arborem impendentem habeat vicinus, qua viam vel iter invium vel inhabile facit, marcellus quoque apud iulianum notat iter petendum vel viam vindicandam. sed de refectioe viae et interdicto uti possumus, quod de itinere actuque reficiendo competit: non tamen si silice quis sternere velit, nisi nominatim id convenit”.

Eğer bir kimse *iter*, *actus* ya da *via* yani yürüyerek, sürüyle ya da at üstünde ya da at arabasıyla geçme hakkım olduğunu reddedersek, bana karşı uyuşmazlık çıkarmaz; ancak geçiş yolunda bakım ve onarım yapmama

müsaade etmezse, *Pomponius* aynı kitapta, *actio confessoria* talep etmem gerektiğini yazar. Elbette ki; komşunun ağacı geçide düşmüş ve geçişi engellemiş ya da zorlaştırmışsa, *Marcellus* da *Iulianus*'tan alıntı yaparak, *iter* ya da *via*'nın yargılama yoluyla (*vindicatio servitutis*) talep edilebileceğini ifade etmiştir. Ayrıca *via* ile ilgili bakım için *iter* ve *actus* için öngörülmüş olan *interdictum*'dan da yararlanabiliriz. Ancak irtifak hakkı kurulurken, açıkça belirtilmedikçe geçidin taşla onarımı *interdictum* ile sağlanamaz.

Yukarıdaki metinde geçit irtifakları ile ilgili bakım ve onarım yükümlülüğü ele alınmış ve yüklü taşınmaz malikinin bu yükümlülüğe aykırı bir şekilde irtifak hakkı sahibinin bakım ve onarım yapmasına izin vermemesi halinde, *actio confessoria* kapsamında talepte bulunulabileceği ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra öngörülmüş olan *interdictum* koruması kapsamında da bakım ve onarım talep edilebilecektir. Eğer onarımın nasıl olacağına ilişkin irtifak hakkı kurulurken özel bir belirleme yapıldıysa, *interdictum* kapsamında bu tarz bir onarım talep edilebilecektir; aksi halde mümkün olmayacaktır.

D.43.19.3.12 (Ulpianus 70 ad ed.)

“Utilitas suasit hoc quoque interdictum proponere: namque consequens erat eum qui itinere utitur interdictum proponere, ut refici iter possit: quemadmodum enim alias uti potest itinere vel actu commode, quam si refecerit? corrupto enim itinere minus commode frui aut agi potest”.

Elverişlilik ayrıca bu *interdictum* hükümlerini emretmektedir. Mantıklı olarak takip edilirse, yolu kullanan ve onarım yapmasına olanak tanınmayan herhangi birisine koruma verilmelidir. Yolu onarmadıkça bir kimse başka türlü nasıl yürüyerek ya da sürüyle geçme hakkını elverişli bir şekilde kullanabilir? Kimse zarar görmüş bir yoldan elverişli bir şekilde geçemez ve sürü geçiremez.

D.43.21.1.1(Ulpianus 70 ad ed.)

“Hoc interdictum utilissimum est: nam nisi permittatur alicui reficere, alia ratione usu incommodabitur”.

Bu *interdictum*'un çok büyük yararı vardır. Bir kimsenin onarım yapmasına izin verilmediği sürece, hiçbir düzenleme <irtifak hakkının> kullanılmasının zarar görmesini engelleyemez.

Bazı şehir taşınmazı lehine irtifak hakları bakımından yüklü taşınmaz maliki, taşınmazı irtifak hakkı kurulduğu zamandaki gibi muhafaza etmelidir.

D.8.2.23 pr. (Pomponius 33 ad sab.)

“Si servitus imposita fuerit ” lumina quae nunc sunt, ut ita sint”, de futuris luminibus nihil caveri videtur: quod si ita sit cautum ” ne luminibus officiat”, ambigua est scriptura, utrum ne his luminibus officiat quae nunc sint, an etiam his quae postea quoque fuerint: et humanius est verbo generali omne lumen significari, sive quod in praesenti sive quod post tempus conventionis contigerit”.

Eğer “ışık şu an nasılsa o şekilde kalması” şeklinde bir irtifak hakkı kurulmuşsa, gelecekteki ışık alımına ilişkin bir kayıt koyulmadığı şeklinde yorumlamak doğru olacaktır. Ancak “ışığın engellenmemesi” şeklinde bir taahhütte bulunmuşsa, bu sözcüklerle halihazırdaki ışığın engellenmemesi mi kast edilmiştir yoksa gelecekteki ışık alımını da mı kapsamalıdır? Pek açık değildir. En serbest yoruma göre bu şekilde bir genel ifade tarzı: gerek halihazırdaki gerekse sözleşme yapıldıktan sonraki ışık alımını: tüm ışık alımını kapsamaktadır.

Metinde *servitus ne luminibus officiat* (komşunun ışığını kesecek biçimde bina yükseltmeme irtifakı) ele alınmaktadır. Buna göre irtifak hakkı kurulurken, genel bir ifade ile “ışığın engellenmemesi” şeklinde bir taahhütte bulunmuşsa, o takdirde yüklü taşınmaz maliki halihazırda binayı yükseltmeyeceği gibi gelecekte de binayı yükseltmemeyi, diğer bir anlatımla yüklü taşınmazı irtifak hakkı kurulduğu zamandaki haliyle muhafaza etmeyi taahhüt etmektedir.

D.8.2.33⁴¹¹'de de *servitus oneris ferendi* yani kendi inşaatını komşu inşaatı yaslama hakkı veren irtifak hakkı bakımından konu ele alınmıştır. Buna göre irtifak hakkı kurulurken “inşaatın yaslandığı duvar şu anda nasılsa öyle olmalı” şeklinde bir ifade kullanılmışsa, yüklü taşınmaz maliki duvarı inşaatı yaslayacak biçimde muhafaza etmekle yükümlüdür. Benzer şekilde irtifak hakkı devam ederken, inşaatın yaslandığı duvarın yıkılması halinde yerine yenisini koymak zorundadır.

VII- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARININ SONA ERME NEDENLERİ

A- Feragat (*Remissio Servitutis*) Nedeniyle Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Sona Ermesi

Romalılar, irtifak hakkından feragati *remissio servitutis* ya da *remittere servitutem* şeklinde ifade etmişlerdir.

D.8.2.32 pr. (Iulianus 7 dig.)

“*Si aedes meae serviant aedibus lucii titii et aedibus publil maevii, ne altius aedificare mihi liceat, et a titio precario petierim, ut altius tollerem, atque ita per statutum tempus aedificatum habuero, libertatem adversus publilium maevium usucapiam: non enim una servitus titio et maevio debebatur, sed duae. argumentum rei praebet, quod, si alter ex his servitutem mihi remisisset, ab eo solo liberarer, alteri nihilo minus servitutem deberem*”.

Benim binamın, *Lucius Titius*'un ve *Pablus Mevius*'un binaları lehine binamı yükseltmeyeğime dair irtifak hakkı ile yüklü olduğunu varsayalım. Ben *Titius*'dan binamı yükseltmeme müsaade etmesini talep etsem ve zamanaşımı süresi boyunca binamın o halini korusam, *Pablus Mevius*'a karşı da <zamanaşımı süresince irtifak hakkı kullanılmadığından> binam irtifak hakkından ari duruma gelir. Çünkü *Titius* ve *Mevius* aynı irtifak hakkından değil ayrı ayrı iki farklı irtifak hakkından yararlanmaktadırlar. Buna

⁴¹¹ Metnin kendisi ve çevirisi için bkz. s.87.

dayanarak, onlardan birisi irtifak hakkından feragat etse (*resmisisset*), sadece onun bakımından irtifak hakkı sona ermiş olur. Diğeri bakımından irtifak hakkı devam eder.

D.8.6.6.1b (Celsus 5 dig.)

“Possunt tamen alterutrum fundum liberare, si modo hoc specialiter convenit...”.

Taraflar özel olarak bu konuda anlaşmak kaydıyla, her zaman irtifak hakkından vazgeçebilir...

D.19.1.8.1 (Paulus 5 ad sab.)

“Quod si servum praedium in traditione fecero, quod liberum tibi tradere debui, tu ex empto habebis actionem remittendae eius servitutis gratia, quam pati non debeas”.

Taşınmazın devir ve teslimini yaparken, taşınmaz lehine (üzerindeki) olan irtifak hakkını sona erdirmem gerekirken bunu yapmazsam, *actio emptio* açarak, katlanmak zorunda olmadığın irtifak hakkının kaldırılmasını (*remittere*) talep edebilirsin.

D.23.5.5 (Ulpianus 2 de omn. trib.)

“Iulianus libro sexto decimo digestorum scripsit neque servitutes fundo debitas posse maritum remittere neque ei alias imponere”.

Iulianus Digesta isimli kitabının 17. cildinde, kocanın çeyiz kapsamındaki taşınmaz lehine irtifak hakkından vazgeçemeyeceğini (*remittere*) ve bir başka irtifak hakkı kuramayacağını yazmıştı.

Taşınmaz lehine irtifak hakkından feragat *in iure cessio* ile söz konusu olmaktadır. Buna göre olumlu irtifaklar bakımından *in iure cessio* yapılırken *“ius non esse”*, olumsuz irtifaklar içinse *“ius esse”* kalıbı kullanılmaktadır⁴¹².

D.8.3.20 pr. (Pomponius 33 ad sab.)

⁴¹² Grosso, 1969, s. 241.

“Si mihi eodem tempore concesseris et ire agere per tuum locum et uti frui eo ius esse, deinde ego tibi concessero ius mihi uti frui non esse: non aliter eo loco uteris frueris, quam ut ire agere mihi recte liceat. item si et ducere per tuum fundum aquam iure potuero et in eo tibi aedificare invito me ius non fuerit: si tibi concessero ius esse aedificare, nihilo minus hanc servitutem mihi praestare debebis, ne aliter aedifices, quam ut ductus aquae meus maneat, totiusque eius rei condicio talis esse debet, qualis esset, si una dumtaxat initio concessio facta esset”.

Taşınmazın üzerinde bana aynı zamanda yürüyerek geçme ve sürü geçirme hakkı ile intifa hakkı verdiğini varsayalım. Ardından intifa hakkından feragat ediyorum. Benim geçit hakkımı kullanmamı engellemediğin müddetçe taşınmazını kullanabilir ve semerelerini alabilirsiniz. Benzer şekilde senin taşınmazın üzerinde su geçirme hakkım olduğunu ve benim rızam olmadan inşaat yapamayacağını varsayalım. Daha sonra irtifak hakkından feragat ederek, sana inşaat yapma hakkını bırakıyorum. Benim su geçirme hakkım muhafaza edilecek şekilde inşaat yapabilirsin. En baştan sadece tek bir irtifak hakkı kurularak da bu durum ortaya çıkabilir.

D.8.2.21 (Pomponius 33 ad sab.)

“Si domus tua aedificiis meis utramque servitutem deberet, ne altius tolleretur et ut stillicidium aedificiorum meorum recipere deberet, et tibi concessero ius esse invito me altius tollere aedificia tua, quod ad stillicidium meum attinet, sic statui debebit, ut, si altius sublatis aedificiis tuis stillicidia mea cadere in ea non possint, ea ratione altius tibi aedificare non liceat: si non impediuntur stillicidia mea, liceat tibi altius tollere”.

Senin binanın benimki lehine hem bina yükseltmeme irtifakı hem de benim binamdan gelen yağmur sularını alma irtifakı ile yüklü olduğunu varsayalım. Benim rızama karşı binayı yükseltme hakkını sana bırakıyorum. Ancak yağmur sularını boşaltma hakkımla ilgili olarak, eğer binayı yükselttiğin takdirde benim yağmur sularım üzerinden dökülemezse, o takdirde binayı yükseltmezsin. Fakat binayı yükseltmen, yağmur sularının dökülmesini engellemezse o zaman binayı yükseltebilirsin.

Her iki metinde de taşınmaz lehine irtifak hakkından feragatin *in iure cessio* ile olduğu anlaşılmaktadır. İlk metinde irtifak hakkından feragat *“invito me ius non fuerit”* yani *“irtifak hakkım olmadığı”* şeklinde ifade edilmiştir. Bina yükseltmeme irtifakından (*servitus altius non tollendi*) feragat *“tibi concessero ius esse invito me*

altius tollere aedificia tua” yani “senin binanı yükseltme hakkını sana bırakıyorum” şeklinde ifade edilmiştir.

Taşınmaz lehine irtifak hakkı yararlanan taşınmaza bağlı olduğundan, yararlanan taşınmazın halihazırdaki maliki irtifak hakkından feragat edebilirdi⁴¹³.

Taşınmaz lehine irtifak hakkından zımnen feragat ilişkisi bir metinle karşılaşılmaktadır.

D.8.6.8 pr. (Paulus 15 ad plaut.)

“Si stillicidii immittendi ius habeam in aream tuam et permisero ius tibi in ea area aedificandi, stillicidii immittendi ius amitto. Et similiter si per tuum fundum via mihi debeat et permisero tibi in eo loco, per quem via mihi debetur, aliquid facere, amitto ius viae”.

Yağmur sularını senin taşınmazındaki boş alana boşaltma hakkım var ve o alan üzerinde inşaat yapmana müsaade edersem, söz konusu hakkı kaybederim. Benzer şekilde senin taşınmazın üzerinde geçit irtifakına (*via*) sahibim ve geçiş güzergâhına bir şey inşa etmene izin verirsem, irtifak hakkımı kaybederim.

Metinde *servitus stillicidii immitendi* irtifakı sahibi, söz konusu irtifak hakkını engelleyecek bir yapıya ya da geçit irtifakı (*via*) sahibi, geçidi engelleyecek şekilde inşaat yapmaya izin vermektedir. Bu suretle irtifak hakkının kaybedilmesinden bahsedilir. Bu durum, irtifak hakkından zımnen feragat olarak yorumlanmaktadır⁴¹⁴.

⁴¹³ Biondi, 1954, s. 307.

⁴¹⁴ Biondi, 1954, s. 307.

Pactio ve *stipulatio* ile kurulmuş bir irtifak hakkından feragatin ise *Iustinianus* Döneminde basit bir *pactio* ile mümkün olduğu ileri sürülmüştür⁴¹⁵.

B- Birleşme (*Confusio*) Nedeniyle Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Sona Ermesi

Yüklü ve yararlanan taşınmaz mülkiyetinin, herhangi bir sebeple aynı malikte birleşmesi halinde taşınmaz lehine irtifak hakkı sona erer.

D.8.6.1 (Gaius 7 ad ed. provinc.)

“Servitutes praediorum confunduntur, si idem utriusque praedii dominus esse coeperit”.

Eğer aynı kişi her iki taşınmazın da maliki haline gelirse, taşınmaz lehine irtifak hakları birleşme (*confusio*) ile sona erer⁴¹⁶.

Yukarıda da ele alındığı üzere yararlanan taşınmaz malikinin yüklü taşınmaz payını ya da yüklü taşınmaz malikinin yararlanan taşınmaz payını kazanması halinde irtifak hakkı birleşme (*confusio*) nedeniyle sona ermez⁴¹⁷. Benzer şekilde üç taşınmaz üzerinde kurulmuş bir su yolu irtifakında yalnızca iki taşınmazın aynı malik tarafından kazanılması halinde irtifak hakkının sona ermeyeceğine ilişkin metne de yukarıda değinilmiştir⁴¹⁸.

Yararlanan ve yüklü taşınmazın malikinin aynı kişi olmasıyla irtifak hakkı sona erer ve taşınmazlardan birinin başkasına devri halinde irtifak hakkı kendiliğinden canlanmaz (yeniden doğmaz):

⁴¹⁵ Grosso, 1969, s. 244; Çelebican Karadeniz, 2005b, s. 253.

⁴¹⁶ Çeviride Küçükgüngör, 1998a, s. 17'den yararlanılmıştır.

⁴¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 101 vd.

⁴¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 81.

D.8.2.30 pr. (Paulus 15 ad sab.)

“Si quis aedes, quae suis aedibus servirent, cum emisset traditas sibi accepit, confusa sublataque servitus est, et si rursus vendere vult, nominatim imponenda servitus est: alioquin liberae veniunt”.

Eğer bir kimse kendi binası lehine irtifak hakkı ile yüklü binayı, *traditio* işlemiyle kazanırsa, irtifak hakkı birleşme (*confusio*) nedeniyle sona erer. Eğer yeniden binayı satmak isterse özellikle irtifak hakkıyla yüklü olması gerekir; aksi takdirde bina irtifak hakkından arı olarak satılacaktır.

D.8.1.18 (Paulus not. ad pap. 31 quaest.)

“In omnibus servitutibus, quae actione confusae sunt, responsum est doli exceptionem nocituram legatario, si non patiatur eas iterum imponi”.

Mirasın kabulünün ardından birleşme (*confusio*) ile sona eren her irtifak için eğer muayyen mal vasiyeti lehtar irtifakın yeniden kurulmasına razı olmazsa ona karşı hile def'i ileri sürülür şeklinde cevap verilir⁴¹⁹.

Her iki metinde de yüklü ve yararlanan taşınmazın yüklü ya da yararlanan taşınmaz maliki tarafından sağlararası ya da ölüme bağlı bir hukuki işlemle kazanılması halinde sona ereceği ve fakat ardından taşınmazlardan birinin üçüncü bir kişi tarafından kazanılması halinde başkaca işleme gerek kalmaksızın tekrar doğmayacağı ele alınmaktadır. İrtifak hakkı bir kez birleşme nedeniyle sona ermiştir. Taşınmazlardan birinin üçüncü bir kişi tarafından kazanılması halinde, eğer isteniyorsa irtifak hakkının yeniden kurulması gerekmektedir.

C- *Non Usus* ve *Usucapio Libertatis* Nedeniyle Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Sona Ermesi

⁴¹⁹ Çeviride Küçükgüngör, 1998a, s. 18'den yararlanılmıştır.

Bu dönemde artık köy taşınmazları lehine irtifak hakları olarak sınıflandırılan irtifaklar iki sene kullanılmamakla (*non usus*) sona ermektedir. Şehir taşınmazları lehine irtifak hakları bakımından ise irtifak hakkı iki sene kullanılmazsa ve yüklü taşınmaz maliki bu süre içinde irtifak hakkının kullanımını engelleyen faaliyetlerde bulunursa, yüklü taşınmaz irtifak hakkından kurtulmaktadır (*usucapio libertatis*). Köy taşınmazı lehine irtifak hakları, yüklü taşınmaz üzerinde olumlu bir faaliyetin gerçekleştirilmesi ile kullanılmaktadır⁴²⁰. Dolayısıyla zamanaşımı ile irtifak hakkının kaybedildiği süre içinde, bu faaliyetin yapılmaması halinde irtifak hakkı sona ermektedir⁴²¹. Oysa şehir taşınmazları lehine irtifak hakları yüklü taşınmaz malikinin belirli bir faaliyeti yapmaması halinde, yararlanan taşınmazdan sağlanan yarar artırmaktadır. O nedenle yalnızca yararlanan taşınmaz malikinin zamanaşımı ile irtifak hakkının kaybedildiği süre içinde (iki yıl) irtifak hakkını kullanmaması, irtifak hakkının sona ermesi bakımından yeterli değildir. Aynı zamanda yüklü taşınmaz malikinin de irtifak hakkının kullanılmasını engelleyen bir faaliyette bulunması gerekir⁴²².

D.8.2.6 (Gaius 7 ad ed. provinc.)

“Haec autem iura similiter ut rusticorum quoque praediorum certo tempore non utendo pereunt: nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat. veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas praefixas habuero vel obstruxero, ita demum ius meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris: alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem. item si tigni immissi aedes tuae servitutem debent et ego exemero tignum, ita demum amitto ius meum, si tu foramen, unde exemptum est tignum, obturaveris et per constitutum tempus ita habueris: alioquin si nihil novi feceris, integrum ius suum permanet”.

⁴²⁰ Buckland, s. 263.

⁴²¹ Corbino, 1999, s. 29.

⁴²² Corbino, 1999, s. 29; Talamanca, 1990, s. 470.

Bu irtifaklar, köy taşınmazı lehine irtifak hakları gibi, belirli bir süre kullanılmamakla sona erer. Ancak farkı şudur: <söz konusu irtifaklar> her durumda kullanmama nedeniyle sona ermez ve fakat aynı zamanda komşu kendi taşınmazının irtifak hakkından arı olmasını zamanaşımı yoluyla kazanmıştır. Örneğin; eğer benim ışığımı engellemek için senin binan benimki lehine binayı yükseltmeme irtifakı ile yüklü ise ve ben <irtifak hakkının sona ermesi bakımından> tespit edilmiş olan süre içinde pencereleri sürgülersem ya da tuğla örsem, sen de aynı zamanda binanı yükseltirsen yalnızca bu şekilde irtifak hakkını kaybederim. Aksine sen hiçbir şey yapmazsan, ben irtifak hakkını muhafaza ederim. Benzer şekilde eğer senin binan giriş dayama irtifakı ile yüklüyse ve ben girişi kaldırırsam yalnızca sen girişin kaldırıldığı boşluğu doldurur ve <irtifak hakkının sona ermesi bakımından> tespit edilmiş olan süre içinde o şekilde muhafaza edersen, irtifak hakkını kaybederim. Aksine sen yine hiçbir şey yapmazsan, benim hakkım devam eder.

Yukarıda alıntı yaptığımız metinde de açıkça belirtildiği gibi *usucapio libertatis* nedeniyle irtifak hakkının sona ermesi için iki yıllık süre içinde irtifak hakkının kullanılmamış olması yeterli değildir. Aynı zamanda yüklü taşınmaz maliki tarafından irtifak hakkını engelleyici faaliyetlerin de yapılması gerekir.

D.8.2.32.1 (Iulianus 7 dig.)

“Libertas servitutis usucapitur, si aedes possideantur: quare si is, qui altius aedificatum habebat, ante statutum tempus aedes possidere desiit, interpellata usucapio est. is autem, qui postea easdem aedes possidere coeperit, integro statuto tempore libertatem usucapiet. natura enim servitutium ea est, ut possideri non possint, sed intellegatur possessionem earum habere, qui aedes possidet”.

Binaya zilyet olunarak, zamanaşımı süresi içinde irtifak hakkının kullanılmaması halinde, taşınmazın irtifak hakkından kurtulması elde edilmiştir. Dolayısıyla eğer bir kimse binayı yükseltmiş ve zamanaşımı süresinden önce binadaki zilyetliğine son vermişse, zamanaşımı <süresi> durur. Ancak daha sonra aynı binanın zilyedi olan kimse, tüm zamanaşımı süresinden yararlanır ve irtifak hakkından kurtulur (*usucapio libertatis*). İrtifak hakkı niteliği gereği zilyetlik konusu olmaz; fakat her kim binanın zilyedi ise irtifak hakkının da zilyedi olur.

Alıntı yaptığımız bu metinde taşınmaz lehine irtifak haklarının zilyetliğe elverişli olmadığı bir kez daha vurgulanmıştır. Yüklü taşınmazın zilyedi irtifak

hakkına katlanmak durumundadır. Metinde bina yükseltmeme irtifakı ele alınmıştır. Buna göre yüklü taşınmaza zilyet olan kimse binayı yükseltmeyecektir. Binayı yükselttiyse ve iki senelik süre dolmadan binanın zilyetliğini kaybettiyse artık binanın irtifak hakkından kurtulmuş olması onu etkilemeyecektir. Fakat sonraki zilyet irtifak hakkına aykırı olarak yükseltilmiş haliyle binayı muhafaza ederse, önceki zilyet zamanında başlayan sürenin sonunda bina irtifak hakkından kurtulmuş olacaktır. Taşınmaza kimin zilyet olduğunun önemi yoktur, zira taşınmaz lehine irtifak hakkı taşınmaza bağlı bir haktır.

Yukarıda ele alındığı üzere paylı mülkiyete konu taşınmaz lehine irtifak hakkı söz konusu ise pay sahiplerinden birinin irtifak hakkını kullanması, irtifak hakkının muhafazası için yeterlidir⁴²³. Diğer bir anlatımla yararlanan taşınmaz paylı mülkiyete konu ise pay sahiplerinden yalnızca birisi tarafından irtifak hakkının kullanılması, diğerleri tarafından kullanılmaması halinde, *non usus* yani kullanmama nedeniyle irtifak hakkı sona ermez.

İrtifak hakkının birden fazla taşınmaz üzerinde söz konusu olması halinde ise irtifak hakkı tek ve bütün olduğundan taşınmazlardan yalnızca birisinde irtifak hakkının kullanılması, irtifak hakkının muhafazası bakımından yeterlidir:

D.8.3.18 (Ulpianus 14 ad sab.)

“Una est via et si per plures fundos imponatur, cum una servitus sit. denique quaeritur, an, si per unum fundum iero, per alium non per tantum tempus, quanto servitus amittitur, an retineam servitatem? et magis est, ut aut tota amittatur aut tota retineatur: ideoque si nullo usus sum, tota amittitur, si vel uno, tota servatur”.

⁴²³ Bkz. s.102.

Birden fazla taşınmaz, irtifak hakkı ile yüklü olsa da tek bir geçit irtifakı (*via*) söz konusudur. Dolayısıyla zamanaşımı ile irtifak hakkının sona erme süresi içinde diğerlerinden geçmeyip, tek bir taşınmazdan geçerek, irtifak hakkını muhafaza edip edemeyeceğim sorunu ortaya çıkar. Ya hepsinin sona ereceği ya da hepsinin muhafaza edileceği düşünülebilir. Eğer hiçbir taşınmazla ilgili olarak irtifak hakkını kullanmazsam hepsini kaybederim; ancak sadece bir taşınmazla ilgili olarak dahi irtifak hakkını kullansam, hepsi için irtifak hakkını muhafaza ederim.

D.8.6.6.1a⁴²⁴, da yer alan metinde de benzer bir yaklaşım sergilendiği ve irtifak hakkının tek ve bütün olduğunun belirtildiği görülmektedir.

Taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanım tarzı irtifak hakkı kurulurken tespit edilmiş; ancak irtifak hakkı sahibi, bu kullanım tarzına uygun olarak irtifak hakkını kullanmazsa ve fakat farklı bir tarzda kullanırsa zamanaşımı süresi ile irtifak hakkının sona ermesi süresi sonunda irtifak hakkını kaybeder.

D.8.6.10.1 (Paulus 15 ad plaut.)

“Si is, qui nocturnam aquam habet, interdium per constitutum ad amissionem tempus usus fuerit, amisit nocturnam servitutum, qua usus non est. idem est in eo, qui certis horis aquae ductum habens aliis usus fuerit nec ulla parte earum horarum”.

Yalnızca gece su alma hakkı olan kimse, irtifak hakkının zamanaşımı ile sona ermesi süresi içinde gündüz hakkını kullanırsa, gece kullanmadığı için irtifak hakkını kaybeder. Aynı durum belirli saatlerde kullanımı belirlenmiş olan su yolu irtifakı sahibi, belirlenen saatlerin hiçbirinde irtifak hakkını kullanmaz ve fakat diğer saatlerde kullanırsa da geçerlidir.

Yukarıdaki metinde kaynaktan su alma irtifakının gece kullanılması kararlaştırılmıştır. İrtifak hakkı sahibi ise irtifak hakkını gündüz kullanmıştır. Benzer şekilde su yolu irtifakının, günün belirli saatlerinde kullanılması kararlaştırılmış;

⁴²⁴ Metnin kendisi ve çevirisi için bkz. s.93.

ancak irtifak hakkı sahibi belirlenen saatlerde irtifak hakkını kullanmamış ve fakat günün diğer saatlerinde irtifak hakkını kullanmıştır. Her iki durumda da irtifak hakkı sahibi, iki yıl içinde, irtifak hakkı kurulurken tespit edilmiş olan kullanım tarzına uygun olarak hakkını kullanmazsa- farklı tarzda kullanmış olsa dahi- irtifak hakkı sona erer.

İmkansızlık nedeniyle irtifak hakkı iki senelik süre içinde kullanılamazsa, *non usus* nedeniyle sona erer:

D.8.6.14 pr. (Iavolenus 10 ex cass.)

“Si locus, per quem via aut iter aut actus debebatur, impetu fluminis occupatus esset et intra tempus, quod ad amittendam servitutem sufficit, alluvione facta restitutus est, servitus quoque in pristinum statum restituitur: quod si id tempus praeterierit, ut servitus amittatur, renovare eam cogendus est”.

Eğer *via*, *iter*, *actus*'un kullanımı için belirlenmiş olan yer, zamanaşımı ile irtifak hakkının sona ermesi için yeterli süre içinde bir nehir tarafından işgal edilmişse, suyun yerini ise alüvyon almışsa irtifak hakkı da önceki durumuna getirilir. Ancak söz konusu süre geçmişse, irtifak hakkı kaybedileceğinden yararlanan taşınmaz maliki irtifak hakkını yenilemelidir.

D.41.3.4.26⁴²⁵, da ifade edildiği üzere irtifak hakkı sahibi, yüklü taşınmaz maliki tarafından taşınmazdan zorla çıkarılırsa ve zamanaşımı süresi içinde irtifak hakkını kullanamazsa, kullanmama nedeniyle irtifak hakkı sona erecektir.

Iustinianus Döneminde kullanmama nedeniyle irtifak hakkının sona ermesi benimsenmiş olmakla birlikte taşınmazların zamanaşımı ile kazanılması için geçmesi gereken sürenin- yani aynı eyalettekiler için on yıl, farklı eyalettekiler için yirmi yıl-

⁴²⁵ Metnin kendisi ve çevirisi için bkz. s.56.

irtifak hakkının kullanmama nedeniyle sona ermesi bakımından da geçerli olacağı kabul edilmiştir⁴²⁶.

D.) Taşınmaza Bağlı Nedenlerle İrtifak Hakkının Sona Ermesi

Taşınmaz lehine irtifak hakkı yüklü taşınmazın yok olması halinde sona erer⁴²⁷. Taşınmazın bir nehir ya da deniz tarafından işgal edilmesi halinde Romalılar, taşınmazın fiziksel olarak değil de hukuken yok olmasından bahseder. Taşınmaz *extra commercium* hale geldiğinden irtifak hakkına da elverişsiz hale gelmiştir⁴²⁸.

D.41.1.7.5 (Gaius 2 rer. cott.)

“Quod si toto naturali alveo relicto flumen alias fluere coeperit, prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam praedia possident, pro modo scilicet latitudinis cuiusque praedii, quae latitudo prope ripam sit: novus autem alveus eius iuris esse incipit, cuius et ipsum flumen, id est publicus iuris gentium. quod si post aliquod temporis ad priorem alveum reversum fuerit et ^ ^ flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam eius praedia possident. cuius tamen totum agrum novus alveus occupaverit, licet ad priorem alveum reversum fuerit flumen, non tamen is, cuius is ager fuerat, stricta ratione quicquam in eo alveo habere potest, quia et ille ager qui fuerat desiit esse amissa propria forma et, quia vicinum praedium nullum habet, non potest ratione vicinitatis ullam partem in eo alveo habere: sed vix est, ut id optineat.6. Aliud sane est, si cuius ager totus inundatus fuerit: namque inundatio speciem fundi non mutat et ob id, cum recesserit aqua, palam est eiusdem esse, cuius et fuit⁴²⁹”.

Ancak bir nehir kendi doğal yatağını tamamen terk ederek, başka bir yatakta akmaya başlarsa, önceki kıyıda taşınır olan kimseler, mülkiyet haklarının genişlemesi suretiyle nehrin eski yatağının maliki olurlar. Yeni yatak ise nehrin kendi niteliklerini kazanır yani *ius gentium* uyarınca kamu malı olur. Ancak belirli bir zaman sonra nehir eski yatağına dönerse kıyıda taşınır malları olanlar yine sonraki yatağın maliki olur. Ancak, yeni yatak kişilerin mülkiyetindeki arazileri örter ve ardından kendi doğal yatağına dönerse, arazinin sahibi olan kimse, en katı yorumla, yeni terk edilen yatakta hiçbir hak sahibi değildir. Çünkü söz konusu arazi parçası şeklini ve yapısını

⁴²⁶ CI.3.34.13.

⁴²⁷ Bonfante, 1972, s. 151; Solazzi, 1948, s. 170.

⁴²⁸ Solazzi, 1948, s. 170; Grosso, 1969, s. 259.

⁴²⁹ Ius.I.2.1.23.

kaybederek, varlığını yitirmiştir. Önceki malik komşu bir arazi sahibi olmadığından, yakınlık nedeniyle nehir yatağında bir menfaati yoktur. Ancak bu görüş neredeyse baskın görüştür.

Alıntı yaptığımız bu metinde, nehrin yatağını değiştirmesi ve bir kimsenin arazisini işgal etmesi hali ele alınmaktadır. Bu durumda, söz konusu arazi kamu malına dönüşecektir ve dolayısıyla özel mülkiyete konu olamaz. Nehir daha sonra kendi yatağına dönse dahi söz konusu arazi, eski malikine dönmeyecektir.

D.7.4.24 pr. (Iavolenus 3 post. lab.)

“Cum usum fructum horti haberem, flumen hortum occupavit, deinde ab eo recessit: ius quoque usus fructus restitutum esse labeoni videtur, quia id solum perpetuo eiusdem iuris mansisset. ita id verum puto, si flumen inundatione hortum occupavit: nam si alveo mutato inde manare coeperit, amitti usum fructum existimo, cum is locus alvei publicus esse coeperit, neque in pristinum statum restitui posse. I. Idem iuris in itinere et actu custodiendum esse ait labeo: de quibus rebus ego idem quod in usu fructu sentio”.

Bir bahçe üzerinde intifa hakkına sahiptim, nehir araziyi kapladı ve sonradan geri çekildi. Bu durumda *Labeo*, sel baskını süresince toprağın hukuki durumu aynı kaldığı için intifa hakkının eski haline döneceğı düşüncesindedir. Bunun, sadece nehrin bahçeyi bir sel neticesinde kaplaması halinde doğru olduğunu düşünüyorum. Eğer nehir yatağını değiştirir ve o taraftan akmaya başlarsa, nehir yatağının işgal ettiğı arazinin kamu malı haline gelmesi sebebiyle, kannatimce intifa hakkı kaybedilir ve eski durumunu bir daha kazanamaz⁴³⁰. *Labeo* aynı bakış açısını yürüyerek geçme ve sürü geçirme irtifakı bakımından da sürdürmektedir. Ancak bana göre intifa hakkı için geçerli olan söz konusu irtifaklar bakımından da geçerlidir.

Metinde bir nehrin yatağını değiştirmesi halinde arazinin sular altında kalmasından bahsedilmektedir. Bu durumda nehrin işgal ettiğı arazi, kamu malına dönüşmektedir ve söz konusu arazi intifa hakkına konu ise intifa hakkı sona ermektedir. *Labeo*'nun görüşünden hareketle, aynı durumun irtifak hakları

⁴³⁰ Çeviride Küçükgüngör, 1998a, s. 139'dan yararlanılmıştır.

bakımından da geçerli olduğu belirtilmiştir. İrtifak hakkına konu bir arazi nehir tarafından işgal edilmişse, kamu malına dönüşeceğinden irtifak hakkı sona erecektir.

Şehir taşınmazları bakımından ise binanın yok olması halinde taşınmaz lehine irtifak hakkının sona ereceğine ilişkin bir metinle karşılaşıyoruz.

D.8.2.20.2 (Paulus 15 ad sab.)

“Si sublatum sit aedificium, ex quo stillicidium cadit, ut eadem specie et qualitate reponatur, utilitas exigit, ut idem intellegatur: nam alioquin si quid strictius interpretetur, aliud est quod sequenti loco ponitur: et ideo sublato aedificio usus fructus interit, quamvis area pars est aedificii”.

Yağmur sularının tahliye edildiği bina yerine aynı tür ve nitelikte yenisini inşa etmek için yıkılırsa, amaca uygun olarak yeni bina yıkılan bina ile aynıymış gibi değerlendirilmelidir. Diğer yandan, sorun katı bir biçimde yorumlanırsa, ikinci örnekte bu farklı bir binadır ve birinci bina yok olursa üzerindeki intifa hakkı sona erer, kaldı ki; binanın etrafı da onun bir parçasıdır.

Metinde yağmur sularını boşaltma irtifakı ile yüklü bir binanın yıkılması ve yerine yenisinin inşa edilmesi konusu incelenmektedir. Bu durumda irtifak hakkının devam edip etmeyeceğine ilişkin iki tür değerlendirme yapılmaktadır. Birinci değerlendirmeye göre yeni bina da irtifak hakkı ile yüklü olacaktır. Ancak ikinci değerlendirme ilk binanın yıkılması halinde intifa hakkı sona ereceği gibi binanın çatısından su boşaltılmasına ilişkin irtifak hakkı da sona erecektir. Zira yeni bina öncekinden farklı bir bina olarak değerlendirilir.

İKİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDAN MODERN KANUNLAŞTIRMALARA TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARININ GELİŞİMİ

§ 1. *DOMINIUM* KAPSAMINDA TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARI

I- GENEL OLARAK

Batı Roma İmparatorluğu topraklarının doğudan gelen kavimlerce işgale uğraması ve yıkılmasının ardından *Iustinianus* Dönemi hukuk kaynakları, işgalci kavimlerin örf ve adet hukuku ile karışarak değişime uğramıştır. Ortaçağın başlarında Roma'nın İmparatorluk Döneminde oluşturulan, imparatora bağlı devlet memuru yargıçlardan oluşan mahkeme düzeni ortadan kaybolmuştur⁴³¹. Yerini, bölgenin yerlileri tarafından seçilmiş özgür kimselerden oluşan ve uyuşmazlıkları çözen bir yargılama kuruluna bırakmıştır⁴³². Söz konusu kurul, çözmekle görevlendirildiği somut olayla ilgili örfi kuralları belirlemek zorundaydı⁴³³. Bu kurallar katı bir biçimde uygulanmazdı; ancak uyuşmazlığın çözümünde dayanak

⁴³¹ Stein, 2001,s. 47.

⁴³² Stein, 2001,s. 47.

⁴³³ Yargılama yapanlar artık bir imparatorluğun yargılama makamı olarak değil; aynı köken ve örf adete sahip oldukları toplumun bir üyesi olarak hareket etmekteydi (Stein, 2001,s. 48).

olan bir çeşit temel oluşturmaktaydı⁴³⁴. Uyuşmazlıklar genel olarak uzlaşma ile sonuçlanırdı; ancak taraflar uzlaşmazsa uyuşmazlık “Tanrının hükmüne” bırakılırdı⁴³⁵. Bu genel çerçeve içinde Ortaçağın başlarında Roma Hukuku ile Cermen örf ve adet hukuku arasında net bir ayırım vardı⁴³⁶. Genellikle uyuşmazlığın tarafları, örf ve adet hukukunun uygulanması yönünde teşvik ediliyordu; ancak istisnai olarak Roma Hukuku da uygulanmaktaydı. 6.yy’da Galya bölgesi halkı uyuşmazlıkların çözümünde, Cermen istilasındaki topraklarında, Roma Hukuku’nu tercih etmekteydi⁴³⁷. 8. yy.’dan itibaren ise uyuşmazlıkların çözümünde *Lex Romana Burgundianum*⁴³⁸, *Lex Romana Visigotorum*’un uygulanmasını işaret eden düzenlemeler yapılmak suretiyle Cermen Hukuku Roma Hukuku’nun etkisi altında kalmıştır⁴³⁹.

Bu dönemde sosyo-ekonomik bakımdan toprağa dayalı bir yapı benimsendiğinden, taşınmazlar en önemli ekonomik değer olarak kabul edilmektedir⁴⁴⁰. Kişilerin ise taşınmaz üzerinde, taşınmazı kullanmaktan kaynaklanan farklı hakimiyetleri konusu olmaktadır. Feodal düzenin gerekleri Roma Hukukunda

⁴³⁴ Stein, 2001,s. 47.

⁴³⁵ Bu ise işkence ile sorgulama, düello ya da kişilerin taraflardan birisinin iddiası konusunda ikna olduğu yönünde yemin etmesi-hangi tarafın lehine daha çok kişi yemin ederse o kazanırdı- yolları ile çözümlenmekteydi. Hükmün yerine getirilmesi ise toplumsal baskıya boyun eğilmesi ile mümkün oluyordu (Stein, 2001,s. 48).

⁴³⁶ En yaygın hukuk, bu topraklarda hüküm süren Cermenlerin örf ve adet hukuku idi (Stein, 2001,s. 48).

⁴³⁷ Stein, 2001,s. 48.

⁴³⁸ 6. yy.’ın başında Burgundiyalıların yönetimindeki, Galya’nın doğu bölgelerini kapsayan, bölgelerde yaşayan Romalılara yönelik çıkarılan bir emirnamedir. Nadiren hangi kaynaktan olduğuna atıf yapılmakla birlikte, Roma Hukukunun çeşitli kaynaklarının derlenmesiyle oluşmuştur (Talamanca, 1989, s. 624). Bizans İmparatorluğu tarafından krallıklarının yıkılmasıyla önemini kaybetmeye başlamıştır (Vinogradoff, s.24).

⁴³⁹ Stein, 2001,s. 48.

⁴⁴⁰ Sahip olunan veriler ışığında 8. yy.’ın sonlarından itibaren Batı Avrupa, tamamen tarımsal bir yapıya dönmüş ve toprak yaşamın ve zenginliğin tek kaynağı haline gelmiştir (Pirenne, s. 15). Avrupa 11. yy.’a kadar içine kapanmıştır. Bu durum, Müslüman Arapların Akdeniz üzerindeki hakimiyetinin ve özellikle Akdeniz ticaretinin bozulması ve ticaretin Bağdat’a kaymasının bir sonucudur (Pirenne, s. 10-12).

hukuken çerçevesi çizilmiş ve ayrımları net bir şekilde belirlenmiş olan ‘*dominium*’, ‘*possessio*’ ve ‘*servitutes*’ yani mülkiyet, zilyetlik ve taşınmaz lehine irtifak hakları kavramlarına ilişkin bu ayrımların ortadan kalkması ve bu kavramların birbiriyle iç içe geçmiş tek bir kategoride toplanmasına neden olmuştur⁴⁴¹.

Kesin olarak bilinmemekle beraber, 1100 yılı civarında **Irnerius** önderliğinde Bologna Hukuk Okulunda hukuk alanında çalışmalar yapılmaya başlanmıştır⁴⁴². Bu kapsamda 11. yy.’ın sonundan 13. yy.’ın ortalarına kadar *Iustinianus*’un CIC’inin bütün bölümleri incelenerek, açıklanmaya çalışılmıştır. CIC metinlerinin yanına *glossa* yani açıklamalar⁴⁴³ düşmeleri nedeniyle bu çalışmaları yapan hukukçular, *Glossator*’lar olarak anılmışlardır⁴⁴⁴. *Glossator*’lar CIC’in tüm bölümlerini, metinlere sadık kalarak skolastik yöntemle incelemişlerdir⁴⁴⁵. Öncelikle *Digesta* üzerinde çalışmalar yapılmıştır. CIC’in diğer kısımlarının bulunması ise oldukça yavaş bir seyir izlemiş ve 12.yy’a kadar yayılmıştır⁴⁴⁶. Bu dönemde İtalya’da birden fazla el yazması *Digesta* metni olduğu sanılmakla birlikte, Bizans Hukukçularının Batı Avrupa’ya göç ederken yanlarında getirdikleri impatorluğun hukuk kitaplarının *Glossator*’lar tarafından incelenen metinler olduğu tahmin edilmektedir⁴⁴⁷. Bu metinler *litera Bononiensis* olarak anılmaktadır⁴⁴⁸.

⁴⁴¹ Diurni, s. 470-473; Grossi, 1968, s. 65 vd.

⁴⁴² Kelly, s. 158.

⁴⁴³ *Glossa, interpolatio*’dan farklı olarak kanun koyucunun isteğiyle yapılan kasıtlı değişiklikleri değil; özel kişilerin istemeden yaptıkları değişiklikleri de işaret eder (Emiroğlu, s. 94-95).

⁴⁴⁴ Girard, s. 94; Umur, 1983a, s. 80; Berger, s. 483; Karadeniz-Çelebican, 2005a, s. 89; Güneş-Ceylan, s. 80.

⁴⁴⁵ Nicholas, s. 46.

⁴⁴⁶ Stein, 2001, s. 54.

⁴⁴⁷ Kelly, s. 159.

⁴⁴⁸ Stein, 2001, s. 54.

Glossator'ların çalışmaları uygulamadan çok akademik yönden büyük önem arz etmektedir⁴⁴⁹. *Glossator*'lar tarafından, Kanonik Hukuk çalışma alanlarının bir parçası olarak kabul edilmiştir⁴⁵⁰. Zira yukarıda da açıklandığı üzere, bu dönemde Roma Hukuku mahkemelerde sürekli uygulama alanı bulmuyordu. Oysa Kanonik Hukuk, kilise mahkemelerinde kilisenin yargılama yetkisine giren tüm konularda ve sürekli uygulanıyordu⁴⁵¹. Kanonik Hukukun yargılama yetkisine giren konular ise ceza hukukundan özel hukukun pek çok alanına uzanan oldukça geniş bir kapsama sahipti⁴⁵². Kanonik Hukuktaki boşlukların nasıl doldurulacağı sorunu ile ilgilenen Kanonik Hukukçular da *Glossator*'ların çalışmalarını dikkatle takip ediyordu⁴⁵³.

13. yy.'ın ortasından 15. yy.'a kadar ise **Bartolus**⁴⁵⁴, un önderliğinde CIC'in buldukları çağın gereklerine uydurulması çabasıyla açıklanması söz konusu olmaya başlamıştır. Bu amaçla çalışan hukukçular, *Glossator*'ların açıklamalarına dayanarak, CIC metinlerine şerhler düşmüşlerdir. O nedenle hem *Post Glossator*'lar (sonraki *Glossator*'lar) hem de *Commentator*'lar yani şerh edenler olarak anılırlar⁴⁵⁵. Dolayısıyla skolastik yöntemden çok uygulamaya dönük daha serbest bir yöntemle çalışan *Commentator*'lar, CIC metinlerini ve *glossa*'lar üzerinde yaptıkları çalışmaları sistematik eserlerde toplamışlardır⁴⁵⁶. Bu dönemde Roma Hukuku ile

⁴⁴⁹ Stein, 2001, s. 65.

⁴⁵⁰ Stein, 2001, s. 60.

⁴⁵¹ Stein, 2001, s. 61-62.

⁴⁵² Stein, 2001, s. 64.

⁴⁵³ Stein, 2001, s. 62. Zaten Kilise Mahkemelerinde Kanonik Hukukun uygulamasını gerçekleştiren hukukçular, hukuk eğitimlerini Bologna Üniversitesi bünyesinde Roma Hukuku çalışarak, gerçekleştiriyorlardı (Stein, 2001, s. 75).

⁴⁵⁴ 1313/1314–1357 yılları arasında yaşamış hukukçu. Yaşadığı dönemde hukuka yaptığı katkıları nedeniyle “*nemo iurista sine Bartolista*” (Bartolus –ve takipçisi- olmadıkça kimse hukukçu değildir) sözü ile anılmıştır (Pichonnaz, s.79).

⁴⁵⁵ Umur, 1983a, s. 162; Karadeniz-Çelebican, 2005a, s. 90; Villey, 2000, s. 63.

⁴⁵⁶ Nicholas, s. 47; Küçük, s. 117.

Kanonik Hukuk arasındaki ihtilafa, uzlaşmacı bir yöntemle yaklaşmıştır⁴⁵⁷. *Commentator*'lar da Kanonik Hukuku ve Roma Hukukunu birlikte ele almışlardır⁴⁵⁸.

Glossator ve *Commentator*'ların çalışma yöntemleri *mos italicus* yani İtalyan yöntemi olarak anılmaktadır⁴⁵⁹. Gerek *Glossator*'ların *Commentator*'ların çalışmaları gerekse Avrupa'nın çeşitli yerlerinden gelen yetiştirdikleri öğrenciler sayesinde Roma Hukuku, tüm Avrupa'ya yayılmıştır⁴⁶⁰. Bu suretle Roma Hukuku, Avrupa'nın özel hukuku haline gelmiştir⁴⁶¹.

II- KAVRAM

A- Tanım

Romalılar gibi genel olarak *Glossator*'lar da taşınmaz lehine irtifak hakları ile ilgili bir tanımlama yapmamışlardır. **Azo**⁴⁶², irtifak hakkını, "*habitus praedii*" yani taşınmaz üzerinde her şekil ve nitelikteki sürekli bir durum olarak ele almış⁴⁶³; **Odofredus**⁴⁶⁴ ise taşınmaz lehine irtifak hakkını iki taşınmaz arasında bir bağ olarak değerlendirmiştir⁴⁶⁵. Buna göre taşınmaz lehine irtifak hakkı, meşru bir şekilde kurulduğunda bir taşınmaza yüklenmiş bir yükümlülüktür: "*servitus realis est quoddam onus a praedio debitum, vel a re rei legitime constitutum*"⁴⁶⁶.

⁴⁵⁷ Stein, 2001, s. 89.

⁴⁵⁸ Stein, 2001, s. 64.

⁴⁵⁹ Pichonnaz, 2008, s. 79.

⁴⁶⁰ Girard, s. 95-96; Stein, 2001, s. 92.

⁴⁶¹ Ayiter, 1981, s. XIV.

⁴⁶² Büyük *Glossator* *Imerius*'un öğrencisi *Bulgarius*'un yetiştirdiği, 1190-1220 yılları arasında yaşamış hukukçu. **Azo**, öğrencilerinin aldığı ders notları sayesinde gerek bilimsel gerekse mahkeme uygulamaları bakımından Ortaçağ boyunca etkili olmuştur (Pichonnaz, 2008, s. 78).

⁴⁶³ Azo, P.: *Summa Institutionum*, Ib II de servitutibus (I.2.3), Pavia 1506 (aynı basım Torino 1966), s. 357 (naklen *Comporti*, 1990, s. 266).

⁴⁶⁴ *Imerius*'un öğrencilerinden *Jacobus Balduinus*'un yetiştirdiği *Franciscus Accursius*'un öğrencisi 1265 yılında ölmüş olan hukukçu (Berger, s. 607).

⁴⁶⁵ Odofredus de, D.: *Lectura super Digesto veteri, de servitutibus* (D.8.1), rubr. Lyon 1550 (aynı basım Bologna 1967), s. 259 (naklen *Comporti*, 1990, s. 266; *Brugi*, s. 17).

⁴⁶⁶ Aynen alıntı, Rossi, 2009, s. 246.

Accursius⁴⁶⁷, *Glossa Ordinaria*'da taşınmaz lehine irtifak haklarını şu şekilde ifade etmiştir:

*“Servitus realis est ius quoddam praedio inhaerens, quod dominantis utilitatem augit, serviens libertatem minuit. Et hoc contingit cum res mea rei tuae, praedium meum praedio tuo servit”*⁴⁶⁸.

Taşınmaz lehine irtifak hakkı, yararlanan taşınmazın kullanımını artıran yüklü taşınmazın ise serbestliğini azaltan taşınmaza bağlı bir haktır. Ve bu, benim eşyam seninkine, benim arazim seninkine tabi olduğunda söz konusu olur.

Odofredus taşınmaz lehine irtifak hakkına ilişkin değerlendirmesinde Romalıların borç anlamında yükümlülüğü ifade etmek için kullandıkları *debitum*⁴⁶⁹ ifadesini tercih etmiştir. Hukukçuya göre taşınmaz lehine irtifak hakkı bir taşınmaza yüklenmiş bir yükümlülüktür. Bu kapsamda **Accursius**'un ifadeleri daha açık ve taşınmaz lehine irtifak hakkının niteliğine daha uygundur. Hukukçu taşınmaz lehine irtifak hakkına ilişkin iki önemli hususu ortaya koymuştur. Buna göre taşınmaz lehine irtifak hakkı yararlanan taşınmazdan yararlanmayı artırır. Zira yararlanan taşınmaz maliki, yüklü taşınmaz üzerinde bir irtifak hakkı sahibi olmakla yararlanan taşınmazdan daha fazla fayda sağlamaktadır. Yüklü taşınmaz bakımından ise yüklü taşınmaz malikinin kendi taşınmazı üzerindeki kullanım serbestisi, irtifak hakkı nedeniyle daralmaktadır. Hukukçu önemli bir başka konuya daha değinmiştir. Şöyle

⁴⁶⁷ 1260 yılında ölen *Glossator*. Kendisinden önceki sayısız *glossa* yığını içinden seçtiklerini kendi *glossa*'ları ile birleştirerek, *Glossa Ordinaria* isimli derleme eserinde toplamıştır (Karadeniz-Çelebican, 2005a, s. 89).

⁴⁶⁸ Aynen alıntı Möller, s. 368.

⁴⁶⁹ Gerek borcun konusunu gerekse alacaklı ve borçlu arasındaki borç ilişkisini ifade etmek için kullanılan kavram (Berger, s. 425).

ki; taşınmaz lehine irtifak hakkı taşınmaza bağlı bir haktır. Bu hakla birlikte yüklü taşınmaz yararlanan taşınmaza tabi olmaktadır.

Taşınmaz lehine irtifak haklarının tanımını **Bartolus** şu şekilde yapmıştır:

“Servitus est quoddam ius praedio inhaerens et ipsius utilitatem respiciens et alterius praedii ius sive libertatem diminuens⁴⁷⁰”.

İrtifak hakkı, bir taşınmaza bağlı ve onun yararına bir başka taşınmazın hakkını ya da serbestliğini sınırlandıran bir haktır.

Bartolus, farklı ifadelerle de olsa **Accursius**'un ifadelerine benzer bir tanım yapmış ve taşınmaz lehine irtifak hakkının üç özelliğinden açıkça bahsetmiştir. Birincisi irtifak hakkının taşınmaza bağlı bir hak olmasıdır. İkinci özellik ise yarar (*utilitas*) unsuru yani irtifak hakkının bir taşınmaz yararına kurulmasıdır. Son olarak yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkının, diğer bir anlatımla mülkiyet hakkından kaynaklanan tasarruf serbestinin, kısıtlanmasıdır. Gerçekten de irtifak hakkı kısmi bir yararlanma hakkı olarak ortaya çıkar. Şöyle ki; irtifak hakkı ya üzerinde kurulduğu taşınmazda lehine kurulduğu taşınmaz malikine bir yararlanma hakkı verir ya da lehine kurulduğu taşınmaz yararına üzerinde kurulduğu taşınmaz malikinin mülkiyet hakkının sağladığı yetkilerden biri ya da bir kaçından kaçınmasına neden olur.

Caepolla⁴⁷¹ ise taşınmaz lehine irtifak hakkını şu şekilde ifade etmiştir:

“Servitus etenim est quaedam qualitas, non autem substantia⁴⁷²”.

İrtifak hakkı, gerçekten <taşınmazın> belirli bir özelliğidir ama esası değildir.

⁴⁷⁰ Brugi, s. 17.

⁴⁷¹ *Bartholomaeus Caepolla Veronensis*, 1420-1477 yılları arası yaşamış hukukçu, Commentator (Oğuz, 1998b, s. 461).

⁴⁷² Caepolla, B.: *Tractatus de servitutibus urbanorum praediorum*, Venedik 1485, cap.2, n.3, c.2r. (naklen Barbacetto, s. 328).

Caepolla, taşınmaz lehine irtifak hakkını taşınmazın bir özelliği olarak gördüğünden aslında bu tanımın, **Azo** ve **Odofredus**'un yaptığı değerlendirmelerden bir farkı yoktur⁴⁷³. **Celsus**'un D.50.16.86'daki metninden⁴⁷⁴ hareketle **Caepolla**, taşınmaz lehine irtifak haklarının temel özelliklerini belirlemiştir. Bunu yaparken zarf olarak kullanılan “*qualiter*” kelimesinin isim hali olan “*qualitas*” kelimesini tercih etmiştir. *Qualitas fundi* aynı zamanda taşınmaz lehine irtifak hakkının iki taşınmaz arasında söz konusu olmasına ve irtifak hakkının taşınmazdan ayrı tasarruf konusu olamamasına da işaret etmektedir⁴⁷⁵. Buna göre irtifak hakları, taşınmazdan ayrı olarak herhangi bir devir işleminin konusu olamaz, intifa hakkının konusu olamaz; ancak aktif ve pasif olarak tüm haleflere geçebilir⁴⁷⁶.

B- Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Hukuki Niteliği

Glossator'lara göre “*ius*” (hak) ve “*actio*” (dava) birbirine çok sıkı bir mantıkla bağlıdır ve aynı hukuki durumun iki farklı anını yansıtmaktadır⁴⁷⁷. Bu kapsamda her davanın bir *causa* yani temel sebebi vardır. *Actio in personam* bakımından *causa*'yı *obligationis* (borçlar); *actio in rem*⁴⁷⁸ bakımından ise *causa*'yı *dominium* oluşturur⁴⁷⁹. Zilyetlerin bir kısmı, başkasına ait eşya üzerinde bir hakka sahiptir ve bu haklar “*ius in re*” şeklinde ifade edilmektedir. Ancak *ius in re* kavramı,

⁴⁷³ Rossi, 2009, s. 247.

⁴⁷⁴ Metnin kendisi ve çevirisi için bkz. s.15.

⁴⁷⁵ Comporti, Rescigno/Trattato, s. 157.

⁴⁷⁶ Comporti, 1990, s. 267.

⁴⁷⁷ Grossi, 1968, 152.

⁴⁷⁸ *Glossator*'lara göre *actio in rem* iki türdür. Birincisi “*actio civiles in rem*” ikincisi ise “*actiones praetoriae in rem*”dir. Geniş anlamda mülkiyetten ve *hereditatis petitio*'dan doğan davalar *actiones civiles in rem*'dir. *Actio publiciana*, *actio serviana* ve *quasi serviana* ile *bonarum possessoria hereditas petitio* ve *fidecommissaria hereditas petitio* ile ilgili davalar *actiones praetoriae in rem*'dir (Bussi, s 6).

⁴⁷⁹ Pugliese, 1964, s. 760; Bussi, s. 6 vd.

Klasik Roma Hukukunda olduğu gibi eşya şeklinde anlaşılmaktadır. O nedenle *ius in re*, *actio in rem* yani aynı davanın *causa*'sını (temel nedeni) oluşturmaz; ancak aynı dava kapsamında elde edilen eşyayı yani davanın konusunu teşkil eder⁴⁸⁰. Dolayısıyla *ius in re*, *dominium*'un da konusunu oluşturmaktadır⁴⁸¹. Davanın temelinde “*rem meam esse*” ya da “*ius mihi esse*” yani eşya ya da hakkın aidiyeti iddiası vardır⁴⁸². O nedenle *Glossator*'lar, *dominium*'u hem dar anlamda mülkiyet olarak hem de geniş anlamda irtifak hakkı sahibi (*dominium servitutis*) ve intifa hakkı sahibi (*dominium ususfructus*) anlamında kullanmışlardır⁴⁸³. *Glossator*'lar da Romalıların *res corporales* ve *res incorporales* ayrımını takip etmişlerdir. Ancak onlara göre gerek maddi eşyalar gerekse maddi olmayan eşyalar *dominium*'un konusunu oluşturur⁴⁸⁴.

Glossator'lar, yaşadıkları dönemin sosyal ve ekonomik koşulları altında *res* yani eşyayı, malvarlığındaki değişmez bir değer olarak kabul etmişlerdir. Bu nedenle Roma Hukukunun eşya üzerindeki hakimiyeti işaret eden geleneksel kavramı *dominium*'u, feodal düzenin gerekleri ölçüsünde çoğaltılmışlardır⁴⁸⁵. Buna göre *dominium* kavramını, *dominium directum* ve *dominium utile*⁴⁸⁶ şeklinde iki bölümde incelemişlerdir. Bu sınıflandırmaya göre Feodal Lord, taşınmazın asıl malikidir ki;

⁴⁸⁰ Villey, 1947, s. 203.

⁴⁸¹ Villey, 1947, s. 200.

⁴⁸² Villey, 1947, s. 198.

⁴⁸³ Feenstra, 1989, s. 112.

⁴⁸⁴ Pugliese, 1964, s. 760; Bussi, s. 7.

⁴⁸⁵ Barni, 1957b, s. 121; Comporti, 1980, s. 3.

⁴⁸⁶ Roma Hukuku kaynaklarındaki “*vindicatio utiles*”ten hareketle *dominium utile* kavramını oluşturmuşlardır (Meynial, s. 418; Grossi, 1968, s. 152). Vassalın hukuki durumu ile Roma Hukukunda uzun süreli kiracının (*emphyteuta*) hukuki durumu arasında paralellik kurulması suretiyle böyle bir değerlendirme yapılmıştır (Stein, 2001, s. 76).

bu *dominium directum*'dur. Vassal⁴⁸⁷ ise *domium utile*'in sahibidir. Toprağı işlemekte ve bu suretle taşınmazdan yarar sağlamaktadır⁴⁸⁸.

Bu dönemde *dominium*, maddi bir eşya üzerindeki doğrudan yetkiyi ifade eder. O nedenle üst hakkı ve uzun süreli kirada, eşyanın bütünü üzerinde doğrudan bir yararlanma olduğundan- daha açık bir anlatımla taşınmazı işleme yetkisi barındırdığından- bu haklar “*dominium utile*” kapsamında değerlendirilmektedir. Taşınmaz lehine irtifak haklarında ise eşyanın bütünü işgal edilmez. O nedenle taşınmaz lehine irtifak hakları *dominium utile*'nin konusunu teşkil etmez⁴⁸⁹. Ancak taşınmaz lehine irtifak hakkı sahibi ya da intifa hakkı sahibi *dominus* olarak kabul edilir. Söz konusu hak sahipleri *res incorporales* olarak kabul edilen bu hakların *dominus*'udur⁴⁹⁰. Burada taşınmaz lehine irtifak hakkında hakkın kendisi, *dominium*'a konu olmaktadır⁴⁹¹.

Kilise (Kanonik) hukukçuları, *ius in re* kavramının yanı sıra *ius ad rem* kavramını oluşturmuşlardır⁴⁹². Gerek *ius in re* gerekse *ius ad rem* bir kimsenin malvarlığını oluşturmaktadır⁴⁹³. Bu yeni kavram en çok 14 ve 15. yy.'da ortak

⁴⁸⁷ Feodal düzende soylular, katmanlar şeklinde vassallık ilişkisiyle, bir piramit gibi hiyerarşik olarak birbirine bağlanmıştır. Bu şekilde bir soylu kendisine bağlı vassalların (korunanların) süzereni (koruyucusu) iken bir başka lordun vassalıydı. Lordun sahip olduğu topraklar *fief* olarak adlandırılmaktadır. *Fief*, askeri hizmet karşılığında verilen ve geri alınabilen toprak anlamındadır. Feodal düzen ile birlikte vassalın askeri yükümlülüğü devam etmekle birlikte vassal, toprağın işletilmesi konusunda serbest bırakılmıştır. Ancak elinde bulunan toprak nedeniyle vassalın, süzerene karşı birtakım yükümlülükleri sürmekteydi. Bu sayede en üstte Kraldan en alttaki şövalyeye kadar uzanan aynı toprak parçasının birkaç defa temlik edilmesi ile oluşan bir haklar ve yükümlülükler zinciri oluşmaktaydı. Bu zincir kapsamındaki bağlılık geçişli değildi. Örneğin; bir lord vassalının vassalından doğrudan talepte bulunamaz ve dahi ona müdahale edemezdi (Somçağ, s. 9-10).

⁴⁸⁸ Feenstra, 1989, s. 113; Stein, 1993, s. 450.

⁴⁸⁹ Grossi, 1988a, s. 243.

⁴⁹⁰ Grossi, 1988b, s. 402.

⁴⁹¹ Grossi, 1988a, s. 243.

⁴⁹² Bussi, s. 8.

⁴⁹³ Bussi, s. 11.

hukukta (*ius comune*) gelişmiştir. Buna göre *ius ad rem*, hukuk düzenince belirlenen bir takım unsurların eksikliği nedeniyle henüz kazanılamamış bir hakkı temsil eder. Ancak söz konusu eksiklikler tamamlandıktan sonra, hakkın kazanılacağına ilişkin bir beklenti vardır⁴⁹⁴. Bu kategori aynı hak ile alacak hakkı arasında bir yerdedir ve üçüncü bir tür (*tertium genus*) oluşturur⁴⁹⁵. Rehin (*pignus*) ve ipotek (*hypoteca*) bu kategoriye girer. Zira alacak hakkını teminat altına alan bir aynı hak söz konusu olmaktadır⁴⁹⁶. Ancak birkaç yüzyıl sonra tüm şahsi hakları kapsamasa da *ius ad rem*, şahsi haklar için kullanılmaya başlanmıştır. Dolayısıyla *ius ad rem*, *ius in re*'nin karşılığı olarak ele alınmıştır⁴⁹⁷.

Glossator'lar özellikle *dominium*, *possessio* ve *servitutes* kavramlarına ilişkin ortaçağ hukukunda yaşanan kavram karmaşası nedeniyle, *dominium*'u tanımlamaktan kaçınmışlardır⁴⁹⁸. **Acurssius**, *rei vindicatio* yani istihkak iddiasına sahip olan kimseye *dominus* denir: “*dominus dicitur qui rei vindicationem habet*”⁴⁹⁹ şeklinde usul hukuku temelinde ve hakimiyet sahibi olan kimse üzerinden konuyu ele almıştır.

Dominium'a ilişkin **Bartolus** tarafından yapılmış bir tanıma rastlanmaktadır:

1.si quis vi “*Quid ergo est dominium. Respondeo dominium est ius de re corporali perfecte disponendi nisi lege prohibeatur*”⁵⁰⁰.

⁴⁹⁴ Bussi, s. 10.

⁴⁹⁵ Comporti, 1980, s. 3.

⁴⁹⁶ Bussi, s. 11.

⁴⁹⁷ 19. yy. Fransız Hukukçuları tarafından da bu kavram alacak hakları için kullanılmaktadır (Ourliac-Malafosse, s. 52).

⁴⁹⁸ Grossi, 1968, s. 148-151.

⁴⁹⁹ Grossi, 1968, s. 152.

⁵⁰⁰ Comm.ad D.41.2.17.1 [Bartolus, Commentaria. Super primam digesti novi, De acquirenda possessione, Si quis Differentia, num.4a, Roma 1966, C.5, s. 95 (naklen Cannata, 2001, s. 151)].

O halde *dominium* nedir? *Dominium*, yasa tarafından yasaklanmadıkça, maddi bir eşya üzerindeki mutlak tasarruf hakkıdır şeklinde yanıtladım.

Dominium'un *res incorporales* yani maddi olmayan şeyleri de kapsadığına ilişkin **Bartolus**'un bir değerlendirmesi ile karşılaşıyoruz.

“*Quaero quid sit dominium. Et potest appellari largissime pro omni iure incorporali, ut habeo dominium obligationis, utputa ususfructus*⁵⁰¹”.

Dominium ne olabilir diye sordum. Ve o, en geniş anlamda tüm maddi olmayan hakların ifadesi olabilir. Örneğin; bir alacak hakkının ya da intifa hakkının *dominium*'una sahibim.

Quest.de iur.sub., XX: “...*Cum autem plenam potestatem quis habere dicitur, hoc significatur eum iure suo posse et uti et frui et ipsam rem consumere seu commutare et omnio id quod super ea re sibi libet facere*⁵⁰²”.

Bir kimsenin <bir eşya üzerinde> tam hakimiyetinin olduğu söylendiğinde kullanma ve semerelerinden yararlanma hakkı olduğu; aynı zamanda eşyayı yok edebileceği ya da başka bir şeye dönüştürebileceği ve hoşuna giden her şeyi yapabileceği kast edilmektedir.

Bartolus, *dominium*'u içeriğindeki yetkiler bakımından tanımlamıştır. Buna göre öncelikle hukukçu, yukarıda alıntı yaptığımız ilk metinde *dominium*'un hukuk düzenince kısıtlanmadıkça, eşya üzerinde tam bir tasarruf yetkisi sağladığını vurgulamaktadır⁵⁰³. Üçüncü metinde ise *dominium*'un kapsamındaki yetkileri, eşyayı kullanma ve semerelerinden yararlanma ve eşyayı başka bir şeye dönüştürme ve hatta yok etme yetkisi şeklinde sıralamaktadır. Konumuz bakımından önemli olan ikinci metinde ise *dominium*'un maddi olmayan eşyaları da kapsadığı açıkça

⁵⁰¹ Aynen alıntı Shrage, s. 44.

⁵⁰² Aynen alıntı Cannata, 2001, s.153.

⁵⁰³ Burada bahsi geçen “*ius*” bugün anladığımız anlamda hak kavramına karşılık gelmez. **Bartolus**, *ius disponendi* ile malikin subjektif durumunu diğer bir anlatımla eşya üzerindeki yetkisini ifade etmektedir (Grossi, 1985 s. 450).

belirlenmektedir. Dolayısıyla intifa hakkı, taşınmaz lehine irtifak hakkı gibi maddi olmayan eşyalar, geniş anlamda *dominium* kapsamında değerlendirilmektedir.

Bartolus Glossator'ların "*dominium directum*", "*dominium utile*" ayrımına "*quasi dominium*" şeklinde üçüncü bir tür eklemiştir⁵⁰⁴. *Quasi dominium* ile hukukçu, zamanaşımı ile mülkiyet kazanılana kadar *actio Publiciana in rem* kapsamında korunan durumu kast etmektedir⁵⁰⁵.

Baldus ise "*ius in re*" ya da "*ius realia*" ifadesini kullanmıştır. Ancak bu kullanım "*ius personale*" ile karşıtlığı belirtmek içindir. Hukukçu, *ius realia*'yı herhangi bir taahhütün varlığına ihtiyaç duymayan haklar olarak tanımlamıştır⁵⁰⁶.

Baldus, "*ius realia*" ya ilişkin bir liste yapmıştır⁵⁰⁷. Buna göre öncelikle *dominium* yani mülkiyetten bahseder. Ardından **Bartolus**'u takip ederek, mülkiyet hakkını "*ius domini directi*", "*ius domini utilis*" ve "*ius quasi domini*"⁵⁰⁸ olarak üçe ayırarak inceler. **Baldus**, bu üç mülkiyet türünü saydıktan sonra aynı kategoride *ius hereditatis*'e yani miras hakkına yer verir. Ardından ise *servitutum realium et personalium* yani taşınmaz lehine ve kişi lehine irtifaklardan söz eder. Son olarak *hypotheca* ve *pignus* yani ipotek ve rehin ile "*ius realia*" şeklindeki sınıflandırmasını sonlandırır⁵⁰⁹.

⁵⁰⁴ Meynial, s. 442.

⁵⁰⁵ Meynial, s. 442; Schrage, s. 42.

⁵⁰⁶ Hoofs, s. 20.

⁵⁰⁷ Bu konudaki ilk listedir (Hoofs, s. 20).

⁵⁰⁸ Zamanaşımı ile mülkiyetin kazanılması bakımından ele alınan bir kavramdır. Zamanaşımı ile mülkiyet kazanılincaya kadar geçen sürede *actio Publiciana in rem* ile korunan kişinin durumunu ifade etmek için kullanılmıştır, mülkiyet hakkı benzeri anlamındadır (Feenstra, 1989, s.113).

⁵⁰⁹ Feenstra,1989, s. 113.

C- *Possessio* (Zilyetlik) Kavramı ve Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları ile İlişkisi

Bu dönemde Cermen hukukunda kabul edilen '*gewere*' ile karşılaşılmaktadır. Bu kavram Roma Hukukundaki *possessio*'dan farklıdır ve eşya ile onu elinde bulunduran arasındaki fiili duruma işaret eder. Bu fiili durum ise eşyadan faydalanma ekseninde şekillenir⁵¹⁰. Dolayısıyla yalnızca malikin değil, intifa hakkı sahibi, uzun süreli kira hakkı sahibi ya da kiracının eşyadan faydalanması nedeniyle fiili durumu söz konusu olabilir⁵¹¹. Feodal düzende *gewere*'nin *dominium utile* ve *dominium directum* bakımından etkisi görülür. Şöyle ki; Romalıların geliştirdikleri *possessio* kavramından farklı olarak *animus* gerektirmeyen *gewere*'nin, malik olma iradesi olmadan eşyayı elde bulunduranları da kapsadığı kabul edilmektedir⁵¹². Bu durumdakiler de *dominium utile* kapsamında değerlendirilir. Dolayısıyla *dominium utile* sahibi Roma Hukukuna göre zilyet (*possessor*) olarak kabul edilmese de Cermen Hukukuna göre zilyettir.

Glossator'lar ise *possessio*'yu, yalnızca *res facti* yani fiili bir durum olarak kabul etmekle kalmamışlar ve *possessio naturalis*⁵¹³ ve *possessio civilis*⁵¹⁴ şeklinde ikili bir ayrımı benimsemişlerdir⁵¹⁵. Bunun sonucu olarak da aynı eşya üzerinde iki

⁵¹⁰ Gürsoy/Eren /Cansel, s. 74.

⁵¹¹ Barni, 1957a, s. 330-331.

⁵¹² Barni, 1957a, s. 331.

⁵¹³ *Possidere alieno nomine* yani başkasının adına zilyet (Montel, s. 335).

⁵¹⁴ *Possidere suo nome* yani kendi adına zilyet (Montel, s. 335).

⁵¹⁵ Barni, 1957a, s. 332. *Glossator*'ların terminolojisinde ifade etmek gerekirse, *possessio civilis dominus directus*'un zilyetliğidir. *Possessio naturalis* ise *dominus utilis*'in zilyetliğidir (Meynial, s. 437).

zilyet olabileceğini kabul etmişlerdir. Buna göre *possessio civilis*, lordun zilyetliğidir; *possessio naturalis* ise vassalın zilyetliğidir⁵¹⁶.

Glossator'lar, *res incorporales* üzerinde zilyetliğin mümkün olamayacağını kabul etmektedir: "*incorporalia vere possidere non possint*"⁵¹⁷. Dolayısıyla taşınmaz lehine irtifak hakları *res incorporales* olduğundan zilyetlik konusu olamaz; ancak bu haklar üzerinde zilyetlik benzeri "*quasi possidentur*" söz konusu olabilir⁵¹⁸. *Glossator*'lara göre taşınmaz lehine irtifak hakları zilyetliğe elverişli olmadığından, söz konusu haklar *usucapio* ile kazanılamaz⁵¹⁹. Ancak diğer yandan taşınmaz lehine irtifak haklarının *praescriptio longi temporis* ile kazanılması mümkündür. Buna göre *praescriptio longi temporis* ile söz konusu irtifak haklarının kazanılması, devamlılık ölçütüne bağlıdır⁵²⁰. Ayrıca hukukçular, klasik hukukçuların taşınmaz lehine irtifak hakları üzerinde sürekli bir zilyetliğin mümkün olmaması sebebiyle *usucapio* ile kazanılamayacağına ilişkin değerlendirmesi ile *praescriptio longi temporis* ile kazanılabilmesi arasında bir bağlantı kurmaya çalışmışlardır. Bunun sonucunda da taşınmaz lehine irtifak hakları bakımından *perpetua causa* ölçütünden yararlanmışlardır. Kimi taşınmaz lehine irtifak haklarının (*iter, via* gibi) zilyetliğe konu olması bakımından *causa discontinua*; kimileri (*aquae ductus* gibi) bakımından da *causa continua* söz konusudur. Bunun yanı sıra bazı irtifaklar (*altius tollendi* gibi) bakımından *quasi continua* söz konusudur. Sonuç olarak *causa continua* ve *quasi*

⁵¹⁶ Barni, 1957a, s. 332. Bu bakış açısı Kanonik Hukukta da yansımaları bulmuş ve hatta daha da genişletilmiştir. Buna göre bir hakkı fiilen kullanan ya da kullanma iradesi gösteren kimse *possessor* olarak kabul edilmektedir. Bu kapsamda hukuki bir statünün de zilyedi olmak mümkündür. Baba statüsünün zilyedi, meşru evlat statüsünün zilyedi ya da evli statüsünün zilyedi gibi (Barni, 1957a, s. 332).

⁵¹⁷ Capogrossi Colognesi, 1977, s. 78.

⁵¹⁸ Capogrossi Colognesi, 1977, s. 78-79.

⁵¹⁹ Capogrossi Colognesi, 1977, s. 80.

⁵²⁰ Capogrossi Colognesi, 1977, s. 81.

continua olarak kabul edilen irtifakların, *praescriptio* ile kazanılması mümkündür: “*vel dic, quod incorporales quondoque, ut cum habent perpetuam causam vel quasi*”⁵²¹.

Hukukçular taşınmaz lehine irtifak haklarının *interdictum* korunmasından yararlanması ile zilyetlik arasında da bağlantı kurmuşlardır. Bu açıdan, taşınmaz lehine irtifak hakları ve kişi lehine irtifak hakları “*quasi possessio*”nun konusudur⁵²². Temelde bu haklar *res incorporales* olduğundan *possessio* (zilyetlik) konusu olamazlar; ancak *quasi possessio*’nun (zilyetlik benzerinin) konusu olabilirler. Hukukçular bunu yaparken gerçek anlamda *possessio* (zilyetlik) konusu olamayan; ancak zilyetlik korumasından yararlanan bu haklar bakımından maddi eşya ile maddi olmayan eşya arasında paralellik kurmaya çalışmışlardır⁵²³.

Azo ve takipçisi hukukçular, *interdictum*’ları *retinendae possessionis* (zilyetliği elde tutma) ve *recuperandae possessionis* (zilyetliği geri alma) şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutmuşlardır. Buna göre birinci kategori taşınmaz lehine irtifak haklarını kapsayacak şekilde genişletilmektedir. Ancak söz konusu haklar, ikinci kategorinin dışında tutulmaktadır⁵²⁴.

Commentator’lar ise bu kadar geniş ele alınan zilyetlik konusunda daha önce ulaşılan bu bakış açısı ile yetinmemişler, *possessio civilis* ve *possessio naturalis* ayrımını daha ileri götürmüşlerdir. **Bartolus**’a göre özünde büyük farklılıklar olan üç

⁵²¹ Capogrossi Colognesi, 1977, s. 84-87.

⁵²² *Glossator*’lara göre intifa hakkı *naturalis possessio* konusudur. Diğer kişi lehine irtifaklar ise taşınmaz lehine irtifak hakları gibi *quasi possessio*’nun konusudur (Capogrossi Colognesi, 1977, s. 97).

⁵²³ Capogrossi Colognesi, 1977, s. 96.

⁵²⁴ Capogrossi Colognesi, 1977, s. 112.

tür *possessio* vardır. Birincisi *civilis*'tir. Diğeri intifa hakkı sahibi ya da benzerlerinin sahip olduğu *naturalis*'tir. Bir diğeri ise *corporalis*'tir ki kural olarak *dominium*'dan yoksundur⁵²⁵. Hukukçu *possessio civilis* ile hukuken hüküm doğuran gerçek malikin zilyetliğinden bahsetmiş ve *possessio civilis*'i “*ius insistendi*” yani “üzerinde durma hakkı” şeklinde ifade etmiştir⁵²⁶. Buna göre *possessio civilis* zamanaşımı yoluyla mülkiyetin kazanılmasını sağlar⁵²⁷. Oysa *possessio naturalis*, zamanaşımı yoluyla mülkiyetin kazanılmasını sağlamaz⁵²⁸. *Corporalis possessio* ise “*iniustum*” yani geçerli bir kazanma sebebinden yoksun haksız zilyetliğe karşılık gelir⁵²⁹. Hukukçu *quasi possessio*'dan ayrıca bahseder. Hukukçu *quasi possessio*'nun *possessio civilis*'ten farklı olduğunu belirtir. Buna göre *possessio civilis*'te *animus* yani irade vardır; oysa *quasi possessio*'da irade unsuru aranmaz, yalnızca *causa continua*'dan bahsedilir⁵³⁰. Bundan kasıt yalnızca bir taşınmazda *causa continua* olduğu takdirde *quasi possessio*'nun zamanaşımı ile kazanma sonucu doğurmasıdır⁵³¹. **Baldus** ise *possessio naturalis*'in *possessio civilis utile* olduğu görüşündedir⁵³².

Caepolla'ya göre taşınmaz lehine irtifak haklarının *interdictum* korumasından yararlanmasının sebebi *quasi possessio*'dur. Hukukçu belirli irtifaklar bakımından *interdictum* korumasını ele almış ve tüm irtifaklar için korumanın kapsamını genişletmemiştir⁵³³. Hukukçu taşınmaz lehine irtifak hakları bakımından

⁵²⁵ “*Possessionum species sunt tres. Una est civilis, alia naturalis, quam habet ususfructuarius, et similes...Alia corporalis quam habet ingressus dominio absente*” (aynen alıntı Capogrossi Colognesi, 1999, s. 192).

⁵²⁶ Capogrossi Colognesi, 1999, s. 193.

⁵²⁷ “*Ipsa producit civiles effectus, respectu usucapionis, et praescriptionis*” (aynen alıntı Capogrossi Colognesi, 1999, s. 193).

⁵²⁸ “*Naturalis tantum usucapionem non producit*” (aynen alıntı Capogrossi Colognesi, 1999, s. 193).

⁵²⁹ Capogrossi Colognesi, 1999, s. 195.

⁵³⁰ Capogrossi Colognesi, 1999, s. 197.

⁵³¹ Capogrossi Colognesi, 1999, s. 197.

⁵³² Barni, s. 332.

⁵³³ Capogrossi Colognesi, 1976, s. 384, dipnot 57.

interdictum korumasını, bu hakların zilyetlik konusu olamayacağını; ancak *quasi possessio* konusu olabileceğini dikkate alarak yapmaktadır.

III- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARININ SINIFLANDIRMASI

Glossator'lar irtifak haklarını *continuae* ve *discontinuae* şeklinde iki bölüme ayırmışlardır. **Azo** tarafından yapılan bu ayrımın temelinde *causa continua* yani irtifak hakkının devamlılığının amaçlanıp amaçlanmaması vardır⁵³⁴. **Bartolus** ise *causa continua* kavramına bir açıklama getirmektedir. Buna göre irtifak hakkının kullanımı bir insan faaliyeti ile mümkünse o takdirde *causa continua* yoktur ve sürekli olmayan irtifak hakkı söz konusudur. Ancak irtifak hakkının kullanımı bir insan faaliyeti gerektirmiyorsa; o takdirde *causa continua* vardır ve sürekli ya da sürekli benzeri irtifak hakkı söz konusu olmaktadır. Hukukçu birinci duruma *via* ve *iter*'i örnek göstermektedir. Çünkü *via* ve *iter*'de insan faaliyeti vardır; geçme faaliyeti insanlar tarafından yerine getirilmektedir: *homo semper ire*. İkinci duruma ise *aquae ductus*'u örnek göstermektedir. Su geçirme irtifakında *causa continua* vardır. Çünkü bu irtifak hakkı insan faaliyeti gerektirmez, her zaman akan ya da akmaya elverişli bir su vardır: *semper aqua fluat vet apta fluere*⁵³⁵. Ancak bu irtifak hakkına da kimi zaman bir insan müdahalesi söz konusu olabilir. O takdirde *quasi continua* yani sürekli benzeri bir irtifak hakkından bahsedilir. **Caepolla**, sürekli ve sürekli olmayan irtifak haklarını zamanaşımını dikkate alarak tarif etmiştir. Buna

⁵³⁴ Comporti, 1990, , s. 267.

⁵³⁵ Bartolus, ad 1.2, C.3,34 nn. 3 e 4 (naklen Bussi, s. 115 dipnot 1).

göre sürekli irtifaklar on ya da yirmi yılın sonunda zamanaşımı ile kazanılır; ancak sürekli olmayan irtifak haklarının zamanaşımı ile kazanılması mümkün değildir⁵³⁶.

Azo'nun *Summa Codicis* isimli eserinde karşımıza çıkan bir diğer sınıflandırma ise *affermative* (olumlu) ve *negative* (olumsuz) irtifaklar şeklindedir. Buna göre olumlu irtifaklar yararlanan taşınmaz malikinin olumlu bir faaliyetini (*facere*) içerir. Olumsuz irtifaklar ise yüklü taşınmaz malikinin kaçınma yükümlülüğünü içerir⁵³⁷. Bu ayırım, köy taşınmazları lehine ve şehir taşınmazları lehine irtifakları ayırımı ile de bağlantılıdır. Köy taşınmazı lehine irtifak hakları olumlu irtifaklar, şehir taşınmazı lehine irtifak hakları ise olumsuz irtifaklar sınıflandırmasına dahildir⁵³⁸. **Bartolus**'a göre olumlu irtifaklar ve olumsuz irtifaklar ayırımı, şehir taşınmazları lehine irtifak hakları için söz konusudur⁵³⁹.

§ 2. BAŞKASININ EŞYASI ÜZERİNDE HAKLAR (*IURA IN RE ALIENA*) KAPSAMINDA TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARI

I- GENEL OLARAK

16. yy.'da yeni Roma Hukuku kaynaklarının bulunması ve Rönesansın etkisiyle Roma Hukuku kaynakları farklı biçimde ele alınmaya başlanmıştır. Bu dönemin çalışmaları Hümanist Doktrin olarak adlandırılmaktadır⁵⁴⁰.

⁵³⁶ Comporti, 1990, , s. 268.

⁵³⁷ Comporti, 1990, , s. 267.

⁵³⁸ Caravale, 1969, s. 127.

⁵³⁹ Bartolus, Opera Omnia C.I, Venedik 1590 al fo. 180 (naklen Bussi, s. 116 dipnot 3).

⁵⁴⁰ Karadeniz-Çelebican, 2005a, s. 92.

Hümanizm, Rönesans'ın etkisiyle siyasi düşünceler, edebiyat, sanat ve tarihin ele alınış tarzı bakımından yaşanan değişimde önemli bir esin kaynağı olarak kabul edilmektedir⁵⁴¹. Hümanist bilginler, antik metinleri incelemek suretiyle oluşturdukları *studia humanitas* yani hümanist çalışmalara kendilerini adanmışlardır⁵⁴². Genel olarak Hümanistlerin asıl amacı, klasik yapıtları özgün biçimleri ile anlamaktır ve bu uğurda tarz bakımından saflık ile dilbilgisi bakımından kesinliğe önem vermişlerdir⁵⁴³. Hümanizm, coğrafi olarak İtalya'da doğmuş ve 15. yy.'ın son on yılı ile 16. yy.'ın başında Avrupa'nın pek çok yerinde hakim olmuştur⁵⁴⁴. Özellikle 14 ve 15. yy.'da İtalya'da, dünyadan kopup keşiş tarzı yaşama düşüncesinin terk edilmesiyle, toplum ilişkilerine aktif bir katılımı insan çabasının takdir edildiği toplumcu hümanizm doğmuştur⁵⁴⁵.

Hümanizmin hukuk alanındaki tohumları da İtalya'da atılmıştır⁵⁴⁶. 1406 yılında Pisa'da bulunan el yazması bir *Digesta* metni Floransa'lılar tarafından savaş ganimeti olarak alınmış ve Floransa'da *Laurenziana* Kütüphanesi'ne koyulmuştur⁵⁴⁷. Hümanistler, *Glossator* ve *Commentator*'ların üzerinde çalıştığı metinlere kıyasla orijinaline daha yakın olan Floransa'daki bu el yazması metinler üzerinde çalışmışlardır⁵⁴⁸.

Hümanist doktrinin hukuk alanındaki önemli temsilcileri ise ilk olarak 16. yy'ın ilk yarısında ortaya çıkmış ve öncelikle CIC metinlerini *Glossator*'ların ve

⁵⁴¹ Lee, s. 11.

⁵⁴² Lee, s. 11.

⁵⁴³ Lee, s. 11.

⁵⁴⁴ Lee, s. 13.

⁵⁴⁵ Lee, s. 15-16.

⁵⁴⁶ Stein, 2001,s. 92; Karadeniz-Çelebican, 2005a, s. 92.

⁵⁴⁷ Stein, 2001,s. 54.

⁵⁴⁸ Stein, 2001,s. 93.

Commentator'ların çalışmalarından arındırmakla uğraşmışlardır⁵⁴⁹. Bu amaçla orijinaline en yakın en iyi el yazmasına ulaşma çabasına girişmişlerdir⁵⁵⁰. Kendilerinden önceki hukukçuların- *Glossator*'lar ve *Commentator*'ların- çalışma yöntemlerini reddeden hümanist hukukçular, farklı teknik ve yöntemler kullanmışlardır⁵⁵¹. Bunun için daha önce değinilmemiş ya da başka bir konuyu açıklamak için ele alınmış metinlerden hareket etmişlerdir⁵⁵². Hümanist Doktrinin temsilcilerinin amacı CIC'in asıl kaynağını araştırmaktır⁵⁵³ ve bu amaçla Roma Klasik Dönem Hukukunu tekrar oluşturmaya çalışmışlardır⁵⁵⁴. Dolayısıyla gerek tarihsel gerekse dilbilimsel bir çalışma yapmışlardır. Hukuk kaynaklarını anlamak için ilk kez diğer disiplinlerden yararlananlar, Hümanist doktrinin temsilcileri olmuştur⁵⁵⁵. Ayrıca Bizans kaynakları da bir bütün olarak inceleme konusu yapılmıştır.

İki önemli temsilcisinden ilki, **Cujacius**⁵⁵⁶, Floransa'daki el yazmasının önemini yadsımamakla birlikte amacın sadece en orijinal el yazmasına ulaşmak şeklindeki bir çalışma yönteminin benimsenmesi değil; aynı zamanda metinlerin yorumlanması ve içeriğinin anlaşılması olduğunu ileri sürmüştür⁵⁵⁷. Hukukçu, Roma Hukuku kaynaklarının felsefik ve tarihsel olarak ele alınması gerektiğini savunmuş ve bu yönde eserler vermiştir⁵⁵⁸. *Digesta*'daki *interpolatio*'lar üzerinde ilk

⁵⁴⁹ Stein, 2001, s. 94; Karadeniz-Çelebican, 2005a, s. 92.

⁵⁵⁰ Stein, 2001, s. 95.

⁵⁵¹ Watson, 1987, s. 544.

⁵⁵² Watson, 1987, s. 545.

⁵⁵³ Walters, s. 357.

⁵⁵⁴ Scott, s. 7; Oğuz, 2003, s. 122.

⁵⁵⁵ Watkin, s. 114.

⁵⁵⁶ Jacques Cujas, 1522-1590 yılları arasında yaşamıştır. Asıl olarak Toulouse Üniversitesi'nde Roma Hukuku kürsüsünde olmak üzere çeşitli üniversitelerde dersler vermiştir (Girard, s. 97; Watkin, s. 116).

⁵⁵⁷ Stein, 2001, s. 95.

⁵⁵⁸ Pichonnaz, 2008, s. 80.

çalışmaları yapan **Cujacius**'tur⁵⁵⁹. *Iustinianus* metnlerinin yorumlanmasında halen **Cujacius**, başvurulan önemli bir kaynaktır⁵⁶⁰. Diğer önemli temsilcisi **Donellus**⁵⁶¹ ise Roma Hukuku metnlerinin modern hukuk düzeninin oluşturulmasında, Kanonik Hukuk ve yerel hukukla uygun olduğu ölçüde kullanılabilmesini savunmuştur. Hukukçu, özellikle medeni hukukun bilimsel bir disiplin olmasında büyük bir rol oynamıştır⁵⁶². **Donellus**'a göre Kanonik Hukuk Tanrının hukukudur ve halkın hukuku yani kamu hukuku ve bireylerin uymakla yükümlü oldukları özel hukuk kuralları ile ilgilenir. Romalılar ise medeni hukukla, özel hukuku kast ederler ve *Digesta*'da elli kitaptan yaklaşık kırk dokuzunda medeni hukuku inceleme konusu yapmışlardır⁵⁶³.

Hümanist Doktrinin temsilcisi hukukçuların çalışma yöntemi, *Glossator*'lardan ayırmak amacıyla, *mos gallicus* yani Fransız yöntemi olarak anılmaktadır⁵⁶⁴.

Hümanist doktrininin temsilcileri, *Glossator*'lar tarafından *dominium*'un türlere ayrılarak incelenmesine karşı çıkmış ve Roma Hukukunda *dominium*'un bölümlere ayrılmadığını ileri sürmüşlerdir⁵⁶⁵. Dolayısıyla *dominium directum* ve

⁵⁵⁹ Stein, 2001, s. 95.

⁵⁶⁰ Stein, 2001, s. 95.

⁵⁶¹ Hugh Doneau, 1527-1591 yılları arasında yaşamıştır. **Bartolus**'un takipçisi olmasına rağmen *Commentator*'lardan farklı bir yöntem ve teknikle çalışarak, özel hukuk alanındaki çalışmalarında *Commentator*'ların öğretisi ile yetinmemiştir. Kilisenin baskıları nedeniyle Fransa'dan ayrılmış ve Cenevre, Heidelberg ve Leiden'de dersler vermiştir (Watkin, s. 116-117).

⁵⁶² Stein, 2001, s. 98-99; Pichonnaz, 2008, s. 80.

⁵⁶³ Stein, 2001, s. 99.

⁵⁶⁴ Pichonnaz, 2008, s. 80.

⁵⁶⁵ Stein, 1993, s. 450.

dominium utile ayrımını reddetmişlerdir⁵⁶⁶. Buna göre *dominium*, eşya üzerindeki mutlak hakimiyettir. Taşınmaz üzerindeki olası sınırlı hakların toplamından ibarettir ve söz konusu haklardan üstün bir haktır⁵⁶⁷. Bu haliyle Feodal lordun toprak üzerindeki hakimiyetini andırır ve toprak üzerindeki diğer hak sahipleri arasındaki eşitsizliği de gözler önüne serer⁵⁶⁸.

II- KAVRAM

A- Tanım

Donellus'un, *Commentarii de iure civilii* isimli eserinde 11. Kitabın taşınmaz lehine irtifak haklarına ilişkin birinci bölümünün başlığı "*de servitutibus rerum*" yani "eşyaya bağlı irtifaklara dair" şeklindedir⁵⁶⁹.

Comm. iure civili Lib XI Cap.I § 2. "*Rerum servitutes eadem sunt, quae et praediorum, quorum unum servitutum debet, alteri debetur, de quo mox plura*".

Eşyaya bağlı irtifaklar aynı zamanda taşınmazlara bağlıdır ki bunlardan birisi lehine irtifak hakkı yerine getirilmelidir, diğeri ise irtifak hakkı ile yükümlüdür. Burada daha ayrıntılı ele alınacaktır.

Donellus'un alıntı yapmış olduğumuz bu metninde taşınmaz lehine irtifak hakkının taşınmaza bağlı olduğu ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra taşınmaz lehine

⁵⁶⁶ Ancak **Donellus**, uzun süreli kira ve üst hakkını ele alırken uzun süreli kira ve üst hakkını *dominium proximum* (dolaylı mülkiyet) olarak nitelendirmiştir (Feenstra, 1989, s. 116). Çünkü Hukukçuya göre uzun süreli kiracı ya da üst hakkı sahibi *dominus* değildir, burada bahsi geçen *dominium proximum* ile Ortaçağ Roma Hukukçularının *dominium utile*'si kast edilmektedir (Stein, 1993, s. 450). **Donellus**'un bunu yapmaktaki amacı vassalın toprak üzerindeki hakimiyetinin hukuki niteliğini belirlemektir. Hukukçu hak sahibinin ömrü ile sınırlı olan intifa hakkından farklı olarak bir çözüm bulma arayışıyla böyle bir değerlendirme yapmıştır (Stein, 2001, s. 100).

⁵⁶⁷ Getzler, s. 75.

⁵⁶⁸ Getzler, s. 75.

⁵⁶⁹ Donellus, *Commentarii*, C.6, Kitap 11, Bölüm 1.

irtifak hakkından söz edebilmek için iki taşınmazın olması gerektiği de belirtilmiştir. Metinde dikkat çeken husus, bu iki taşınmazdan biri lehine diğ erinin irtifak hakkı ile yüklü olduğunun, **Odofredus** gibi *debere* yani yükümlü olmak kelimesi ile ifade edilmesidir. Buna göre taşınmazlardan birisi irtifak hakkı ile yükümlüdür ve diğ eri lehine bu yükümlülük yerine getirilmelidir. Maalesef bu durum, halen Roma Hukukunun kavramlarına bir dönüş yaşanmadığı ve kavram karmaşasının sürdüğ ünün göstergesidir.

Comm. iure civili Lib XI Cap.I § 4. “*Sed an vera sit et recta definitio, tum quid contineat, cognitis partibus intelligetur. Partes sunt caussae servitutis praedii, quas definitio complectitur. Et vero sunt hae caussae servitutis praedii: res huic servituti convenientes, velut materia servituti subiecta; utilitas servitutis praedio dominanti quaesita, tanquam servitutis finis; hac servitute utendi facultas perpetua, velut forma quaedam, quae ad utilitatem accedens proprium quiddam praedii in servitute efficiat; constitutio servitutis, tanquam efficiens causa*”.

Ancak doğru bir tanımın anlaşılabilir tarafları içermesi gerektiği fark edilmiştir. Taraflar taşınmaz lehine irtifak hakkının sebebinin oluşturur ki; tanım da onlara bağlıdır. Taşınmaz lehine irtifak haklarının sebepleri şunlardır: taşınmaz lehine irtifak hakkına elverişli eşya (örneğin; taşınmaz lehine irtifak hakkına tabi olan); yararlanan taşınmaza yönelik yarar (örneğin; taşınmaz lehine irtifak hakkını sona erdiren); üzerinde irtifak hakkı kurulmuş taşınmazda kabul edilmiş olan yarar bakımından örneğin; söz konusu irtifak hakkını sürekli kullanma yetkisi; belirlenen şekilde taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulması.

Alıntı yaptığımız bu metinde ise taşınmaz lehine irtifak hakkına ilişkin pek çok bilgi yer almaktadır. Taşınmaz lehine irtifak hakkının sebebinin taraflar olduğu ifadesi ile irtifak hakkını kuran yüklü ve yararlanan taşınmaz malikleri kast edilmektedir. Taraflar hangi irtifak hakkını kurdularsa, içeriği ona göre belirlenecektir. İkinci olarak hukukçu yalnızca taşınmazların irtifak hakkı kurulmasına elverişli olduğunu ifade etmiştir. Ardından metinde taşınmaz lehine

irtifak hakkı bakımından önemli bir ölçüt olan yarar kavramına değinilmiş ve yarar kavramının yararlanan taşınmazın yararı (*utilitas fundi*) olduğu belirtilmiştir. Metnin devamında belirlenmiş olan bu yarara göre, yararlanan taşınmaz malikine tanınan kullanımın sürekli bir kullanım yetkisi olduğundan bahsedilmektedir. Buna göre irtifak hakkı kapsamında yararlanan taşınmazın yararına hizmet eden bir kerelik bir kullanma yetkisi söz konusu olmaz. Bu yetki süreklilik arz etmelidir. Son olarak bahsi geçen hususlar dikkate alınarak, irtifak hakkının kurulmasının gerekliliğinden söz edilmektedir.

Comm. iure civili Lib XI Cap.I § 5. “*Res servituti praedii convenientes sunt non omnes, sed tantum immobiles, proinde praedia solum tam urbana, quam rustica; nam res soli praedia appellamus..... Ex quo iam potest inteligi, quam recte dicantur hae servitutes praediorum, quae sunt semper duorum praediorum, unius servientis et alterius dominantis...*”

Tüm eşyalar taşınmaz lehine irtifak hakkına elverişli olmamakla birlikte taşınmazlar elverişlidir. Nitekim yalnızca arazi olarak adlandırdığımız taşınmazlar- şehir taşınmazı olduğu gibi köy taşınmazı da olabilir- elverişlidirBu suretle taşınmaz lehine irtifak hakları olarak adlandırılır. Birisi yüklü diğeri yararlanan taşınmaz olmak üzere her zaman iki taşınmaz vardır.

Alıntı yaptığımız bu son metinde ise taşınmaz lehine irtifak hakkının konusunu taşınmazların oluşturduğuna bir kez daha değinilmiştir. Metinde biraz daha ayrıntıya girilerek, köy ya da şehir taşınmazlarının irtifak hakkının konusu olabileceği belirtilmiştir. Hukukçu baştaki metinde *servitutes realis* yani eşyaya bağlı irtifaklar ifadesini kullanmış, yukarıdaki metinde ise aynı zamanda *servitutes praediorum* yani taşınmaz lehine irtifak hakları ifadesinin de kullanıldığını ifade etmiştir. Bunun nedeni ise irtifak hakkının konusunu taşınmazların oluşturması olarak açıklanmıştır. Metnin sonunda da her zaman iki taşınmazın bulunması

gerektiği ifade edilmiştir. Bu taşınmazlardan birisi yüklü taşınmaz diğeri ise yararlanan taşınmaz olarak adlandırılmaktadır.

B- Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Hukuki Niteliği

Bugün anladığımız anlamda *actio* (dava) ve *ius* (hak) kavramlarına ilişkin ayırım, ilk kez net bir şekilde **Donellus** tarafından yapılmıştır⁵⁷⁰. **Donellus**, *Iustinianus* Dönemi Hukukuna yoğunlaşmış ve bu hukukun mantık temellerini araştırmakla ilgilenmiştir. Özellikle tüm bileşenleri ile birlikte bütünü inceleme yöntemini benimsemiştir. Bu yöntemi genel olarak hukuk araştırmalarında kullanmasının yanı sıra ilgisini, özellikle Roma Özel Hukuku'na yoğunlaştırmıştır⁵⁷¹.

Donellus'a göre özel hukuk, doğrudan ya da sadece dolaylı olarak ve sonuçta kişilerin menfaati ile ilgilidir: *ad privatorum utilitatem recta pertinere ius intelligitur, quod privatis et singulis quod su mest, tribuit*⁵⁷². Ardından hukukçu, özel hukukun kapsamını belirler. Buna göre özel hukuk, herkese ait olanı ve diğerlerinden talep edilebilecek olanı ifade eder. Diğer bir anlatımla hukukçu, *quod nostrum est* ya da *nostrum ius* yani bizim olan ya da hakkımız olanla, *iuris nostri persecutio* yani hakkımızın usulen talep edilmesini birbirinden ayırır. Dolayısıyla kişiler, bu iki tür hakkı kullanırlar. Birincisi bugün anladığımız anlamda genel olarak hak, diğeri ise dava açma hakkıdır (*facultas persequendi*). Bu şekilde maddi hukuk ve usul hukuku ayırımını meydana getiren hukukçu, *Commentarii de iure civili* isimli eserinin ilk

⁵⁷⁰ Stein, 1993, s. 449, Garnsey, s. 202.

⁵⁷¹ Stein, 1993, s. 445.

⁵⁷² Donellus, Hugo: *Commentarii de iure civili*, Kitap 2 Bölüm 7 Paragraf 3 (naklen Stein, 1993, s. 448).

sekiz kitabında maddi hukuku son on iki kitabında ise usul hukukunu incelemektedir⁵⁷³.

Donellus, maddi hukuk anlamında özel hukuku “*quod vere et proprie nostrum*” yani gerçekten ve tamamıyla bizim olan ile “*quod nobis debetur*” yani bize borçlu olunan (alacaklı olduğumuz) şeklinde ikiye ayırmaktadır⁵⁷⁴. Birinci ayırım, yaşama hakkı, özgürlük ve dış dünyadaki şeyler üzerindeki haklarımızdan oluşur. İkinci ayırım ise sözleşme ya da haksız fiil nedeniyle bize başkalarının borçlu olduklarını ifade eder⁵⁷⁵.

Donellus, *dominium*'un eşyanın malikini işaret ettiğini belirtir. Ardından *ius emphyteusis* (uzun süreli kira), *ius superficiarum* (üst hakkı), *ius bona fidei possessoris*, *ius pignoris* (rehin hakkı) ve *iura praediorum*'u (taşınmaz lehine irtifak hakları), *iura in rebus alienis* yani başkasının eşyası üzerinde haklar olarak niteler⁵⁷⁶. Gerek *dominium* gerekse *iura in re aliena* yani başkasının eşyası üzerindeki haklar, “*quod vere et proprie nostrum*” yani gerçekten ve tamamıyla bizim olan kategorisine girmektedir⁵⁷⁷.

⁵⁷³ Stein, 1993, s. 448-449; Garnsey, s. 202.

⁵⁷⁴ Pugliese, 1964, s. 763. **Grotius** da haklar diye bir kategori oluşturmuş ve bunu *jus in rem* ve *jus in personam sive creditum* şeklinde iki bölümde incelemiştir. Aynı zamanda *actio in rem* ve *jus in rem* kavramlarını birbirinden ayırmıştır. Hukukçuya göre *jus in re* artık *actio in rem*'in *causa*'sını yani temel nedenini oluşturmaz ve fakat kendi başına bir hukuki gerçekliği oluşturur: “*facultas (potestas) legitima homini in re competens*”(Comporti, 1980, s. 6).

⁵⁷⁵ Dolayısıyla bu kategoride yer alan alacaklar tam olarak ve gerçekten bize ait değildir. Ancak bize ait olması beklenen haklardır (Stein, 1993, s. 449).

⁵⁷⁶ Stein, 1993, s. 451. Hukukçu kimi zaman bu kategoriyi *iura in re aliena* yani başkasının malları üzerindeki haklar şeklinde ifade etmektedir [Commentarii, Lib. 9 cap. 21 *in principio*, paragraf 1; paragraf 6; paragraf 18 (naklen Feenstra, 1989, s. 117, dipnot 38)].

⁵⁷⁷ Pugliese, 1964, s. 763.

“*Iura in re aliena*” yani başkasının eşyası üzerindeki haklar ifadesi teknik anlamda ilk kez **Donellus** tarafından kullanılmıştır⁵⁷⁸. Hukukçuya göre bu haklar aslında birbirlerinden farklı olsalar da ortak noktaları malikin haklarını eksiltmesidir (*imminutio*). Bu eksilme iki şekilde olabilir. Birincisi malikin bir hakkı ondan alınmıştır; ancak başkası tarafından kullanılmaz. İkincisi ise bu haklar malikten alınmıştır ve bir başkası tarafından kullanılmaktadır. İşte hukukçuya göre bu ikinci kategorideki haklar başkasının eşyası üzerindeki haklardır⁵⁷⁹.

C- *Possessio* (Zilyetlik) Kavramı ve Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları ile İlişkisi

Donellus'a göre *possessio* bir eşyayı kendininmiş gibi elde bulundurmaktan başka bir şey değildir⁵⁸⁰. Hukukçuya göre malik ile zilyedin iradesi bakımından fark, zilyedin malik gibi hareket etmesidir; ancak tamamen malikle aynı şekilde davranması konusunda bir kesinlik yoktur⁵⁸¹. Diğer bir anlatımla malik, “malik olma iradesine” sahiptir; oysa zilyet “malik olma kanaatine” sahiptir⁵⁸². Hukukçu bu

⁵⁷⁸ Feenstra, 1989, s. 117; Garnsey, s. 201; Getzler, s. 74, Hoofs, s. 20. **Talamanca**, Klasik Roma hukukçuları tarafından bu ifadenin kullanıldığı; ancak genel bir kategori olarak kabul edilmediği görüşündedir (Talamanca, 1990, s. 454-455). **Grotius** *jus in rem*'i de kendi içinde ikiye ayırır: *jus possessionis* ve *jus domini vel quasi*. Buna göre *jus domini vel quasi* de “tam mülkiyet” ve “eksik mülkiyet” şeklinde kendi içinde ikiye ayrılır. Tam mülkiyet ortaçağdaki *dominium directum*'a, eksik mülkiyet ise *dominium utile*'ye karşılık gelmektedir. **Feenstra**'ya göre hukukçu Felemenkçe aslında eksik mülkiyet için “*gerechtigheid*” kavramını kullanmaktadır ve bununla *iura in re aliena* kastedilmektedir. Zira **Grotius**'un eserlerine şerh düşen **Van der Keessel** bu kavramın geçtiği metnin Latincesinde birebir *iura in re aliena* ifadesini kullanmayı tercih etmiştir (Feenstra, 1989, s. 119).

⁵⁷⁹ Feenstra, 1989, s. 117.

⁵⁸⁰ “*Nihil aliud ... quam detentio rei*”, “*ut veli trem suam esse*”(aynen alıntı Capogrossi Colognesi, 1999, s. 205).

⁵⁸¹ “*Is possidet, qui rem tenet domini affectu*” (aynen alıntı Capogrossi Colognesi, 1999, s. 205, dipnot. 46).

⁵⁸² Capogrossi Colognesi, 1999, s. 206.

sayede mülkiyet kavramını zilyetlikten ayırmaya çalışmıştır⁵⁸³. Hukukçu *possessio civilis* ve *possessio naturalis* ayrımının yanı sıra *possessio iusta* ve *possessio iniusta* şeklinde haklı zilyetlik ve haksız zilyetlikten bahseder. Ayrıca hukukçuya göre *possessio corpore* ve *animo* iki farklı zilyetlik türü değildir ve fakat bu durumda tek bir zilyetlik söz konusudur⁵⁸⁴.

Donellus, kendisinden önceki hukukçuların tartışmalarından hareketle daha çok zilyetliğin kazanılması ve muhafazası bakımından *animus* ve *corpore* unsurları üzerinde durmuş, bu açıdan *corpore et animo* ya da yalnızca *corpore* zilyetliğin yeterli olup olmadığına ilişkin derin tartışmalara girmiştir⁵⁸⁵. Hukukçu bunun yanı sıra *ius possessionis*'ten bahseder. Ancak *ius possessionis* ile haklı zilyedi kast etmektedir⁵⁸⁶. Hukukçu maalesef *quasi possessio* ile ilgili ayrıntılı değerlendirmeler yapmamıştır⁵⁸⁷. Buna rağmen taşınmaz lehine irtifak haklarının zamanaşımı ile kazanılması ile ilgili olarak çok önemli bir değerlendirme yapmıştır. Buna göre söz konusu haklar “*vacua possessio*” yani rahat zilyetlik konusu olamaz; ancak *quasi possessio* kapsamındadır. Zira söz konusu hakların kullanımı zilyetlik gibi değerlendirilir: “*et usum eius iuris pro possessione accipiendum*”⁵⁸⁸.

⁵⁸³ Zilyetlik ve mülkiyet arasındaki fark yalnızca haktır, irade değildir: “*inter possessionem et dominium ius tantum intersit, non affectio*” (latince cümle aynen alıntı Capogrossi Colognesi, 1999, s. 205, dipnot 469).

⁵⁸⁴ “*possessio, quae tenetur corpore, et ea quae animo, non sunt possessiones diversae, sed una et eadem possessio*” (aynen alıntı Capogrossi Colognesi, 1999, s. 207-208). **Cujacius, Donellus**'tan farklı olarak **Bartolus** gibi *possessio corporis*'ten ayrı bir zilyetlik türü olarak bahseder (Capogrossi Colognesi, 1999, s. 207).

⁵⁸⁵ Capogrossi Colognesi, 1999, s. 212.

⁵⁸⁶ Capogrossi Colognesi, 1999, s. 212.

⁵⁸⁷ Capogrossi Colognesi, 1999, s. 212.

⁵⁸⁸ Aynen alıntı Capogrossi Colognesi, 1999, s. 212.

III- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARININ SINIFLANDIRILMASI

Hümanist Doktrinde, köy taşınmazı ve şehir taşınmazı lehine irtifak hakları ayrımı sürdürülmüştür. Bunun yanı sıra taşınmaz lehine irtifak haklarının doğal ve insan müdahalesinden kaynaklanacağı kabul edilmektedir⁵⁸⁹.

D.39.3.1.22 (Ulpianus 53 ad ed.)

“Sed et si vicinus opus tollat et sublato eo aqua naturaliter ad inferiorem agrum perveniens noceat, labeo existimat aquae pluviae arcendae agi non posse: semper enim hanc esse servitutum inferiorum praediorum, ut natura profluentem aquam excipiant. plane si propter id opus sublatum vehementior aqua profluat vel corrivetur, aquae pluviae arcendae actione agi posse etiam labeo confitetur”.

Ancak *Labeo*, bir kimsenin komşusu tesisi kaldırsa bile ve sonuçta su doğal olarak aşağıdaki araziye akıyor ve zarara neden oluyorsa- kendisine doğal olarak akan suyu almak suretiyle aşağıdaki taşınmazlar bakımından her zaman bir irtifak hakkı söz konusu olduğundan- *aquae pluviae arcendae*'nin uygulama alanı bulmayacağı şeklinde bir değerlendirme yapmıştır. Elbette tesisin kaldırılması daha güçlü bir akıntıyla suyun akmasına neden olmuşsa ya da başka bir suyla karışmışsa, *Labeo*, *aquae pluviae arcendae*'nin verilebileğini belirtmektedir.

D.39.3.2pr. (Paulus 49 ad ed.)

“In summa tria sunt, per quae inferior locus superiori servit, lex, natura loci, vetustas: quae semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa”.

Kısaca, aşağıdaki arazi üç şekilde yukarıdakine irtifak hakkı ile yüklü olur. Örneğin; kanun, taşınmazın yeri ya da *vetustas*⁵⁹⁰ ki; sonuncusu uyumsuzlukları azaltmak için kanunun dayatmasıyla ilgilidir.

⁵⁸⁹ Spanò, Cendon/Commentario, art. 1027, s. 441.

⁵⁹⁰ Hukukçular tarafından, aksini gösteren bir kanıt olmadığı takdirde, çok uzun süredir uygulanan ve hukuka uygun olduğu kabul edilen durumları ifade etmek için kullanılmaktadır (Berger, s. 763).

Cujacius, yukarıda alıntı yapmış olduğumuz D.39.3.1.22 ve D.39.3.2.pr.'dan hareketle, taşınmaz lehine irtifak haklarını doğal irtifaklar ve iradi irtifaklar olarak ikiye ayırmaktadır. Buna göre doğal irtifaklar, taşınmazların yerinden kaynaklanmaktadır. İnsan müdahalesinden kaynaklanan irtifak hakları ise bir anlaşmadan doğmaktadır. Bu anlaşma özel hukuk ya da kamu hukukundan kaynaklanabilir⁵⁹¹. **Donellus**'a göre ise kazanılan taşınmaz lehine irtifak hakları kısmen doğadan kısmen dışardaki etkenlerdendir: “*constituitur servitus praedii partim natura, partim externo facto*”⁵⁹².

§ 3. AYNİ HAK KAPSAMINDA TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARI

I- GENEL OLARAK

19. yy.'da Roma Hukukunu sistematik bir biçimde incelemeye ve bu yolla modern hukukta yeni kavramlar geliştirmeye yönelik hukukçular Pandekt Hukuk Bilimini oluşturmuşlardır⁵⁹³. Pandekt Hukukçuları, Hümanizmin etkisiyle her metnin içeriğini inceleyerek, asıl teorik yapısını açığa çıkarmakla ilgilenmişlerdir⁵⁹⁴. Ayrıca Doğal Hukuk Öğretisinin hukukun, hukuk matematiğinin bir parçası olduğuna ilişkin teorisine⁵⁹⁵ karşı çıkmışlardır⁵⁹⁶. **Savigny**⁵⁹⁷, halen güncel uyumsuzlukların

⁵⁹¹ Jacobi Cuiacii: In libros Pauli ad Edict. Commentaria, ad lib. XLIX, ad 1,2 de aqua. pluv. arc. in Opera, vol. V, Prati, 1838, col. 1063 vd. (naklen Caravale, 1970, s. 129).

⁵⁹² Hugonis Donelli: De jure civilii, (naklen, Caravale, 1970, s. 129).

⁵⁹³ Stein, 2001, s. 146; Oğuz, 2003, s. 193; Küçük, s. 118.

⁵⁹⁴ Stein, 2001, s. 146.

⁵⁹⁵ Doğal Hukuk Okulunun en önemli temsilcisi **Hugo Grotius** (1583-1645), doğal hukuk öğretilerinin matematik aksiyonları gibi kesin ve değişmez olduğunu hatta ne Tanrı ne de insan tarafından değiştirilmesinin mümkün olmadığını ileri sürmektedir (Güriz, 2009, s. 175-176). Bu dönemde CIC'in in akılcı olmayan çözümlerinin yerine akılcı çözümler getirilmiş ve CIC hukukun ana kaynağı olma özelliğini kaybetmiştir (Hoofs, s. 20).

⁵⁹⁶ Stein, 2001, s. 146; Villey, 2000, s. 65.

çözümünde Pandekt Hukuku kaynaklı kavramların kullanılabileceğini ileri sürmüştür⁵⁹⁸. **Jhering**⁵⁹⁹ de Doğal Hukukçuların ileri sürdüğü gibi Roma Hukukunun ahlaki değerler üzerinde şekillenmediği ve fakat ekonomik gereklilikler temelinde şekillendiği görüşündedir⁶⁰⁰.

Pandekt Hukuk Biliminin en önemli temsilcilerinden birisi olan **Windscheid**⁶⁰¹,ın “*Lehrbuch des Pandektenrechts*” isimli eseri Alman Medeni Kanununun oluşturulmasında önemli bir rol oynamıştır⁶⁰².

Pandekt Hukukçuları, Özel Hukuku Genel Hükümler, İnsanlara İlişkin Hukuk, Mallara İlişkin Hukuk ve Davalara İlişkin Hukuk şeklinde dört bölümde ele almışlardır⁶⁰³. Mallara İlişkin Hukukun konusunu, eşya ile ilgili hukuki ilişkiler oluşturur⁶⁰⁴. Hukuki ilişkilerin ise konusunu maddi eşyalar oluşturabileceği gibi maddi olmayan eşyalar da oluşturabilir. Roma’da *res incorporales* malvarlığındaki bir unsur olarak ele alınmıştır. Pandekt Hukukçuları ise maddi olmayan eşyayı hukuki ilişkinin konusu olması bakımından ele almışlardır. Buna göre zihinsel yaratımlar, bilimsel ve sanatsal eserler üzerindeki haklar hukuki ilişkilerin konusu olduğundan, maddi olmayan eşyalar olarak kabul edilmektedir⁶⁰⁵.

⁵⁹⁷ 1779-1861 yılları arasında yaşamış hukukçu. Zilyetlik Hukuku isimli kitabı döneme damgasını vurmuştur (Smith, 1895, s. 666).

⁵⁹⁸ Stein, 2001, s. 146.

⁵⁹⁹ 1818-1892 yılları arasında yaşamış hukukçu (Smith, 1895, s.664).

⁶⁰⁰ Stein, 2001, s. 149.

⁶⁰¹ 1817-1892 yılları arasında yaşamış hukukçu (Smith, 1895, s. 665).

⁶⁰² Pichonnaz, 2008, s. 83.

⁶⁰³ Karadeniz Çelebican, s. 120, dipnot 96; Küçük, s. 120-121.

⁶⁰⁴ Windscheid, s. 478.

⁶⁰⁵ Windscheid, s. 480.

Savigny, feodal düzenin gerekleri nedeniyle Roma Hukukunun üzerinde oluşturulan yüklerden Roma Hukukunu arındırmayı amaçlamıştır⁶⁰⁶. Buna göre Hümanist Doktrin temsilcilerinin ileri sürdüğü gibi Roma Hukukunda, *dominium directum* ve *dominium utile* şeklinde bir ayrım olmadığını belirtmektedir⁶⁰⁷. Feodal lord ile vassal arasında *dominium*'un bölünmesinden bahsedilemez. Lord ve vassal arasındaki karşılıklı hukuki durum, Romalıların irtifak hakkı kavramı ile açıklanabilir. Buna göre lord taşınmazın maliki olarak kabul edilirse, vassalın hukuki durumu bir çeşit kalıcı intifa hakkı sahibi olarak kabul edilebilir⁶⁰⁸.

II- KAVRAM

A- Tanım

Taşınmaz lehine irtifak hakkı, bir taşınmaza bağlı ve onun yararına bir başka taşınmaz üzerindeki bir ayni haktır⁶⁰⁹. Dolayısıyla taşınmaz lehine irtifak hakkının konusunu, taşınmazlar oluşturmaktadır⁶¹⁰. Taşınmaz lehine irtifak hakkı, bir taşınmazın yararına hizmet etmeye yöneliktir⁶¹¹. Çünkü taşınmaz lehine irtifak hakkının özünde, birine ait arazinin bir başkasının arazisine tabi olması yatmaktadır. Buna göre her defasında zilyetle yapılacak bir işleme gerek kalmaksızın, taşınmazlardan birinin diğeri lehine bir fayda sağlaması söz konusu olmaktadır⁶¹². O nedenle iki taşınmazın varlığı gereklidir. Birincisi lehine irtifak hakkı kurulan yararlanan taşınmaz, diğeri ise üzerinde irtifak hakkı kurulan yüklü taşınmazdır⁶¹³.

⁶⁰⁶ Stein, 2001, s. 146.

⁶⁰⁷ Stein, 2001, s. 147.

⁶⁰⁸ Stein, 2001, s. 147.

⁶⁰⁹ Dernburg, s. 294.

⁶¹⁰ Dernburg, s.294; Glück, s. 5; Windscheid, s. 749.

⁶¹¹ Windscheid, s. 748.

⁶¹² Glück, s. 4.

⁶¹³ Dernburg, s. 294; Glück, s. 5; Windscheid, s. 751.

Taşınmaz lehine irtifak hakkı, yararlanan taşınmazdan ayrı bir biçimde kazanılamaz. **Windscheid** bunu, irtifak hakkının kullanımının tek başına hukuki işleme konu olmayacağı biçiminde yorumlamıştır⁶¹⁴.

B- Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Hukuki Niteliği

Doğal Hukuk ve Fransız Devrimi'nin yarattığı liberal ideolojinin ve bireyci felsefenin etkisiyle 19. yy. hukukçuları, irade kavramını ön plana çıkarmışlardır. Fransız Devriminin etkisi özellikle taşınmaz mülkiyeti bakımından önemlidir⁶¹⁵. Bu devrim sayesinde feodal mülkiyet anlayışı yerini bireysel mülkiyet anlayışına bırakmıştır. Roma'nın bireysel ve mutlak mülkiyet anlayışına bir dönüş yaşanmıştır. Bunun yanı sıra mülkiyet hakkı bakımından bir serbestlik tanınmış ve bunun korunması amaçlanmıştır⁶¹⁶.

Bu dönemde Alman Hukuk Öğretisinin **Hegel**⁶¹⁷'den farklı şekillerde etkilendiği görülür. Bu öğretinin etkisi, hukukun gelişimine ilişkin ulusal teoriye karşı filozofik bir tepkinin verilmesi ve Alman hukuku teorisine bireysel bir karakter kazandırılmasında görülür⁶¹⁸. **Hegel**, hukuku gerçek özgürlüğün başarısı olarak niteler ve hukukun evrimini ise özgür düşüncenin gelişimi olarak tarif eder⁶¹⁹. **Hegel**'e göre hukuki serbestlik hareket serbestisinden çok irade serbestisidir ve bunun temellerine Roma Hukukunda rastlanır. Romalı hukukçular bir hukuki sonuca

⁶¹⁴ Windscheid, s. 752.

⁶¹⁵ Devrimle birlikte taşınmazlar üzerindeki feodal yükümlülükler hiçbir tazminat ödenmeksizin kaldırılmıştır (Oğuz, 2003, s. 123).

⁶¹⁶ Comporti, 1980, s. 9.

⁶¹⁷ Alman idealizminin en önemli temsilcisidir. 1770-1831 yılları arasında yaşamıştır (Güriz, 2009, s. 219)

⁶¹⁸ Smith, 1895, s. 683.

⁶¹⁹ Smith, 1895, s. 683-684.

yönelmiş irade ve niyet şeklinde düşünmeseler de *animus, voluntas* vb. şeklinde iradeyi sıkça vurgulamışlardır⁶²⁰. Bu teorinin etkisiyle hak kavramı “irade gücü” şeklinde tanımlanmıştır⁶²¹.

Tarihçi Hukuk Okulu'nun en önemli temsilcisi olan **Savigny** de hak kavramını, bir sujenin irade kudreti şeklinde ifade etmiştir⁶²². Diğer bir deyişle hak, bir iradenin bir başka irade üzerindeki etkinliğidir⁶²³. Pandekt Hukukçularının birçoğu bu görüşün takipçisi olmuştur⁶²⁴, örneğin; **Windscheid**, hak kavramını bir iradenin yerine getirilmesi için hukuk tarafından tanınmış bir yetki olarak tanımlamıştır⁶²⁵.

Jhering ise hak kavramının irade gücü şeklinde nitelenmesi halinde küçüklerin ve akıl hastalarının hak sahibi olamayacağından hareketle bu teoriye karşı çıkmıştır. Hukukçuya göre hakkın özü menfaattir⁶²⁶. Buna göre hak kavramını hukuken korunan menfaat şeklinde tanımlamıştır⁶²⁷.

Bir eşya üzerindeki mutlak hakimiyeti ve yine eşya üzerindeki talep yetkisini ifade eden aynı haklar ise öncelikle **Savigny**'nin görüşünden hareketle oluşturulmuş olan hak kavramı kapsamında değerlendirilmiştir⁶²⁸.

⁶²⁰ Smith, 1895, s. 684-685.

⁶²¹ Smith, 1895, s. 685.

⁶²² Güriz, 2009, s. 121; Esener, 147.

⁶²³ Güriz, 2011, s. 49.

⁶²⁴ Comporti, 1980 s. 7, dipnot 14; Güriz, 2009, s. 122.

⁶²⁵ Karadeniz-Çelebican, 2005a, s. 121.

⁶²⁶ Güriz, 2011, s. 50; Karadeniz-Çelebican, 2005a, s. 122.

⁶²⁷ Smith, 1895, s. 691; Güriz, 2009, s. 123; Esener, s. 148.

⁶²⁸ Roma Hukukçularından esinlenilmiş olması sebebiyle bu görüş “klasik aynı hak anlayışı” olarak anılır (Comporti, 1980 s. 8). Bu görüşü savunan ünlü Pandekt Hukukçuları: Thibaut, System des

Aynı hakları bu hakların olumlu içeriğini dikkate alarak açıklayan bu görüşe göre, eşya ile aynı hak sahibi arasında mevcut olan “doğrudan ve mutlak ilişki”den hareketle aynı hak tanımı yapılmaktadır⁶²⁹. Ancak hukuki ilişkinin kişi ile eşya arasında olamayacağı; ancak kişiler arasında mevcut olabileceğini savunan görüş buna karşı çıkmıştır⁶³⁰. **Windscheid**’a göre aynı hak nedeniyle, aynı hak sahibi ile diğer kişiler arasında bir ilişki söz konusu olabilir ki bu ilişki “sakınma” şeklinde gerçekleşir. Buna göre bir aynı hakkın içeriğini oluşturan yetki olumsuzdur⁶³¹. Hukukçu bu düşünceden hareketle aynı hakları temel olarak eşya üzerindeki hakimiyet olarak tanımlamakla birlikte, aynı hakların, herkese karşı ileri sürülebileceğini ve bu sayede üçüncü kişilere aynı hakka müdahaleden sakınma yükümlülüğü getirdiğini ifade etmektedir⁶³². Aynı hak sahibinin eşya üzerindeki yetkisi nedeniyle, hukuk düzeninin tanıdığı diğer sujeler hak sahibinin hakkını kullanmasını engellemekle yükümlü olur⁶³³. Dolayısıyla aynı hakkın sağladığı yetki, bu hakkın kullanılmasındaki engellerin ortadan kaldırılmasını da içerir⁶³⁴.

Pandekt Hukukçularının eserlerinde taşınmaz lehine irtifak hakları artık “aynı haklar” kısmında ele alınmıştır⁶³⁵. Aynı hakların en önemlisini “mülkiyet hakkı” oluşturmaktadır, mülkiyet hakkının dışında kalan diğer aynı haklar ise “*iura in re aliena*” yani başkasının eşyası üzerindeki haklar şeklinde sınıflandırılarak,

PandektenRechts, Jena 1834; Puchta, Pandekten, Leipzig 1853; Dernburg, Pandekten C.I, Berlin 1888 (naklen Comporti, 1980 s. 8 dipnot 5).

⁶²⁹ Comporti, 1980 s. 9.

⁶³⁰ Thon, A. (Çev. Levi, A.): Norma e diritto soggettivo: Indagini di teoria generale del diritto, Padova 1939, s. 206 vd. (naklen Comporti, 1980 s. 10 dipnot 18).

⁶³¹ Windscheid, s. 173.

⁶³² Smith, 1897, s.

⁶³³ Comporti, 1980 s. 10.

⁶³⁴ Thon, s. 160 vd. (Naklen Comporti, 1980 s. 10 dipnot 19).

⁶³⁵ Bkz. Windscheid, s. 585; Dernburg, s. 3.

incelenmektedir⁶³⁶. Ancak taşınmaz lehine irtifak hakkı ile mülkiyet hakkı birlikte ele alındığında, genellikle taşınmaz lehine irtifak hakkının başkasının mülkiyetinin bir parçasını oluşturduğu düşünülmektedir⁶³⁷. **Windscheid**, irtifak hakkının taşınmaza ayrılmaz bir biçimde bağlı olmasının, yararlanan taşınmazın mülkiyet hakkının genişlemesi şeklinde düşünülebileceği gibi yararlanan taşınmazın bir niteliği olarak da düşünüldüğünü belirtmektedir⁶³⁸. Ancak **Dernburg**⁶³⁹, taşınmaz lehine irtifak hakkının mülkiyet hakkını sınırlandırdığı görüşündedir. Hukukçuya göre taşınmaz lehine irtifak haklarının içerikleri aynı değildir ve örneğin; *servitus altius non tollendi* yani bina yükseltmeme irtifak hakkında, irtifak hakkı sahibinin binanın yükseltilmesini yasaklama hakkı vardır. Bu durumda söz konusu irtifak hakkı, mülkiyet hakkının bir parçası olmasından ziyade yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını sınırlayan bir etki doğurur⁶⁴⁰. Yararlanma yetkisi veren irtifak haklarında ise hem malik hem de irtifak hakkı sahibi yüklü taşınmazdan yararlanmaktadır. Bu durumda örneğin; kaynaktan su alma irtifakında kaynaktan çıkan suyun irtifak hakkı sahibi ve malikin her ikisinin ihtiyaçlarını karşılamak için yeterli olmaması halinde suyun kullanımına ilişkin bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç duyulmaktadır⁶⁴¹. Benzer şekilde malik bir kez taşınmaz lehine irtifak hakkı tanıdıktan sonra taşınmaz üzerindeki tüm haklarını muhafaza eder, bu sayede birden fazla taşınmaz lehine aynı irtifak hakkının örneğin; geçit irtifakının kurulması

⁶³⁶ Dernburg, s. 76; Windscheid, s. 585.

⁶³⁷ Windscheid, s. 719; Jhering von, R.: Spirito del Diritto Romano, C. II, s. 213 (Naklen Windscheid, s. 719, dipnot 3).

⁶³⁸ Windscheid, s. 748.

⁶³⁹ 1829-1907 yılları arasında yaşamış hukukçu. Windscheid ile birlikte Pandekt Hukuk Biliminin en önemli temsilcilerinden kabul edilmektedir (Karadeniz-Çelebican, 2005a).

⁶⁴⁰ Dernburg, s. 291.

⁶⁴¹ Dernburg, s. 291.

mümkündür⁶⁴². Son olarak taşınmaz lehine irtifak hakkının, yüklü taşınmaza en az zararı verecek şekilde kullanılması gerekmektedir⁶⁴³.

C- Zilyetlik Kavramı ve Taşınmaz lehine İrtifak Hakları ile İlişkisi

Savigny, Roma Hukuku kaynaklarındaki *possessio* kavramı ile ilgili ortaçağda oluşturulan yapıyı ve kavram karmaşasını gidererek, bu kavramı aslına yani Roma Hukukundaki teorik ve özgün yapısına ulaştırmaya çalışmıştır⁶⁴⁴. Hukukçu zilyetliği aynı zamanda hak ve filli durum olarak ifade etmiştir⁶⁴⁵. Zilyetlik, herhangi bir hakkın kökeni değildir. Ancak bazı münferit hakların koşuludur⁶⁴⁶. Diğer bir anlatımla zilyetlik, özünde bir hak olmamakla birlikte münferit hakları kendisinden türetebilmektedir⁶⁴⁷. Bu amaçla **Donellus**'a kadar ortaçağ hukukçuları tarafından geliştirilen varsayımın aksine Roma Hukukunda genel bir zilyetlik kategorisi olduğunu ileri sürmüş ve bunun hukuken farklı sonuçlar doğuran belirli unsurlardan oluştuğunu belirtmiştir⁶⁴⁸. Buna göre *possessio civilis* özellikle *usucapio* aracılığı ile hukuki sonuç doğurmakta, diğer bir anlatımla mülkiyetin kazanılmasına hizmet etmektedir. Oysa *possessio naturalis*, hukuki bir sonuç doğurmaz, doğal bir durumdan ibarettir⁶⁴⁹. Hukukçunun *possessio* yani zilyetlik ile ilgili tezi *animus domini* yani malik olma iradesi ekseninde şekillenmektedir ve o nedenle subjektif teori olarak adlandırılır⁶⁵⁰. Buna göre zilyetlik, yalnızca eşya üzerinde fiili hakimiyetten ibaret değildir; mutlaka irade unsuru da bulunmalıdır. Ancak bu irade

⁶⁴² Dernburg, s. 292.

⁶⁴³ Dernburg, s. 293.

⁶⁴⁴ Barni, 1957a, s. 332.

⁶⁴⁵ Savigny, s. 20 vd.

⁶⁴⁶ Capogrossi Colognesi, 1999, s. 217.

⁶⁴⁷ Capogrossi Colognesi, 1999, s. 222.

⁶⁴⁸ Capogrossi Colognesi, 1999, s. 218.

⁶⁴⁹ Capogrossi Colognesi, 1999, s. 225.

⁶⁵⁰ Smith, 1896, s. 282; Montel, s. 336.

basit bir elde bulundurma iradesi olamaz, malik olma iradesi olmalıdır. Dolayısıyla zilyet, malik olma iradesiyle eşya üzerinde fiili hakimiyeti olandır⁶⁵¹. Bu şekilde zilyet (*possessor*) ile vazülyet (*detentor*) birbirinden ayrılır. Hukukçunun bu tezi *quasi possessio* ya da *possessio iuris* bakımından da paralellik gösterir, ana çıkış noktasını ise *interdictum* koruması oluşturur. Mülkiyet hakkını kullanan kimse, eşya üzerindeki fiili hakimiyetine bir saldırı olması halinde *interdictum* korumasından yararlanmaktadır. Burada *animus domini* yani malik olma iradesinden dolayı gerçek zilyetlik söz konusu olmaktadır. Ancak taşınmaz lehine irtifak hakları gibi diğer aynı hakların kullanımı esnasında bir saldırı olması halinde de *interdictum* koruması öngörülmüştür; fakat burada gerçek anlamda zilyetlik söz konusu olmamaktadır. Hukukçu *possessio iuris* bakımından olumlu irtifaklar için özel *interdictum*'lar öngörüldüğünden bahseder; ancak olumsuz irtifaklar için bu tarz *interdictum*'lar öngörülmemiştir⁶⁵². **Windscheid** ise bu teoriyi yorumlayarak, açık bir şekilde zilyetliğin fiili bir durum olduğunu, hak olmadığını ileri sürmüştür.

Jhering, zilyetliğin malikin menfaati açısından korunduğunu ileri sürmektedir. Zira malik, kural olarak eşyanın zilyedir. Diğer bir anlatımla zilyetlik mülkiyet hakkının en güçlü dayanağıdır ve zilyetliğin korunması mülkiyetin korunmasında tamamlayıcı bir rol oynar⁶⁵³. Hukukçu, sübjektif teoriye karşı çıkmış ve *animus domini* yani malik olma iradesiyle eşyayı elinde bulundurmanın, zilyetliğin karakteristik unsuru olmadığını ifade etmiştir⁶⁵⁴. Buna göre zilyet olmak

⁶⁵¹ Montel, s. 336; Akipek-Akıntürk, s. 113.

⁶⁵² Capogrossi Colognesi, 1999, s. 235-236.

⁶⁵³ Smith, 1896, s. 284.

⁶⁵⁴ Smith, 1896, s. 285.

için gerekli olan zilyet olma iradesidir (*animus possidendi*)⁶⁵⁵. Zilyetlik ile vazüyetliği birbirinden ayıran ise *animus domini* değil ve fakat *causa possessidendi* yani eşyayı elinde bulundurma sebebidir. Bu sebep miras, bağış ya da satım olabilir⁶⁵⁶. Dolayısıyla zilyet olmak için eşya üzerinde hakimiyet kurulması bakımından bir irade gösterilmesi yeterlidir⁶⁵⁷. Hukukçu tarafından geliştirilen bu teori objektif teori olarak adlandırılır. Zira burada eşya üzerindeki fiili hakimiyet ve bu hakimiyet bakımından bir irade (*animus possidendi*) gösterilmesi yeterlidir. Ancak **Jhering** zilyetliği haklar kategorisinde incelemiştir. Hukukçuya göre hukuken korunan menfaat de hak olarak ifade edildiğinden ve zilyetliğin de menfaat olduğu tartışma götürmediğinden, zilyetlik haklar kategorisine girmektedir⁶⁵⁸.

Windscheid bir eşyanın zilyedi olmayı, onu fiilen hakimiyetinde bulundurma olarak tarif etmiştir⁶⁵⁹. Dolayısıyla zilyetlik bir hak değildir; ancak hukuki sonuçları vardır⁶⁶⁰. Eşyayı kendisi için ve başkası için elinde bulunduran arasında fark vardır. Kendisi için elinde bulundurma iradesi varsa, o takdirde hukuki zilyet söz konusu olur⁶⁶¹. Ancak kişi başkası için eşyayı elinde bulunduruyorsa, diğer bir anlatımla kendisi için elinde bulundurma iradesi yoksa, doğal zilyetlikten bahsedilir⁶⁶². Hak zilyetliği ise bir hakkı oluşturan ve hukuken tanınan bir iradi içeriğe sahip fiili durumu anlatmaktadır⁶⁶³. Dolayısıyla konusu eşya olan hakların hepsi, zilyetliğe elverişli değildir. Zira eşya üzerindeki hakların hepsi, eşya üzerinde sürekli bir fiili

⁶⁵⁵ Smith, 1896, s. 285.

⁶⁵⁶ Smith, 1896, s. 287.

⁶⁵⁷ Montel, s. 336.

⁶⁵⁸ Smith, 1896, s. 289.

⁶⁵⁹ Windscheid, s. 507.

⁶⁶⁰ Windscheid, s. 509-514.

⁶⁶¹ Windscheid, s. 513.

⁶⁶² Windscheid, s. 513.

⁶⁶³ Windscheid, s. 576.

duruma karşılık gelen aynı içerikte bir iradeye dayanmaz. O nedenle de hepsi zilyetliğe elverişli değildir. Örneğin; rehin hakkı zilyetliğe elverişli değildir⁶⁶⁴.

Zilyetlik korumasının (*uti possideditis*), taşınmaz lehine irtifak haklarını da kapsadığı kabul edilmektedir. Zira taşınmaz lehine irtifak hakkının devamı açısından, hem *possessio*'ya dayanan hem de *quasi possessio*'ya dayanan koruma söz konusudur⁶⁶⁵. Taşınmaz lehine irtifak hakları bakımından özel olarak öngörülen *interdictum* koruması, yalnızca olumlu irtifaklar için söz konusudur⁶⁶⁶. Bu durumda genel olarak zilyetlik koruması için öngörülmüş olan *uti possideditis*'in genel olarak taşınmaz lehine irtifak hakları bakımından uygulanabilirliği tartışılmıştır. Olumsuz irtifaklar kategorisinde değerlendirilen şehir taşınmazları lehine irtifaklar bakımından ise yalnızca aleni irtifaklar (örneğin; *servitus oneris ferendi*) bakımından zilyetlik korumasının mümkün olduğu ileri sürülmüştür⁶⁶⁷.

Possessio iuris, gerek intifa hakkı gerekse taşınmaz lehine irtifak hakları bakımından söz konusu olmaktadır. Ancak zilyetliğin kazanılması ve kaybedilmesi bakımından intifa hakkı ile taşınmaz lehine irtifak hakları farklılık gösterir. İntifa hakkı bakımından hak konusu eşyanın elde bulundurulması (*detentio*) ile zilyetlik kazanılmış olur⁶⁶⁸. Taşınmaz lehine irtifak hakları bakımından ise hak sahibinin hakkını kullanması, örneğin; irtifak hakkı için gerekli olan bir yapının inşa edilmesi

⁶⁶⁴ Windscheid, s. 577.

⁶⁶⁵ Bonfante, 1930, s.653.

⁶⁶⁶ Savigny, 468.

⁶⁶⁷ Windscheid, s. 582.

⁶⁶⁸ Dernburg, s. 74.

ya da yasaklama hakkının kullanılması halinde, örneğin; manzara irtifakında inşaatın yapılmasını yasaklama gibi, zilyetlik söz konusu olacaktır⁶⁶⁹.

III- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARININ SINIFLANDIRILMASI

Pandekt Hukukçuları tarafından, Roma Hukukunda benimsenen taşınmaz lehine irtifak haklarına ilişkin “şehir irtifakları” ve “köy irtifakları” şeklindeki ayrım korunmuştur. Ancak bunun yanı sıra taşınmaz lehine irtifak hakları, olumlu ve olumsuz irtifaklar şeklinde bir ayrıma daha tabi tutulmuştur⁶⁷⁰. Olumlu irtifaklar katlanma yükümlülüğü içerir; olumsuz irtifaklar ise malikin bir şeyi yapmaktan kaçınması biçiminde gerçekleşir⁶⁷¹. Olumlu irtifaklarda, örneğin; sürü otlatma irtifakında olduğu gibi, yüklü taşınmaz üzerinde doğrudan bir yetki söz konusudur. Bu durum *servitus habendi* şeklinde ifade edilmektedir⁶⁷². Olumsuz irtifaklarda ise, *servitus altius non tollendi*’de olduğu gibi, doğrudan bir yasaklama yetkisi vardır. Bu durum ise *servitus prohibendi* şeklinde ifade edilmektedir⁶⁷³.

Taşınmaz lehine irtifak hakları ile ilgili sürekli ve sürekli olmayan irtifaklar şeklinde bir başka sınıflandırma daha yapılmıştır. Buna göre geçme irtifakında olduğu gibi sürekli irtifakların kullanımı, süreklilik arz etmektedir. Sürekli olmayan

⁶⁶⁹ Dernburg, s. 74.

⁶⁷⁰ Dernburg, s. 299.

⁶⁷¹ Glück, s. 26.

⁶⁷² Dernburg, s. 299.

⁶⁷³ Dernburg, s. 299.

irtifakların ise kullanımını belirli bir süre ile sınırlı olmaktadır. Örneğin baharda sulama irtifakı gibi⁶⁷⁴.

Glück⁶⁷⁵, ayrıca nitelikli ve nitelikli olmayan irtifaklar şeklinde bir ayırım yapmıştır. Buna göre eğer bir irtifak hakkının kullanılması için insan eliyle inşa edilmiş bir yapıya ihtiyaç varsa, o zaman nitelikli irtifak hakkından bahsedilir. Ancak böyle bir yapıya ihtiyaç duyulmuyorsa, nitelikli olmayan irtifak hakkı söz konusu olur. Nitelikli irtifak hakları *servitus oneris ferendi*, *tigni immitendi* ve *aquae ductus*; nitelikli olmayan irtifak hakları ise *via*, *actus* ve *servitus pascendi* vb. olarak sayılmıştır⁶⁷⁶.

Glück, **Cujas** gibi doğal irtifaklar şeklinde bir ayırmadan açıkça söz etmemekle birlikte, irtifak hakkının kazanılmasına ilişkin bir düzenleme olmaksızın taşınmazların doğal konumu nedeniyle bir taşınmazın diğerine tabi olabileceğinden söz eder. Buna göre bir taşınmaz diğerine göre daha aşağıda bir konuma sahipse, bu taşınmazın zilyedi yukarıdaki taşınmazdan gelen suyun akışına katlanmak zorundadır⁶⁷⁷.

⁶⁷⁴ Dernburg, s. 299.

⁶⁷⁵ 1755-1831 yılları arasında yaşamış Alman hukukçu. En önemli eseri *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*'dir (Goudsmit, s. 10).

⁶⁷⁶ Glück, s. 28.

⁶⁷⁷ Glück, s. 27.

IV- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKKININ İÇERİĞİ

Pandekt Hukukçuları taşınmaz lehine irtifak haklarını, Roma Hukukundaki gibi belirli tipler şeklinde ele almamıştır. Bu durum *Usus Modernus*⁶⁷⁸ geleneğinden kaynaklanmaktadır. Bu geleneğe göre, özellikle Alman bölgelerinde, taşınmaz lehine irtifak hakları “*servitus iuris germanici*” şeklinde ifade edilmektedir. Eski Alman Hukukunda irtifak hakkı kavramı bilinmemektedir. Roma Hukukunun iktisabı ile birlikte irtifak hakkı kavramı, Alman Hukukuna girmiştir. Bu sayede yerel hukuk bozulmuştur. Ancak ortaya çıkan uygulama ne Roma Hukuku ne de yerel Alman Hukukunu yansıtmaktadır. O nedenle “*Servitudes iuris germanici*” ifadesi bu karışıklığın bir sonucudur⁶⁷⁹.

Usus Modernus geleneğinde taşınmaz lehine irtifak hakları, daha esnek bir şekilde ele alınmıştır. Roma Hukukundaki ölçütlere uymayan, başkasının taşınmazında balık tutma ve avlanma hakkı gibi daha çok örf ve adet yoluyla uygulanan türlerden bahsedilmektedir⁶⁸⁰.

⁶⁷⁸ Almanlar Rönesans ve onun etkisindeki Hümanist Doktrinin temsilcilerinin klasik metinlere ulaşma çabasına yabancı kalmıştır (Stein, 2001, s. 111). Ancak tamamen uygulamaya yönelik kaygılarla 7 Ağustos 1495 tarihinde Kral I. *Maximilianus*'un emri ile en yüksek yargı makamı olarak kurulan “*Reichskammergericht*”in Pandekt Hukukuna göre karar vereceği hükme bağlanmıştır (Stein, 2001, s. 112; Karadeniz-Çelebican, 2005a, s. 94). Böylece *mos italicus* ve *mos gallicus* kapsamındaki Roma Hukukuna ilişkin daha çok bilimsel nitelik taşıyan çalışmaların uygulanmasına, Kutsal Roma İmparatorluğu tarafından yürürlük gücü kazandırılmıştır. Almanya’da mahkeme uygulaması yoluyla Roma Hukuku, bölgenin ve zamanın gereklerine göre değiştirilmiş ve geliştirilmiştir. 16. ve 17. yy.’da Roma Hukuku ve yerel hukukun bir arada uygulanması ile “*usus modernus pandectarum*” yani Pandekt Hukuku’nun modernleşmesi meydana gelmiştir (Oğuz, 2003, s. 190; Küçük, s. 117-118).

⁶⁷⁹ Hübner, s. 350.

⁶⁸⁰ Comporti, 1990, s. 271.

Bunun etkisiyle Pandekt Hukukçuları, taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin tarafların anlaşması dikkate alınarak belirleneceğini ifade etmişlerdir⁶⁸¹. İrtifak hakkının zamanaşımı yoluyla kazanılması halinde ise kazanma süresi içinde taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanım tarzı, irtifak hakkının içeriğini belirlemektedir⁶⁸². Bunun yanı sıra yerel adetler dikkate alınarak, irtifak hakkının içeriği belirlenmektedir. Bu yollar izlenmek suretiyle taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin belirlenememesi haline Roma Hukukunda tespit edilmiş olan türler bakımından bir değerlendirme yapılması söz konusu olmaktadır⁶⁸³.

V- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARININ KAZANILMASI, KORUNMASI VE SONA ERMESİ

Pandekt Hukukçuları taşınmaz lehine irtifak haklarının hukuki işlem, kazandırıcı zamanaşımı, mahkeme kararı ve doğrudan yasadan doğduğunu kabul etmektedir⁶⁸⁴.

Taşınmaz lehine irtifak hakkını kuran hukuki işlem sözleşme ya da vasiyetname olabilir⁶⁸⁵. İrtifak hakkını kuran sözleşme⁶⁸⁶, lehine irtifak hakkı kurulan taşınmazın maliki ile üzerinde irtifak hakkı kurulan taşınmaz maliki arasında

⁶⁸¹ Dernburg, s. 309.

⁶⁸² Dernburg, s. 310.

⁶⁸³ Dernburg, s. 310.

⁶⁸⁴ Dernburg, s.355; Windscheid, s.763-769-773vd.

⁶⁸⁵ Dernburg, s. 355.

⁶⁸⁶ *Iustinianus* Döneminde, taşınmaz lehine irtifak haklarının genel olarak *pactiones et stipulationes* ile kurulacağı kabul edilmektedir. Ortak Hukukta ise taşınmaz lehine irtifak haklarının *pactio* yani anlaşma ile kurulabileceği ve buna bir *stipulatio* eklenmesine gerek olmadığı kabul edildi (Dernburg, s. 361).

yapılmaktadır⁶⁸⁷. Taşınmazların müşterek mülkiyete konu olması halinde her bir paydaşın rızası gereklidir⁶⁸⁸.

Taşınmaz lehine irtifak haklarının zamanaşımı ile kazanılması; hakkın belirli bir süre kullanılması, bu kullanımın *vi, clam, precario* yani zorla, gizlice ya da *precarium*'la elde edilmemiş olması koşullarına bağlıdır. Olumlu irtifaklar bakımından zamanaşımı süresi, irtifak hakkının ilk kullanıldığı anda başlar. Olumsuz irtifaklarda ise süre yüklü taşınmaz malikinin kendi taşınmazı üzerinde serbestçe yapabileceği bir eyleminin yasaklanmasıyla başlar⁶⁸⁹.

Ortaklığın giderilmesi davasında hakim kararı ile irtifak hakkının kurulması mümkündür⁶⁹⁰. İrtifak hakkı kurulması yükümlülüğü getiren mahkeme kararı, irtifak hakkı kurulmasına ilişkin irade açıklamasının yerine geçer⁶⁹¹. Ayrıca zorunlu geçit ihtiyacı ile mahkemeden irtifak hakkı kurulması talep edilebilir⁶⁹². Bu durumda tazminat karşılığında hakim irtifak hakkı kurulmasına hükmedebilir⁶⁹³.

Taşınmaz lehine irtifak hakkı, *actio confessoria* kapsamında korunmaktadır. Yararlanan taşınmaz malikinin yanı sıra uzun süreli kiracı, rehin alacaklısı, üst hakkı sahibi kısaca taşınmazı kim kullanıyorsa bu davayı açabilir⁶⁹⁴. Söz konusu dava irtifak hakkının kullanımını her kim engelliyorsa ona karşı açılmaktadır⁶⁹⁵. Davanın

⁶⁸⁷ Dernburg, s. 355-356.

⁶⁸⁸ Dernburg, s. 355.

⁶⁸⁹ Glück, s. 27.

⁶⁹⁰ Windscheid, s. 773; Dernburg, s. 365.

⁶⁹¹ Windscheid, s. 773.

⁶⁹² Dernburg, s. 366.

⁶⁹³ Dernburg, s. 366.

⁶⁹⁴ Glück, s. 381.

⁶⁹⁵ Glück, s. 381.

konusunu taşınmaz lehine irtifak hakkının tanınması oluşturmaktadır. Ancak dava kapsamında saldırının durdurulması, saldırı tehlikesinin önlenmesi ya da zararın tazmini de talep edilebilir⁶⁹⁶.

Taşınmaz lehine irtifak hakları feragat ve *non usus*, yani taşınmaz lehine irtifak haklarının belirli bir süre içinde kullanılmaması halinde, sona ermektedir⁶⁹⁷. Bunun yanı sıra örneğin; su çekme irtifakında yüklü taşınmazdaki kaynağın kuruması gibi doğal nedenlerle⁶⁹⁸ ya da erozyon nedeniyle yüklü taşınmazın ortadan kaybolması halinde de irtifak hakları sona erebilir⁶⁹⁹. Taşınmaz lehine irtifak hakkından feragat tek taraflı bir işlemdir ve diğer taşınmaz malikinin rızasına ihtiyaç yoktur⁷⁰⁰.

§ 4. BAŞKASININ EŞYASI ÜZERİNDEKİ AYNİ HAKLAR KAPSAMINDA TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARI

I- GENEL OLARAK

Fransız ve İtalyan Hukuk Düzenlerinde taşınmaz lehine irtifak hakları, başkasının eşyası üzerindeki haklar (*iura in re aliena*) olarak kabul edilmektedir. Her iki hukuk düzeni bakımından taşınmaz lehine irtifak haklarının *iura in re aliena* olması, bu hakların temel özelliğidir.

⁶⁹⁶ Glück, s. 381.

⁶⁹⁷ Dernburg, s. 366.

⁶⁹⁸ Dernburg, s. 367.

⁶⁹⁹ Dernburg, s. 368.

⁷⁰⁰ Dernburg, s. 370-371.

II- KAVRAM

A- Tanım

Taşınmaz lehine irtifak hakkı, bir taşınmaz lehine başkasına ait bir taşınmaz üzerinde kurulan bir ayni haktır. Taşınmaz lehine irtifak hakkı, taşınmazın malikinin kendi taşınmazı üzerindeki yetkilerine bir başka taşınmaz yararına sınırlama getirmektedir ki; böylece diğer taşınmaz maliki ayni hak sahibi olmaktadır⁷⁰¹.

Fransız Medeni Kanununun 637. maddesinde taşınmaz lehine irtifak hakkı “*servitude*”, şu şekilde düzenlenmiştir: “irtifak hakkı, bir başka malike ait taşınmazı kullanmak ve ondan yararlanmak için taşınmaz üzerinde bir yükür⁷⁰²”.

İtalyan Medeni Kanununun 1027. maddesinde taşınmaz lehine irtifak hakkı (*servitù prediale*) şu şekilde düzenlenmiştir: “taşınmaz lehine irtifak hakkı bir taşınmazdan yararlanmak için başka bir malike ait taşınmaz üzerinde bir yükür⁷⁰³”.

B- Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkının Hukuki Niteliği

Fransız ve İtalyan Hukukunda, taşınmaz lehine irtifak hakları ayni haklar arasında sayılmıştır. Fransız Medeni Kanununda ayni hakkın tanımı yapılmamıştır. Ancak Kanununun 543. maddesinde bir eşya üzerinde “mülkiyet hakkı, basit bir

⁷⁰¹ Larroument, s. 471.

⁷⁰² **Falcone**'ye göre Fransız Medeni Kanununda taşınmaz lehine irtifak hakkının bu şekilde ifade edilmesinin kökeninde, *Theophilus* tarafından Paraph. Inst. 2.3.1 'de yapılan değerlendirmenin etkisi vardır. Çünkü hukukçunun bu yorumu 18. yy. Fransız hukukçuları tarafından benimsenmiş ve bu surette Medeni Kanuna yansımıştır (Falcone, s. 28-30).

⁷⁰³ 1865 tarihli İtalyan Krallığı Medeni Kanunu 531. maddesi taşınmaz lehine irtifak haklarını: “taşınmaz lehine irtifak hakkı, bir taşınmazı kullanmak ve ondan yararlanmak için başka bir malike ait taşınmaz üzerindeki bir yükten ibarettir” şeklinde düzenlemiştir.

yararlanma hakkı ve taşınmaz lehine irtifak haklarını talep hakkı”nın olduğundan bahsedilmiştir. Kanunda aynı haklar mülkiyet, intifa hakkı, kullanma hakkı ve taşınmaz lehine irtifak hakları şeklinde sayılmıştır⁷⁰⁴.

Doktrinde ise aynı haklar asıl aynı haklar ve ferî aynı haklar şeklinde ikiye ayrılır. Asıl aynı haklar mülkiyet hakları ve başkasının eşyası üzerindeki haklardan⁷⁰⁵; ferî aynı haklar ise bir alacak hakkını teminat altına alan rehin ve ipotekten oluşur⁷⁰⁶. Mülkiyet, eşya üzerinde tam bir hakimiyet sağlar. Oysa *iura in re aliena* olarak kabul edilen diğer aynı haklarda tam bir hakimiyet söz konusu değildir. Çünkü bir başkasının eşyası üzerinde bir hak kullanılmaktadır. Diğer bir anlatımla, *iura in re aliena* olan aynı haklar, aynı eşya üzerinde birden fazla kişinin hakkını kullanmasını zorunlu kılar. Birisi eşyanın maliki diğeri de örneğin; intifa hakkı gibi bir aynı hak sahibidir⁷⁰⁷. Dolayısıyla başkasının eşyası üzerindeki aynı haklar, mülkiyet hakkını oluşturan yetkilerden birinin mülkiyet hakkından ayrılması olarak da ifade edilir. Mülkiyet hakkından ayrılan bu yetki üçüncü bir kişiye yani aynı hak sahibine tanınmaktadır⁷⁰⁸. **Pothier**⁷⁰⁹ bir eşya üzerinde sahip olduğumuz hakları *jus in re* şeklinde ifade etmektedir⁷¹⁰. *Jus in re*'nin farklı türleri vardır ki bunların en

⁷⁰⁴ Larroument, s. 11.

⁷⁰⁵ Zenati-Castaing/Revet, s. 94; Cornu, s. 420.

⁷⁰⁶ Malaurie/Aynès, s. 91; Cornu, s. 420.

⁷⁰⁷ Malaurie-Aynès, s. 99.

⁷⁰⁸ Buffelan Lanore/Larribau Terneyre, s. 187; Cornu, s. 587. Bu görüş geleneksel teori olarak adlandırılır. Buna göre taşınmaz lehine irtifak hakkı “aynî bir yükür”. Bu konudaki bir diğeri teori de taşınmaz lehine irtifak hakkının yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerini azalttığı yönündedir. Bu azalma ise eşyaya bağı bir borç olarak nitelenmektedir (Larroumet, s. 473 ve s. 478-479).

⁷⁰⁹ 18. yy.'da yaşamış Fransız hukukçu. Örf adet hukuku (*coutumière*) ve yazılı hukuku (*écrite*) yani Roma Hukukunu inceleyen eserler yazmıştır. Hukukçunun eserleri Fransız Medeni Kanununu etkilemiştir (Grossi, 1985, s. 406-410).

⁷¹⁰ Pothier, 1807, Giriş Bölümü, Paragraf II. **Villey**, bu ifadenin “aynî hak” anlamında kullanıldığı ve 19. yy. hukukçuları tarafından da bu kullanımın benimsendiği görüşündedir (Villey, 1949, s. 418). Ancak **Grossi**'ye göre hukukçunun kullandığı “*iura in re*” ile bugün anladığımız anlamda aynı hak

önemlisi mülkiyet hakkıdır (*droit de domaine, de propriété*)⁷¹¹, irtifak hakları, uzun süreli kira, ipotek gibi diğer aynı haklar ise mülkiyet hakkının parçalara ayrılmasından oluşur⁷¹². Diğer bir anlatımla bu haklar mülkiyetin yapısına dahil olan parçalardan ibarettir⁷¹³ çünkü bu haklar, mülkiyet hakkından ayrılarak oluşmaktadır⁷¹⁴.

Aynı hak, sahibine eşya üzerinde doğrudan hakimiyet sağlayan bir haktır⁷¹⁵. Dolayısıyla aynı hak sahibi üçüncü bir kişinin aracılığına ihtiyaç duymadan hakkını kullanır⁷¹⁶. Bu görüş klasik görüş olarak kabul edilmektedir. Bunun karşıtı olarak- nasıl ki; şahsi haklar (alacak hakları) iki kişi arasında hukuki bir ilişki oluşturuyorsa- aynı hakların da aktif suje olan hak sahibi ile pasif suje olan hakka saygı duymak yükümlülüğü olanlar arasında bir ilişki olduğu ileri sürülmüştür⁷¹⁷. Buna göre aynı hakka saygı duyma yükümlülüğü aynı bir yükümlülük olarak ifade edilmiş ve bu teori aynı yükümlülük teorisi olarak adlandırılmıştır⁷¹⁸. Bu görüş aynı hakları alacak hakları gibi ele aldığı; üçüncü kişilerin hakka saygı duyma yükümlülüğünün yalnızca aynı haklara özgü olmadığı; aynı haklar *erga omnes* olduğu için üçüncü kişilere karşı ileri sürülebildiği ve bunun aynı hakların mutlak haklar olmasından

birbirinden farklıdır. **Pothier** de ortaçağ hukukçuları gibi *ius in re*'yi *ius ad rem*'in karşıtı olarak kullanmaktadır (Grossi, 1985, s...449).

⁷¹¹ Hukukçu *Traite du domaine de propriété* isimli eserinin giriş bölümünde *droit de domaine* için *droit de propriété* ifadesinin de kullanıldığını belirtmiştir (Grossi, Pothier, s. 424-425).

⁷¹² Pothier, 1807, Giriş Bölümü, Paragraf II. **Grossi, Pothier**'nin mülkiyet ve diğer aynı haklara ilişkin bu değerlendirmelerinin kökeni **Bartolus** tarafından yapılan *dominium directum* ve *dominium utile* şeklindeki ayırmadır. Çünkü bu ayırım da mülkiyetin bölünmesi fikrinden ortaya çıkmaktadır (Grossi, 1985, s. 437).

⁷¹³ Grossi, 1985, s. 428.

⁷¹⁴ Pothier, 1807, Bölüm I, Paragraf VIII.

⁷¹⁵ Torrente/Schlesinger, s. 245; Larroument, s. 18; Malaurie/Aynès, s. 89; Zenati-Castaing/Revet, s. 453.

⁷¹⁶ Zenati-Castaing/Revet, s. 453.

⁷¹⁷ Planiol, Marcel: *Traité élémentaire de droit civil*, Paris 1896, s.2158 vd. (Naklen Larroument, s. 12 vd.).

⁷¹⁸ Zenati-Castaing/Revet, s. 453.

kaynaklandığı, oysa alacak hakların nispi olduğu ve bu teori kapsamında iki kavramın karıştırıldığı gerekçesi ile eleştirilmiştir⁷¹⁹.

İtalyan Medeni Kanununda da aynı haklara ilişkin bir tanıma rastlanmamaktadır. Doktrinde ise aynı haklar, eşya üzerinde doğrudan ve mutlak bir hakimiyet sağlayan haklar olarak tanımlanmaktadır⁷²⁰. Eşya üzerinde doğrudan hakimiyet sağlamaktan kasıt, üçüncü bir kişinin aracılığına ihtiyaç duymadan hakkın kullanılmasıdır⁷²¹. Eşya üzerindeki mutlak hakimiyet ise aynı hakların herkese karşı ileri sürülebilmesi sonucunu doğurur⁷²². İtalyan Hukukunda aynı haklar, mülkiyet (*ius in re propria*) ve başkasının mülkiyetindeki eşyalar üzerindeki haklar (*iura in re aliena*) şeklinde ele alınmaktadır⁷²³. Başkasının mülkiyetindeki eşyalar üzerindeki haklar ise yararlanma hakları (intifa hakkı, üst hakkı, uzun süreli kira, kullanma hakkı, oturma hakkı ve taşınmaz lehine irtifak hakları) ile teminat hakları (rehin ve ipotek) olarak ikiye ayrılmaktadır⁷²⁴.

İtalyan Hukukunda taşınmaz lehine irtifak hakkı, başkasının eşyasından yararlanma sağlayan bir aynı haktır. Burada eşyadan tam bir yararlanma değil; kısmi bir yararlanma söz konusudur. Çünkü bir başka malikin eşyasından yarar sağlanmaktadır⁷²⁵. Başka bir anlatımla eşya üzerinde malikin mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkileri sınırlandırılmakta ve bir başka kişiye tanınmaktadır⁷²⁶.

⁷¹⁹ Larroument, s. 13-14.

⁷²⁰ Paradiso, s. 121; Torrente/Schlesinger, s. 245; Bianca, s. 120; Comporti, Bessone/Istituzioni, s. 336.

⁷²¹ Torrente/Schlesinger, s. 245; Bianca, s. 121.

⁷²² Torrente/Schlesinger, s. 245.

⁷²³ Grosso/Deiana, s. 13; Torrente/Schlesinger, s. 246; Comporti, Bessone/Istituzioni, s. 386.

⁷²⁴ Torrente/Schlesinger, s. 246; Comporti, Bessone/Istituzioni, s. 386.

⁷²⁵ Comporti, Rescigno/Trattato, s. 155.

⁷²⁶ Paradiso, s. 121.

Taşınmaz lehine irtifak hakkı, taşınmaza bağlı bir haktır⁷²⁷. İrtifak hakkı, yararlanan taşınmazın mülkiyetinin naklinden bağımsız olarak devredilemez⁷²⁸. Bunun yanı sıra taşınmaz lehine irtifak hakkı, yüklü taşınmazdan hukuken ya da fiilen yararlanan kişi tarafından kullanabilmektedir⁷²⁹. Dolayısıyla yalnızca yararlanan taşınmazın maliki değil, intifa hakkı sahibi, oturma ya da kullanma hakkı sahibi de taşınmaz lehine irtifak hakkını kullanabilir⁷³⁰. Benzer şekilde yüklü taşınmazın mülkiyetinin nakli halinde yeni malik açısından da taşınmaz, irtifak hakkı ile yüklü olmaya devam eder⁷³¹. Ayrıca yüklü taşınmazda intifa hakkı sahibi ya da ipotek alacaklısı irtifak hakkına katlanmak durumundadır⁷³².

C-Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkının Özellikleri

1- Malikin Kendi Taşınmazı Üzerinde İrtifak Hakkı Kuramaması

Fransız Hukukunda malikin kendi taşınmazı üzerinde irtifak hakkı kuramaması yani *nemini res sua servit* ilkesi, iradi irtifaklar bakımından benimsenmiştir⁷³³. Buna göre taşınmaz lehine irtifak hakkından bahsedebilmek için bir yararlanan bir de yüklü taşınmaz olmak üzere iki taşınmaz söz konusu olmalı ve

⁷²⁷ Voirin/Goubeaux, s. 387; Buffelan Lanore/Larribau Terneyre, s. 197; Cornu, s. 586; Comporti, Rescigno/Trattato, s. 163; Spagnò, Cendon /Commentario, art. 1027, s. 443.

⁷²⁸ Carbonnier, s. 1759; Paradiso, s. 166.

⁷²⁹ Comporti, Rescigno/Trattato, s. 163; Trimarchi, s. 481; Vitucci, Bessone/Istituzioni, s. 396.

⁷³⁰ Comporti, Rescigno/Trattato, s. 164.

⁷³¹ Cornu, s. 587.

⁷³² Malaurie/Aynès, s. 346.

⁷³³ Fransız Yargıtay'ına göre yasal irtifaklar gerçek anlamda irtifak hakkı niteliğinde olmadığından bu ilke, uygulama alanı bulmaz [Cass.civ. 1ere. 9 juin 1959, Bull.civ. I, n° 291 (Naklen Malaurie/Aynès, s. 338, dipnot 5)].

bu taşınmazların malikleri de farklı kişiler olmalıdır⁷³⁴. Bu ilke, bir kimsenin kendi mülkiyetindeki eşyadan kısmen yararlanmasının mümkün olmaması anlamındadır⁷³⁵.

İtalyan Hukukunda da taşınmaz lehine irtifak hakkından bahsedebilmek için, taşınmazların maliklerinin farklı kişiler olması gerekmektedir⁷³⁶. Diğer bir anlatımla iki taşınmazı olan malik biri lehine diğeri üzerinde taşınmaz lehine irtifak hakkı kuramaz. Ancak *nemini res sua servit* her iki taşınmazın tek başına mülkiyete konu olması halinde geçerlidir⁷³⁷. Daha açık bir anlatımla yararlanan taşınmaz ya da yüklü taşınmaz maliklerinden birinin, diğeri taşınmazın müşterek maliklerinden birisi olması halinde bu ilke uygulama alanı bulmaz⁷³⁸. Benzer şekilde yararlanan ya da yüklü taşınmazlardan birisi üzerinde intifa hakkı ya da uzun süreli kira söz konusu ise malik yalnızca çıplak mülkiyet sahibi olduğundan, tam mülkiyet (*plenum dominium*) söz konusu olmadığından bu ilke, taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulması bakımından engel teşkil etmez⁷³⁹. İtalyan Hukukunda *nemini res sua servit*, taşınmaz lehine irtifak hakkının en temel özelliği olarak kabul edilmektedir⁷⁴⁰.

Nemini res sua servit (malikin kendi taşınmazı üzerinde irtifak hakkı kuramaması) ilkesine göre, taşınmaz lehine irtifak hakkından bahsedebilmek için iki

⁷³⁴ Malaurie/Aynès, s. 338; Voirin/Goubeaux, s. 376; Cornu, s. 585-586.

⁷³⁵ Paradiso, s. 168.

⁷³⁶ Comporti, Rescigno/Trattato, s. 164. 1865 tarihli İtalyan Krallığı Medeni Kanununda da aynı mantık hakimdir. Taşınmaz lehine irtifak hakkı ancak farklı maliklere ait farklı taşınmazlar üzerinde söz konusu olabilir. Ancak yararlanan ya da yüklü taşınmaz malikinın müşterek maliklerden birisi olduğu bir taşınmazdan su geçirilmesi ya da geçilmesi irtifak hakkı olarak değerlendirilmemektedir (Cattaneo, s. 398).

⁷³⁷ Comporti, Rescigno/Trattato, s. 164; Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1027, s. 445.

⁷³⁸ Cass.sez.civ. 587/1974; 5770/1985 (Naklen Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1027, s. 445). Torrente, /Schlessinger, s. 286; Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1072, s. 749.

⁷³⁹ Cass.sez.civ. 2583/1975;1410/1963 (Naklen Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1027, s. 445). Comporti, Rescigno/Trattato, s. 164.

⁷⁴⁰ Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1027, s. 442.

farklı malike ait iki taşınmaza ihtiyaç vardır⁷⁴¹. Dolayısıyla bir kişinin kendisine ait iki taşınmazdan biri üzerinde diğeri lehine irtifak hakkı kurması mümkün değildir⁷⁴². Malik taşınmazlarından birisinden kendisine ait diğeri taşınmaza su geçirebilir. Bu durumda taşınmaz lehine irtifak hakkı söz konusu olmaz⁷⁴³. Bir kimsenin kendisine ait taşınmazdan bu şekilde yararlanması mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmektedir⁷⁴⁴. Taraflar arasında taşınmazın paylaşılması sırasında taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulması halinde bu ilke uygulanmaz. Zira bu durumda irtifak hakkı kurulurken, iki ayrı taşınmaz ve farklı malikler söz konusu olmaktadır⁷⁴⁵.

Bu ilke, karşılıklı irtifak hakkı kurulmasına da engel değildir⁷⁴⁶. Bu durumda her iki taşınmaz da birbirine karşı hem yararlanan hem de yüklü taşınmaz konumundadır. Karşılıklı irtifakın içeriği aynı olabileceği gibi farklı da olabilir⁷⁴⁷. Bu durumda karşılıklı irtifak bakımından da her bir irtifak hakkı için yüklü ve yararlanan taşınmaz maliki farklı kişilerdir⁷⁴⁸.

⁷⁴¹ Atias, s. 209; Malaurie/Aynès, s. 338.

⁷⁴² Malaurie/Aynès, s. 338.

⁷⁴³ Malaurie/Aynès, s. 338.

⁷⁴⁴ Demolombe, s. 6.

⁷⁴⁵ Cass.civ. 3e , 27 mai 2009, 08-14376, Bull.civ.III, n° 125 (Naklen Malaurie/Aynès, s. 338, dipnot 7); Voirin/Goubeaux, s. 376.

⁷⁴⁶ Cass.sez.civ. 2619/1974; 1317/1980 (Naklen Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1027, s. 445).

⁷⁴⁷ Comporti, Rescigno/Trattato, s. 164.

⁷⁴⁸ Taşınmaz lehine irtifak hakkının *iura in re aliena* olması sebebiyle yüklü ve yararlanan taşınmaz maliklerinin farklı kişiler olması, irtifak hakkının ayırt edici özelliğidir. Buna karşın yüklü ve yararlanan taşınmaz karşılıklı olarak aynı irtifak hakkı ile yüklü olabilir. Bu durumda aynı irtifak hakkı bakımından olsa da iki ayrı irtifak hakkı olduğu kabul edilir ve iki irtifak hakkı bakımından bir taşınmaz yararlanan iken diğeri yüklü taşınmaz konumundadır [Cass. sez.civ.II, 23 luglio 1986, n.4697 (naklen Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1027, s. 451)]. Comporti, Rescigno/Trattato, s. 164-165.

Gerek Fransız Hukukunda gerekse İtalyan Hukukunda yüklü ve yararlanan taşınmazın mülkiyetinin aynı kişide birleşmesi taşınmaz lehine irtifak hakkını sona erdiren bir nedendir.

Fransız Medeni Kanununda *confusio*, yüklü ve yararlanan taşınmazların aynı elde birleşmesi halinde taşınmaz lehine irtifak hakkının sona ereceği şeklinde ifade edilmiştir⁷⁴⁹. *Confusio*'nun taşınmaz lehine irtifak hakkını sona erdiren bir neden olabilmesi için taşınmazlarının tamamının mülkiyetinin tek kişi tarafından kazanılması gerekir. Dolayısıyla örneğin; taşınmazın bir parseli üzerinde diğeri lehine taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulması halinde, yüklü parsel intifa hakkı konusu ise yararlanan parselin maliki yüklü parselin yalnızca çıplak mülkiyetine sahip olduğundan, taşınmaz lehine irtifak hakkı *confusio* nedeniyle sona ermez⁷⁵⁰.

İtalyan Hukukunda da yüklü ve yararlanan taşınmaz mülkiyetinin aynı kişide birleşmesi irtifak hakkını sona erdiren bir nedendir⁷⁵¹. *Confusio*, taşınmazlarının mülkiyetinin bir kişide birleşmesiyle başkaca bir işleme gerek olmaksızın ve kesin olarak irtifak hakkını sona erdirir. Dolayısıyla yüklü taşınmazın mülkiyetinin başka bir kişiye nakledilmesi halinde irtifak hakkı yeniden canlanmaz⁷⁵².

Taşınmaz lehine irtifak hakkı sahibinin, yüklü taşınmazda pay sahibi olması ya da yüklü taşınmaz malikinin yararlanan taşınmazda pay sahibi olması taşınmaz

⁷⁴⁹ CCF md. 705.

⁷⁵⁰ Cass.civ. 3e, 17 avr.1996, Bull.civ.III, n°109 (Naklen Malaurie-Aynès, s. 370 dipnot 105).

⁷⁵¹ CCI md. 1072.

⁷⁵² Comporti, Rescigno/Trattato, s. 207.

lehine irtifak hakkının *confusio* yoluyla sona ermesine neden olmaz⁷⁵³. İrtifak hakkı sahibinin yüklü taşınmazda intifa hakkı sahibi olması ya da çıplak mülkiyetini kazanması halinde de *confusio* nedeniyle irtifak hakkı sona ermez⁷⁵⁴.

2- Objektif Yarar Koşulu

Fransız Medeni Kanununun 686. maddesinde irtifak hakkının ne bir kişiye yüklenebileceği ne de bir kişi yararına kurulabileceği düzenlenmiştir⁷⁵⁵. Taşınmaz lehine irtifak hakkı ancak bir taşınmaz yararına bir başka bir taşınmaz üzerinde söz konusu olabilir⁷⁵⁶.

Fransız Hukukunda “objektif yarar” ölçütü, taşınmaz lehine irtifak haklarının ayırt edici özelliğidir⁷⁵⁷. Buna göre taşınmaz lehine irtifak hakkı malikin yararı dikkate alınarak, kurulamaz⁷⁵⁸. Diğer bir anlatımla yararlanan taşınmaz malikinden bağımsız olarak, irtifak hakkı taşınmazın kullanımı, işletilmesi bakımından yarar sağlayacak şekilde kurulabilir⁷⁵⁹. Dolayısıyla başkasının taşınmazında avlanma ya da balık tutma şeklinde taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulmaz⁷⁶⁰. İçtihatlarla taşınmaz malikin taşınmazdan daha iyi yararlanabilmesi ve ekonomik fayda elde edebilmesi için de irtifak hakkı kurulabileceği kabul edilmektedir⁷⁶¹. Örneğin; konutların

⁷⁵³ Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1072, s. 749.

⁷⁵⁴ Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1072, s. 749.

⁷⁵⁵ Zenati-Castaing/Revet, s. 459.

⁷⁵⁶ Atias, s. 214.

⁷⁵⁷ Malaurie/Aynès, s. 339.

⁷⁵⁸ Cornu, s. 588.

⁷⁵⁹ Cornu, s. 588.

⁷⁶⁰ Avlanma amacıyla taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulamaz. Zira bu halde taşınmazın değil ve fakat malikin yararı söz konusu olmaktadır. Bu da irtifak hakkının taşınmaz lehine olma (*réelle*) özelliğine aykırıdır [Cass. civ.3°, 9 déc. 2009, 09.11333, Bull.civ.III, n° 274 (naklen Malaurie/Aynès, s. 341, dipnot 20)].

⁷⁶¹ Malaurie/Aynès, s. 340.

bulunduğu bölgede sınai amaçla taşınmaz kullanımını engelleyen irtifak hakkı kurulabileceği ya da komşu taşınmazdan evin ısınması için odun alınması şeklinde irtifak hakkı kurulabileceği kabul edilmiştir⁷⁶².

İtalyan Medeni Kanunu sistematüğinde de Fransız Medeni Kanundaki yapı benimsenmiştir. Dolayısıyla taşınmaz lehine irtifak hakkı, yararlanan taşınmazın yararı (*utilitas*) temeli üzerinde şekillenmektedir⁷⁶³. Diğer bir anlatımla Roma Hukuku geleneğine bağlı kalınarak, objektif yarar ölçütü kabul edilmiştir⁷⁶⁴. O nedenle yararlanan taşınmaz bakımından en uygun olan ve kolaylık sağlayan haller yarar kapsamındadır⁷⁶⁵. Dolayısıyla taşınmaz malikinin yararı (subjektif yarar), dikkate alınmaz⁷⁶⁶. Örneğin; yararlanan taşınmaz yararına yüklü taşınmazdan su alınması (çekilmesi) taşınmaz lehine irtifak hakkı olarak kabul edilmektedir; ancak malik bu suyu taşınmaz için kullanmalıdır. Bu suyu üçüncü kişilere satamaz ya da bir başka taşınmazı için kullanmaz⁷⁶⁷. Burada yarardan kasıt, ekonomik olabileceği gibi doğal koşullar nedeniyle ortaya çıkan bir yarar da olabilir⁷⁶⁸. Taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriği ile yarar ölçütünü karıştırmamak gerekir. Taşınmaz lehine irtifak hakkı içeriğini başka malike ait bir taşınmazdan yararlanma oluşturur. Diğer aynı haklarda da olduğu gibi irtifak hakkı sahibi bu hakkını herkese karşı (*erga omnes*) ileri sürebilecektir. Daha açık bir anlatımla, yüklü taşınmaz malikinin yanı sıra diğer üçüncü kişiler de aynı hakka müdahaleden sakınmakla yükümlüdür⁷⁶⁹. Objektif yarar

⁷⁶² Carbonnier, s. 1767.

⁷⁶³ Comporti, Rescigno/Trattato, s. 157. Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1028, s. 464.

⁷⁶⁴ Özellikle **Bartolus**'un taşınmaz lehine irtifak haklarına ilişkin tanımı ve İtalyan takipçileri bu süreçte etkili olmuştur. (Brugi, s. 17).

⁷⁶⁵ CCI md. 1028.

⁷⁶⁶ Paradiso, s. 167; Trimarchi, s. 482; Vitucci, Bessone/Istituzioni, s. 399; Bianca, s. 646.

⁷⁶⁷ Paradiso, s. 167.

⁷⁶⁸ Cass.sez.civ.II, 15 giugno 2001, n.8151 (Naklen Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1028, s. 462).

⁷⁶⁹ Comporti, Rescigno/Trattato, s. 160.

ölçütü ise taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin, yani taşınmazdan yararlanmanın, taşınmaz malikinin ihtiyaçları doğrultusunda sınırsız sayıdaki farklı şekillerde belirlenmesine bir engel teşkil etmekte ve bu surette bir sınırlama getirmektedir⁷⁷⁰. İtalyan Hukukunda taşınmazın olası, gelecekteki yararı da dikkate alınarak, irtifak hakkı kurulabileceği kabul edilmektedir⁷⁷¹. Taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriği ise çeşitlilik gösterebilir. Taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriği tarımsal nitelikte olabileceği gibi ekonomik ya da ticari nitelikte de olabilir. Bunun yanı sıra Kanunda bir taşınmazın sınai kullanımına mahsus irtifak hakkı kurulabileceği düzenlenmiştir⁷⁷². Üretilen malların taşınması için geçit irtifakı kurulması buna örnektir⁷⁷³. Doktrinde ve yargı kararları ile yüklü taşınmaz malikinin taşınmazı aynı faaliyette kullanmayacağına dair yararlanan taşınmazdaki faaliyetle rekabet etmeme⁷⁷⁴ şeklinde irtifak hakkı kurulabileceği de kabul edilmiştir⁷⁷⁵.

⁷⁷⁰ Comporti, Rescigno/Trattato, s. 161. İtalyan Hukukunda düzensiz irtifaklar olarak anılan taşınmaz üzerinde bir kişi lehine irtifak hakkı kurma olanağı yoktur. Sınırlı sayıdaki aynı haklar kapsamında hukuk düzeni, böyle bir irtifak hakkını saymamıştır. Bu durumda bir borçlandırıcı işlem yapılarak, sorun aşılmaktadır (Bianca, s. 647).

⁷⁷¹ CCI md. 1029/I. Örneğin; C taşınmazında kaynak bulmak amacıyla A taşınmazı lehine su alma (çekme) irtifakı ve B taşınmazı üzerinde C'ye geçebilmek için A taşınmazı lehine geçit irtifakı kurulması halinde C taşınmazında kaynak olup olmadığı kesin olmadığından, olası bir yarar söz konusudur (Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1029, s. 472).

⁷⁷² CCI md. 1028.

⁷⁷³ Bianca, s. 648.

⁷⁷⁴ Ancak rekabet etmeme borcunun süresinin ve içeriğinin belirli sınırlar dahilinde olması gerektiği ve irtifak hakkı konusu yapılarak bunun aşılmasının hukuka uygun olmadığı ileri sürülerek, bu yaklaşım eleştirilmiştir (Bianca, s. 648).

⁷⁷⁵ Yüklü taşınmazda, yararlanan taşınmazda faaliyet gösteren otelle rekabet edecek şekilde otel vb. faaliyetlerin yasaklanması biçiminde irtifak hakkı kurulabilir [Cass.sez.civ. N.3298/62 (Trimarchi, 480)].

3- Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkının İçeriğinin Bir Yapma Ediminden Oluşmaması

Fransız Hukukunda taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğini katlanma oluşturabilir; ancak bir yapma yükümlülüğü oluşturamaz⁷⁷⁶. Ancak Kanunun 698. maddesinde irtifak hakkından yararlanmak için zorunlu olduğu hallerde yüklü taşınmaz malikinin yan yükümlülükler altına sokulabileceği kabul edilmiştir⁷⁷⁷. O takdirde eşyaya bağlı borç (*obligation propter rem*) söz konusu olmaktadır⁷⁷⁸. Ancak yapma ediminin yüklü taşınmaz malikine yüklenmesi, bu edimin doğrudan irtifak hakkının bir hükmü olduğu sonucunu doğurmaz. O nedenle ancak irtifak hakkının kullanımı için gerekli olduğu varsayılan hallerde, yüklü taşınmaz malikinin yapma edimi yüklenebileceği kabul edilmelidir⁷⁷⁹.

İtalyan Hukukunda da irtifak hakkının içeriğinin *pati* yani katlanma ya da *non facere* yani yapmama olabileceği; ancak *facere* yani yapma şeklinde olumlu bir yükümlülük olamayacağı kabul edilmektedir⁷⁸⁰. Bunun yanı sıra örneğin; irtifak hakkının kullanılmasını ya da devamını sağlayan (su geçirilen kanalın temizlenmesi gibi) masraflara kural olarak yararlanan taşınmaz maliki katlanmaktadır. Ancak bunun aksine sözleşme yapılması mümkündür. O halde yüklü taşınmaz malikine yüklenen bu yan yükümlülük, eşyaya bağlı borç (*obligatio propter rem*) olarak kabul

⁷⁷⁶ Malaurie/Aynès, s. 340; Cornu, s. 586; Larroumet, s.479. Reformcular yalnızca taşınmaz lehine irtifak hakları için değil tüm aynı haklar için *servitus in faciendo consistere nequit* ilkesini benimsemişti. Onlara göre tüm yapma borçları şahsi hak kapsamında değerlendirilmiş ve feodal yapının etkisiyle malikin böyle bir borç altına sokulamayacağı görüşü kabul edilmiştir (Demolombe, s. 180; Comporti, Rescigno/Trattato, s. 175).

⁷⁷⁷ Demolombe, s. 181; Malaurie/Aynès, s. 340; Voirin/Goubeaux, s. 387.

⁷⁷⁸ Carbonnier, s. 1767; Voirin/Goubeaux, s. 387.

⁷⁷⁹ Larroumet, s. 483.

⁷⁸⁰ CCI md. 1030. Bu hükmün amacı kişi lehine taşınmaz üzerinde irtifak hakkı (düzensiz irtifak hakkı) kurulmasını, yasaklamaktır (Paradiso, s. 167).

edilmektedir⁷⁸¹. Böyle bir yükümlülük, yüklü taşınmaza bağlıdır ve irtifak hakkının feri niteliğindedir⁷⁸². Taraflar söz konusu yükümlüğü serbestçe belirleyebilirler⁷⁸³. Ancak Kanun, yüklü taşınmaz malikinin doğrudan irtifak hakkı ile ilgili olarak ve irtifak hakkının kullanımını olanaklı kılmak için yan yükümlülük altına sokulabileceğini kabul etmektedir⁷⁸⁴. Yüklü taşınmaz malikinin yapma şeklinde bir yan yükümlülük altına sokulabileceğine ilişkin işlem, yazılı şekilde yapılmalı ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için tapuda ilan edilmelidir⁷⁸⁵. Aksi takdirde yalnızca taraflar arasında, nispi etki doğurur⁷⁸⁶. Söz konusu işlem taşınmaz lehine irtifak hakkını kuran işlemle birlikte yapılabileceği gibi ayrıca da yapılabilir.

4- Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkının Paylara Bölünmemesi

Fransız Hukukunda taşınmaz lehine irtifak haklarının paylara bölünemeyeceği kabul edilmiştir. Taşınmaz lehine irtifak hakkı bir bütün olarak kullanılmaktadır, paylı bir biçimde kullanılması mümkün değildir⁷⁸⁷. Dolayısıyla yararlanan taşınmazın paylı mülkiyet konusu olması halinde, yararlanan taşınmazdaki her paydaş irtifak hakkına bir bütün olarak sahiptir. Benzer şekilde yüklü taşınmaz paylı mülkiyet konusu ise, yüklü taşınmazdaki her pay sahibi irtifak

⁷⁸¹ Grosso/Deiana, s. 251; Burdese, 2007, s. 40; Torrente/Schlessinger, s. 287-288; Comporti, Rescigno/Trattato, s. 175. 1865 tarihli İtalyan Krallığı Medeni Kanununda da aynı ilke benimsenmiştir. Kanunun 641. maddesinde de yüklü taşınmaz malikinin yan yükümlülük altına sokulmasının mümkün olduğu düzenlenmiştir (Cattaneo, s. 469).

⁷⁸² Paradiso, s. 167.

⁷⁸³ Comporti, Rescigno/Trattato, s. 179.

⁷⁸⁴ Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1030, s. 479.

⁷⁸⁵ Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1030, s. 480.

⁷⁸⁶ Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1030, s. 480.

⁷⁸⁷ Malaurie/Aynès, s. 346.

hakkına aynı oranda katlanmak durumundadır⁷⁸⁸. Daha açık bir anlatımla taşınmazın bütünü irtifak hakkı ile yüklüdür⁷⁸⁹.

Yüklü taşınmaza yeni parseller eklenir ve ardından irtifak hakkı kurulursa, bu parseller irtifak hakkı ile yüklü olmaz⁷⁹⁰. Ancak yüklü taşınmaz irtifak hakkı kurulduktan sonra parsellere ayrılırsa, her bir parsel irtifak hakkı ile yüklü olacaktır⁷⁹¹.

İrtifak hakkı ile yüklü taşınmazı satan malik, önce taşınmazı parsellere ayırır ve ardından farklı kimselere satar ve mülkiyeti devrederse, parsellerin yeni malikleri bakımından taşınmaz irtifak hakkı ile yüklü olacaktır. Zira taşınmaz parsellere bölünmeden önce irtifak hakkı kurulmuştur⁷⁹².

İtalyan Hukukunda da taşınmaz lehine irtifak hakkının paylara bölünemeyeceği kabul edilmektedir⁷⁹³. Yararlanan taşınmaz paylı mülkiyete konursa, irtifak hakkı her paydaşa payı oranında düşmez. Her paydaş eşit şekilde

⁷⁸⁸ Malaurie/Aynès, s. 347.

⁷⁸⁹ Larroumet, s. 477.

⁷⁹⁰ İrtifak hakkı kurulurken irtifak hakkının kullanılacağı yer belirtilmişse, her iki malikin bu yönde bir anlaşması olmaksızın, yalnızca taşınmaza yeni parsel eklenmesi irtifak hakkında değişikliğe neden olmaz [Cass. civ. Ire, 29 mai 1963, D.1963.718 (naklen Larroumet, s. 478)].

⁷⁹¹ Cass. civ. 3e, 11 décembre 1996, Bull.civ.III, n°238 (naklen Larroumet, s. 478). İnşaat yapmama irtifakı kurulduktan sonra yüklü taşınmaz parsellere bölünürse ve bu parsellerden biri üzerinde inşaat yapılır ve otuz yıllık zamanaşımı süresince irtifak hakkı sahibi tarafından inşaaata itiraz edilmezse irtifak hakkı söz konusu parsel bakımından sona erecektir. Aynı bölünme sonucu ortaya çıkan diğer iki parselin maliki de söz konusu zamanaşımı süresinden yararlanarak, irtifak hakkının sona ermesini talep etmiştir. Ancak Hukuk Genel Kurulu, bunun mümkün olmadığı yönünde karar vermiştir [Assemblée Plénière de la Cour de cassation du 23 mars 2001, J.C.P N, 7 déc. 2001 (naklen Foix, s. 25-26)].

⁷⁹² Cass. civ. 31 mars 2001, D.2002.J, J.C.P 2001, n° 15 (Naklen Cornu, s. 604).

⁷⁹³ Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1027, s. 443.

irtifak hakkı sahibidir ve irtifak hakkını bir bütün olarak kullanır⁷⁹⁴. Yüklü taşınmazın paylı mülkiyete konu olması halinde, her paydaş irtifak hakkına eşit şekilde katlanacaktır⁷⁹⁵.

Yararlanan taşınmazın parsellere bölünmesi halinde, yüklü taşınmazın durumunu ağırlaştırmamak kaydıyla taşınmaz lehine irtifak hakkı, her parsel lehine söz konusu olacaktır⁷⁹⁶. Yüklü taşınmazın parsellere bölünmesi halinde ise taşınmazın belirli bir bölümü irtifak hakkı ile yüklü olacak diğer parseller irtifak hakkı yükünden kurtulacaktır⁷⁹⁷. Kanunda düzenlenen bu varsayım, taşınmaz lehine irtifak hakkının, örneğin geçit irtifakını, yüklü taşınmazın belirli bir bölümünde (*locus servitutis*) kullanılması halinde söz konusudur. Taşınmaz parsellere ayrıldıktan sonra, irtifak hakkının kullanıldığı kısım irtifak hakkı ile yüklü olmaya devam eder. Taşınmazın geri kalanı ise irtifak hakkı ile yüklü olmaktan kurtulur. Ancak irtifak hakkı taşınmazın belirli bir kısmında değil de bütününde kullanıyorsa, o takdirde taşınmaz parsellere ayrılrsa dahi tüm parseller irtifak hakkı ile yükü olmaya devam eder⁷⁹⁸.

D- Zilyetlik Kavramı ve Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkı ile İlişkisi

Fransız Hukukunda zilyetlik, mülkiyet hakkının kullanımına karşılık gelen fiili bir durumdur⁷⁹⁹. Dolayısıyla zilyetlik *corpus* ve *animus* olmak üzere iki

⁷⁹⁴ Grosso/Deiana, s. 217; Burdese, 2007, s. 29; Bianca, s. 663; Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1027, s. 443.

⁷⁹⁵ Grosso/Deiana, s. 219.

⁷⁹⁶ CCI md. 1071/I.

⁷⁹⁷ CCI md. 1071/II.

⁷⁹⁸ Comporti, Rescigno/Trattato, s. 201.

⁷⁹⁹ Malaurie/Aynès, s. 141; Voirin/Goubeaux, s. 327.

unsurdan oluşur. *Corpus*, zilyetliğin maddi unsurunu oluşturur ve eşya üzerindeki fiili hakimiyet anlamındadır⁸⁰⁰. *Animus* ise eşya üzerinde bir aynı hakka dayanarak⁸⁰¹, temelde mülkiyet hakkına dayanarak⁸⁰², fiili hakimiyet kurulması iradesine karşılık gelir. Bir şahsi hakka dayanarak eşyayı elinde bulunduran kişi, başkası aracılığıyla zilyet olarak kabul edilmektedir yani *detentor*'dur⁸⁰³. Kanun zilyetliğe konu olma bakımından, maddi (*corporel*) eşya ile maddi olmayan (*incorporel*) eşya arasında bir ayrım gözetmemiştir. Maddi eşya bakımından zilyetlik, eşya üzerindeki fiili hakimiyettir. Maddi olmayan eşya kategorisindeki taşınmaz lehine irtifak hakkının ise fiilen kullanımı, zilyetlik olarak kabul edilmektedir⁸⁰⁴. Burada zilyetliğin *corpus* ve *animus* unsurlarına, irtifak hakkının kullanılması karşılık gelmektedir⁸⁰⁵. Böyle bir hakkın sahibi olarak hakkı fiilen kullanan ya da hakkın sahibiymiş gibi fiilen hakkı kullanan kimse, hakkın

⁸⁰⁰ Voirin/Goubeaux, s. 328; Cornu, s.742.

⁸⁰¹ O nedenle malik gibi hareket eden zilyet olarak kabul edilmektedir (Voirin/Goubeaux, s. 328); Buffelan Lanore/Larribau Terneyre, s. 166; Cornu, s.473.

⁸⁰² Bu yaklaşımın temelinde özellikle **Domat** ve **Pothier**'nin görüşleri yatmaktadır. **Pothier** zilyet ve vazülyet arasındaki temel farklılığın irade unsuru olduğunu ifade eder. Buna göre eşya üzerinde kendi yararımıza kurmuş olduğumuz fiili hakimiyet zilyetliktir. Bir başkası adına kurulan fiili hakimiyet ise vazülyetliktir. Yazar vazülyetliği *possessio naturalis* şeklinde ifade etmiştir [Pothier, *Traité de la possession*, Œuvres complètes, Paris 1819, C. XI, s. 428, § 1 (Naklen Montel, s. 337)]. Hukukçu *possessio* yani zilyetliği, maddi bir eşya üzerinde kendi adımıza doğudan ya da bir başkası aracılığı ile elde bulundurma olarak ifade etmiştir. Bu durumda *possessio* yalnızca maddi eşyalar üzerinde söz konusu olmaktadır. Maddi olmayan eşyalar ise *quasi possessio*'nun konusu olmaktadır. *Quasi possessio*, maddi olmayan eşyalar üzerinde diğer bir anlatımla haklar bakımından söz konusu olmaktadır. Hakkın kullanımı ile sağladığımız yarar *quasi possessio*'dur [Pothier, *Traité de la possession*, Œuvres complètes, Paris 1819, C. XI, Bölüm III (naklen Mannino, s. 455, dipnot 63) ve Pothier, *Possession*, C. XI, Bölüm III (naklen Mannino, s. 456, dipnot 68)]. **Domat** da benzer şekilde, zilyetlik (*possession*) ve vazülyetlik (*detention*) kavramları arasındaki ayrımın temelinde irade unsuru olduğunu belirtir. Buna göre bir başkasının adına eşya üzerinde hakimiyet kuran vazülyettir. Zilyet malik olarak ya da malik olduğuna inanarak, eşya üzerinde hakimiyet kurmaktadır [Domat, *Lois Civiles*, C. III, VII, I, Paris 1705, s. 261, § 8-9 (Naklen Montel, s.337)]. Mülkiyetin haricindeki aynı haklar taşınmaz lehine irtifak hakkı, intifa hakkı, rehin, kullanma hakkı, üst hakkı ve oturma hakkı bakımından *quasi possessio* olarak da adlandırılan durum söz konusudur (Cornu, s. 474-475). İpotek ise bu kapsamda değerlendirilmemiştir (Voirin/Goubeaux, s. 329).

⁸⁰³ Voirin/Goubeaux, s. 328-329; Buffelan Lanore/Larribau Terneyre, s. 166. Roma Hukukundaki gibi *possessor* ve *detentor* şeklinde bir ayrım yapılmaktadır.

⁸⁰⁴ Carbonnier, s. 1719; Malaurie/Aynès, s. 141

⁸⁰⁵ Cornu, s.598.

zilyedir⁸⁰⁶. Taşınmaz lehine irtifak hakları bakımından, sürekli ve aleni irtifakların zilyetliğe elverişli olduğu kabul edilmektedir⁸⁰⁷; sürekli olmayan ve aleni olmayan irtifaklar ise zilyetliğe elverişli değildir⁸⁰⁸.

Fransız Hukukunda taşınmaz lehine irtifak haklarının zilyetliğe elverişli olması, taşınmaz lehine irtifak hakkının zamanaşımı yoluyla kazanılması ve zımnen (aile babasının iradesiyle) kazanılması bakımından önemlidir⁸⁰⁹. Benzer şekilde sürekli ve aleni irtifaklar zilyetliğe elverişli olduğundan, fiilen bu hakların kullanılması ihlal edildiği takdirde, zilyetliği koruyan davalara başvurulabilmektedir⁸¹⁰.

İtalyan Medeni Kanunu 1140. Maddesine göre zilyetlik, eşya üzerinde öyle bir hakimiyettir ki; mülkiyet hakkının ya da diğer aynı hakların kullanımına karşılık gelen bir faaliyet şeklinde görünür⁸¹¹. Dolayısıyla zilyetlik bir kişinin eşya üzerindeki hakimiyetinden oluşan fiili bir durumdur⁸¹². Kanun, zilyetliği yalnızca aynı hakların kullanımına karşılık gelen fiili durumlarla sınırlandırmıştır⁸¹³. Şahsi hakkı kullanan kimse de kısmen ya da tamamen eşya üzerinde fiili bir hakimiyete sahip olmaktadır;

⁸⁰⁶ Zenati-Casting/Revet, s. 647; Malaurie/Aynès, s. 141.

⁸⁰⁷ Malaurie/Aynès, s. 350.

⁸⁰⁸ Voirin/Goubeaux, s. 383.

⁸⁰⁹ Bkz. s. 269 vd.

⁸¹⁰ Malaurie/Aynès, s. 153.

⁸¹¹ 1865 tarihli İtalyan Medeni Kanunu, *Code Napoléon*'un etkisiyle subjektif zilyetlik teorisini benimsemiştir. (Montel, s. 338). Yürürlükteki kanunun zilyetliği düzenleyen maddesinde *animus dominus* yani malik olma iradesinden açıkça söz edilmez. Ancak maddedeki tanımdan hareketle bir aynı hakkı kullanma iradesiyle bir eşyanın elde bulundurulması, zilyetlik olarak ifade edilmektedir. Dolayısıyla zilyetlik *corpus* yani fiili hakimiyetin yanında mülkiyet ya da *iura in re aliena* yani başkasının eşyası üzerindeki haklara karşılık gelen bir hakimiyet olmalıdır ki; öğretilerdeki baksın görüş bunun *animus* unsurunu oluşturduğu şeklindedir (Montel, s. 343).

⁸¹² Torrente/Schlessinger, s. 313; Escher, Cendon/Commentario, art. 1140, s. 1; Bianca, s. 714.

⁸¹³ Torrente/Schlessinger, s. 319; Paradiso, s. 185.

ancak bu durum *detentio*⁸¹⁴ olarak kabul edilmektedir⁸¹⁵. Mülkiyet hakkının kullanımına karşılık gelen fiili durum *possessio uti dominus* şeklinde ifade edilmektedir. Taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanımına karşılık gelen fiili durum ise *possessio servitutis* şeklinde ifade edilmektedir⁸¹⁶. Kanunun bu yaklaşımı, *possessio iuris*'in kabul edilmediğinin bir göstergesidir⁸¹⁷. Bir eşyayı elinde bulunduran zilyet olarak kabul edilmekle birlikte malik gibi hareket ettiği kabul edilir. Taşınmaz lehine irtifak hakkını ise fiilen kullanan bakımından zilyetlik söz konusu olmaktadır⁸¹⁸. Örneğin başkasının taşınmazından yararlanan bir kimsenin irtifak hakkına sahip olmasa da su geçirme irtifakının kullanımına karşılık gelen faaliyeti, fiili bir hakimiyet teşkil ettiğinden zilyetlik kapsamında değerlendirilir⁸¹⁹.

Bu yaklaşım çerçevesinde İtalyan Hukukunda, aleni irtifakların zilyetliğe elverişli olduğu kabul edilmektedir. Aleni olmayan irtifaklar, zilyetliğe elverişli değildir. O nedenle aleni olmayan irtifaklar, kazandırıcı zamanaşımı ile ya da zımnen (aile babasının iradesiyle) kazanılamayacağı gibi zilyetlik davaları ile de korunmazlar⁸²⁰. Fransız Hukukunda farklı olarak, taşınmaz lehine irtifak hakkı sürekli olmasa ve fakat aleni ise örneğin; geçit irtifakının kullanımına tahsis edilmiş

⁸¹⁴ Ancak *detentio* bir başkasının adına eşya üzerinde fiili hakimiyet kurmak anlamına gelir. Bir şahsi hakka dayanarak, eşyayı elinde bulunduranlar nitelikli vazüyettir. Yalnızca zilyedin iradesi ile herhangi bir hukuki işleme dayanmadan, üçüncü bir kişi tarafından eşya üzerinde fiili hakimiyet kurulması halinde nitelikli olmayan vazüyetlik söz konusu olmaktadır (Bianca, s. 725-726).

⁸¹⁵ Marrone, s. 384. Bu durumda zilyedin durumu, dolaylı zilyetliktir. Zira eşyayı elinde bulunduran üçüncü bir kişi aracılığı ile zilyet olmaktadır (CCI md. 1140).

⁸¹⁶ Torrente/Schlessinger, s. 319.

⁸¹⁷ Bianca, 733.

⁸¹⁸ Marrone, s. 384.

⁸¹⁹ Torrente/Schlessinger, s. 319.

⁸²⁰ Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1061, s. 665.

bir yol varsa, o takdirde bu irtifak hakkının kullanımı zilyetlik olarak değerlendirilir⁸²¹.

III- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKKININ KONUSU

Fransız Hukukunda, bir kişinin yararlanmasına elverişli ekonomik değeri olan şeyler (*choses*), eşya (*biens*) olarak kabul edilmiştir⁸²². Kanunda şey (*choses*) kavramının tanımı yapılmamıştır⁸²³. Ancak Fransız Hukukundaki *biens*, Roma Hukukundaki *res* gibi geniş anlamda eşya kavramına karşılık gelmektedir. Fransız Medeni Kanunundaki asıl eşya ayrımı, taşınır ve taşınmaz eşya şeklinde belirlenmiştir⁸²⁴. Bunun yanı sıra doktrinde, Roma Hukukundaki maddi eşya maddi olmayan eşya şeklindeki ayrım da korunmuştur. Buna göre maddi eşya, doğası gereği kendisine dokunulabilir⁸²⁵. Maddi olmayan eşyalar ise kendilerine dokunulamazdır. Haklar bu kategoriyi oluşturmaktadır. İnsan duyuları ile algılanmayan; ancak hukuk düzenince kabul edilen haklar, malvarlığında belirli bir ekonomik değere sahiptir⁸²⁶. Dolayısıyla malvarlığında ekonomik bir değer olarak kabul edilen haklar, maddi olmayan eşya kategorisinde değerlendirilir⁸²⁷. Alacak hakkı, ayni haklar ve fikri ve sınai haklar maddi olmayan eşyalara örnek olarak gösterilebilir⁸²⁸. Fransız Hukukunda yalnızca maddi eşyalar değil; maddi olmayan eşyalar da taşınır ve taşınmaz şeklinde ikiye ayrılmaktadır⁸²⁹. Konusu taşınmaz

⁸²¹ Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1062, s. 672.

⁸²² Voirin/Goubeaux, s. 301; Buffelan Lanore/Larribau Terneyre, s.108.

⁸²³ Pichonnaz, 2004, s. 106.

⁸²⁴ CCF md. 516.

⁸²⁵ Malaurie/Aynès, s. 59.

⁸²⁶ Carbonnier, s. 1603; Voirin/Goubeaux, s. 305; Buffelan Lanore/Larribau Terneyre, s. 110.

⁸²⁷ Voirin/Goubeaux, s. 305.

⁸²⁸ Carbonnier, s. 1604-1606; Malaurie/Aynès, s. 59; Voirin/Goubeaux, s. 305.

⁸²⁹ Voirin/Goubeaux, s. 306.

eşyalar olan aynı haklar taşınmaz olarak sınıflandırılmaktadır⁸³⁰. Buna karşılık fikri ve sınai haklar taşınır olarak kabul edilmektedir⁸³¹.

Fransız Medeni Kanununun irtifak hakkının düzenlendiği 637. maddesinde irtifak hakkının bir “*héritage*” lehine başkasına ait bir “*héritage*” üzerinde kurulduğu belirtilmektedir. Kanunun 687. maddesinde ise “*héritage*”, arazi ve bina olarak belirtilmiştir. Dolayısıyla söz konusu kelime bugün bizim anladığımız anlamda tereke olarak değil; eşya üzerinde hakimiyet anlamına gelen Latince “*herus*” kelimesinden türetilmiş bir şekilde ve taşınmaz anlamında kullanılmıştır⁸³².

Kanunda açıkça arazi ve binaların taşınmaz lehine irtifak hakkının konusunu oluşturabileceği düzenlenmiştir⁸³³. Bundan kasıt doğal olarak taşınmaz hükmündeki eşyalardır. Böylece kanunen taşınmaz hükmündekiler, irtifak hakkının konusu dışında bırakılmıştır⁸³⁴.

İtalyan Hukukunda ise eşya (*beni*), haklarının konusunu oluşturan şeylerden ibarettir⁸³⁵. Kanun *cosa* yani şey kavramının tanımını yapmamıştır. Doktrinde ise *cosa*, fiziksel varlığı olan maddi şey olarak kabul edilmektedir⁸³⁶. Diğer bir anlatımla *cosa* maddi varlığı olan eşya anlamındadır. Ancak zihinsel yaratımlar, marka ya da şeref gibi maddi varlığı olmayan şeyler de hakkın konusu

⁸³⁰ Voirin/Goubeaux, s. 306.

⁸³¹ Voirin/Goubeaux, s. 306.

⁸³² Demolombe, s. 3.

⁸³³ CCF md. 687.

⁸³⁴ Cornu, s. 585.

⁸³⁵ CCI md. 810.

⁸³⁶ Bianca, s. 53.

olabilmektedir⁸³⁷. Dolayısıyla (*beni*) ekonomik yarar sağlayan ve hukuki ilişkinin konusunu oluşturan şeylerden oluşmakla birlikte daha geniş anlamda eşya kavramına karşılık gelmektedir⁸³⁸. O nedenle *beni*, Roma Hukukundaki *res* gibi daha geniş bir kavramdır ve Roma Hukukundaki *res coprorales-incorporales* ayrımı “*beni materiali*” ve “*beni immateriali*” şeklinde varlığını sürdürmektedir. *Beni materiali* ekonomik değeri olan, insan duyuları ile algılanabilen ve maddi varlığı olan eşyalardır⁸³⁹. *Beni immateriali* ise hukuki işlemlere konu olabilen ve ekonomik yarar sağlanan örneğin alacak hakkı, fikri ve sınai haklar gibi haklardan oluşmaktadır⁸⁴⁰.

İtalyan Medeni Kanununun 1027. maddesinde de taşınmaz lehine irtifak haklarının bir arazi (*fondo*) lehine, bir başkasının mülkiyetindeki arazi (*fondo*) üzerinde söz konusu olacağı belirtilmiştir. Ancak Kanun sistematüğinde *fondo*, arazi ve arazi üzerindeki yapı olarak anlaşılmaktadır⁸⁴¹. Dolayısıyla taşınmaz lehine irtifak haklarının konusunu taşınmazlar oluşturur⁸⁴². Ayrıca inşa edilecek bir bina ya da elde edilecek bir arazi lehine ya da üzerinde irtifak hakkı kurulması

⁸³⁷ Paradiso, s. 126.

⁸³⁸ Paradiso, s. 127; Bianca, s. 51.

⁸³⁹ Ekonomik değeri olduğu için doğal enerji örneğin elektrik enerjisi, İtalyan Kanun Koyucusu tarafından taşınır maddi mal olarak kabul edilmektedir (Torrente/Schlessinger, s. 168).

⁸⁴⁰ Torrente/Schlessinger, s. 168. Ferorelli, Gabrielli/Commentario, s. 12. İlk zamanlarda hukuk düzeninde, maddi olmayan eşya olarak kabul edilen zihinsel yaratımlar ve sınai haklar bakımında da mülkiyetin mümkün olduğu düşüncesinden hareketle fikri mülkiyet, sınai mülkiyet gibi ifadeler kullanılmıştır. Ancak bugün, fikri mülkiyet ve sınai mülkiyet kavramlarının aynı haklardan farklı bir rejime tabi olduğu düşüncesi hakimdir (Comporti, Bessone/Istituzioni, s. 323).

⁸⁴¹ Burdese, 2007, s. 20. 1865 tarihli İtalyan Krallığı Medeni Kanunu taşınmaz lehine irtifak hakkının bir “*fondo*” yani sınırları belirlenmiş bir arazi lehine bir başkasına ait “*fondo*” üzerinde söz konusu olduğundan bahsedilmektedir. Kanununun 412. maddesinde taşınmazlar: araziler ve binalar şeklinde sayılmıştır. Her ne kadar taşınmaz lehine irtifak haklarının düzenlendiği maddede sadece arazi (*fondo*) ifadesi kullanılmışsa da binalar da irtifak hakkının konusu olarak kabul edilmiştir (Cattaneo, s. 306).

⁸⁴² Bianca, s. 643.

mümkündür⁸⁴³. Bahsi geçen durumlarda, irtifak hakkının bina inşa edildikten veya arazi kazanıldıktan sonra hüküm doğuracağı kabul edilmektedir⁸⁴⁴.

Fransız Hukuk Doktrinde taşınmaz lehine irtifak hakkı ile yüklü taşınmaz “*fonds servant*” ve irtifak hakkı lehine olan taşınmaz “*fonds dominant*” şeklinde ifade edilmektedir. İtalyan Hukukunda da yüklü taşınmaz “*fondo servente*” yararlanan taşınmaz ise “*fondo dominante*” şeklinde anılmaktadır.

IV- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARININ SINIFLANDIRILMASI

Fransız Hukukunda taşınmaz lehine irtifak hakları irtifak hakkının kaynağı esas alınarak, yasal irtifaklar, doğal irtifaklar ve iradi irtifaklar şeklinde üçe ayrılmaktadır⁸⁴⁵. Bu ayrımın yanı sıra taşınmaz lehine irtifak haklarının ayrıca farklı sınıflandırmalara tabi tutulduğu da görülmektedir. Fransız Medeni Kanununun 687. maddesinde arazi lehine irtifaklar (*servitudes rurales*) ve bina lehine irtifaklar (*servitudes urbaines*) şeklindeki Roma Hukuku ayrımının korunduğu görülmektedir. Kanunun 688. maddesinde ise irtifak hakları, sürekli (*servitudes continues*) ve sürekli olmayan irtifaklar (*servitudes discontinues*) şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Buna göre sürekli irtifakların kullanımı, süreklilik arz eder ve bir insan faaliyetini gerektirmez⁸⁴⁶. Diğer bir anlatımla yararlanan taşınmazın malikinin irtifak hakkını sürdürmek için birtakım faaliyetlerde bulunması gerekmez⁸⁴⁷. Örneğin; su geçirme

⁸⁴³ CCI md. 1029/I.

⁸⁴⁴ CCI md. 1029/II.

⁸⁴⁵ Bu konuya aşağıda değinilmiştir, bkz. s. 261

⁸⁴⁶ Atias, s. 378.

⁸⁴⁷ Foix, s. 16; Voirin/Goubeaux, s. 382.

irtifakında su yolu bir insan müdahalesiyle yapılsa da bir kez inşa edildikten sonra irtifak hakkının kullanımı, yani suyun geçirilmesi için insan müdahalesine ihtiyaç yoktur⁸⁴⁸. Sürekli olmayan irtifakların kullanımı ise bir insan faaliyetine ihtiyaç duyar⁸⁴⁹. Örneğin; geçit irtifakı sürekli olmayan bir irtifak hakkıdır ve geçme faaliyeti ile irtifak hakkı kullanılır⁸⁵⁰. Kanundaki bir diğer ayırım 689. maddede göze çarpan, aleni irtifaklar (*servitudes apparentes*) ve aleni olmayan irtifaklar (*servitudes non apparentes*) şeklindeki ayırımdır. Aleni irtifaklarda, irtifak hakkının kullanılması için sürekli ve maddi bir yapı gerekmektedir⁸⁵¹, suyolu irtifakında olduğu gibi⁸⁵². Aleni olmayan irtifaklarda ise, örneğin; *non altius tollendi* yani binanın yükseltilmeyeceğine dair irtifak hakkında olduğu gibi, böyle bir yapıya ihtiyaç yoktur⁸⁵³. Her iki ayırımın bir araya getirilmesiyle dört farklı sınıf ortaya çıkmaktadır. Buna göre manzara irtifakı sürekli ve aleni bir irtifaktır. Geçit irtifakı, geçilen yol belirli ise sürekli olmayan aleni bir irtifak hakkıdır. Binayı yükseltmeme irtifakı, sürekli aleni olmayan bir irtifaktır. Son olarak hayvan olatma irtifakı, sürekli olmayan ve aleni olmayan bir irtifak hakkıdır.

İtalyan Hukukunda ise taşınmaz lehine irtifak hakları, olumlu (*servitù affermative*) ve olumsuz irtifaklar (*servitù negative*); sürekli (*servitù continue*) ve sürekli olmayan irtifaklar (*servitù discontinue*)⁸⁵⁴ ve aleni (*servitù apparenti*) ve aleni olmayan irtifaklar (*servitù non apparenti*)⁸⁵⁵ şeklinde incelenmektedir. İrtifak hakkı sahibi yüklü taşınmazda olumlu bir faaliyette bulunarak, irtifak hakkını kullanıyorsa

⁸⁴⁸ Malaurie/Aynès, s. 349.

⁸⁴⁹ Atias, s. 378.

⁸⁵⁰ Foix, s. 17.

⁸⁵¹ Voirin/Goubeaux, s. 382.

⁸⁵² Atias, s. 378.

⁸⁵³ Foix, s. 17.

⁸⁵⁴ CCI md. 1073/II.

⁸⁵⁵ CCI md. 1061/I.

olumlu irtifak hakkı söz konusudur⁸⁵⁶. Yüklü taşınmaz maliki, irtifak hakkı sahibinin söz konusu faaliyetine katlanmakla yükümlüdür⁸⁵⁷. Olumsuz irtifaklarda ise yüklü taşınmaz malikinin taşınmazı serbestçe kullanımı engellenmektedir⁸⁵⁸. Diğer bir anlatımla yüklü taşınmaz maliki, mülkiyet hakkı kapsamındaki yetkilerinden birini ya da birkaçını kullanmaktan kaçınmaktadır⁸⁵⁹. Sürekli ve sürekli olmayan irtifaklar ayrımı, irtifak hakkının kullanım şekliyle ilgilidir. Sürekli irtifak hakkının kullanımı için bir insan faaliyeti gerekmez, sürekli olmayan irtifak hakkının kullanılması içinse bir insan faaliyetine ihtiyaç vardır⁸⁶⁰. Son olarak aleni ve aleni olmayan irtifak ayrımı, irtifak hakkının kullanılması için maddi bir yapının gerekli olmasına göre yapılmaktadır⁸⁶¹. Taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanımı için sürekli olarak tahsis edilmiş maddi bir yapıya ihtiyaç varsa aleni irtifak hakkı; eğer maddi bir yapı gerekmiyorsa aleni olmayan irtifak hakkı söz konusu olmaktadır⁸⁶². Söz konusu maddi yapı insan yapımı olabileceği gibi doğal bir yapı da olabilir⁸⁶³. Örneğin; su geçirilen kanal insan yapımı da olabilir, suyun geçmesi nedeniyle doğal bir su yolu da meydana gelmiş olabilir. Önemli olan yapının kalıcı ve dışarıdan görünebilir olmasıdır⁸⁶⁴.

⁸⁵⁶ Comporti, Rescigno/Trattato, s. 171; Trimarchi, s. 481; Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1027, s. 446.

⁸⁵⁷ Vitucci, Bessone/Istituzioni, s. 397.

⁸⁵⁸ Trimarchi, s. 481.

⁸⁵⁹ Comporti, Rescigno/Trattato, s. 171; Vitucci, Bessone/Istituzioni, s. 397; Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1027, s. 446.

⁸⁶⁰ Comporti, Rescigno/Trattato, s. 171.

⁸⁶¹ Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1027, s. 445.

⁸⁶² Comporti, Rescigno/Trattato, s. 171.

⁸⁶³ Comporti, Rescigno/Trattato, s. 188.

⁸⁶⁴ Comporti, Rescigno/Trattato, s. 188.

V- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKKININ İÇERİĞİ

Taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğini genel olarak bir başkasının taşınmazından yararlanma ya da başkasının taşınmazını kullanma oluşturmaktadır⁸⁶⁵. Burada mülkiyet hakkından farklı olarak; kullanma ve yararlanmanın belirli olması gerekmektedir ki; taşınmaz lehine irtifak hakları başkasının taşınmazından kısmi bir yararlanma sağlamaktadır ya da kısmi bir kullanma söz konusudur⁸⁶⁶. İntifa hakkından farklı olarak burada hem eşyadan yararlanma hem de eşyayı kullanmadan bahsedilmez. Bu yetkilerden yalnızca birisi söz konusu olmaktadır⁸⁶⁷.

Fransız Medeni Kanununda taşınmaz lehine irtifak hakları, taşınmazların konumundan kaynaklanan irtifaklar ve yasal irtifaklar şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Taşınmazların konumundan kaynaklanan irtifaklar, doğal irtifaklar olarak da anılır⁸⁶⁸. Kanunun 640. Maddesi uyarınca insan yapımı bir kanala ihtiyaç duymadan doğal olarak suyun akması halinde, yukarıdaki taşınmazdan gelen sudan aşağıdaki taşınmaz doğal olarak yararlanacaktır⁸⁶⁹. Yasal irtifaklar ise kamu yararı ve özel yarar sebebiyle irtifaklar olarak iki grupta incelenir⁸⁷⁰. Kamu yararı nedeniyle kurulan yasal irtifaklar İdare Hukukunun konusunu oluşturur⁸⁷¹.

Bir taşınmaz yararına komşu taşınmaz üzerinde söz konusu olan ve bir tazminat karşılığında kurulan zorunlu geçit ve su geçirme irtifakı özel yarar

⁸⁶⁵ Burdese, 2007, s. 17.

⁸⁶⁶ Burdese, 2007, s. 17.

⁸⁶⁷ Burdese, 2007, s. 18.

⁸⁶⁸ Bu ayırım Hümanist Doktrin kökenlidir (bkz. yukarıda s. 219 vd.)

⁸⁶⁹ Carbonnier, s. 1760.

⁸⁷⁰ Buffelan Lanore/Larribau Terneyre, s. 198; Cornu, s. 584.

⁸⁷¹ Carbonnier, s. 1760; Cornu, s. 584.

nedeniyle irtifak haklarındandır. Zorunlu geçit irtifakı, bir taşınmazın genel yola bağlantısı hiç yoksa ya da yeterli değilse, o takdirde komşu taşınmazdan genel yola çıkmak için söz konusu olmaktadır⁸⁷². Genel yola bağlantı ihtiyacının tarımsal, ticari ya da taşınmazda inşaat faaliyeti gerçekleştirmek şeklinde olabileceği Kanunda sayılmıştır; ancak bu ihtiyaç geniş yorumlanmalıdır⁸⁷³. Zorunlu geçit irtifakı kurulabilmesi için ilk olarak geçidin yeri tespit edilmeli ve Tapu Siciline bildirilmelidir⁸⁷⁴. Taraflar geçidin yeri hakkında anlaşmaya varamazlarsa mahkeme tarafından belirleme yapılacaktır⁸⁷⁵. İkinci olarak yüklü taşınmaz malikine bir tazminat ödenmelidir⁸⁷⁶. Yasal irtifaklardan komşu araziden su yolu geçirilmesine ilişkin irtifak hakkı, Köy Kanununda düzenlenmiştir. Buna göre malik, kendi taşınmazında sulama yapmak amacıyla komşu taşınmazdan su yolu geçirmeyi talep edebilir. Her ne kadar yasadan doğan bir irtifak hakkı söz konusu olsa da irtifak hakkının kurulması ya tarafların anlaşmasıyla ya da mahkeme kararı ile olmaktadır.⁸⁷⁷

Bir de doktrinde “karşılıklı irtifaklar” olarak adlandırılan yasal irtifaklar vardır. Bunların ortak özellikleri olumsuz irtifaklar olması ve komşuluk ilişkisine dayanmasıdır⁸⁷⁸. Bu irtifaklar, komşu taşınmazlar arasındaki idari yönetmeliklerle belirlenmiş mesafeye aykırı inşaatın kaçınma ve fidan dikmeme irtifakları ile gün

⁸⁷² CCF md. 682.

⁸⁷³ Carbonnier, s. 1761.

⁸⁷⁴ Carbonnier, s. 1761.

⁸⁷⁵ Mahkeme belirlemeyi yaparken en kısa olan ve yüklü taşınmaza en az zararı verecek olanı dikkate alarak, yolun yerini belirlemelidir (CCF md. 683).

⁸⁷⁶ CCF md. 682. Bu tazminat toplu olabileceği gibi yıllık ödemeler şeklinde de olabilir (Carbonnier, s. 1762).

⁸⁷⁷ Carbonnier, s. 1762.

⁸⁷⁸ Cornu, s. 590.

ışığını kesmeme irtifakıdır⁸⁷⁹. Karşılıklı irtifaklar biçiminde adlandırılmasının sebebi, her iki komşunun da taşınmaz lehine irtifak hakkından karşılıklı yarar sağlamasıdır⁸⁸⁰.

Doktrinde yasal irtifakların, mülkiyet hakkına getirilen kısıtlamalar olduğu ve gerçek anlamda taşınmaz lehine irtifak hakkı özelliği göstermediği ileri sürülmektedir⁸⁸¹.

Taraflar- geçit irtifakı, kaynak irtifakı, hayvan otlatma irtifakı, inşaat yapmama (*non aedificandi*) ya da bina yükseltmeme (*non altius tollendi*) irtifakı gibi geleneksel olarak isimleri belirlenmiş olan irtifaklardan kurabilecekleri gibi- kamu düzenine ve ahlaka aykırı olmamak⁸⁸²; kişi lehine ya da kişi üzerinde olmamak kaydıyla⁸⁸³ yeni irtifak hakları da kurabilirler⁸⁸⁴. Bu irtifaklar, iradi irtifaklar olarak anılır. Kanun, iradi irtifak haklarının içeriğinin belirlenmesi bakımından taraflara serbesti tanımıştır⁸⁸⁵.

Taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriği, irtifak hakkının kazanma nedeninde belli olmaktadır⁸⁸⁶. İrtifak hakkı sözleşme ile kurulmuşsa, sözleşmede irtifak

⁸⁷⁹ Cornu, s. 590-591.

⁸⁸⁰ Cornu, s. 590.

⁸⁸¹ Buffelan Lanore/Larribau Terneyre, s. 198; Cornu, s. 584.

⁸⁸² Buffelan Lanore/Larribau Terneyre, s. 202.

⁸⁸³ Buffelan Lanore/Larribau Terneyre, s. 202; Cornu, s. 596.

⁸⁸⁴ Fransız Yargıtay'ı, taraflara tanınan bu serbestiye yüklü taşınmazın mülkiyet hakkının kullanılmasını tamamen engelleyecek biçimde, taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulamayacağı şeklinde bir başka sınırlama daha getirmiştir [Cass.civ. 3e, 24 mai 2000, Bull.civ. III, n° 113 (Naklen Malaurie/Aynès, s. 354, dipnot 8)].

⁸⁸⁵ Carbonnier, s. 1766; Cornu, s. 595.

⁸⁸⁶ CCF md. 686/II.

hakkının içeriği belirlenmektedir⁸⁸⁷. İrtifak hakkı zamanaşımı ile kazanılmışsa, o takdirde irtifak hakkının içeriğini zilyetlik yani irtifak hakkının kullanımı belirlemektedir⁸⁸⁸.

İradi irtifaklar bakımından kural, irtifak hakkı bir kez kurulduktan sonra içeriğinin değiştirilemeyeceğidir⁸⁸⁹. Buna göre irtifak hakkı sahibi ile yüklü taşınmaz maliki arasında taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanım yerinin ya da kullanım tarzının değiştirilmesine ilişkin bir anlaşma yoksa, taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulduğu zaman belirlenen şekilde ve yerde kullanılır⁸⁹⁰. Bu konuda bir uyumsuzluk olması halinde mahkeme, taşınmaz lehine irtifak hakkı nedeniyle yükün ağırlaştırılamayacağını dikkate alarak, değerlendirme yapmalıdır. Dolayısıyla değişen koşullar nedeniyle yüklü taşınmaz üzerindeki yükün ağırlaşp ağırlaşmadığı ya da taraflarca kurulan asıl irtifak hakkından farklı yeni bir irtifak hakkının ortaya çıkıp çıkmadığı inceleme konusu yapılmalıdır⁸⁹¹.

İtalyan Hukukunda ise taşınmaz lehine irtifak hakları, zorunlu irtifaklar⁸⁹² ve iradi irtifaklar olarak ikiye ayrılmaktadır⁸⁹³. Zorunlu irtifaklar, zorunlu su geçirme

⁸⁸⁷ Malaurie/Aynès, s. 361.

⁸⁸⁸ Malaurie/Aynès, s. 361.

⁸⁸⁹ Foix, s. 24.

⁸⁹⁰ Foix, s. 24.

⁸⁹¹ Foix, s. 24.

⁸⁹² 1865 tarihli eski Medeni Kanunda, Fransız Medeni Kanunundaki gibi irtifak hakkının yasadan ya da insan faaliyetinden kaynaklanacağı kabul edilmekteydi. Yasadan kaynaklanan irtifaklar da taşınmazların konumundan doğmaktaydı. Ancak 1942 tarihli yeni Medeni Kanunda, bu yaklaşım terk edilmiş ve yasal irtifaklar yerini mülkiyet hakkının kısıtlanmasına neden olan zorunlu irtifaklara bırakmıştır (Spanò, Cendon/Commentario, art. 1027, s. 441; Bianca, s. 641).

⁸⁹³ 1865 tarihi İtalyan Krallığı Medeni Kanununda bu ayırım, kanunen belirlenen irtifaklar ve kişilerin fiilen belirlediği irtifaklar şeklindedir. Öğretide bu ayırım yasal irtifaklar ve iradi irtifaklar olarak ifade edilmektedir. Bu düzenleme yasal irtifaklar kapsamında müşterek mülkiyete ilişkin düzenlemeler ve mülkiyet hakkına getirilen kısıtlamaların bir arada bulunması nedeniyle eleştirilmiştir. 1942 tarihli yeni Medeni Kanunda bu eleştiriler dikkate alınarak, zorunlu irtifaklar ve iradi irtifaklar şeklindeki ayırım benimsenmiştir (Comporti, Rescigno/Trattato, s. 168).

irtifakı⁸⁹⁴, zorunlu elektrik kablosu geçirme irtifakı ve zorunlu geçit irtifakı şeklinde sınırlı sayıda sayılmıştır ve tipe bağlıdır⁸⁹⁵. Kanun belirli varsayımlardan hareketle irtifak haklarının içeriğini belirlemiştir⁸⁹⁶. Ancak bu haklar kendiliğinden, *ipso iure* kazanılmaz; zorunlu irtifakların kazanılması için de kurucu bir işleme ihtiyaç vardır⁸⁹⁷. Zorunlu irtifaklarda yararlanan taşınmaz bakımından yarar ölçütünün yerini zorunluluk almıştır⁸⁹⁸ ve yüklü taşınmaz maliki irtifak hakkına katlanmaya mecbur bırakılmaktadır⁸⁹⁹. Diğer bir anlatımla, belirli koşulların sağlanması halinde ve tazminat karşılığında, Kanun malike komşu taşınmaz üzerinde bir irtifak hakkı elde etmesi yönünde bir hak tanımaktadır⁹⁰⁰. Söz konusu irtifak hakları, malikin komşu taşınmaz maliki ile anlaşmasıyla kurulabilir⁹⁰¹. Ancak şayet böyle bir anlaşma yoksa, mahkemeden irtifak hakkının kurulması talep edilebilir⁹⁰², o takdirde mahkeme kararı kurucu etkiyi haizdir⁹⁰³. Mahkeme kararında ise tazminat miktarı ve irtifak hakkının kullanım şekli belirlenmelidir⁹⁰⁴.

Zorunlu su geçirme irtifakında, komşusunun yaşamsal ihtiyaçları yahut tarımsal ya da sınai kullanımı için malikin kendi taşınmazından su yolu geçirilmesine

⁸⁹⁴ CCI md. 1033 vd.

⁸⁹⁵ Torrente/Schlessinger, s. 289-290; Comporti, Rescigno/Trattato, s. 179; Vitucci, Bessone/Istituzioni, s. 401; Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1031, s. 484.

⁸⁹⁶ Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1031, s. 486.

⁸⁹⁷ Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1027, s. 446.

⁸⁹⁸ Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1031, s. 485.

⁸⁹⁹ Paradiso, s. 169.

⁹⁰⁰ CCI md. 1032.

⁹⁰¹ CCI md. 1032. Tarafların anlaşması ile kurulsa dahi zorunlu irtifak olarak kabul edilir. Çünkü bu durumda yasadan doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmesi söz konusudur (Torrente/Schlessinger, s. 289).

⁹⁰² Burdese, 2007, s. 75; Grosso/Deiana, s. 554; Comporti, Rescigno/Trattato, 184; Torrente/Schlessinger, s. 289. Kanunla belirlenen hallerde idari bir işlemle de irtifak hakkının kurulması mümkündür (CCI md. 1032). Kamu yararı söz konusu olan hallerde özel yasa hükümleri kapsamında, idari işlemle taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulması öngörülebilir (Comporti, Rescigno/Trattato, 185).

⁹⁰³ Paradiso, s. 169.

⁹⁰⁴ CCI md. 1032.

katlanması söz konusudur⁹⁰⁵. Elektrik hattı⁹⁰⁶ ya da telefon hattı geçirilmesi, tahliye borusu geçirilmesi⁹⁰⁷ ya da teleferik hattı⁹⁰⁸ geçirilmesine ilişkin irtifaklar, su geçirme irtifakı örnek alınarak düzenlenmiştir⁹⁰⁹.

Kaynak irtifakı, bir taşınmazın yaşamsal ihtiyaçlar ya da tarımsal yahut sınai kullanım için gerekli sudan yoksun olması ve aşırı masraf yapılmaksızın temininin mümkün olmaması halinde, komşu taşınmaz malikinin kendi taşınmazından su alınmasına rıza göstermek zorunda olmasıdır⁹¹⁰.

Zorunlu geçit ise genel yola çıkma imkanı olmayan komşu taşınmaz malikinin, başka şekilde genel yola çıkması aşırı masraf ya da zahmet gerektiriyorsa yüklü taşınmazdan geçme hakkı sağlayan irtifak hakkıdır⁹¹¹. Zorunlu irtifak hakkı kurulurken, genel yola bağlantıyı sağlayan yolun en kısa olacak ve yüklü taşınmaza en az zararı verecek şekilde olması, dikkate alınacak iki ölçüttür⁹¹².

Buna karşın taraflar, kanunda belirlenen ya da Roma Hukukundan beri gelenekselleşen- kaynaktan su alma⁹¹³, su geçirme⁹¹⁴ irtifakı gibi- tipler haricinde serbestçe irtifak hakkı kurabilirler⁹¹⁵. Diğer bir anlatımla taraflara taşınmaz lehine

⁹⁰⁵ CCI md. 1033.

⁹⁰⁶ CCI md. 1056.

⁹⁰⁷ CCI md. 1043.

⁹⁰⁸ CCI md. 1057.

⁹⁰⁹ Paradiso, s. 169; Torrente/Schlesinger, s. 290.

⁹¹⁰ CCI md. 1049 ve CCI md. 1050.

⁹¹¹ CCI md. 1051.

⁹¹² CCI md. 1051/II.

⁹¹³ CCI md. 1080.

⁹¹⁴ CCI md. 1094.

⁹¹⁵ Torrente/Schlessinger, s. 286; Paradiso, s. 167; Vitucci, Bessone/Istituzioni, s. 401.

irtifak hakkının içeriğini belirlemek hususunda serbesti tanınmıştır⁹¹⁶. Bu irtifaklar ise iradi irtifaklar olarak anılır⁹¹⁷.

Kural olarak bir iradi irtifakın içeriğinin belirlenmesinde kazanma nedeni- hukuki işlem ya da zamanaşımı ile kazanılması bakımından zilyetlik- belirleyici olmaktadır⁹¹⁸. Ancak kazanma nedeninden irtifak hakkının içeriği anlaşılamiyorsa, o takdirde irtifak hakkının yararlanan taşınmazın ihtiyaçlarını karşılamak için ve yüklü taşınmaz üzerinde en az yükü teşkil edecek şekilde kurulduğu kabul edilir⁹¹⁹. Yararlanan taşınmazın ihtiyaçlarından kasıt, irtifak hakkının kurulduğu anda yararlanan taşınmazın ihtiyaçlarıdır⁹²⁰. Yüklü taşınmaz üzerinde en az yükü oluşturması ise yararlanan taşınmazın kurulma anındaki ihtiyacını karşılamaya yönelik olarak çeşitli olasılıkların dikkate alınması ve bunlardan yüklü taşınmaz bakımından en az yük teşkil edenin tercih edilmesidir⁹²¹.

İradi irtifaklardan farklı olarak zorunlu irtifakların, sonradan değişen koşullara uyarlanması mümkündür⁹²². Örneğin; su miktarının yetersiz olması⁹²³ ya da geçit irtifakına tahsis edilen yoldan geçişlerin zorunlu olarak durması⁹²⁴ halinde gerek yüklü gerekse yararlanan taşınmaz maliki irtifak hakkının taşınmasını talep edebilir.

⁹¹⁶ CCI md. 1063.

⁹¹⁷ Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1027, s. 447.

⁹¹⁸ CCI md. 1063.

⁹¹⁹ CCI md. 1065.

⁹²⁰ İleride inşa edilecek ya da kazanılacak bir taşınmaz için irtifak hakkı kurulması halinde irtifak hakkının kurulma anının mı yoksa irtifak hakkının hüküm doğurma anının mı dikkate alınacağı hususu tartışmalıdır. Baskın görüş kurulma anındaki ihtiyaçların dikkate alınacağı yönündedir (Burdese, 2007, s. 48).

⁹²¹ Burdese, 2007, s. 48.

⁹²² Paradiso, s. 169.

⁹²³ CCI md. 1049/IV.

⁹²⁴ CCI md. 1055.

VI- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKKININ KAZANILMASI

Fransız Hukukunda iradi irtifaklar, hukuki işlemle, kazandırıcı zamanaşımı ile ve aile babasının iradesiyle (fili durumun hukuki duruma dönüşmesiyle) kazanılmaktadır.

Genel kazanma yolu, hukuki işlemle taşınmaz lehine irtifak hakkının kazanılmasıdır⁹²⁵. Kurucu bir işlemle, diğer bir anlatımla taşınmaz lehine irtifak hakkını kurma iradesini yansıtan bir işlemle, irtifak hakkı kurulabilir. Bu da taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulmasına ilişkin yararlanan ve yüklü taşınmaz malikleri arasında yapılan bir satım ya da bağış sözleşmesi ile yani sağlararası bir işlemle söz konusu olabilir. Bunun yanı sıra vasiyetname ile yani ölüme bağlı bir tasarrufla da taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulması mümkündür. Ayrıca taşınmaz lehine irtifak hakkının tanındığına ilişkin bir hukuki işlem de söz konusu olabilir. Bu durumda kurucu bir işlem olmaksızın eskiden beri kullanılan bir irtifak hakkı, hukuki işlemle tanınmaktadır⁹²⁶. Her iki işlem bakımından, hukuki işlemin yazılı olması şartı aranmaz⁹²⁷. Ancak taşınmaz lehine irtifak hakkını kuran ya da tanıyan işlem Tapu Siciline sunulmadıkça ve ilan edilmedikçe yüklü taşınmazın mülkiyetinin nakledildiği üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez⁹²⁸. Taşınmaz lehine irtifak hakkını kuran ya da tanıyan işlemin tapu sicilinde ilan edilebilmesi için işlemin resmi şekilde⁹²⁹ yapılmış olması gerekmektedir⁹³⁰.

⁹²⁵ Voirin/Goubeaux, s. 382.

⁹²⁶ Carbonnier, s. 1766.

⁹²⁷ Malaurie/Aynès, s. 354.

⁹²⁸ Carbonnier, s. 1766; Malaurie-Aynès, s. 347; Zenati-Castaing/Revet, s. 466; Foix, s. 33.

⁹²⁹ Tapuda ilan edilebilmesi için işlemin ya Fransa'da faaliyet gösteren bir noterde yapılması ya bir mahkeme kararı sonucunda olması ya da yetkili idari makam tarafından yapılmış olması koşulu aranmaktadır (CCF md.710).

⁹³⁰ Voirin/Goubeaux, s. 382.

Taşınmaz lehine irtifak hakkı, 30 yıl boyunca fiilen kullanılırsa zamanaşımı yoluyla kazanılmaktadır. Hukuk düzeni taşınmaz lehine irtifak hakları bakımından on ve yirmi yıllık zamanaşımı ile kazanma süresini⁹³¹ dikkate almadan taşınmaz mülkiyetinin zamanaşımı ile kazanılmasında genel olarak kabul edilen otuz yıllık kazanma süresini kabul etmiştir⁹³². Zamanaşımı ile kazanmada zilyetlik koşulu, taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanılmasıyla yerine getirilir. İrtifak hakkının zamanaşımı ile kazanılabilmesi için kullanımının, yani zilyetliğin kesintiye uğramamış olması gerekir⁹³³. Kanun, yalnızca zilyetliğe elverişli olan aleni ve sürekli irtifakların zamanaşımı ile kazanılmasının mümkün olduğunu öngörmüştür⁹³⁴. Aleni olmayan irtifaklar zamanaşımı ile kazanılamaz⁹³⁵. Çünkü bu irtifaklar olumsuz irtifaklardır. Dolayısıyla bu irtifak hakları zilyetliğe elverişli değildir. Diğer bir anlatımla olumsuz irtifakların kullanımının zilyetlik gibi değerlendirilmesi mümkün değildir. O nedenle olumsuz irtifaklar, zamanaşımı yoluyla kazanılamaz. Örneğin; bina yükseltmeme irtifakında, komşunun binasını yükseltmemesi halinde, bina yükseltmeme irtifakının fiilen kullanıldığından bahisle zamanaşımı yoluyla irtifak hakkının kazanılmasından bahsedilemez⁹³⁶. Benzer şekilde sürekli olmayan irtifak haklarının da zamanaşımı yoluyla kazanılması mümkün değildir⁹³⁷. Örneğin geçit irtifakının kullanımı süreklilik arz etmez, bu durumda taşınmazından fiilen

⁹³¹ Taşınmaz mülkiyetinin zamanaşımı ile kazanılmasında otuz yıllık süre öngörülmüştür. Taşınmaz mülkiyetini, hukuka uygun olarak kazandığını düşünen iyiniyetli zilyet ve malik aynı istinaf mahkemesi çevresinde ikamet ediyorsa on yıllık süre; eğer malik farklı istinaf mahkemesi çevresinde ikamet ediyorsa yirmi yıllık zamanaşımı süresi kabul edilmiştir (Buffelan Lanore/Larribau Terneyre, s. 174; Cornu, s.647).

⁹³² Carbonnier, s. 1767.

⁹³³ Malaurie/Aynès, s. 357; Cornu, s.598.

⁹³⁴ CCF md. 690 ve 691. Kanun, ne Roma Hukukundaki gibi taşınmaz lehine irtifak haklarının hepsi için zamanaşımı ile kazanma yolunun mümkün olduğu ne de örf ve adet hukukunda taşınmaz lehine irtifak haklarının zamanaşımı ile kazanılamayacağı düşüncesini benimsemiş; ancak bir orta yol bulmuştur (Malaurie/Ayéns, s.355).

⁹³⁵ Malaurie/Aynès, s. 357.

⁹³⁶ Carbonnier, s. 1768.

⁹³⁷ Malaurie/Aynès, s. 357.

geçilmesine malikin rıza göstermesi komşuluk ilişkileri ile açıklanabilir⁹³⁸. Daha geniş bir yorumla geçit irtifakının zamanaşımı yoluyla kazanıldığı söylenemez⁹³⁹.

Aile babasının (taşınmaz malikinin) iradesiyle irtifak hakkının kurulması ise bir malikin, kendisine ait taşınmazda bir parsel üzerinde diğer parsel yararına⁹⁴⁰, sanki farklı maliklere ait iki taşınmaz bakımından irtifak hakkı varmış gibi, örneğin su geçirmek amacıyla, maddi bir yapı inşa etmesi halinde söz konusu olur⁹⁴¹. Söz konusu parsellerin satım, bağış ya da malikin ölümü nedeniyle farklı kişilerin mülkiyetine geçmesi halinde irtifak hakkının kullanıldığı parsel üzerinde diğer parsel yararına irtifak hakkı kurulmuş olur⁹⁴². Bu durumda taşınmaz lehine irtifak hakkı, *pater familias* (aile babasının, taşınmaz malikinin) iradesi ile kurulduğundan, *destination du père de famille* şeklinde ifade edilir. Taşınmazların farklı kişilerin mülkiyetine geçmesiyle birlikte taşınmaz lehine irtifak hakkı, başka işleme gerek kalmaksızın kurulur. Bu durumda fiilen taşınmaz lehine irtifak hakkı kullanılmaktayken malikin kendi taşınmazı üzerinde irtifak hakkı kuramaması (*nemini res sua servit*) ilkesi nedeniyle taşınmaz lehine irtifak hakkının mevcudiyetinden söz edilemez. Ancak taşınmazlar başka kimselerin mülkiyetine geçtiği anda fiili durum hukuki duruma dönüşmektedir ve bu dönüşüm zımni olarak gerçekleşmektedir⁹⁴³. Sürekli⁹⁴⁴ ve aleni irtifaklar⁹⁴⁵, ancak bu yolla kurulabilir⁹⁴⁶.

⁹³⁸ Malaurie/Aynès, s. 356.

⁹³⁹ Carbonnier, s. 1768.

⁹⁴⁰ Voirin/Goubeaux, s. 386.

⁹⁴¹ Carbonnier, s. 1768.

⁹⁴² Malaurie/Aynès, s. 358.

⁹⁴³ Cornu, s.600-601.

⁹⁴⁴ İçtihatlarla sürekli irtifakların aile babası iradesi ile kurulabileceği kabul edilmiştir (Voirin/Goubeaux, s. 386).

⁹⁴⁵ CCF md. 692.

⁹⁴⁶ Cornu, s.601.

İtalyan Hukukunda iradi irtifaklar, hukuki işlemle yani sözleşme ve vasiyetname ile kazanılabileceği⁹⁴⁷ gibi zamanaşımı yoluyla ya da aile babasının iradesiyle de (*destinazione del padre di famiglia*) kazanılabilir⁹⁴⁸. Taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulmasına ilişkin sözleşme, irtifak hakkının kullanılacağı (yükü) taşınmaz maliki ile taşınmaz lehine irtifak hakkını kullanmak isteyen yararlanan taşınmaz maliki arasında akdedilmektedir. Bu sözleşme yazılı şekle tabidir⁹⁴⁹. Üçüncü kişiler bakımından sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurabilmesi için tapuda ilan edilmesi koşulu getirilmiştir⁹⁵⁰. Ancak bu koşul yerine getirilmemişse dahi taraflar arasında akdedilmiş olan sözleşme, sözleşmeye taraf olan yükü taşınmaz malikine karşı ileri sürülebilir⁹⁵¹.

Fiilen kullanılmakta olan bir irtifak hakkının tanınması için de sözleşme yapılabilir. Bu tarz bir sözleşme irtifak hakkının kazanılması bakımından kurucu etkiyi haiz değildir⁹⁵². Ancak irtifak hakkının mevcudiyetinin ispatı bakımından hüküm doğurur⁹⁵³. Fiilen kullanılmakta olan bir irtifak hakkının tek taraflı bir işlemle tanınması ise irtifak hakkının kurulması borcunu doğuran bir hukuki işlemdir. Başka bir anlatımla, aynı hak bakımından bir sonuç doğurmaz, ancak söz konusu işleme rağmen irtifak hakkı kurulmadıysa, borca aykırılık hükümlerine başvurulabilir⁹⁵⁴.

⁹⁴⁷ CCI md. 1058.

⁹⁴⁸ Trimarchi, s. 484.

⁹⁴⁹ CCI md. 1350/4.

⁹⁵⁰ CCI md. 2643/4 ve 2644.

⁹⁵¹ Comporti, Rescigno/Trattato, 183.

⁹⁵² Cass.sez.civ. 202/1978 (Naklen Spagnò, Cendon/Commentario, art.1058, s. 643).

⁹⁵³ Cass. sez.civ. 2458/1977 (Naklen Spagnò, Cendon/Commentario, art.1058, s. 643); Comporti, Rescigno/Trattato, 183.

⁹⁵⁴ Comporti, Rescigno/Trattato, 184.

Taşınmaz lehine irtifak hakkının bu amaçla düzenlenen bir sözleşme ile kurulabilmesi ve koşulları yukarıda ele alınmıştır. Bunun yanı sıra başka bir amaçla yapılan sözleşmede, taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulmasına ilişkin bir hüküm de taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulması sonucu doğurabilir⁹⁵⁵. Örneğin, taşınmazın malikinin kendisine ait bir başka taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulması hükmü içeren taşınmaz satımı sözleşmesi düzenlenebilir. Taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulmasına ilişkin bu hüküm *deductio servitutis* olarak anılmaktadır⁹⁵⁶. Söz konusu hükmün, taşınmaz lehine irtifak hakkı kurma sonucunu doğurması için ayrıca tapuda ilan edilmesi gerekmektedir; yalnızca satım sözleşmesinin şerh edilmesi yeterli değildir⁹⁵⁷.

Vasiyetname ile de taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulması mümkündür. Taşınmaz lehine irtifak hakkı, doğrudan vasiyetnamede kurulabileceği gibi vasiyetname ile mirasçılara üçüncü bir kişi bakımından taşınmaz lehine irtifak hakkı kurma mükellefiyeti yüklenebilir ve böylece dolaylı olarak taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulabilir⁹⁵⁸. Ancak vasiyetname yoluyla taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulması halinde, taşınmaz lehine irtifak hakkının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için tapuda ilan edilmesi şarttır⁹⁵⁹.

⁹⁵⁵ Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1058, s. 642.

⁹⁵⁶ Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1058, s. 642.

⁹⁵⁷ Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1058, s. 642.

⁹⁵⁸ Comporti, Rescigno/Trattato, 184.

⁹⁵⁹ CCI md. 2648. Torrente/Schlessinger, s. 291; Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1058, s. 644.

Taşınmaz lehine irtifak hakkının zamanaşımı ile kazanılması yalnızca aleni irtifaklar bakımından mümkündür⁹⁶⁰. Söz konusu irtifak hakkı, on ya da yirmi yıllık zamanaşımı süresi içinde kazanılabilir⁹⁶¹. Taşınmaz lehine irtifak hakkının zamanaşımı ile kazanılabilmesi için, zilyetliğin yani hakkın fiili kullanımının aralıksız⁹⁶² ve davasız⁹⁶³ olmasının yanı sıra gizlice elde edilmemiş olması gerekir. Yirmi yıllık sürede taşınmaz lehine irtifak hakkının kazanılması, yalnızca aleni bir irtifak hakkının kullanımına karşılık gelen fiili bir duruma yani zilyetliğe bağlıdır⁹⁶⁴. On yıllık zamanaşımı süresi ile taşınmaz lehine irtifak hakkının kazanılması içinse, malik olmayandan irtifak hakkını kuran borçlandırııcı bir işleme dayanarak, iyi niyetle irtifak hakkının kazanılmış olması gerekmektedir⁹⁶⁵. Yalnızca aleni irtifakların zamanaşımı ile kazanılabilmesinin temelinde zilyetlik meselesi yatmaktadır⁹⁶⁶. Aleni irtifaklarda zilyetlik, taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanılmasına tahsis edilen maddi yapı mevcut olduğu andan itibaren başlamaktadır⁹⁶⁷. Zamanaşımı ile irtifak hakkının kazanılabilmesi için irtifak hakkının yirmi yıl kullanım tarzı ve yerinin değiştirilmemesinin gerekip gerekmediği

⁹⁶⁰ 1865 tarihli Medeni Kanunda, sürekli irtifak haklarının zamanaşımı ile kazanılabileceğine ilişkin düzenleme, 1942 tarihli yeni Medeni Kanunda benimsenmemiştir (Comporti, Rescigno/Trattato, 188-189); Torrente/Sclessinger, s. 291-292.

⁹⁶¹ Comporti, Rescigno/Trattato, 188.

⁹⁶² *Continuo e interrotto* (CCI md. 1167).

⁹⁶³ *Pacifico* (CCI md. 1163).

⁹⁶⁴ Comporti, Rescigno/Trattato, 188. Olumsuz irtifaklar, aleni değildir. Örneğin; *non altius tollendi* yani binanın yükseltilmemesine dair irtifak hakkında, yararlanan taşınmazın yararı yüklü binanın yükseltilmemesidir. İrtifak hakkının kullanımına sürekli tahsis edilmiş, maddi bir yapı bulunmamaktadır. Dolayısıyla olumsuz irtifak hakkının kullanımının zilyetlik kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. O nedenle olumsuz irtifak hakları zamanaşımı ile kazanılamaz [Cass.sez.civ. 2458/1972; Cass.sez.civ. 1764/1972; Cass.sez.civ.119/1974; Cass.sez.civ. 8744/1993 (naklen Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1061, s. 665)].

⁹⁶⁵ Comporti, Rescigno/Trattato, 188.

⁹⁶⁶ Paradiso, s. 170.

⁹⁶⁷ Bu anlayış, Ortak Hukukun (*Ius Commune*) ürünüdür (Comporti, Rescigno/Trattato, 189).

tartışmalıdır⁹⁶⁸. Öğretideki baskın görüş, kullanım tarzı ve yeri değiştirilse dahi irtifak hakkı fiilen kullanıldığı sürece zilyetliğin devam ettiği şeklindedir⁹⁶⁹.

Taşınmaz lehine irtifak hakkının aile babasının iradesi ile kazanılması, Fransız Hukukundan farklı olarak, yalnızca aleni irtifaklar bakımından mümkündür⁹⁷⁰. Aynı taşınmazın bir parselinde malik, su kanalı, köprü, geçme yolu gibi taşınmazın diğer parselden daha iyi faydalanmak için kalıcı bir yapı inşa ettiğinde, malikin kendi taşınmazı üzerinde irtifak hakkı kuramaması (*nemini res sua servit*) ilkesi gereğince bu tesisten su geçirme ya da geçme, taşınmaz lehine irtifak hakkı olarak değerlendirilmez⁹⁷¹. Ancak örneğin; miras sebebiyle taşınmazın bölünmesi ya da kalıcı yapının bulunduğu parselin mülkiyetinin nakli nedeniyle o parselin maliki değişirse, söz konusu parsel üzerinde diğeri lehine fiilen taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulmuş olur⁹⁷². Bu durumda taşınmazlardan birinin mülkiyeti bir başkası tarafından kazanıldığı anda irtifak hakkı, başkaca işleme gerek kalmadan kurulmuş olmaktadır⁹⁷³. Diğer bir anlatımla fiili durum, hukuki duruma dönüşmektedir⁹⁷⁴. Dolayısıyla irtifak hakkının kullanımı için tahsis edilmiş olan maddi yapının da taşınmazın mülkiyeti bir başkası tarafından kazanıldığı anda mevcut olması gerekir⁹⁷⁵.

⁹⁶⁸ Comporti, Rescigno/Trattato, 189.

⁹⁶⁹ Comporti, Rescigno/Trattato, 189.

⁹⁷⁰ CCI md. 1061.

⁹⁷¹ Paradiso, s. 171, Trimarchi, s. 484; Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1062, s. 672.

⁹⁷² CCI md. 1062.

⁹⁷³ Comporti, Rescigno/Trattato, 186.

⁹⁷⁴ Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1062, s. 673.

⁹⁷⁵ Comporti, Rescigno/Trattato, 187.

VII- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKKININ HÜKÜMLERİ

A-İrtifak Hakkının Kullanımına İlişkin Hükümler

Fransız Hukuk doktrininde, taşınmaz lehine irtifak hakkının mülkiyet hakkından ayrılan yetkilerden oluştuğu düşüncesinden hareketle, sahibine belirsiz bir yarar sağlamanın mümkün olmadığı ileri sürülmektedir⁹⁷⁶. Dolayısıyla taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanım amacı belirli olmalıdır. Taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanım amacı içeriğinden, içeriği ise irtifak hakkının kazanılma şeklinden anlaşılmaktadır⁹⁷⁷.

İtalyan Hukukunda ise irtifak hakkının kullanımına ilişkin hükümler, irtifak hakkının kazanma nedeni kapsamında belirlenmelidir; ancak böyle bir belirleme yoksa Kanunda irtifak hakkının kullanımına ilişkin düzenlenmiş olan hükümlere başvurulacaktır⁹⁷⁸.

1- İrtifak Hakkı Sahibinin Yetkileri

İrtifak hakkı sahibi, irtifak hakkını serbestçe kullanma yetkisine sahiptir⁹⁷⁹. Diğer bir anlatımla irtifak hakkı sahibi, irtifak hakkına dayanarak, yüklü taşınmaz üzerinde doğrudan bir yararlanma ya da kullanma hakkına sahiptir⁹⁸⁰.

⁹⁷⁶ Cornu, s. 603.

⁹⁷⁷ Malaurie/Aynès, s. 361; Carbonnier, s. 1770.

⁹⁷⁸ CCI md. 1063.

⁹⁷⁹ Malaurie/Aynès, s. 361.

⁹⁸⁰ Buffelan Lanore/Larribau Terneyre, s. 205; Cornu, s. 602.

İrtifak hakkı sahibi, irtifak hakkının kullanılması için gerekli diğer ilave yetkilere de sahiptir⁹⁸¹. Zira taşınmaz lehine irtifak hakkı, kullanılması için gerekli olan her şeyi kapsamaktadır⁹⁸². Dolayısıyla kazanma nedeninde açıkça belirtilmese dahi irtifak hakkının kullanılması için gerekli olan diğer yetkiler irtifak hakkı kapsamındadır⁹⁸³. Örneğin; kaynak irtifakında başkasının arazisindeki kaynaktan su alabilmek için irtifak hakkı sahibinin aynı zamanda geçit hakkına da sahip olduğu kabul edilir⁹⁸⁴. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça ya da aksine bir kanun hükmü bulunmadıkça irtifak hakkı sahibi, hakkını kullanması için gerekli olan tesisleri önceden izin almasına gerek olmadan yapabilir⁹⁸⁵. İrtifak hakkı sahibi, örneğin; su yolu irtifakı için bir kanalın inşa edilmesi ya da geçit irtifakı için yol inşası gibi, irtifak hakkının kullanımı için gerekli ise birtakım tesisleri yapma yetkisine sahiptir⁹⁸⁶. İrtifak hakkı sahibi bunu yaparken, yüklü taşınmaz malikine en az rahatsızlık verecek şekilde ve en az rahatsız edecek zamanı seçmelidir⁹⁸⁷.

İrtifak hakkı sahibi, irtifak hakkının kullanımının engellenmesi durumunda zilyetliğin korunmasına ilişkin önlemlere başvurabilir.

İtalyan Hukukunda irtifak hakkı sahibinin, yüklü taşınmaza herhangi bir zarar vermeyeceğini ve kendisi için önemli bir yarar sağlayacağını kanıtlaması koşuluyla, irtifak hakkının kullanıldığı yerin değiştirilmesini talep etmesi mümkündür⁹⁸⁸.

⁹⁸¹ Buffelan Lanore/Larribau Terneyre, s. 206.

⁹⁸² CCI md. 1064/I.

⁹⁸³ Paradiso, s. 171.

⁹⁸⁴ CCF md. 696/II; 1865 tarihli CCI md. 639.

⁹⁸⁵ CCI md. 1069. Carbonnier, s. 1770.

⁹⁸⁶ Buffelan Lanore/Larribau Terneyre, s. 205.

⁹⁸⁷ CCI md. 1069.

⁹⁸⁸ CCI md. 1068/III.

2- İrtifak Hakkı Sahibinin Yükümlülükleri

İrtifak hakkı sahibi, yüklü taşınmaz malikinin rızası olmadan irtifak hakkını değiştiremez⁹⁸⁹. Bundan kasıt, irtifak hakkının yapısını değiştirememesi örneğin; sürekli bir irtifakı sürekli olmayan bir irtifak haline getirememesi⁹⁹⁰ ya da yüklü taşınmaz üzerindeki yükü ağırlaştıracak şekilde irtifak hakkını değiştirememesidir⁹⁹¹. Benzer şekilde yüklü taşınmaz malikinin rızası olmadan örneğin; geçit irtifakında yararlanan taşınmazın genel yola erişimini sağlayan geçit, yüklü taşınmazın başka bir yerine taşınmaz⁹⁹². Ancak yargı kararları ile ulaşım yöntemlerinde gerçekleşen teknik gelişmeler nedeniyle geçit hakkının kapsamının genişlemesinin yükü ağırlaştırmadığı kabul edilmiştir⁹⁹³.

İrtifak hakkının kullanımı için hakka bağlı bazı yükümlülükler söz konusu olabilir⁹⁹⁴. Örneğin; geçit hakkının kullanımı için inşa edilmiş yolun iyi halde muhafaza edilmesi ya da su yolu irtifakında inşa edilmiş bir kanalın iyi halde tutulması, bakım ve onarım yükümlülüğü söz konusu olabilir. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça ya da aksine bir kanun hükmü bulunmadıkça söz konusu tesislerin bakımı ve onarımı irtifak hakkı sahibine yüklenmektedir⁹⁹⁵.

⁹⁸⁹ CCF md. 702.

⁹⁹⁰ Cass. civ. 1re, 29 févr.1960, Bull. civ. I, n°133.

⁹⁹¹ Malaurie/Aynès, s. 363.

⁹⁹² Cass. civ. 3e, 21 janv. 1947. Başkasının taşınmazından tahliye borusu geçirilmesi halinde de benzer içtihat Cass. civ. 3e, 26 avr. 1979, Bull. civ. III, n°89 (naklen Malaurie/Aynès, s. 363, dipnot 63).

⁹⁹³ Cass. civ.4 juill 1962, JCP 1962.IV.115 (naklen Buffelan Lanore/Larribau Terneyre, s. 206, dipnot 2).

⁹⁹⁴ CCF md. 696.

⁹⁹⁵ CCF md. 698; CCI md. 1069.

Taşınmaz lehine irtifak hakkı sahibi hakkını kullanılırken, yüklü taşınmaza en az yük teşkil edecek şekilde ve en az rahatsızlığı verecek şekilde kullanmalıdır⁹⁹⁶. Bu kural, yüklü taşınmaz maliki ile yararlanan taşınmaz malikinin karşıt menfaatleri nedeniyle ortaya çıkmıştır. Buna göre yararlanan taşınmazın ihtiyaçlarını karşılamak için kurulmuş olan irtifak hakkının kullanım şekli ve ölçüsünün, yüklü taşınmaz malikinin en az fedakarlığa katlanmasına neden olacak şekilde olması gerekir⁹⁹⁷.

İrtifak hakkı sahibi irtifak hakkını kullanırken, yüklü taşınmazın durumunu ağırlaştıracak yenilikler yapamaz⁹⁹⁸. Bundan kasıt, irtifak hakkının kazanıldığı andaki içeriğinin genişletilemeyeceğidir⁹⁹⁹. İrtifak hakkı sahibinin yüklü taşınmaza zarar verecek şekilde irtifak hakkının içeriğini genişletmesi yasaklanmıştır. Örneğin; irtifak hakkı kurulurken, belirlenen su tahliye kanalının irtifak hakkı sahibi tarafından sonradan genişletilmesi mümkün değildir¹⁰⁰⁰.

Benzer şekilde irtifak hakkı sahibi, irtifak hakkını kazanma nedeninde belirlenen yerden başka bir yerde kullanamaz¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁶ Burdese, 2007, s. 52.

⁹⁹⁷ Bianca, s. 656-657.

⁹⁹⁸ CCI md. 1067.

⁹⁹⁹ Bianca, s. 658.

¹⁰⁰⁰ Bianca, s. 658.

¹⁰⁰¹ CCI md. 1068.

B- Yüklü Taşınmaz Malikine İlişkin Hükümler

1- Yüklü Taşınmaz Malikinin Yetkileri

Kural olarak irtifak hakkının yeri değiştirilemez ve irtifak hakkının kullanımına ilişkin başta belirlenen kullanım yeri başka bir yere taşınmaz¹⁰⁰². Ancak yüklü taşınmaz maliki, iki koşulun birlikte bulunması halinde, irtifak hakkının yüklü taşınmazın başka bir yerine taşınmasını talep edebilir¹⁰⁰³. Bu koşullardan ilki, irtifak hakkının yüklü taşınmaz malikine daha fazla yük getirmeye başlaması diğeri ise elverişli şekilde bakım ve onarımın mümkün olmamasıdır. Bunun yanı sıra irtifak hakkının kullanılacağı yeni yer de hakkın kullanımı için uygun olmalıdır¹⁰⁰⁴. Diğeri bir anlatımla, irtifak hakkının başlangıçta belirlenen kullanım şekli, yüklü taşınmaz bakımından ağırlaşmışsa ya da yapılaşmayı, onarım yapmayı ya da iyileştirmeyi engelliyorsa yüklü taşınmaz maliki, irtifak hakkı sahibine irtifak hakkının aynı derecede rahat kullanılabilceği taşınmazın başka bir yerine taşınmasını önerebilir¹⁰⁰⁵. Tüm bu koşulların sağlanması halinde irtifak hakkı sahibi, yüklü taşınmaz malikinin yer değiştirme talebini reddedemez¹⁰⁰⁶.

Yüklü taşınmaz maliki, irtifak hakkı kullanılırken kendi taşınmazı üzerindeki yükün ağırlaşması halinde, bu ağırlaşmanın ortadan kaldırılmasını talep edebilir¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰² CCF md. 701/I ve II.

¹⁰⁰³ CCF md. 701/III.

¹⁰⁰⁴ Cass. civ. 3e, 24 mars 1982, Bull.civ.III, n° 83 (naklen Malaurie/Aynès, s. 364, dipnot 67).

¹⁰⁰⁵ CCI md. 1068/II.

¹⁰⁰⁶ CCF md. 701/III.

¹⁰⁰⁷ Bianca, s. 659.

İtalyan Hukukunda, yüklü taşınmaz malikinin, Kanunda öngörülen ya da irtifak hakkının kazanma nedeninde belirlenen irtifak hakkının kullanılması ya da muhafazası için gerekli masraflara katlanmak zorunda bırakılması halinde, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkından irtifak hakkı sahibi yararına feragat edebileceği kabul edilmiştir¹⁰⁰⁸. Eğer irtifak hakkı, taşınmazın belirli bir kısmında kullanılıyorsa taşınmazın o kısmını terk etmesi de söz konusu olabilir¹⁰⁰⁹.

2- Yüklü Taşınmaz Malikinin Yükümlülükleri

Yüklü taşınmaz maliki, irtifak hakkının kullanımına katlanmak zorundadır. Başka bir anlatımla, irtifak hakkı sahibinin hakkına saygı göstermelidir¹⁰¹⁰. Dolayısıyla yüklü taşınmaz maliki, irtifak hakkının kullanımını azaltacak ya da zorlaştıracak davranışlarda bulunamaz¹⁰¹¹. Gerek irtifak hakkının kullanılmasını zorlaştıracak gerekse irtifak hakkının kapsamını daraltacak yenilik ve faaliyetlerden kaçınmalıdır¹⁰¹². İtalyan yargı kararları ile sabit bir yapı ya da sürekli bir faaliyet söz konusu ise irtifak hakkının kullanılmasının zorlaştığı ya da daha zahmetli hale geldiği kabul edilmektedir¹⁰¹³. Zira yüklü taşınmaz maliki pasif bir konumdadır, irtifak hakkını iyileştirmek ya da kullanımının devamını sağlamak gibi bir durumu yoktur¹⁰¹⁴.

İtalyan Hukukunda yüklü taşınmaz malikinin taşınmazını girişlere kapatması halinde, irtifak hakkı sahibine serbest bir giriş bırakması gerektiği ayrıca

¹⁰⁰⁸ CCI md. 1070/I.

¹⁰⁰⁹ CCI md. 1070/II.

¹⁰¹⁰ Buffelan Lanore/Larribau Terneyre, s. 205.

¹⁰¹¹ CCF md. 701; CCI md. 1067.

¹⁰¹² Bianca, s. 659.

¹⁰¹³ İrtifak hakkının kullanılmasını engelleyen sabit bir yapı söz konusu ise irtifak hakkı sahibi tarafından kaldırılması talep edilebilir (Bianca, s. 659).

¹⁰¹⁴ Cass. civ. 3e, 5 déc. 1972, Bull. civ. III, n° 658 (Naklen Malaurie/Aynès, s. 362).

düzenlenmiştir¹⁰¹⁵. Yargı kararlarında, irtifak hakkı sahibine girişi engelleyen yapının anahtarının verilmesi yeterli görülmemiştir, buna göre giriş aynı zamanda irtifak hakkı sahibince rahatça kullanılabilir durumda da olmalıdır¹⁰¹⁶.

Yüklü taşınmaz maliki, irtifak hakkı için gerekli tesislerden yararlanması halinde bu tesislerin bakım ve onarım masraflarına adil bir oranda katılmalıdır¹⁰¹⁷. Yukarıda da değinildiği üzere, kural olarak söz konusu tesislerin yapımı, bakımı ve onarımı irtifak hakkı sahibine yüklenmiştir. Ancak irtifak hakkının kullanımı için gerekli olan tesisten yüklü taşınmaz maliki de yararlanıyorsa, o takdirde yararı oranında masraflara katlanmalıdır.

VIII- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKKININ KORUNMASI

Fransız Hukukunda taşınmaz lehine irtifak hakkı sahibi, irtifak hakkının mahkeme tarafından tanınması talebiyle dava açabilir. *Action confessoire* isimli bu dava kapsamında davacı, taşınmaz lehine irtifak hakkının mevcut olduğunu iddia eder. Örneğin; *ne altius tollendi* irtifak hakkının mevcut olduğunu ileri sürerek, yüklü taşınmaz maliki binayı irtifak hakkına rağmen yükselttiyse, irtifak hakkına aykırı olarak yükseltilen kısmın yıkılmasını talep edebilir¹⁰¹⁸. Bu durumda taşınmaz lehine irtifak hakkının tamamen ihlal edilmesi söz konusu olduğundan, mahkeme

¹⁰¹⁵ CCI md. 1064/II.

¹⁰¹⁶ Geçit irtifakında, yüklü taşınmazın geçişlere kapatılması, geçilen yola bir kapı konulsa ve kapının anahtarının irtifak hakkı sahibine de verilse dahi irtifak hakkı sahibinin ziyaretçileri tarafından kullanılabilir otomatik bir kapı açma sistemi yoksa, irtifak hakkının kullanımına bir müdahale söz konusudur [Cass. sez. civ. 1° giugno 1990, n. 5163, Riv. Giur. Edil. 1990, I, 886 (Bianca, s. 660, dipnot 80)].

¹⁰¹⁷ CCI md. 1069; Cass. civ. 3e, 22 mars 1989, Bull. civ. n°71; 14 nov. 1990, Bull. civ. n°235 (naklen Cornu, s.603).

¹⁰¹⁸ Malaurie/Aynès, s. 366.

yükseltilen kısmın yıkılması yerine zararın tazmini kararı veremez¹⁰¹⁹. Taşınmaz lehine irtifak hakkının tamamen ihlali değil de kötüleştirilmesi söz konusu olduğu takdirde mahkeme, kötüleşme nedeniyle irtifak hakkı sahibinin zararının tazmini kararı verebilir¹⁰²⁰. İrtifak hakkının mevcut olduğu talebiyle açılacak davanın aktif tarafı irtifak hakkı sahibidir. Yüklü taşınmaz maliki ise *action negatoire* yani müdahalenin menı davası kapsamında taşınmaz lehine irtifak hakkının mevcut olmadığını ileri sürebilir¹⁰²¹.

Fransız Hukukunda zilyedin rahat zilyetliğine halihazırda bir saldırı olması halinde zilyetlik davası söz konusu olabilir¹⁰²². Söz konusu saldırı üçüncü bir kişinin olumlu bir eylemi nedeniyle olabileceği gibi, bir aynı hakkın kullanımının engellenmesi şeklinde de olabilir¹⁰²³. Bu durumda dava kapsamında, zilyetliğe yapılan bu saldırının ortadan kaldırılması talep edilecektir¹⁰²⁴. Bunun yanı sıra zilyetliğin üçüncü bir kişi tarafından gaspı halinde zilyetliğin iadesi davası söz konusu olacaktır. Burada gasptan kasıt, aynı hakkın eşyanın tamamı ya da bir kısmı üzerinde kullanılmasının imkansız hale gelmesidir¹⁰²⁵. İki davanın uygulama alanı bakımından en önemli farklılık saldırının niteliğidir. Saldırı şiddet içeriyorsa o takdirde zilyetliğin iadesi davası söz konusu olacaktır; ancak şiddet içermiyorsa o zaman saldırının kaldırılması davası uygulama alanı bulacaktır¹⁰²⁶. Zilyedin

¹⁰¹⁹ Bina yükseltmeme irtifakına rağmen binanın yükseltilmesi halinde yükseltilen kısmın yıkılması ya da irtifak hakkının yerine geçmek üzere tazminat talebiyle dava açıldığı takdirde mahkeme ya yıkım ya da tazminat kararı verebilir. Bu durumda yıkım kararı aynı hakkın ihlalinin yaptırımındır [Cass.civ.3e, 4 oct.1989, Bull.civ.III, n° 183 (Naklen Malaurie/Aynès, s. 366 dipnot 81)].

¹⁰²⁰ Cass.civ. 3e, 11 juin 1974, Bull.civ.III, n° 247 (Naklen Malaurie/Aynès, s. 367).

¹⁰²¹ Malaurie/Aynès, s. 366; Cornu, s. 603, dipnot 172.

¹⁰²² Cornu, s.651.

¹⁰²³ Buffelan Lanore/ Larribau Terneyre, s. 171.

¹⁰²⁴ Malaurie/Aynès, s. 154; Buffelan Lanore/Larribau Terneyre, s. 171; Cornu, s. 61.

¹⁰²⁵ Malaurie/Aynès, s. 155.

¹⁰²⁶ Cornu, s. 651-652.

korunması için öngörülen davaların sürekli ve aleni irtifak hakları için söz konusu olacağı kabul edilmektedir¹⁰²⁷. Özellikle zilyetliğin iadesi davasının sürekli olmayan ve aleni olmayan irtifak hakkını fiilen kullanan bakımından uygulanamayacağı, Fransız Yargıtay'ı tarafından açıkça ifade edilmektedir¹⁰²⁸. Saldırının ortadan kaldırılması davası, taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanımına yapılan bir saldırı olduğu takdirde uygulama alanı bulacaktır. Zilyetliğe yapılan saldırının ortadan kaldırılması davası için zilyetliğin en az bir sene devam etmesi koşulu aranmaktadır¹⁰²⁹. Zilyetliğin iadesi davası içinse bir senelik zilyet olma koşulu aranmaz, saldırı gerçekleştiği anda fiilen rahat zilyet olunması yeterlidir¹⁰³⁰. Zilyetlik korumasına ilişkin davalar, yüklü ya da yararlanan taşınmaz malikine karşı açılabileceği gibi üçüncü kişilere karşı da açılabilir¹⁰³¹. Yararlanan taşınmaz maliki irtifak hakkına yapılan müdahale nedeniyle yüklü taşınmaz maliki ise fiilen irtifak hakkı kullanılmaktaysa zamanaşımı ile kazanılmasını önlemek adına ya da irtifak hakkının belirlenen sınırlar aşılmak suretiyle kullanılması halinde zilyetlik davasına başvurabilir¹⁰³².

İtalyan Hukukunda taşınmaz lehine irtifak hakkının korunması *actio confessoria (vindictio servitutis)* ile olmaktadır¹⁰³³. İrtifak hakkının, mevcudiyeti tartışılmalı olabilir. O durumda irtifak hakkı sahibi olduğunu iddia eden kişi mahkemeden “irtifak hakkının tespitini” talep eder¹⁰³⁴. İrtifak hakkının kullanımının

¹⁰²⁷ Voirin/Goubeaux, s. 387. Karşı görüş için bkz. Cornu, s.603.

¹⁰²⁸ Malaurie/Aynès, s. 155. Geçit irtifakı, zilyetliğin iadesi davasının konusu olamaz (Cass.civ.3e. 15 févr.1995, Bull.civ.III,n° 45; RTD civ.995.925 (Naklen Malaurie/Aynès, s. 155, dipnot 61).

¹⁰²⁹ Malaurie/Aynès, s. 155.

¹⁰³⁰ Malaurie/Aynès, s. 155.

¹⁰³¹ Malaurie/Aynès, s. 367.

¹⁰³² Malaurie/Aynès, a. 367.

¹⁰³³ CCI md. 1079.

¹⁰³⁴ Torrente/Schlessinger, s. 295; Comporti, Rescigno/Trattato, s. 216-217.

engellenmesi de söz konusu olabilir. O takdirde bu dava kapsamında söz konusu engelin kaldırılması ya da tazminat talep edilebilir¹⁰³⁵. Örneğin; geçit irtifakının kullanımını geçide düşen bir bariyer yüzünden engellenmekteyse söz konusu bariyerin kaldırılması talep edilebileceği gibi bu bariyer nedeniyle zararın tazmini de talep edilebilir¹⁰³⁶. Davanın aktif tarafı irtifak hakkı sahibi olduğunu ileri sürer. Davanın pasif tarafı ise irtifak hakkını reddeden, üzerinde irtifak hakkı olduğu ileri sürülen taşınmazın maliki veya zilyedi¹⁰³⁷ olabileceği gibi taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanımını engelleyen ya da müdahale eden üçüncü kişidir¹⁰³⁸.

Fiili durumun taşınmaz lehine irtifak hakkı olarak kabul edilebileceği durumlarda, zilyetlik koruması bakımından öngörülen davalara da başvurulabilir¹⁰³⁹. Bu durumda zilyetliğin iadesi davası ya da zilyetliğin devamının sağlanmasına ilişkin dava söz konusu olabilir. Her iki dava da aleni irtifaklar bakımından uygulama alanı bulur¹⁰⁴⁰. Eşya üzerindeki hakimiyet, zorla ya da gizlice sona erdirilmişse, zilyetliğin iadesi davası açılabilir¹⁰⁴¹. Taşınmaz lehine irtifak hakkı bakımından ise irtifak hakkı tamamen kullanılamaz hale geldiyse, zilyetliğin iadesi davasına başvurulabilir. Ancak dava, zilyetliğin zorla sona erdirildiği, taşınmaz lehine irtifak hakkının fiilen kullanılamaz hale getirildiği andan itibaren bir yıl içinde açılmalıdır¹⁰⁴². Genel olarak bir taşınmaz zilyetliğine saldırı olması halinde ise zilyetliğin devamını sağlayan dava

¹⁰³⁵ Zararın tazmini, haksız fiil hükümlerine tabidir (Comporti, Rescigno/Trattato, s. 212-215).

¹⁰³⁶ Torrente/Schlessinger, s. 296.

¹⁰³⁷ Torrente/Schlessinger, s. 296; Comporti, Rescigno/Trattato, s. 215.

¹⁰³⁸ Comporti, Rescigno/Trattato, s. 216.

¹⁰³⁹ Burdese, 2007, s. 193; Paradiso, s.172.

¹⁰⁴⁰ Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1061, s. 665.

¹⁰⁴¹ Zilyetliğin iadesi davası taşınır ve taşınmaz zilyetliği bakımından bir ayırım gözetmez (CCI md. 1168).

¹⁰⁴² Paradiso, s. 194.

söz konusu olmaktadır¹⁰⁴³. Bu davaya son bir yıldır zilyet olan kimse, zilyetliği zorla ya da gizlice elde etmemiş olmak kaydıyla başvurabilir. Ayrıca zilyetlik sürekli olmalı diğer bir anlatımla kesintiye uğramamış olmalıdır¹⁰⁴⁴. Benzer şekilde taşınmaz lehine irtifak hakkının fiili kullanımına bir saldırı varsa, o takdirde zilyetliğin devamını sağlamaya yönelik davaya başvurulabilecektir¹⁰⁴⁵. Örneğin; su geçirilen kanalda su geçirilmesini engelleyecek bir yapı olması¹⁰⁴⁶ ya da yüklü taşınmazda geçilen yolun tahrip edilmesi halinde söz konusu dava açılabilir. Her iki dava arasındaki fark saldırının niteliğinde kendini göstermektedir. Saldırı doğrudan eşya üzerinde gerçekleşmişse ve zilyedin kısmen ya da tamamen eşyadan yararlanması imkansız hale geldiyse zilyetliğin iadesi davası söz konusu olmaktadır¹⁰⁴⁷. Ancak saldırı maddi olarak eşyaya yönelik değil de fiili hakimiyeti engellemeye yönelikse, o zaman zilyetliğin devamını sağlamaya yönelik dava söz konusu olmaktadır. İkinci dava, saldırının önlenmesi ya da ortadan kaldırılması amacıyla açılabilir¹⁰⁴⁸. Bu davanın saldırıdan itibaren bir yıl içinde açılması gerekir¹⁰⁴⁹. Zilyetlik davaları, saldırıyı her kim gerçekleştirmişse ona karşı açılacaktır.

Zilyetliğin devamını sağlamaya yönelik davaya başvurulabilmesi için taşınmaz lehine irtifak hakkının en az bir yıldır fiilen kullanılıyor olması gerekir. Aralıklı kullanılan irtifak haklarından, niteliği gereği sürekli yarar sağlanmaz. Bu hakların son bir yıl içinde kullanılmamış olması, zilyetliğin sona ermesi şeklinde

¹⁰⁴³ CCI md. 1170.

¹⁰⁴⁴ Magri, Cendon/Commentario, art. 1170, s. 328; Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1061, s. 665.

¹⁰⁴⁵ Paradiso, s. 194.

¹⁰⁴⁶ Cass.sez.civ. n.2088/64; 692/56; 360/48 (Trimarchi, s. 503).

¹⁰⁴⁷ Magri, Cendon/Commentario, art. 1170, s. 339. Saldırı şiddetle ya da gizlice yapılmış olsa dahi zilyedin eşyadan yararlanmasını engellemiyorsa, yalnızca yararlanmasını zorlaştırıyorsa o takdirde zilyetliğin iadesi davası söz konusu olmaz [Cass.sez.civ. 12 luglio 1968, n. 2475 (naklen Magri, Cendon/Commentario, art. 1170, s. 339)].

¹⁰⁴⁸ Comporti, Bessone/Istituzioni, s. 429.

¹⁰⁴⁹ Comporti, Bessone/Istituzioni, s. 429.

yorumlanmaz. İtalyan Yargıtay'ı fasılalarla geçme irtifakının bir yıl kullanılmaması halinde irtifak hakkı sahibinin zilyetliğinin sona ermediğine karar vermiştir. Buna göre söz konusu irtifak hakkının kullanımının süreklilik arz etmemesi, hak sahibinin zilyetliği koruyan davaların uygulanmasına engel değildir. Zilyetlik iradesi ile eşya üzerindeki fiili hakimiyetin söz konusu olması yeterlidir. Dolayısıyla irtifak hakkının kullanılmaması irtifak hakkı sahibinin terk etme iradesi (*animus derelinquendi*) olarak değerlendirilmez ve eşya üzerindeki zilyetliğinin devam ettiği kabul edilir¹⁰⁵⁰.

IX- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKKININ SONA ERMESİ

Fransız Hukukunda taşınmaz lehine irtifak hakkının sona ermesi halleri taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanımının imkansız hale gelmesi, aynı kişinin hem yüklü hem de yararlanan taşınmaz maliki olması (*confusio*), otuz yıl irtifak hakkının kullanılmaması (*non usus*) ve yararlanan taşınmaz malikinin taşınmaz lehine irtifak hakkından feragat etmesi şeklinde sayılabilir.

Taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanımının imkansız hale gelmesinden kasıt, yüklü taşınmaz malikinin hukuka aykırı bir eylemi olmaksızın irtifak hakkının kullanımının mümkün olmamasıdır¹⁰⁵¹.

Taşınmaz lehine irtifak hakkının, otuz yıl kullanılmaması irtifak hakkını sona erdiren bir nedendir¹⁰⁵². Taşınmaz lehine irtifak hakkı bir başkasının taşınmazı

¹⁰⁵⁰ Corte di Cassazione, 18 aprile 1996, n.3660 (GCM 1996, 598) [Naklen Escher, Cendon/Commentario, art. 1140, s. 4].

¹⁰⁵¹ Malaurie/Aynès, s. 368-369. Örneğin; yüklü taşınmazın kamulaştırılması (Voirin/Goubeaux, s. 388).

üzerinde kullanılmakta ve bu surette bir taşınmazın bir başkasına tabi olması söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanılmaması, bir sona erme nedeni olarak kabul edilmiştir¹⁰⁵³ ve irtifak hakları arasında bir ayırım yapılmamıştır¹⁰⁵⁴. Sürekli olmayan irtifak hakları bakımından süre irtifak hakkının son kullanıldığı andan, örneğin; geçit irtifakında son geçme faaliyetinden itibaren, başlayacaktır. Sürekli irtifaklar, su geçirme irtifakı gibi bir insan faaliyeti gerektirmeyen irtifaklar, bakımından sürenin ne zaman başlayacağı sorun teşkil etmektedir. Bu irtifaklar bakımından otuz yıllık süre, taşınmaz lehine irtifak hakkına karşı bir faaliyette bulunulduğu anda başlar¹⁰⁵⁵.

Taşınmaz lehine irtifak hakkı, son olarak irtifak hakkı sahibinin irtifak hakkından feragat etmesi halinde sona erer. Açık bir biçimde feragat iradesinin gösterilmesi gerekir. Örneğin; taşınmaz lehine irtifak hakkına engel olacak bir inşaatın başlaması halinde irtifak hakkı sahibinin sessiz kalması irtifak hakkından feragat iradesi olarak kabul edilmez. İnşaatın başladığı tarihten itibaren otuz yıl içerisinde irtifak hakkı sahibinin inşaata sessiz kalması halinde otuz yılın sonunda irtifak hakkı, kullanmama sebebiyle sona erecektir¹⁰⁵⁶. Fransız Hukukunda feragat iradesinin yazılı bir şekilde açıklanması, bir ispat şekli olarak kabul edilmiştir¹⁰⁵⁷

¹⁰⁵² CCF md. 706. Malaurie/Aynès, s. 369; Voirin/Goubeaux, s. 388; Buffelan Lanore/Larribau Terneyre, s. 205; Cornu, s.606.

¹⁰⁵³ Malaurie-Aynès, s. 369.

¹⁰⁵⁴ Buffelan Lanore/Larribau Terneyre, s. 205. Fransız Hukukunda sürekli ve aleni irtifakların 30 yıl kesintisiz kullanılması halinde zamanışımla ile kazanılması mümkündür. Ancak aynı 30 yıllık sürede taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanılmaması halinde, taşınmaz lehine irtifak hakkının sona ermesi bakımından benzer bir yaklaşım benimsenmemiştir (Malaurie/Aynès, s. 369).

¹⁰⁵⁵ CCF md. 707. Bina yükseltme irtifakı söz konusu olduğunda binanın belirlenen yüksekliğin üstüne çıkarılması için inşaat çalışmalarının başlaması irtifak hakkına karşı bir faaliyet olarak değerlendirilir ve 30 yıllık sürenin başlangıcı olarak kabul edilir [Cass.civ. 3e, 16 déc. 1970, Bull.civ.III, n° 714 (Naklen Malaurie/Aynès, s.370 dipnot 104)].

¹⁰⁵⁶ Cass.civ. 6 nov.1889, DP 1889.I.473 (Naklen Malaurie/Aynès, s. 371, dipnot 109).

¹⁰⁵⁷ Değeri 1 500 € ve üstü irtifaklar bakımından yazılı olma koşulu aranır (Malaurie/Aynès, s. 371).

İtalyan Hukukunda taşınmaz lehine irtifak hakkı, hukuki işlemle yani irtifak hakkı sahibinin tek taraflı feragat işlemi ya da bir sözleşme ile; taşınmaz lehine irtifak hakkının süresinin dolmasıyla; yararlanan ya da yüklü taşınmaz malikinin diğer taşınmazın da mülkiyetini kazanmasıyla (*confusio*); yirmi yıl boyunca kullanmamakla (*non usus*) ve irtifak hakkının kullanımının imkansız olması ya da irtifak hakkından yarar sağlanamaması halinde sona erer¹⁰⁵⁸. Yüklü taşınmazın kamulaştırılması da taşınmaz lehine irtifak hakkını sona erdiren bir nedendir¹⁰⁵⁹. Taşınmaz lehine irtifak hakkını kuran işlemde irtifak hakkı için belirli bir süre tespit edilmişse, bu sürenin sona ermesiyle birlikte irtifak hakkı da sona erer¹⁰⁶⁰.

İrtifak hakkından feragat, irtifak hakkı sahibi tarafından yapılan ve irtifak hakkını sona erdiren tek taraflı bir işlemdir¹⁰⁶¹. Taşınmaz lehine irtifak hakkından feragat işlemi yazılı geçerlilik koşuluna tabidir¹⁰⁶². İrtifak hakkından tamamen feragat edilebileceği gibi kısmen de feragat edilmesi mümkündür¹⁰⁶³.

Taşınmaz lehine irtifak hakkının yirmi yıllık zamanaşımı süresi içine kullanılmaması halinde de taşınmaz lehine irtifak hakkı sona ermektedir¹⁰⁶⁴. Taşınmaz lehine irtifak hakkının, yirmi yıllık süre içinde kullanılmaması ya da irtifak hakkından yarar sağlanamaması halinde bu sona erme nedeni söz konusu olur¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁵⁸ Comporti, Rescigno/Trattato, s. 206-211.

¹⁰⁵⁹ Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1072, s. 750.

¹⁰⁶⁰ Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1072, s. 750.

¹⁰⁶¹ Spagnò, Cendon/Commentario, art. 1072, s. 751. Karşılıklı taşınmaz lehine irtifak hakkının bulunduğu durumlarda irtifak haklarından feragat işlemi, sözleşme şeklinde yapılmalıdır (Comporti, Rescigno/Trattato, s. 210-211).

¹⁰⁶² Comporti, Rescigno/Trattato, s. 210.

¹⁰⁶³ Comporti, Rescigno/Trattato, s. 211.

¹⁰⁶⁴ CCI md.1073/I. 1865 tarihli Medeni Kanunda, bu süre otuz yıl olarak düzenlenmiştir (Cattaneo, s. 405)

¹⁰⁶⁵ Comporti, Rescigno/Trattato, s. 207.

Bunun nedeni, olumlu ve olumsuz irtifaklar bakımından irtifak hakkının kullanımının farklılık arz etmesidir. Zira olumsuz irtifak hakları olumlu bir faaliyetle kullanılmamaktadır. Dolayısıyla olumsuz bir irtifak hakkına aykırı davranışa rağmen irtifak hakkı sahibinin harekete geçmemesi halinde, *non uso* yani kullanmama nedeniyle irtifak hakkının sona ermesi mümkün olur. Böylece irtifak hakkından sağlanan yararın ortadan kalktığı düşünülmektedir¹⁰⁶⁶. O nedenle yirmi yıllık sürenin başlaması, olumlu ve olumsuz irtifaklar bakımından farklılık gösterir. Olumsuz irtifaklar bakımından süre, irtifak hakkını engelleyen fiili durumdan itibaren başlar¹⁰⁶⁷. Diğer bir anlatımla olumsuz irtifaklarda bu süre, yararlanan taşınmaz malikine yüklü taşınmaz malikini bir şey yapmayı yasaklama yetkisi bahşedildiği andan itibaren başlayacaktır. Ancak olumsuz irtifaklarda, yararlanan taşınmaz malikinin irtifak hakkını kullanmak için herhangi bir faaliyette bulunmak zorunda olmadığı da göz önüne alınmalıdır. Bu durumda örneğin; *servitus non altius tollendi* bakımından yüklü taşınmaz malikinin taraflarca belirlenen yüksekliğe rağmen binayı yükseltmesi halinde başlar. Çünkü bu durumda yararlanan taşınmaz malikinin yasaklama yetkisi söz konusu olur¹⁰⁶⁸.

Olumlu irtifaklarda ise yüklü taşınmaz üzerindeki faaliyet, yararlanan taşınmaz maliki tarafından yerine getirilemediği anda söz konusu süre başlar¹⁰⁶⁹. Olumlu irtifakların bazılarında ise irtifak hakkının kullanımı bir insan faaliyetine ihtiyaç duymaz. Örneğin; su geçirme irtifakında su geçirmek üzere su yolunun yapılması için insan faaliyeti gereklidir. Bir kez su yolu yapıldıktan sonra suyun

¹⁰⁶⁶ Comporti, Rescigno/Trattato, s. 207.

¹⁰⁶⁷ CCI md. 1073/II.

¹⁰⁶⁸ Torrente/Schelessinger, s. 294; Trimarchi, s. 485.

¹⁰⁶⁹ CCI md. 1073/II.

geçmesi bakımından insan faaliyetine ihtiyaç yoktur. Söz konusu irtifak hakları bakımından yirmi yıllık süre irtifak hakkının kullanımının örneğinin; su yoluna zarar verilmesi ve su geçirilmesinin engellenmesi ile başlar¹⁰⁷⁰. Geçit irtifakında olduğu gibi kimi irtifakların kullanımı için insan faaliyeti gereklidir. Bu irtifaklar bakımından ise yirmi yıllık süre taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanımı için yapılan son faaliyetten itibaren başlar¹⁰⁷¹. Taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanımı imkansız hale gelirse (su alma irtifakında su alınan kaynak kurursa), irtifak hakkı yirmi yıllık sürenin sonunda sona erer¹⁰⁷².

Taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanımının ya da irtifak hakkından sağlanan yararın sona ermesi halinde irtifak hakkı kendiliğinden sona ermez; ancak yirmi yıllık sürenin sonunda sona erer¹⁰⁷³. Taşınmaz lehine irtifak hakkının sona ermesi için, haktan sağlanan yararın tamamen ortadan kalkmış olması gerekir¹⁰⁷⁴.

§5. SINIRLI AYNİ HAKLAR KAPSAMINDA TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARI

I- GENEL OLARAK

İsviçre ve Türk Hukuk Düzenlerinde taşınmaz lehine irtifak hakları, başkasının eşyası üzerindeki haklar (*iura in re aliena*) olarak ele alınmaz. İsviçre ve Türk Hukuk Düzenlerinde taşınmaz lehine irtifak hakları sınırlı ayni haklar

¹⁰⁷⁰ Paradiso, s. 172-173; Trimarchi, s. 485.

¹⁰⁷¹ Torrente/Schlessinger, s. 295.

¹⁰⁷² Torrente/Schlessinger, s. 295.

¹⁰⁷³ CCI md. 1074.

¹⁰⁷⁴ Comporti, Rescigno/Trattato, s. 209.

kapsamında ele alınmıştır. Dolayısıyla bu yaklaşım aşağıda ele alınacağı gibi farklı sonuçlar doğurmaktadır.

II- KAVRAM

A- Tanım

Taşınmaz lehine irtifak hakkı, bir eşya üzerinde kullanma veya yararlanma sağlayan aynı bir hak¹⁰⁷⁵.

1912 tarihli İsviçre Medeni Kanunun Fransızca metninde taşınmaz lehine irtifak hakkı, “*servitude*”; İtalyanca metninde “*servitù*” Almanca metninde ise “*Grunddienstbarkeit*” terimleri ile ifade edilmiştir. Kanunda taşınmaz lehine irtifak hakkının tanımı yapılmamış; ancak 730. maddesinde taşınmaz lehine irtifak haklarının içeriği düzenlenmiştir¹⁰⁷⁶. Bu düzenlemeye göre “taşınmaz lehine irtifak hakkı bir taşınmaz üzerinde bir başkası lehine bir yükür ki; yüklü taşınmaz malikini, yararlanan taşınmaz malikinin belirli faaliyetlerine katlanmaya ya da yine onun yararına kendi taşınmaz mülkiyetinden kaynaklanan hakları kullanmaktan kaçınmaya mecbur eder”.

Benzer durum Türk Medeni Kanununda da gözlemlenmektedir. Kanunun 779. maddesi hükmüne “taşınmaz lehine irtifak hakkı, yüklü taşınmaz malikini, mülkiyet hakkının sağladığı bazı yetkileri kullanmaktan kaçınmaya veya yararlanan

¹⁰⁷⁵ Piotet, s. 29; Steinauer, 2007b, s. 401.

¹⁰⁷⁶ Kanundaki bu düzenleme, **Wieland**'a göre eski Kantonal Hukukun izlerini taşımaktadır. Ancak, Medeni Kanundaki düzenleme dönemin ekonomik ihtiyaçlarını karşılamayan eski Kantonal Hukuktaki *ius commune*'nin izlerinden tamamen arınmıştır (Wieland, s. 475).

taşınmaz malikinin yüklü taşınmazı belirli şekilde kullanmasına katlanmaya mecbur kılar”.

Taşınmaz lehine irtifak hakkı genellikle belirsiz bir süre için söz konusu olmaktadır; ancak irtifak hakkı için belirli bir süre öngörülmesi de mümkündür¹⁰⁷⁷. Taşınmaz lehine irtifak hakkı için taliki şart öngörülmüşse o takdirde irtifak hakkı tapu kütüğüne tescil edilemez. Benzer şekilde taşınmaz lehine irtifak hakkı bozucu şarta da bağlı olamaz. Bu durum aynı hakların niteliğine aykırı bir durumdur¹⁰⁷⁸.

B-Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkının Hukuki Niteliği

İsviçre ve Türk Hukukunda taşınmaz lehine irtifak hakları, aynı haklar kapsamında ele alınmıştır. İsviçre Medeni Kanununda aynı hakkın tanımı yoktur. Ancak Kanunun dördüncü kitabının başlığını “aynı haklar” oluşturmaktadır. Dördüncü kitabın birinci kısmında “mülkiyet”, ikinci kısmında ise “diğer aynı haklar” ele alınmıştır. Kanunun Fransızca metninde “diğer aynı haklar” ifadesi yer almaktayken Almanca ve İtalyanca metninde “sınırlı aynı haklar” ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Türk Medeni Kanununda da aynı hakların tanımı yapılmamıştır. Kanunun dördüncü kitabının başlığı “Eşya Hukuku” şeklinde olmakla birlikte birinci kısmında “mülkiyet “ ikinci kısmında ise “sınırlı aynı haklar”

¹⁰⁷⁷ Steinauer, 2007b, s. 403.

¹⁰⁷⁸ Steinauer, 2007b, s.404.

düzenlenmektedir¹⁰⁷⁹. Bu hukuk düzenlerinde sınırlı ayni haklar irtifak hakları, rehin hakları ve taşınmaz yükünden oluşmaktadır¹⁰⁸⁰.

Buradaki “sınırlı” ifadesi, hakkın sınırlı olması anlamında değil; hakkın içeriğini oluşturan eşya üzerindeki hakimiyetin sınırlı olması anlamındadır¹⁰⁸¹. Bu sınırlı hakimiyet, eşyadan yararlanma ya da eşyayı kullanma şeklinde ise taşınmaz lehine irtifak hakkı söz konusudur. CCS 730. maddesinde ve TMK 779. maddesinde açıkça, yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkı kapsamındaki “bazı” yetkileri kullanmaktan kaçınması ya da yararlanan taşınmaz malikinin yüklü taşınmazı “belirli şekilde” kullanmasına katlanmasından bahsedilmektedir. Dolayısıyla taşınmaz lehine irtifak hakkı, sahibine taşınmazdan kısmi bir yararlanma sağlar¹⁰⁸². Bu sayede taşınmaz lehine irtifak hakkı, sahibine kural olarak eşyadan tam bir yararlanma ya da kullanma sağlayan intifa hakkından ayrılır¹⁰⁸³.

Doktrinde ise ayni hak bir eşya üzerinde doğrudan hakimiyet sağlayan¹⁰⁸⁴ ve hukuk düzenince belirlenmiş sınırlar dahilinde eşyadan yararlanma ve eşyayı kullanma yetkisinden oluşan hak olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁸⁵. Ayni hak sahibinin, hakkı kullanması ya da eşyadan yararlanması için üçüncü kişilerin müdahalesine

¹⁰⁷⁹ 743 sayılı eski Medeni Kanunun dördüncü kitabının başlığı mehzaz kanunda olduğu gibi “ayni haklar” şeklindedir. Dördüncü kitabın ikinci kısmının başlığını ise “mülkiyetin gayri ayni haklar” oluşturmaktadır.

¹⁰⁸⁰ Rossel/Mentha, s. 110; Wieland, s. 471-472; Piotet, s. 8; Steinauer 2007a, s. 45; Cansel/İnan, s. 358-359; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 19; Akipek/Akıntürk, s. 617 vd.; Esener/Güven, s. 323; Aybay/Hatemi, s. 248; Sirmen, s. 28 vd.; Köprülü/Kaneti, s. 6; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 698 vd.

¹⁰⁸¹ Steinauer, 2007b, s.384.

¹⁰⁸² Wieland, s. 478-479.

¹⁰⁸³ Steinauer, 1994,s. 300; Esener/Güven, s. 338; Akipek/Akıntürk, s.621-622.

¹⁰⁸⁴ Rossel/Mentha, s. 5; Wieland, s. 2; Piotet, s. 7; Steinauer, 2007a, s. 17-18; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 14; Esener/Güven, s. 42-43.

¹⁰⁸⁵ Bu yetki, doğrudan hakimiyet ve hukuki işlemlere konu yapma yetkisi ile birlikte ayni hakkın iç içeriğini oluşturmaktadır (Akipek/Akıntürk, s. 8).

ihtiyaç yoktur. Bu doğrudan hakimiyet, üçüncü kişilere bir sakınma yükümlülüğü getirmektedir¹⁰⁸⁶. Başka bir anlatımla üçüncü kişiler eşya üzerindeki bu hakimiyete müdahaleden kaçınmak durumundadır. Dolayısıyla aynı haklara herkes uymakla yükümlüdür ki; bu aynı hakların herkese karşı ileri sürülebilir (*erga omnes*) olması anlamına gelir¹⁰⁸⁷.

İsviçre ve Türk hukuk doktrininde, sınırlı aynı hakların mülkiyet hakkını oluşturan yetkilerin ayrılarak üçüncü bir kişiye tanınması şeklinde oluştuğuna ilişkin teori benimsenmemiştir. Baskın görüşe göre mülkiyet, bir yetkiler bütünü olarak kabul edilmez ve fakat Roma Hukukundaki gibi tek ve bütündür¹⁰⁸⁸. Sınırlı bir aynı hakkın kurulması, örneğin; taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulması, mülkiyet üzerinde bir baskı oluşturur. Diğer bir anlatımla taşınmaz lehine irtifak hakkı mülkiyet hakkını kısıtlayan bir yükten ibarettir¹⁰⁸⁹. Taşınmaz lehine irtifak hakkı sona erdiğinde mülkiyet üzerindeki bu baskı sona erer ve mülkiyet hakkı eski haline döner. Bu durum mülkiyet hakkının elastikiyeti şeklinde ifade edilir¹⁰⁹⁰.

Taşınmaz lehine irtifak hakkı, yararlanan taşınmazın mülkiyetine ayrılmaz bir biçimde bağlıdır¹⁰⁹¹. Dolayısıyla yararlanan taşınmazın mülkiyetinin nakli ile birlikte yeni bir malike geçmesi mümkün olur. Diğer bir anlatımla taşınmaz lehine irtifak hakkı, yararlanan taşınmazın mülkiyetinden ayrı olarak kazanılamaz¹⁰⁹².

¹⁰⁸⁶ Steinauer, 2007a, s. 40-41; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 15-16.

¹⁰⁸⁷ Bu aynı hakkın dış içeriğini oluşturmaktadır (Akipek/Akıntürk, s. 10).

¹⁰⁸⁸ Piotet, s. 9; Steinauer, 2007b, s. 385.

¹⁰⁸⁹ Piotet, s. 9.

¹⁰⁹⁰ Piotet, s. 9; Steinauer, 2007b, s. 385; Köprülü/Kaneti, s. 5; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 696; Esener/Güven, s. 326.

¹⁰⁹¹ Steinauer, 2007b, s. 404; Köprülü/Kaneti, s. 51; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 629.

¹⁰⁹² Akipek/Akıntürk, s. 651; Esener/Güven, s. 332.

C- Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Özellikleri

1- Malikin Kendi Taşınmazı Üzerinde İrtifak Hakkı Kurabilmesi

Malikin kendi taşınmazı üzerinde irtifak hakkı sahibi olabilmesi Cermen Hukukunda kabul edilmiştir¹⁰⁹³. Buna göre derebeyin taşınmaz üzerinde tasarruf ayrıcalığı vardı. Bu ayrıcalık, kimi zaman kendisine ait ve farklı vasallara toprağı işleme yetkisi verdiği taşınmazlardan biri üzerinde diğeri lehine irtifak hakkı kurmasına izin veriyordu¹⁰⁹⁴. Bu durum, irtifak hakları bakımından Roma Hukuku karşısında Cermen Hukukunun garipliğı olarak değerlendiriliyordu. Oysa bu durum sicil sisteminin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktaydı¹⁰⁹⁵. Cermen Hukukunda taşınmaz lehine irtifak hakları genel olarak mahkeme kararı ile kazanılmaktaydı; ancak şehirlerde tutulan bir sicile de kaydedilmekteydi¹⁰⁹⁶.

İsviçre ve Türk Medeni Kanunu sistematüğinde malikin kendi taşınmazı üzerinde irtifak hakkı kuramayacağına ilişkin *nemini res sua servit* ilkesi terk edilmiştir¹⁰⁹⁷. Bu hukuk düzenlerinde bir kimsenin hem yararlanan taşınmazın maliki hem de yüklü taşınmazın maliki olması iki şekilde olabilir. Birincisi yararlanan taşınmaz malikinin, sonradan yüklü taşınmazın da mülkiyetini elde etmesi; ikincisi

¹⁰⁹³ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 694. Cermen Hukukunda mülkiyet, diğeri aynı haklardan öz ve nitelik yönünden değil ve fakat kapsamının daha geniş olması yani nicelik yönünden ayrılır. Mülkiyetin kapsamı da değişmez biçimde belirlenmemiş olduğundan malikin kendi mülkiyet hakkını sınırlandırmasına, mülkiyet hakkına ilişkin bazı yetkileri ayırarak mülkiyet yanında onlara bağımsız hak niteliğı vermesine ve mülkiyet hakkının yanı sıra bu hakları elinde tutmasına bir engel yoktur. Böylece malik kendi eşyası üzerinde sınırlı aynı hak sahibi olabilecektir (Köprülü/Kaneti, s. 15). Alman Medeni Kanununda da aynen benimsenmiştir (BGB § 889).

¹⁰⁹⁴ Hübner, s. 350; Watkin, s. 259.

¹⁰⁹⁵ Hübner, s. 350; Watkin, s. 259.

¹⁰⁹⁶ Hübner, s. 352. Burada hak, resmi bir makamın, çoğunlukla mahkemenin, önünde ya da katılımıyla yapılan bir işlem sonucu doğmaktadır. Defter ya da sicile kayıt işlemi ispat kolaylığı sağlamaktadır (Akipek/Akıntürk, s.226).

¹⁰⁹⁷ Rossel/Mentha, s. 117.

ise malikin, kendisine ait iki taşınmazdan biri üzerinde diğeri lehine irtifak hakkı kurmasıdır. Birinci durum CCS 735. ve TMK 784. maddesinde ele alınmıştır. Buna göre yararlanan taşınmaz maliki yüklü taşınmazın da maliki olursa bu hakkı terkin ettirebilir; ancak terkin ettirmedikçe taşınmaz lehine irtifak hakkı aynı hak olarak varlığını sürdürür. CCS 733. ve TMK 782. maddesinde ise ikinci durum düzenlenmiştir. Buna göre bir taşınmaz maliki kendisine ait bir başka taşınmaz üzerinde irtifak hakkı kurabilir. Dolayısıyla İsviçre ve Türk Medeni Kanununa göre bir kimsenin hem yararlanan taşınmazın maliki hem de yüklü taşınmazın maliki olması (*confusio*), irtifak hakkını doğrudan sona erdiren bir neden olarak görülmemiştir. Bir kimsenin hem yararlanan hem de yüklü taşınmazın maliki olması, irtifak hakkı nedeniyle “taşınmazdan yararlanma” bakımından bir etki yaratmaz. Çünkü malik, taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkının sağladığı kullanma ve tasarruf yetkisine zaten sahiptir. Ancak özellikle yüklü taşınmazın mülkiyetinin üçüncü kişilere geçmesi halinde, taşınmazın irtifak hakkı ile yüklü olarak elde edilmesi söz konusu olacaktır. Bir de aynı hakların kurulması ancak tescil ile mümkün olduğundan ve aynı hakların sıraları ve tarihleri tescile göre belirlendiğinden¹⁰⁹⁸ taşınmaz üzerindeki diğer aynı haklar bakımından irtifak hakkının kurulduğu zaman önem taşımaktadır¹⁰⁹⁹. Dolayısıyla bu iki durum, malikin kendi taşınmazı üzerinde irtifak hakkı kurması ya da yararlanan taşınmazın malikinin yüklü taşınmazın da maliki olması halinde, irtifak hakkı bakımından bir avantaj sağlamaktadır¹¹⁰⁰.

¹⁰⁹⁸ CCS md. 971 ve 972; TMK md. 1021 ve 1022.

¹⁰⁹⁹ Piotet, s. 21.

¹¹⁰⁰ Steinauer, 2007b, s.395-396; Köprülü/Kaneti, s. 18; Akipek/Akıntürk, s. 624-625.

2- Subjektif Yarar Koşulu

Usus Modernus geleneğinde taşınmaz lehine irtifak haklarının daha esnek bir şekilde ele alındığına ve buna göre taşınmaz malikinin kişisel ihtiyaçlarına yönelik irtifak hakkı kurulabildiğine¹¹⁰¹ yukarıda değinilmiştir.

İsviçre ve Türk Hukukunda taşınmaz lehine irtifak haklarının uygulama alanını genişletmek için *utilitas fundi* yani yararlanan taşınmazın yüklü taşınmazdan bir yararının olması kuralı terk edilmiştir. Bu şekilde taşınmaz lehine irtifak hakkının uygulama alanını genişletmek amaçlanmıştır¹¹⁰². İçeriği elverdiği ölçüde taşınmaz lehine irtifak hakkı ile taşınmaz malikinin bir ihtiyacının ya da isteğinin karşılanması da mümkündür¹¹⁰³. Burada subjektif yarar söz konusudur¹¹⁰⁴.

Bu sayede yarar ölçütü bakımından, taşınmaz lehine irtifak hakkı ve kişi lehine irtifak hakkı arasındaki fark azalmıştır. Taşınmaz lehine irtifak hakkı, taşınmaz malikinin kendi yararı için de kurulabilir. Diğer bir anlatımla taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulma anında yararlanan taşınmaz malikinin kişisel ihtiyacını karşılamaya yönelik bir yararının bulunması, irtifak hakkının kurulması için yeterlidir¹¹⁰⁵. O takdirde yüklü taşınmaz malikinin, makul yararından bahsedilir¹¹⁰⁶. İsviçre Hukukunda yargı kararları ve doktrin tarafından, makul yarar konusunda iki önemli ölçüt getirilmiştir. Birinci ölçüte göre yararlanan taşınmaz

¹¹⁰¹ Ancak BGB § 1019'da yararlanan taşınmazın yararı (*utilitas fundi*) düzenlenmektedir. Bu düzenleme, günümüzde taşınmaz lehine irtifak hakkının taşınmaz malikinin ailevi ve mesleki ihtiyaçları dikkate alınarak, yarar koşulunun belirlenmesi gerektiği şeklinde eleştirilmiştir (Yiannopoulos, s. 25, dipnot 130).

¹¹⁰² Piotet, s. 31.

¹¹⁰³ Rossel/Mentha, s. 112; Piotet, s. 31; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 753-754.

¹¹⁰⁴ Steinauer, C II, s. 301.

¹¹⁰⁵ Köprülü/Kaneti, s. 53.

¹¹⁰⁶ ATF 108/1982 II 39=JdT 1985 I 190 (naklen Steinauer, 1994., C.II, s. 301).

malikinin irtifak hakkı kurmaktaki yararı, bir kereye mahsus olmamalı ve fakat devamlılığı olmalıdır¹¹⁰⁷. İkinci ölçüte göre ise kanundan kaynaklanan bir kısıtlama olduğu takdirde, yararlanan taşınmazın makul yararı olduğu gerekçesi ile taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulamaz¹¹⁰⁸. Örneğin; komşuluk hukukundan kaynaklanan belirli bir mesafede yapılaşma için yasal düzenleme varsa, artık bu konuda taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulmasına ihtiyaç yoktur¹¹⁰⁹. Ancak yasal değişiklikler göz önüne alınarak, bu konu değerlendirilmelidir¹¹¹⁰.

Dolayısıyla yararlanan taşınmaz malikinin korunmaya değer bir menfaati bulunduğu takdirde, irtifak hakkının kullanım tarzı ile bağdaşan her türlü yararlanma, taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğini teşkil edebilir¹¹¹¹. Bu kapsamda irtifak hakkından bir yararın kalmaması halinde yüklü taşınmaz maliki, mahkemeden irtifak hakkının terkinini talep edebilecektir¹¹¹².

3- Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkının İçeriğinin Bir Yapma Edimi Oluşturmaması

İsviçre ve Türk Hukuk düzenlerinde taşınmaz lehine irtifak haklarının, yüklü taşınmaz malikinin irtifak hakkı sahibinin taşınmaz üzerindeki birtakım faaliyetlerine

¹¹⁰⁷ Piotet, s. 36. **Gürsoy/Eren/Cansel**'e göre bu sonuç aynı hakkın özündeki mutlak yetkiden yani herkese karşı ileri sürülebilmesinden kaynaklanmaktadır. Bir kereye mahsus olmak üzere yararlanma için irtifak hakkı kurulmasını mutlak olarak yasaklayan bir yasa hükmü yoktur. Dolayısıyla taşınmazdan bir kereye mahsus yararlanma amacıyla da irtifak hakkı kurulabilir. Bu durumda irtifak hakkı bir kez kullanıldıktan sonra yüklü taşınmaz maliki, yararlanan taşınmaz malikinin yararı kalmadığı gerekçesiyle irtifak hakkının terkinini talep edebilir (Gürsoy/Eren/Cansel, s. 762).

¹¹⁰⁸ Steinauer, C II, s. 302.

¹¹⁰⁹ ATF 106/1980 II 315=JdT 1981 I 306; 99/1973 II 28/33=JdT 1973 I 581/582 (naklen Steinauer, 1994, s. 302).

¹¹¹⁰ Piotet, s. 36.

¹¹¹¹ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 760-761.

¹¹¹² CCS md. 736.

katlanması (*servitutes quae in patiando consistunt*) veya yüklü taşınmaz malikinin kendi mülkiyet hakkından kaynaklanan birtakım yetkileri kullanmaktan kaçınması (*servitutes quae in non faciendo consistunt*) şeklinde olabileceği kabul edilmektedir¹¹¹³.

CCS 730/II. maddesine göre irtifak hakkı bir yapma borcundan oluşamaz; ancak yapma borçları irtifak hakkının yerine getirilmesini kolaylaştırmak ya da teminat altına almak amacıyla bir yan yükümlülük teşkil edebilir¹¹¹⁴; yoksa yüklü taşınmaz malikine irtifak hakkından daha ağır bir yük getiremez¹¹¹⁵. Diğer bir deyişle yüklü taşınmaz maliki, irtifak hakkının yerine getirilmesi için zorunlu olan hallerde bir yapma borcu altına sokulabilir¹¹¹⁶. 11 Aralık 2009 tarih FF 2007/4845 sayılı yasa ile ve 1 Ocak 2012’de yürürlüğe girmek üzere maddeye yeni bir cümle eklenmiştir. Buna göre söz konusu yan yükümlülük, yalnızca Tapu Kütüğüne tescil edilmişse, yüklü ve yararlanan taşınmaz maliklerini bağlar. Bu düzenlemeden kasıt, söz konusu yükümlülüğün ancak tapuya tescil edilmesi halinde eşyaya bağlı olma özelliği göstereceğidir¹¹¹⁷. Taşınmaz lehine irtifak hakkından feragat edilirse, irtifak hakkına bağlı bu borç da sona erecektir¹¹¹⁸. Bu durumda söz konusu yan yükümlülüğün eşyaya bağlı borç olma özelliğini yitireceği; ancak taraflar arasında aynı içerikte bir normal borç ilişkisine dönüşebileceği kabul edilmektedir¹¹¹⁹.

¹¹¹³ Wieland, s. 479. BGB § 1018’de de aynı ilke benimsenmiştir.

¹¹¹⁴ Wieland, s. 481.

¹¹¹⁵ ATF 106/1980 II 315=JdT 1981 I 306/310 (naklen Steinauer, 1994, C. II, s. 304).

¹¹¹⁶ Söz konusu yapma yükümlülüğü, taşınmaz yükü olarak da kurulabilir (Piotet, s. 40; Steinauer, C. II, s. 304).

¹¹¹⁷ Steinauer, 2007b, s. 414.

¹¹¹⁸ Piotet, s. 40.

¹¹¹⁹ ATF 50 II 234 ss=JdT 1924 I 549; ATF 85 I 261 ss=JdT 1960 I 76 ss (naklen Piotet, s. 40).

TMK 779. maddesinde de aynı yaklaşım benimsenmiştir. Söz konusu madde hükmünce yapma borçları, başlı başına irtifak hakkının konusu olamaz; ancak ona yan edim olarak bağlanabilir. Kanunda bahsi geçen bu yan edim borcu irtifak hakkına bağlı bir borç olmasının¹¹²⁰ yanı sıra eşyaya bağlı bir borç niteliğindedir. Örneğin; irtifak hakkı kurulurken yüklü taşınmaz malikine bir yapma borcu yüklenmişse, yüklü taşınmaz el değiştirdikçe bu borç yeni malike geçecektir. Ancak irtifak hakkı sona erdiği takdirde, bu yan borç da sona erecektir. Benzer şekilde yan edim borcunun, irtifak hakkından bağımsız olarak el değiştirmesi de mümkün değildir¹¹²¹.

CCS 741. ve TMK 790. maddesinde ise özel olarak bu durum düzenlenmiştir. Buna göre irtifak hakkının kullanımı için bir yapıya ihtiyaç varsa irtifak hakkı sahibi, bu yapının bakımını üstlenmektedir. Ancak yüklü taşınmaz maliki de söz konusu yapıdan düzenli bir şekilde yararlanıyorsa, bakım giderlerine yararı oranında katlanacaktır. Örneğin; taşınmaz lehine irtifak hakkını kuran sözleşmeye geçit hakkının kullanıldığı yolun bakımına¹¹²² ya da kaynak irtifakında suyun tutulması için gerekli boru ya da tankların bakım giderlerine yüklü taşınmaz malikin de katlanması¹¹²³ şeklinde hüküm konulması mümkündür¹¹²⁴.

¹¹²⁰ Bu yükümlülüğün amacı irtifak hakkının kullanılmasını kolaylaştırmak olmalı, irtifaka bağlı ve ikinci derecede olma özelliğini aşmamalıdır (Ayiter, s. 159).

¹¹²¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 633.

¹¹²² Steinauer, 1994, s. 304.

¹¹²³ 93/1967 II 290=JdT 1968 I 565 (naklen Steinauer 1994, C.II, s. 304).

¹¹²⁴ Piotet, s. 40.

4- Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Paylara Bölünememesi

İsviçre ve Türk Hukukunda irtifak hakkının paylara bölünemeyen bir hak olduğu kabul edilmektedir¹¹²⁵. İrtifak hakkı fiilen yüklü taşınmazın bir kısmında kullanılsa da taşınmazın tamamı, irtifak hakkı ile yüküdür¹¹²⁶. Benzer şekilde irtifak hakkı yararlanan taşınmazın tümü lehine kurulmuştur¹¹²⁷.

İsviçre Medeni Kanununun 743. maddesinde yüklü taşınmaz ya da yararlanan taşınmazın parsellere ayrılması halinde tüm parseller için irtifak hakkının varlığını sürdüreceği düzenlenmiştir.

Yararlanan taşınmaz parsellere ayrılırsa, her bir parsel lehine irtifak hakkı devam eder. Her bir parsel lehine irtifak hakkına ilişkin düzeltme, tapu memuru tarafından yapılır¹¹²⁸. Eğer irtifak hakkının kullanım şekli belirlenebiliyor ise ve paylara bölünebiliyorsa, örneğin; bir kaynaktan dakikada 50 litre su alınacağına dair bir irtifak hakkı varsa, her yeni parsel alanı ile orantılı olarak irtifak hakkından yararlanacaktır¹¹²⁹. Ancak irtifak hakkının kullanım şekli belirli değilse ve de paylara bölünemiyorsa, örneğin; geçit irtifakı söz konusu ise, o takdirde her yeni parsel maliki irtifak hakkını diğerinden bağımsız olarak kullanabilecektir¹¹³⁰. İkinci durumda, yeni ihtiyaçlar nedeniyle yüklü taşınmaz üzerindeki yükün

¹¹²⁵ Wieland, s. 485; Piotet, s. 62; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 755.

¹¹²⁶ Akipek/Akıntürk, s. 659; Esener/Güven, s. 336.

¹¹²⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 614.

¹¹²⁸ Steinauer, 2007b, s. 460.

¹¹²⁹ Steinauer, 2007b, s. 460.

¹¹³⁰ Steinauer, 2007b, s. 460.

ağırlaştırılmayacağına ilişkin kural saklıdır¹¹³¹. Bazı durumlarda ise parsellerden biri ya da birkaçının yararına irtifak hakkı kullanılamaz. O takdirde yüklü taşınmaz maliki, söz konusu parseller bakımından irtifak hakkının terkin edilmesini talep edebilir¹¹³².

Yüklü taşınmazın parsellere ayrılması durumunda her yeni parsel irtifak hakkı ile yüklü olacaktır. Tapu memuru, her yeni parsel üzerinde irtifak hakkına ilişkin düzeltme yapacaktır¹¹³³. Eğer irtifak hakkının kullanım şekli belirli ise ve paylara bölünebiliyorsa, örneğin; hayvan otlatma irtifakında on baş hayvanın otlatılacağı belirlenmişse ya da yıllık belli bir metreküp kum alınmasına ilişkin irtifak hakkı söz konusu ise, genel kural yükün her parselin alanı ile orantılı olarak paylaşılmasıdır¹¹³⁴. İrtifak hakkının kullanım şekli miktar bakımından belirlenemiyor ve paylara bölünemiyorsa, örneğin; geçit irtifakı, manzara irtifakı gibi, hak sahibi her parsel üzerinde hakkını kullanabilecektir¹¹³⁵. Ancak yeni parsellerden biri ya da birkaçı üzerinde irtifak hakkı kullanılmıyor hatta kullanılmıyorsa, örneğin; geçit irtifakı için tahsis edilmiş yol planda işaretlenmiş ya da taşınmazın üzerinde yeri belli edilmişse ve yol yeni oluşan parsellerden biri ya da birkaçından geçmiyorsa, o parsel ya da parseller bakımından irtifak hakkı terkin edilir¹¹³⁶.

Yüklü taşınmazın ya da yararlanan taşınmazın paylara bölünmesi durumunda irtifak hakkının akıbeti ise Türk Medeni Kanununda ayrı ayrı düzenlenmiştir.

¹¹³¹ Steinauer, 2007b, s. 460.

¹¹³² CCS md. 743/II.

¹¹³³ Steinauer, 2007b, s. 461.

¹¹³⁴ Steinauer, 2007b, s. 461.

¹¹³⁵ Steinauer, 2007b, s. 462.

¹¹³⁶ CCS md. 743/II.

Kanunun 793. maddesi uyarınca yüklü taşınmazın parsellere bölünmesi halinde, irtifak hakkı kural olarak, her parsel üzerinde devam edecektir. Ancak irtifak hakkı belirli bazı parseller üzerinde kullanılmıyorsa, bu parsellerin malikleri kendi taşınmazları üzerindeki irtifak hakkının terkinini talep etme yetkisine sahiptir¹¹³⁷. Benzer bir düzenleme Kanunun 792. maddesinde de yer almaktadır. Buna göre yararlanan taşınmazın parsellere bölünmesi halinde irtifak hakkı kural olarak, her parsel yararına devam eder. Ancak somut olayın koşullarına göre irtifak hakkı yalnız bir parselin yararına kullanılabilirse, o takdirde yüklü taşınmaz maliki diğer parseller bakımından irtifak hakkının terkinini talep edebilir.

Paylı mülkiyet ya da elbirliği ile mülkiyete konu taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulmuş ise maliklerin irtifak hakkını birlikte kullanmaları ya da maliklerden birinin irtifak hakkını kullanması, irtifak hakkının tamamının kullanıldığı anlamına gelmektedir¹¹³⁸.

D- Zilyetlik Kavramı ve Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları ile İlişkisi

İsviçre ve Türk Medeni Kanunu sistematğinde objektif zilyetlik teorisi benimsenmiştir. Buna göre zilyet olmak için malik olma iradesi aranmaz. Dolayısıyla İsviçre ve Türk Hukukunda zilyetlik ve vazüyetlik ayırımına rastlanmaz ve eşya üzerinde farklı türde birden fazla zilyetlik mümkün olabilir¹¹³⁹.

¹¹³⁷ Salt ifraz ve taksim nedeniyle irtifak hakkı son bulmaz. Terkin talep edilmedikçe ortaya çıkan parsellerin üzerinde fiili olarak kullanılmasa dahi bu parseller irtifak hakkı ile yüklü olmaya devam eder (Yargıtay HGK 2008/18-316E.-2008/331K. sayı ve 16.04.2008 tarihli kararı).

¹¹³⁸ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 756-757.

¹¹³⁹ Roma Hukukunun zilyetlik kavramı yerine Cermen Hukukunun zilyetlik kavramı benimsenmiş ve Kanunda buna göre düzenlenmiştir (Steinauer, 2007a, s. 85).

Bir eşya üzerinde fiili hakimiyet kuran kimse onun zilyedir¹¹⁴⁰. Bu halde eşya üzerinde zilyetlik söz konusu olmaktadır. Taşınmaz lehine irtifak haklarının fiili kullanımını ise eşya üzerindeki zilyetlik gibi kabul edilir¹¹⁴¹. Burada zilyetlik, Kanunda bahsi geçen hakların fiili kullanımına karşılık gelmektedir¹¹⁴². İsviçre ve Türk Hukukunda taşınmaz lehine irtifak haklarının sürekli-sürekli olmayan ya da aleni-aleni olmayan gibi ayrımlara tabi tutulmadığı görülür. Bu ayrımın yukarıda incelenen hukuk düzenlerinde zilyetlik bakımından önem taşıdığı belirtilmiştir. İsviçre ve Türk Hukukunda ise olumlu ve olumsuz irtifaklar bakımından zilyetlik ele alınmaktadır¹¹⁴³.

Olumlu irtifakların kullanımına dayanan zilyetlik, mülkiyet hakkında olduğu gibi, maddi bir eşya üzerinde fiili hakimiyet kurulması şeklindedir¹¹⁴⁴. Örneğin; geçit irtifakı olumlu bir irtifak hakkı olduğundan yüklü taşınmaz üzerinde olumlu bir faaliyet (geçme faaliyeti) yerine getirilmektedir. Bu faaliyetin yerine getirilmesi için, yüklü taşınmazın bir bölümü üzerinde fiili hakimiyet söz konusu olmaktadır¹¹⁴⁵.

Olumsuz irtifakların kullanımını ise yüklü taşınmaz üzerinde bir fiili hakimiyet gerektirmez¹¹⁴⁶. Örneğin; manzara irtifakında olduğu gibi, taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanımını yüklü taşınmaz üzerinde olumlu bir faaliyet şeklinde

¹¹⁴⁰ CCS md. 919 ve TMK md. 973.

¹¹⁴¹ CCS md. 919 ve TMK md. 973. **Piotet**'ye göre bu düzenleme zilyetliğe ilişkin İsviçre Hukukundaki sisteme bir istisna teşkil etmektedir (Piotet, s. 74).

¹¹⁴² Steinauer, 2007a, s. 88; Esener/Güven, s. 63.

¹¹⁴³ Ancak hakkın fiili kullanımının süreklilik arz etmesi gerektiği de ileri sürülmektedir (Akipek/Akıntürk, s.128).

¹¹⁴⁴ Piotet, s. 74.

¹¹⁴⁵ Steinauer, 2007a, s. 51.

¹¹⁴⁶ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**'e göre Kanundaki düzenlemenin amacı eşya üzerinde fiili hakimiyet sağlamayan taşınmaz lehine irtifak hakları, örneğin manzara kapatmama irtifakı, bakımından hak sahibine sanki fiili hakimiyeti varmış gibi koruma sağlamaktır (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 54). Köprülü/Kaneti, s. 46; Akipek/Akıntürk, s. 633.

gerçekleşmediğinden, taşınmaz üzerinde fiili bir hakimiyet söz konusu olmaz. Dolayısıyla olumsuz bir irtifak hakkı bakımından zilyetlik, ya bu hakkın tapuya tescili ile ya da tescile kaynaklık eden geçerli kazanma sebebi (sözleşme, vasiyetname, mahkeme kararı) ile söz konusu olmaktadır¹¹⁴⁷. Ayrıca olumsuz irtifak hakkı bakımından hakkın kullanılmasının engellenmesi halinde, örneğin; manzara irtifakına rağmen inşaata başlandığı halde, irtifak hakkı sahibinin bunu engelleme yetkisi sayesinde haktan yararlanması, zilyetlik şeklinde anlaşılmalıdır¹¹⁴⁸. Çünkü olumsuz irtifak hakkında yüklü taşınmaz maliki, irtifak hakkına katlanmak durumundadır. Ancak irtifak hakkına rağmen yüklü taşınmaz malikinin, bu hakka aykırı hareketi, irtifak hakkı sahibi tarafından engellenebilir ya da yasaklanabilir¹¹⁴⁹. İrtifak hakkı sahibi, yüklü taşınmaz malikinin irtifak hakkına aykırı hareketini engelleyerek ya da yasaklayarak, irtifak hakkından yarar sağlamaya devam etmektedir, yani irtifak hakkını kullanmaktadır. O halde olumsuz irtifak hakkının fiilen kullanımı, söz konusu yasaklama yetkisi sayesinde olmaktadır¹¹⁵⁰.

Taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanılmasının zilyetlik olarak değerlendirilmesi, bu hakkın zamanaşımı yoluyla kazanılması ve irtifak hakkının fiili kullanımına saldırı olması halinde zilyetlik korumasından yararlanılması bakımından önem arz etmektedir.

¹¹⁴⁷ Piotet, s. 74.

¹¹⁴⁸ Piotet, s. 74; Steinauer, 2007, C I, s. 51; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 55; Ünal/Başpınar, s. 142.

¹¹⁴⁹ Pandekt hukukçuları tarafından bu husus açıkça ifade edilmiştir (Bkz.yukarıda s. 232)

¹¹⁵⁰ Bir olumsuz irtifak hakkının içeriğine karşılık gelen nispi bir hakkın kullanımı zilyetlik olarak değerlendirilemez (Piotet, s. 74).

III- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKKININ KONUSU

İsviçre Medeni Kanunu ve Türk Medeni Kanunu sistematğinde hukuki anlamda eşya kavramı benimsenmiştir. Buna göre eşya, üzerinde bireysel hakimiyet kurulabilen ve ekonomik değeri olan insan haricindeki maddi varlıklardır¹¹⁵¹. Dolayısıyla İsviçre-Türk Hukuk Düzenlerinde maddi eşya-maddi olmayan eşya ayrımına rastlanmaz.

Kural olarak aynı hakların konusunu eşya oluşturmaktadır¹¹⁵². Bunun yanı sıra tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydolun bağımsız ve sürekli haklar, taşınmaz mülkiyetinin konusu olabilmektedir¹¹⁵³. Benzer şekilde hakların intifa hakkına¹¹⁵⁴ ya da rehine¹¹⁵⁵ konu olabileceği de kabul edilmiştir.

İsviçre Medeni Kanununa göre taşınmaz lehine irtifak hakkının konusunu Kanunun 655. maddesi anlamında taşınmazlar oluşturmaktadır. Söz konusu maddeye göre taşınmazlar: arazi, tapu kütüğünde kayıtlı bağımsız haklar, madenler ve müşterek mülkiyet payından oluşmaktadır.

Türk hukukunda da taşınmaz lehine irtifak hakkının konusunu taşınmaz hükmündeki şeyler oluşturur¹¹⁵⁶. Buna göre arazi, kat mülkiyeti, bağımsız ve sürekli

¹¹⁵¹ Steinauer, 2007a, s. 51-52; Cansel/İnan, s. 361; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 6; Esener/Güven, s. 37. BGB § 90'da maddi şeylerin hukuki anlamda eşya olarak kabul edildiği düzenlenmiştir.

¹¹⁵² Akipek/Akıntürk, s. 26.

¹¹⁵³ TMK md. 704/2.

¹¹⁵⁴ TMK md. 794.

¹¹⁵⁵ TMK md. 954.

¹¹⁵⁶ 3194 Sayılı İmar Kanununa aykırı bir şekilde yapılmış bir bina sebebiyle bir taşınmaz için irtifak hakkı tesisi yasalara aykırılığın devamı sonucunu meydana getireceğinden, İmar mevzuatına uygun yapılmamış binalarda irtifak hakkı tesisi mümkün değildir (Yargıtay 14 HD. 2008/18-316E.-

haklar¹¹⁵⁷ taşınmaz lehine irtifak hakkının konusunu oluşturur¹¹⁵⁸. Paylı mülkiyete konu bir taşınmaz bakımından pay lehine irtifak hakkı kurulup kurulamayacağı konusu ise tartışmalıdır. Kimi yazarlara göre taşınmaz mülkiyetinin payı hukuki işlemler bakımından taşınmaz sayılmaktadır. O nedenle pay lehine irtifak hakkı kurulması mümkündür¹¹⁵⁹. Ancak müşterek mülkiyet payları, taşınmazın kullanılması ile ilgili bir içeriğe sahip irtifak hakları ile yüklenemez. Çünkü payın maddi olarak kullanılması mümkün değildir¹¹⁶⁰. Kimi yazarlarsa müşterek mülkiyet payının yalnızca intifa hakkına konu olabileceğini, diğer irtifak hakları ile yüklü olmasının mümkün olmadığını savunmaktadır¹¹⁶¹.

Taşınmaz lehine irtifak hakkından bahsedebilmek için iki taşınmaz olmalıdır. Bunlardan birisi irtifak hakkı ile “yüklü” olan taşınmazdır ki; yüklü taşınmaz olarak anılır¹¹⁶². İsviçre Medeni Kanununda yüklü taşınmaz için Fransızca metinde “*fonds servant*”, İtalyanca metninde “*fondo serviente*”, Almanca metninde ise “*belastete Grundstück*” ibareleri kullanılmaktadır. Diğer taşınmaz ise lehine irtifak hakkı kullanan diğer bir anlatımla irtifak hakkından yararlanan taşınmazdır ki; yararlanan taşınmaz olarak anılır¹¹⁶³. Yararlanan taşınmaz için İsviçre Medeni kanununun Fransızca metninde “*fonds dominant*”, İtalyanca metninde “*fondo dominante*”, Almanca metninde ise “*berechtigte Grundstück*” ibareleri kullanılmaktadır.

2008/331K. sayılı ve 16.04.2008 tarihli kararı ve Yargıtay 14. HD 2007/15814E.-2008/126K. sayılı ve 21.01.2008 tarihli kararı).

¹¹⁵⁷ Söz konusu hakların hangi sınırlı aynı hakların konusunu oluşturacağı somut olaya göre belirlenmelidir. Zira tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilse dahi bu hakların maddi bir varlığı yoktur (Akipek/Akıntürk, s. 617).

¹¹⁵⁸ Esener/Güven, s. 336.

¹¹⁵⁹ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 756.

¹¹⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 615.

¹¹⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Esener/Güven, s. 336.

¹¹⁶² Hadim ya da yükümlü taşınmaz da denir (Esener/Güven, s. 332; Aybay/Hatemi, s. 257).

¹¹⁶³ Hakim taşınmaz olarak da adlandırılır (Esener/Güven, s. 332; Aybay/Hatemi, s. 257).

IV- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARININ SINIFLANDIRILMASI

İsviçre ve Türk Hukukunda Kanundaki tanımdan¹¹⁶⁴ hareketle irtifak hakları, olumlu ve olumsuz irtifaklar şeklinde ayrılmaktadır. İrtifak hakkının içeriği dikkate alınarak, bu ayırım yapılmaktadır¹¹⁶⁵. Eğer irtifak hakkı sahibi eşyayı kullanarak, yararlanma hakkına sahipse olumlu irtifak söz konusu olmaktadır. Örneğin; geçit irtifakında hak sahibi, yüklü taşınmazdan geçmek suretiyle eşyadan yararlanmaktadır. Olumsuz irtifaklarda ise malikin kendi eşyasını belirli bir tarzda kullanması yasaklanarak, eşyadan bir yararlanma sağlanmaktadır¹¹⁶⁶. Diğer bir anlatımla, olumlu irtifaklarda yüklü taşınmaz maliki, yararlanan taşınmaz malikin belirli faaliyetlerine katlanmaktadır. Örneğin; kendi taşınmazından yaya ya da araçla geçilmesine katlanması gibi. Olumsuz irtifaklarda ise yüklü taşınmaz maliki kendisi normalde yapma hakkına sahip olduğu belirli bazı faaliyetleri yapmaktan kaçınmaktadır: manzara hakkında ya da binayı yükseltmeme irtifakında olduğu gibi¹¹⁶⁷.

V- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKKININ İÇERİĞİ

İsviçre ve Türk Medeni Kanunu sistematığında taşınmaz lehine irtifak hakları iradidir. Mülkiyet hakkının kısıtlanması şeklinde ele alınan irtifakların içerikleri ise genel olarak Kanunda düzenlenmiştir¹¹⁶⁸. Bunlar mecra, kaynak ve zorunlu geçit

¹¹⁶⁴ CCS md. 730 ve TMK md. 779.

¹¹⁶⁵ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 752.

¹¹⁶⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 606-607.

¹¹⁶⁷ Piotet, s. 29; Steinauer, 2007b, s. 406.

¹¹⁶⁸ Bu değerlendirme Alman Hukuku kökenlidir. Alman hukukunda irtifak hakları iradidir. Bunun yanı sıra mülkiyet hakkını kısıtlayan haller söz konusudur (Spanò, Giuseppe: Cendon/Commentario, art. 1027, s. 441).

irtifakları olarak sayılmıştır. Söz konusu irtifaklar komşuluk ilişkisine dayanmaktadır¹¹⁶⁹ ve tam bir tazminat karşılığında söz konusu olmaktadır.

Evi, arazisi veya işletmesi için gerekli sudan yoksun olan ve bunu aşırı zahmete katlanmaksızın başka yoldan sağlayamayan taşınmaz maliki, komşusundan onun ihtiyacından fazla olan suyu almasını sağlayacak bir irtifak hakkı yani kaynak irtifakı kurulmasını talep edebilir¹¹⁷⁰. Kaynak irtifakı kurulurken öncelikle kaynak sahibinin menfaatleri dikkate alınacaktır¹¹⁷¹.

Kaynak irtifakının kurulmasının talep edilmesiyle, yüklü taşınmaz malikinin irtifak hakkını kurma borcu doğar. Bu borcun yüklü taşınmaz malikinin rızası ile yerine getirilmesi üzerine kaynak irtifakının koşulları ve bedel tespit edilir. Ancak kaynak irtifakı Tapu Kütüğüne tescille doğmaktadır¹¹⁷². Yüklü taşınmaz malikinin bu borcu yerine getirmekten kaçınması halinde, mahkemeden irtifak hakkının kurulması talep edilir. Kararın kesinleşmesi ile irtifak hakkı kurulmuş olur, irtifak hakkı sahibi tarafından Tapu Kütüğüne tescil yaptırılabilir. Bu tescil açıklayıcı niteliği haizdir¹¹⁷³.

Zorunlu geçit ise genel yola çıkmak için yeterli imkanı olmayan taşınmaz malikinin, komşularından kendisine geçit hakkı tanınmasını istemesi halinde söz

¹¹⁶⁹ Bu sonuç, bahsi geçen irtifakların Kanundaki düzenleme yerinden çıkarılmaktadır (Oğuzman/Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 456 vd.).

¹¹⁷⁰ CCS md. 710/I; TMK md. 761/I.

¹¹⁷¹ CCS md. 710/II; TMK md. 761/II.

¹¹⁷² CCS md. 704/II. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 473; Esener/Güven, s. 243.

¹¹⁷³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 473-474.

konusu olur¹¹⁷⁴. CCS md. 694’de “kamu yolu” ifadesi kullanılmıştır. Ancak bu dar anlamda kamu yolu biçiminde anlaşılmalı, kamu ya da özel yol olsun ilgililerin kullandığı yol biçiminde daha geniş yorumlanmalıdır¹¹⁷⁵. Nitekim TMK md. 747’de genel yol ifadesi tercih edilmiştir. Genel yoldan kasıt “yetkili makamlarca genel kullanıma tahsis edilen ve her bir bireyin başlı başına yararlanmaya yetkili olduğu yollardır”¹¹⁷⁶.

Kanundaki koşulların sağlanması halinde geçit irtifakı kurulması talep edildiğinde yüklü taşınmaz maliki, irtifak hakkı kurma borcu altına girer. Yüklü taşınmaz malikinin borcunu yerine getirmesi ile geçidin yeri ve denkleştirme bedeli tespit edilir. Ancak geçit hakkının Tapu Kütüğüne tescili gereklidir. Zira tescil kurucu etkiyi haizdir¹¹⁷⁷. Yüklü taşınmaz maliki söz konusu borcunu yerine getirmekten kaçınırsa, mahkemeden irtifak hakkı kurulması talep edilebilir. Mahkeme kararının kesinleşmesi ile irtifak hakkı kurulmuş olur ve tescil açıklayıcı etkiyi haizdir¹¹⁷⁸.

¹¹⁷⁴ CCS md. 694 ve TMK md. 747. TMK md. 747/2 gereğince geçit hakkı talebi öncelikle mülkiyet ve yol durumuna göre en uygun komşuya, bu şekilde ihtiyacın karşılanmaması halinde geçit tesisinden en az zarar göreceği olana yöneltilmelidir. Çünkü geçit hakkı taşınmaz mülkiyetini sınırlayan bir ayni hak olmakla birlikte özün komşuluk hukukundan alır. Geçit gereksiniminin nedeni, taşınmazın niteliği ile bu gereksinimin nasıl ve hangi araçlarla karşılanacağı davacının subjektif arzularına göre değil, objektif esaslara göre belirlenmeli ve taşınmaz mülkiyetinin sınırlandırılması konusunda genel bir ilke olan fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi dikkate alınmalıdır (Yargıtay 14. HD. 2012/8241E.-2012/10015K. sayılı ve 12.09.2012 tarihli kararı ve Yargıtay 14. HD. 2012/8669E.-2012/9873K. sayılı ve 10.09.2012 tarihli kararı). Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Demir, s. 198 vd.

¹¹⁷⁵ Steinauer, 2007b, s. 239.

¹¹⁷⁶ Özsunay 1968, s. 34-36.

¹¹⁷⁷ Steinauer, 2007b, s. 237; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 470; Esener/Güven, s. 241.

¹¹⁷⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 470-471.

Mecra irtifakından kasıt su, kurutma kanalı, gaz ve benzerlerine ait boruların, elektrik hat ve kablolarının başka yerden geçirilmesi olanaksız veya aşırı derecede masraflı ise komşu taşınmazın altından ya da üstünden geçirilmesidir¹¹⁷⁹.

İsviçre Medeni Kanununun 691. Maddesindeki düzenleme 11 Aralık 2009 tarih FF 2007/4845 sayılı yasa ile değiştirilmiş ve 1 Ocak 2012'de yürürlüğe girmiştir. Kanun genel olarak hat, boru, tahliye amaçlı mecra hakkında bahsetmektedir. Yeni düzenleme ile havadan geçirilen elektrik ya da telefon hatları hatta genel olarak telekomünikasyon hatları mecra kapsamına alınmıştır. Su ve gaz iletiminin yanı sıra diğer taşınmazın makul kullanımı sınırlarında kalmak koşuluyla, kanalizasyon dahil tüm tahliye amaçlı tesisler mecra kapsamında değerlendirmiştir¹¹⁸⁰.

Doktrinde, Kanunun burada zorunlu geçit ve kaynak irtifakından farklı olarak, ihtiyaç sahibine irtifak hakkı kurulmasını talep hakkı değil ve fakat doğrudan doğruya bir irtifak hakkı tanındığı savunulmaktadır¹¹⁸¹. Ancak diğer bir görüşe göre mecra irtifakı bakımından da- koşulları olduğu takdirde- mecra ihtiyacı olan komşunun irtifak hakkı kurulması bakımından bir talep hakkı doğmaktadır¹¹⁸². Mecra geçirilecek taşınmazın halihazırdaki maliki böylece irtifak hakkı kurma borcu

¹¹⁷⁹ CCS md. 691; TMK md. 744. Mecra irtifakı kurulması isteğine ilişkin davalarda, istemin özelliği gereği en uygun yerin aranması ilkesinin geçerli olması ve bu davaların bir irtifak hakkı olmakla birlikte özünü komşuluk hukuku ilkelerinden alması nedeniyle, öncelikle davacının su yolu ihtiyacının bulunup bulunmadığı saptanmalı, leh ve aleyhe irtifak kurulacak taşınmaz maliklerinin tamamının davada yer alması sağlanmalı, çevre taşınmazların tamamının üzerinde irtifak hakkı kurmaya elverişli olup olmadığı incelenip, hukukun genel bir ilkesi olan fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi uyarınca taraf yararları da gözetilerek, en az masrafı gerektiren ve bundan da en az zarar görececek kişi taşınmazı üzerinden bu hak kurulmalıdır (Yargıtay 14. HD. 2003/3829E.-2003/5693K. sayılı ve 04.07.2003 tarihli kararı).

¹¹⁸⁰ Steinauer, 2007b, s. 231.

¹¹⁸¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 465; Esener/Güven, s. 241; Erel, s. 177.

¹¹⁸² Steinauer, 2007b, 232; Şahiniz, s. 77 vd.

altına girmektedir¹¹⁸³. Yüklü taşınmaz maliki tarafından söz konusu borç yerine getirildiğinde mecra hakkı tescilsiz doğmaktadır¹¹⁸⁴. İrtifak hakkı sahibi isterse masrafı kendisine ait olmak üzere hakkını tescil ettirebilir¹¹⁸⁵. O durumda tescil açıklayıcı etkiyi haizdir¹¹⁸⁶.

Kanun, taraflara taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğini serbestçe belirleme yetkisi vermiştir¹¹⁸⁷. Diğer bir anlatımla yararlanan taşınmaz malikine sağlanacak yetkilerin belirlenmesi tarafların serbest iradesine bırakılmıştır¹¹⁸⁸. Kanunda sınırlı aynı hakların neler olduğu sınırlı sayıda olma (*numerus clausus*) ilkesi uyarınca belirlenmiştir. Oysa taşınmaz lehine irtifak hakları konusunda, benzer bir yaklaşım sergilenmemiştir ve taraflara serbesti tanınmıştır. Kanunda mülkiyet hakkının kısıtlanması kapsamında ele alınmış ve koşulları belirlenmiş olan mecra, kaynak ve geçit irtifaklarının da içeriğini taraflar serbestçe belirleyebilirler¹¹⁸⁹. Ancak taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğini belirlemek konusunda, taraflara tanınan bu serbesti sınırsız değildir. Öncelikle taşınmaz lehine irtifak hakkı meşru bir içeriğe sahip olmalıdır. Taraflar, kamu hukukundan kaynaklanan ya da taşınmaz mülkiyetinden kaynaklanan kısıtlamaları değiştiremez¹¹⁹⁰. İkinci olarak yararlanan taşınmaz

¹¹⁸³ Bu eşyaya bağlı bir borçtur (Steinauer, 2007b, s. 232).

¹¹⁸⁴ Steinauer, 2007, C II, s. 142. Mecra irtifakının geçerli olarak doğabilmesi için, diğer koşulların varlığı yanında mecra irtifakı sözleşmesinin yasada öngörülen şekilde yapılmış olması gereklidir. Öte yandan, üstten geçen ve görünebilirlik ve aleniyet koşuluna sahip olan mecra irtifakının tapu siciline tescili olmaksızın da tesisi mümkündür. Ancak, bu durumda da mecra hakkı sözleşmesinin veya hakka neden oluşturan geçerli bir hukuki işlemin varlığı gereklidir (Yargıtay 14 HD. 2006/10869E.-2006/13321K. sayılı ve 17.11.2006 sayılı kararı).

¹¹⁸⁵ CCS md. 691/III ve TMK md. 744/III.

¹¹⁸⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 465.

¹¹⁸⁷ Bu ilke eski Kantonal Hukukta da yer almaktadır (Wieland, s. 475). Köprülü/Kaneti, s. 57; Akipek/Akıntürk, s. 649; Esener/Güven, s. 338.

¹¹⁸⁸ Steinauer, 2007b, s. 408.

¹¹⁸⁹ Akipek/Akıntürk, s. 657.

¹¹⁹⁰ Steinauer, 2007b, s. 409-410.

malikinin irtifak hakkından makul bir yararı olmalıdır¹¹⁹¹. Burada hukuki açıdan korunmaya değer bir yarar, irtifak hakkının kurulması bakımından yeterlidir¹¹⁹². Üçüncü ölçüte göre ise taşınmaz lehine irtifak hakkı, yüklü taşınmaz malikinin taşınmaz üzerindeki hakimiyetine ilişkin faaliyetlerini kısıtlayacak şekilde olamaz¹¹⁹³. Özellikle olumsuz irtifaklar bakımından bu ölçüt önem arz etmektedir. Söz konusu irtifak haklarında yüklü taşınmaz malikinin, kendi taşınmazını belirli şekillerde kullanmaktan kaçınması söz konusudur. Ancak malik, taşınmazın fiziksel durumunu ya da ekonomik değerini etkileyecek şekilde herhangi bir faaliyeti yerine getirmekten kaçınamaz¹¹⁹⁴. Son olarak irtifak hakkının asıl içeriğini bir yapma borcu oluşturamaz¹¹⁹⁵. Yapma borçları ancak bir yan yükümlülük olarak irtifak hakkına bağlanabilir.

Genel olarak taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğini, taşınmazdan yararlanma ya da taşınmazı kullanma oluşturmaktadır. Hakkın genel içeriği tapu sicilindeki kayda göre belirlenir¹¹⁹⁶. Bu kayıt geçit irtifakı, kaynak irtifakı gibi genel bir isimden ibarettir¹¹⁹⁷. Diğer bir anlatımla tescilde irtifak hakkının kapsamı, genel hatları ile ortaya koyulmaktadır. Bu sayede taşınmaz lehine irtifak hakkı ile hak sahibine verilen yetkiler de belirlenmiş olur. Taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin uyumsuzluk konusu olması halinde İsviçre Federal Mahkemesi, CCS md. 738'de¹¹⁹⁸ tespit edilen hiyerarşiden hareketle standart bir çözüm şekli

¹¹⁹¹ Piotet, s. 36; Steinauer, 2007b, s. 410.

¹¹⁹² Wieland, s. 478.

¹¹⁹³ ATF 108/1982 II 39=JdT 1985 I 190; 106/1980 II 315=JdT 1981 I 306 (naklen Steinauer, 1994., C. II, s. 302)

¹¹⁹⁴ Steinauer, 2007b, s. 411-412.

¹¹⁹⁵ Steinauer, 2007b, s. 412-413.

¹¹⁹⁶ TMK 787/I.

¹¹⁹⁷ Esener/Güven, s. 345.

¹¹⁹⁸ TMK'daki karşılığı md. 787/II.

belirlemiştir¹¹⁹⁹. Buna göre taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriği tescilin belirlediği sınırlar içinde yorumlanmalıdır. Ancak tescilde taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriği açık değilse ya da tam anlaşılamiyorsa, o takdirde hakim ilk önce tescilin dayanağı olan kazanma nedenine bakmalıdır. Kazanma nedeni ise güven prensibine uygun olarak yorumlanmalıdır¹²⁰⁰. Kazanma nedeninden de taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriği tespit edilemiyorsa, o halde irtifak hakkı uzun süreden beri davasız bir biçimde ve iyi niyetle ne şekilde kullanılmaktaysa ona göre içeriği belirlenmelidir¹²⁰¹.

İsviçre ve Türk Medeni Kanunu sistematüğinde yeni oluşan ihtiyaçlar nedeniyle yüklü taşınmaz üzerindeki yükün ağırlaştırılmayacağı açıkça düzenlenmiştir¹²⁰². Ağırlaşmadan kasıt, irtifak hakkının oluşturduğu yükte dikkate değer bir artıştır¹²⁰³. Ağırlaşmayı tespit edebilmek için öncelikle irtifak hakkı kurulduğu anda yararlanan taşınmaza sağladığı yarar ile mevcut yarar karşılaştırılmalıdır¹²⁰⁴. İrtifak hakkı kurulduğundaki taşınmazın durumu, kullanım şekli ve malikin ihtiyaçlarına göre artan ihtiyaçların olağan sayılıp sayılmaması, ağırlaşmanın tespitindeki ölçüttür¹²⁰⁵. İrtifak hakkının, hak kurulduğu anda taraflarca belirlenmiş olan amaçtan başka bir amaç için kullanılması da ağırlaşma olabilir¹²⁰⁶.

¹¹⁹⁹ ATF 5C.137/2004, cons 3.1; ATF 5C.282/2005, cons. 4.1; 131/2005 III 345/347=JdT 2005 I 567/569; 130/2004 III 554 /556 sv.=JdT 2004 I 245/247 sv.; 5C.240/2004, cons.2; 5C.199/2002, cons.3; 5C.82/2002, cons.3; 128/2002 III 169/172=JdT 2003 I 118/121; 5C.38/2001 cons.3d=RFJ 2002/53/54; 5C.107/2001, cons.5a; 5C.21/2001, cons.3c (naklen Steinauer, 2007c, s. 6, dipnot 20).

¹²⁰⁰ ATF 5C.137/2004, cons.3.1(naklen Steinauer, 2007c, s. 7, dipnot 24).

¹²⁰¹ Steinauer, 2007c, s. 7.

¹²⁰² CCS md 739; TMK md. 788.

¹²⁰³ Steinauer, 2007b, s. 452.

¹²⁰⁴ Steinauer, 20 07b,s. 452.

¹²⁰⁵ Akipek/Akıntürk, s. 658.

¹²⁰⁶ ATF 100/1974 II 105/118=JdT 1975 I 136/147 (naklen Steinauer, 2007b, s. 452, dipnot 61). İsviçre Federal Mahkemesi, domuz besiciliği yapılan yararlanan taşınmaz lehine bir geçit irtifakı kurulmuşken, zaman içerisinde yararlanan taşınmazdaki işlerin büyümesi nedeniyle yüklü taşınmazdaki geçit irtifakının kullanıldığı yoldan günde birkaç tane aracın daha geçmesini, irtifak hakkının ağırlaşması olarak değerlendirmemiştir. Zira bu durum, yüklü taşınmaz malikinin halen katlanabileceği kadardır (Steinauer, Steinauer, 2007c, s. 9).

Örneğin; geçit irtifakından yararlanan taşınmaz üzerinde bir villa varken söz konusu hak kurulmuş; ancak daha sonra villa yerine bir fabrika inşa edilmişse, o takdirde yüklü taşınmaz üzerindeki yük ağırlaşmış olacaktır. Zira geçit irtifakı, başlangıçta bir evin sakinleri tarafından daha az kullanılmaktayken fabrikanın işletilmesiyle birlikte daha fazla kişi tarafından ve çok daha sık kullanılmaya başlanmıştır¹²⁰⁷. Bu emredici bir kural değildir, dolayısıyla irtifak hakkı sahibi ve yüklü taşınmaz maliki açıkça ya da zımnen irtifak hakkının yeni koşullara uyarlanması yönünde anlaşabilir¹²⁰⁸. Yükü ağırlaştırıcı durumun kalıcı olması halinde, örneğin; lehine geçit irtifakı kurulmuş bulunan taşınmaz üzerinde sinema inşa edilmesi halinde, irtifak hakkının yeni koşullara uyarlanması söz konusu olabilir¹²⁰⁹. O takdirde fedakarlığın denkleştirilmesi yoluyla, uygun bir tazminat karşılığında irtifak hakkının devamlılığı sağlanabilir¹²¹⁰.

VI- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARININ KAZANILMASI

İsviçre ve Türk Hukukunda kural, taşınmaz lehine irtifak haklarının tescille kazanılmasıdır¹²¹¹. Diğer bir anlatımla tescil kurucu etkiyi haizdir¹²¹². Aksi öngörülmedikçe taşınmaz lehine irtifak haklarının kazanılmasında, taşınmaz

¹²⁰⁷ ATF 117/1991 II 536=DC 1993 51 (naklen Steinauer, 2007b, s. 452).

¹²⁰⁸ Steinauer, 2007b, s. 452.

¹²⁰⁹ Esener/Güven, s. 350-351.

¹²¹⁰ Esener/Güven, s. 351.

¹²¹¹ CCS md. 731/I ve TMK md. 780/I. İnşaat yapmama ya da manzara kapatmama gibi olumsuz irtifak haklarının kurulması mümkündür. Ancak resmi şekilde yapılmış irtifak hakkı sözleşmesine dayanarak, yüklü taşınmaz malikinden borcunu yerine getirmesini isteyebilmek için irtifak hakkının kütük sayfasında ayrılan özel sütuna tescili zorunludur. Tescil sağlanıp, irtifak hakkı herkese karşı ileri sürülebilir hale gelmeden bu hakka dayanarak, taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını kullanırken söz konusu hakkının sınırlandırılması mümkün değildir (Yargıtay 14. HD. 2007/12924E.-2007/14519K. sayılı ve 19.11.2007 tarihli kararı).

¹²¹² Köprülü/Kaneti, s. 61.

mülkiyetinin kazanılması hakkındaki hükümler uygulanır¹²¹³. Buna göre tescille kazanma için geçerli bir kazanma nedeni, tescil talebi¹²¹⁴ ve tescil¹²¹⁵ gereklidir. Geçerli kazanma nedeninde, taşınmaz malikine bir taşınmaz lehine irtifak hakkı kurma borcu yükleyen hukuki bir işlem söz konusudur¹²¹⁶. Bu hukuki işlem, irtifak hakkını kuran bir sözleşme¹²¹⁷ ya da vasiyetname¹²¹⁸ olabileceği gibi kamulaştırma işlemi de olabilir¹²¹⁹. İrtifak sözleşmesi resmi şekle bağlıdır¹²²⁰ ve buna göre resmi senedin tapu memurunca düzenlenmesi gerekir¹²²¹. Usulüne uygun bir taşınmaz satım sözleşmesinde, satılan taşınmaz üzerinde satıcının bir başka taşınmazı lehine irtifak hakkı kurulacağına dair hüküm bulunması halinde *deductio servitutibus* şeklinde irtifak hakkı kurulmuş olur¹²²². Ayrıca satıcının kendi taşınmazı üzerinde sattığı diğer taşınmaz lehine irtifak hakkı kuracağına dair hüküm bulunması halinde, taşınmazın ayrıca irtifak hakkı ile (*additis servitutibus*) satılmış olduğu ifade edilir¹²²³. Taşınmaz lehine irtifak hakkını kuran sözleşmede yüklü ve yararlanan

¹²¹³ CCS md. 731/II; TMK md. 780.

¹²¹⁴ Tescil talebi yazılı olmalıdır TMK md. 1013.

¹²¹⁵ CCS md. 968 ve TMK md. 1018 uyarınca taşınmaz lehine irtifakların tescil ve terkinin hem yüklü hem de yararlanan taşınmazların sayfalarına kaydedilir. Ancak öğretilerde, taşınmaz lehine irtifak hakkının yüklü taşınmazın sayfasına yapılmasının kurucu etkiyi haiz olduğu; yararlanan taşınmazın sayfasındaki tescilin beyan hükmünde olduğu benimsenmiştir (Steinauer, 2007b, s. 420; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 616-617; Akipek/Akıntürk, s. 652; Esener/Güven, s. 341).

¹²¹⁶ Köprülü/Kaneti, s. 58; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 616.

¹²¹⁷ Steinauer, 2007b, s. 416.

¹²¹⁸ Steinauer, 2007b, s. 419.

¹²¹⁹ Yargıtay HGK 2004/5-749E.-2005/44K. sayılı ve 9.2.2005 tarihli kararı; Yargıtay HGK 2008/18-316E.-2008/331K. sayılı ve 16.04.2008 tarihli kararı. Tapuda Kayıtlı olmayan taşınmazın kamulaştırmayı yapan idare adına tescili yasa düzenlenmiştir. Söz konusu yasa irtifak hakkının tesisi bakımından da uygulama alanı bulur. İrtifak hakkının tapuya tescil edilebilmesi için taşınmazın tapuya kayıtlı olması zorunludur. İrtifakla ilgili kamulaştırma, taşınmazın zemininin mülkiyetine ilişkin bulunmadığından idarenin zilyet adına hareketle mülkiyeti tapu siciline onun lehine tescil ettirip, üzerine irtifak hakkı tesisi imkanı da yoktur (Yargıtay 18 HD. 2004/4406E.-2004/5461K. sayılı ve 28.06.2004 tarihli kararı).

¹²²⁰ 1907 İsviçre yasa koyucusu, irtifak hakkı kurulmasını kolaylaştırmak açısından irtifak sözleşmesinde yazılı şekli yeterli görmekteydi. 1 Ocak 2012'de yürürlüğe giren 11 Aralık 2009 tarih FF 2007/4845 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle resmi şekil öngörülmüştür (Steinauer, 2007b, s. 418).

¹²²¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 616; Akipek/Akıntürk, s. 651.

¹²²² ATF 93/1967 II 185=JdT 1968 I 191; ATF 122/1996 III 150/158=JdT 1997 I 665/672 (naklen Steinauer, 2007b,s. 416).

¹²²³ Steinauer, 2007b, s. 416.

taşınmaz açık bir biçimde belirtilmeli; yüklü taşınmaz üzerindeki yük, diğer bir anlatımla irtifak hakkının içeriği, tüm unsurları ile tespit edilmelidir¹²²⁴. Eğer yüklü taşınmaz maliki bir yan yükümlülük altına sokulmuşsa, sözleşmede söz konusu yükümlülük açıkça tarif edilmelidir¹²²⁵. Malikin kendi taşınmazı lehine malik olduğu diğer bir taşınmazı üzerinde irtifak hakkı kurması halinde, tescil talebi ve tescil yeterlidir¹²²⁶.

Tescil dışında mahkeme kararıyla ya da kazandırıcı zamanaşımı yoluyla taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulabilir. İrtifak hakkı kurma borcu doğuran geçerli bir kazanma sebebine rağmen yüklü taşınmaz maliki borcunu yerine getirmiyorsa, diğer bir anlatımla tescil gerçekleşmediyse, irtifak hakkı sahibi mahkemeden kendi lehine irtifak hakkının kurulmasını talep edebilir¹²²⁷. Bu durumda mahkeme kararı ile irtifak hakkı kurulmuş olur ve tescilin işlevi kurucu değil açıklayıcıdır¹²²⁸.

Taşınmaz lehine irtifak hakkının olağan zamanaşımı ile kazanılması, mülkiyetinin bu yolla kazanılması mümkün olan taşınmazlarda¹²²⁹ söz konusudur¹²³⁰. Dolayısıyla adına yolsuz tescil yapılan irtifak hakkı sahibi olarak görünen kişi, gerek olumlu irtifaklar bakımından gerekse olumsuz irtifaklar bakımından, irtifak hakkını davasız, aralıksız ve iyiniyetle on yıl süre ile irtifak hakkı sahibi olarak kullanırsa, irtifak hakkını kazanır¹²³¹. Yolsuz tescil durumunda, yüklü taşınmaz maliki, kural olarak, *actio negatoria* yani el atmanın önlenmesi davası yoluyla mülkiyet hakkına

¹²²⁴ Steinauer, 2007b, s. 416-417; Akipek/Akıntürk, s. 651.

¹²²⁵ Steinauer, 2007b, s. 417; Piotet, s. 40.

¹²²⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 616.

¹²²⁷ Steinauer, 2007b, s. 427

¹²²⁸ Köprülü/Kaneti, s. 64; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 618; Aybay/Hatemi, s.258.

¹²²⁹ Taşınmazın tapuya kayıtlı olması gereklidir (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 347).

¹²³⁰ CCS 731/III; TMK md. 780/III.

¹²³¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 639; Akipek/Akıntürk, s. 653; Esener/Güven, s. 343.

yapılan saldırıya son verilmesini ya da tescilin düzeltilmesi davası yoluyla taşınmaz lehine irtifak hakkının terkinini talep edebilecektir¹²³². Ancak söz konusu davalar ile yolsuz tescil düzeltilmediyse ya da irtifak hakkı terkin edilmediyse olağan zamanaşımı yolu ile irtifak hakkı kazanılabilecektir. Dolayısıyla taşınmaz lehine irtifak hakkının bu yolla kazanılabilmesi için on yıllık süre içinde davasız ve aralıksız kullanılması gerekmektedir¹²³³. Burada taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanılması, zilyetlik olarak değerlendirilmektedir¹²³⁴. Olumlu bir irtifak hakkının kullanımı, olumlu bir faaliyetle gerçekleştiğinden söz konusu faaliyetin sürdürülmesi yeterlidir¹²³⁵. Olumsuz irtifaklar bakımından ise yüklü taşınmaz malikinin, on yıllık süre içerisinde irtifak hakkına aykırı hareket etmemiş olması halinde, irtifak hakkı kullanılmış olmaktadır. Bu sayede zilyetlik koşulu sağlanmış olur¹²³⁶. Örneğin; binayı yükseltmeme irtifakında, yüklü taşınmaz maliki on yıllık süre içinde binayı yükseltmemişse irtifak hakkı sahibi bu sayede irtifak hakkını kullanmış olmaktadır. İrtifak hakkını kullanan kişi, on yıllık sürenin tamamında iyiniyetli ise on yılın sonunda tescil geriye etkili hüküm ve sonuç doğuracaktır¹²³⁷.

İsviçre ve Türk Hukukunda taşınmaz lehine irtifak hakkının olağanüstü zamanaşımı ile kazanılabilmesi için taşınmaz, tapu sicilinde tescilli olmamalı ya da tapuda adına tescil yapılmış olan kişi ölmüş ya da hakkında gaiplik kararı verilmiş olmalıdır¹²³⁸. İsviçre Hukukunda, taşınmaz lehine irtifak hakkının davasız ve

¹²³² Steinauer, 2007b, s. 423.

¹²³³ Akipek/Akıntürk, s. 653.

¹²³⁴ Steinauer, 2007b, s. 423.

¹²³⁵ Steinauer, 2007b, s. 423.

¹²³⁶ Steinauer, 2007b, s. 423.

¹²³⁷ Steinauer, 2007b, s. 424.

¹²³⁸ CCS md. 662; TMK md. 713.

aralıksız otuz yıl fiilen kullanılması gerekmektedir¹²³⁹. Ancak bu kazanma yolunda taşınmaz lehine irtifak hakkının iyiniyetle kullanılması koşulu aranmaz¹²⁴⁰. Tüm koşulların sağlanması halinde taşınmaz lehine irtifak hakkının tapuya tescili mahkemedен talep edilebilir¹²⁴¹. Türk Hukukunda ise olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılmaya elverişli bir taşınmaz üzerinde davasız, aralıksız yirmi yıl süreyle irtifak hakkını fiilen kullanan kişi, mahkemedен söz konusu taşınmazda kullanmakta olduğu irtifak hakkının tescilini talep edebilir¹²⁴². Olağanüstü zamanaşımı ile kazanma, geriye etkili sonuç doğurur¹²⁴³.

VII- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARININ HÜKÜMLERİ

A-İrtifak Hakkının Kullanımına İlişkin Hükümler

Taşınmaz lehine irtifak hakkı sahibine, yüklü taşınmaz üzerinde sınırlı bir amaç için doğrudan bir hakimiyet sağlar¹²⁴⁴. Taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanılmasına ilişkin yetki ve yükümlülükler, genel olarak irtifak hakkının içeriğine göre belirlenir. Kanunda ise aşağıda ele alınan birtakım soyut esaslar koyulmuştur, bu soyut esaslar her somut olayda dikkate alınacaktır¹²⁴⁵.

¹²³⁹ Taşınmaz lehine irtifak hakkının aralıksız kullanılması ile ilgili olağan zamanaşımına ilişkin açıklamalar burada da geçerlidir.

¹²⁴⁰ Steinauer, 2007b, s. 425.

¹²⁴¹ Steinauer, 2007b, s. 425.

¹²⁴² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 640. Davacının rıza ve izni olmaksızın bu yerde teleferik sisteminin kurulması ve kullanılması mülkiyet hakkına elatmanın önlenilmesi mahiyetinde olsa da davalının teleferik sistemini geçirmek suretiyle irtifak hakkını kazandığı da kabul edilmelidir. İrtifak hakkının kurulması için tapu kütüğüne tescil şart olmakla birlikte irtifak hakkının zamanaşımı yoluyla kazanılması, ancak mülkiyetin bu yolda elde edilebilecek taşınmazlarda mümkündür. Davada, davalı bu yerden teleferik sistemi kurmak suretiyle yararlandığını ve davacıya zarar vermediğini ileri sürdüğüne göre olağanüstü zamanaşımı yoluyla irtifak hakkının kazanılmasına ilişkin koşulların davalı yararına oluşup oluşmadığının belirlenmesi gerekir (Yargıtay 8. HD 2006/2191E-2006/2690K. sayılı ve 20.04.2006 sayılı kararı).

¹²⁴³ TMK md. 713/V kıyasen (Esener/Güven, s. 344).

¹²⁴⁴ Steinauer 2007b, s.441.

¹²⁴⁵ Aybay/Hatemi, s. 260.

1- İrtifak Hakkı Sahibinin Yetkileri

İrtifak hakkı sahibi, irtifak hakkının korunması ve kullanılması için gerekli olan bütün önlemleri alabilir¹²⁴⁶. Diğer bir anlatımla irtifak hakkını kullanabilmesi için gerekli fiil ve işlemler hak sahibinin yetkisindedir¹²⁴⁷. Bu yetkinin, irtifak hakkı sahibinin hakkını kullanması için gerekli olduğu kabul edilir¹²⁴⁸. Söz konusu fiil ve işlemler, irtifak hakkının içeriğine göre belirlenmektedir. Dolayısıyla hak sahibi, irtifak hakkını kullanabilmek için gerekli tesisleri yapma, bu tesislerin bakım ve onarımını yapma ve yüklü taşınmazın irtifak hakkının kullanımına elverişli durumda kalmasını sağlama yetkilerine sahip olacaktır¹²⁴⁹. Örneğin; su yolu irtifakının kullanımını ancak bir boru ya da kanalla mümkün olabiliyorsa, o durumda hak sahibi irtifak hakkını kullanabilmek için yüklü taşınmazda kanal ya da boru inşasını gerçekleştirecek ve söz konusu boru ya da kanalın korunması için gerekli önlemleri alabilecektir.

2- İrtifak Hakkı Sahibinin Yükümlülükleri

İrtifak hakkı sahibi, yüklü taşınmaz malikine en az zarar verecek şekilde hakkını kullanmalıdır¹²⁵⁰. Öncelikle dürüstlük kuralı gereğince irtifak hakkı sahibi, hakkını kullanırken yüklü taşınmaz malikinin menfaatlerini dikkate almalıdır¹²⁵¹. Yüklü taşınmaz maliki, irtifak hakkı sahibine irtifak hakkının tüm içeriğiyle kullanılmasına izin vermelidir; ancak aşırı kullanım nedeniyle irtifak hakkının amacı

¹²⁴⁶ CCS md. 737/I; TMK md. 786/I.

¹²⁴⁷ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 709; Akipek/Akıntürk, s. 655.

¹²⁴⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 651.

¹²⁴⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 651.

¹²⁵⁰ CCS md. 737/II; TMK md. 786/I.

¹²⁵¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 651.

aşılıyorsa yüklü taşınmaz maliki, fazla yükü kabullenmeye zorlanamaz¹²⁵². O nedenle irtifak hakkının amacı ile yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkı arasında bir denge sağlanmalıdır. Bundan kasıt, irtifak hakkının kullanılması sırasında yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkı üzerindeki baskının daha fazla artırılmamasıdır. Taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriği ve amacı bu baskının sınırını oluşturmalıdır ve yüklü taşınmaz malikinden daha fazlasına katlanması beklenemez. Dolayısıyla irtifak hakkı sahibi, birden fazla olanağı varsa, yüklü taşınmaz malikine en az zarar verecek şekilde irtifak hakkını kullanma olanağını tercih etmelidir¹²⁵³. İrtifak hakkının kullanılması, irtifakın amaç ve sınırlarını aşarsa yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkına saldırılmış olur¹²⁵⁴. Bu durumda yüklü taşınmaz maliki el atmanın önlenmesi davasına başvurabilir. Koşulları varsa haksız fiil hükümleri de uygulama alanı bulur.

Yüklü taşınmaz üzerindeki diğer hak sahiplerinin menfaatleri de hakkını kullanırken irtifak hakkı sahibi tarafından gözetilmelidir¹²⁵⁵.

İrtifak hakkının kullanılması için gerekli tesislerin bakım onarım ve yenilenmesi, irtifak hakkı sahibinin yükümlülüğündedir¹²⁵⁶. Taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanımı için yüklü taşınmaz üzerinde bir tesise ihtiyaç duyulabilir. Bu tesisin, irtifak hakkının kullanımına elverişli halde bulundurulması gerekmektedir. Buna ilişkin yükümlülüğün irtifak hakkı sahibi ya da yüklü taşınmaz malikinin hangisine ait olacağı, taşınmaz lehine irtifak hakkını kazanma nedeninden

¹²⁵² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 651.

¹²⁵³ Steinauer, 2007b, s. 446; Köprülü/Kaneti, s. 81; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 802.

¹²⁵⁴ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 803.

¹²⁵⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 652.

¹²⁵⁶ CCS md. 741/I; TMK md. 790.

anlaşılabilir. Diğer bir anlatımla taraflar, söz konusu yükümlülüğün hangi tarafa ait olacağını kararlaştırabilir. Ancak kazanma nedeninde belirlenmemişse, irtifak hakkının kullanımı için gerekli olan tesisin hakkın kullanımı için elverişli halde bulundurulması yükümlülüğü, söz konusu tesisten yüklü taşınmaz malikinin de yararlanıp yararlanmamasına göre belirlenir. Buna göre tesis yalnızca irtifak hakkı sahibi tarafından kullanılıyorsa bakım ve onarım yükümlülüğü irtifak hakkı sahibine aittir¹²⁵⁷. Bu durum, irtifak hakkının yüklü taşınmaz malikine bir yapma edimi yükleyememesinin bir sonucudur. İrtifak hakkı sahibinin bu yükümlülüğü eşyaya bağlı bir borçtur¹²⁵⁸.

B- Yüklü Taşınmaz Malikine İlişkin Hükümler

1- Yüklü Taşınmaz Malikinin Yetkileri

Kural olarak taşınmazın tümü irtifak hakkı ile yüküdür. Ancak taşınmazda irtifak hakkının kullanımı irtifak hakkına göre değişiklik gösterir. Örneğin; manzara irtifakı gibi bazı irtifaklar taşınmazın tamamı üzerinde kullanılmaktayken, su yolu irtifakı gibi bazı irtifaklar taşınmazın belirli bir kısmında kullanılmaktadır. Taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulması sırasında irtifak hakkının taşınmazın hangi kısmında kullanılacağı tarif edilebilir ve irtifak hakkının kullanılacağı yer Tapu Kütüğünde belirtilebilir¹²⁵⁹. Ancak böyle bir belirleme yapılmamışsa, o takdirde

¹²⁵⁷ TMK md. 790/I.

¹²⁵⁸ Steinauer, 2007b, s. 444.

¹²⁵⁹ CCS md. 732/II; TMK md. 791/II. Dava konusu taşınmaz lehine irtifak hakkının geçtiği güzergah belirtilerek tesis edildiği, tescil evrakları ekinden anlaşılmaktadır. Mahkemece taşınmazda keşif yapılarak, davalının iddia ettiği üzere enerji nakil hattı yer altına alınmış ise bunun yerinin saptanması, tescile konu güzergahta değilse ve davacının mülkiyet hakkı kapsamında kalıyorsa irtifak hakkının sağladığı yarar devam ettiğinden irtifak hakkının nakil hattının geçtiği yere taşınmasına karar verilmelidir. Eğer irtifak hakkına konu hat, mülkiyet sınırları dışına çıkarılmış ise terkin kararı verilmelidir (Yargıtay 14.HD. 2011/4518E.-2011-6179K. sayılı ve 05.05.2011 tarihli kararı).

taşınmaz lehine irtifak hakkının uzun süreli ve iyiniyetle kullanıldığı yer dikkate alınır¹²⁶⁰.

Taşınmaz lehine irtifak hakkının taşınmazın belirli bir kısmında kullanılması halinde, bu yerin değiştirilmesinin talep edilmesi mümkündür¹²⁶¹. Diğer bir anlatımla, taşınmazın belirli bir kısmında kullanılabilen su geçirme gibi irtifaklar bakımından yer değişikliği talep edilebilir. Manzara irtifakı gibi taşınmazın tamamı üzerinde kullanılan irtifakların yerinin değiştirilmesi talep edilemez¹²⁶². Söz konusu talebin yüklü taşınmaz maliki tarafından talep edilebileceği, Kanundaki düzenlemeden açıkça anlaşılmaktadır. Doktrinde ise irtifak hakkı sahibinin de yer değişikliğini talep edebileceği ileri sürülmektedir¹²⁶³. Kanundaki düzenlemenin lafzından hareketle yüklü taşınmaz maliki, yer değiştirme masraflarına katlanmak suretiyle bu talebi ileri sürebilecektir. İrtifak hakkı sahibi, yüklü taşınmaz malikinin talebini kabul ederse ya da fiilen yer değişikliğini yaparsa anlaşma yoluyla yer değişikliği gerçekleşmiş olacaktır. Ancak tarafların anlaşma sağlayamaması halinde, mahkemeden yer değişikliği talep edilecektir¹²⁶⁴.

¹²⁶⁰ TMK 787 kıyasen.

¹²⁶¹ CCS md.742; TMK md. 791. Davacı, maliki olduğu taşınmaz üzerinde hükmen tesis edilen geçit hakkının terkini ve yeniden tesisi isteğinde bulunmuştur. Geçit hakkı kurulduktan sonra, tarafların yararına olarak, irtifak yerinin değiştirilmesi mümkündür. Kurulan irtifak hakkının kullanılmasında tarafların hak ve yükümlülüklerine birtakım sınırlandırmalar getirilmiştir. 11 parsel sayılı taşınmazın 9 parsel ile tevhidî 2 parselin birlikte kullanılması sonucunu ortaya çıkarmıştır. Bu durumda yükümlü taşınmaz maliki açısından değişen bir durum söz konusudur. Tevhid ile geçit güzergahı taşınmazın kullanım bütünlüğünü bozar hale gelmiştir. Davacının taşınmazını tahsis edildiği amacına uygun olarak kullanmasını sağlamak amacıyla mahkeme gerekli incelemeyi yapmak durumundadır. Gerçekten, yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkı yasanın gösterdiği sınırları aşacak şekilde kısıtlanmış ise, yararlanan taşınmaz malikinin bu değişikliğe karşı çıkması hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğurur (Yargıtay 14. HD. 2007/6715E.-2007/8327K. sayılı ve 26.06.2007 tarihli kararı).

¹²⁶² Gürsoy/Eren/Cansel, s. 804.

¹²⁶³ Bu durumda talep sahibi yer değiştirme masraflarına da katlanmak durumundadır (ayrıntılı bilgi için bkz. Esener/Güven, s. 348-349).

¹²⁶⁴ Steinauer, 2007b, s. 459.

Bu durumda öncelikle, yüklü taşınmaz malikinin yer değişikliğinde korunmaya değer bir menfaati bulunmalıdır¹²⁶⁵. Bu menfaat, ekonomik olabileceği gibi estetik kaygılar gibi manevi bir menfaat de olabilir¹²⁶⁶. Ayrıca irtifakın yerinin değiştirilmesi, irtifak hakkının kullanımını zorlaştırmamalıdır. Dolayısıyla irtifak hakkının kullanıldığı yerin değiştirilmesi irtifak hakkı sahibini zarara uğratmamalı ve yeni yer önceki yer kadar irtifak hakkının kullanımına elverişli olmalıdır¹²⁶⁷. Ancak yüklü taşınmaz malikinin, yer değiştirmeden çok büyük bir yarar sağlaması söz konusu ise irtifak hakkı sahibinin zararının nispeten daha az olması ve bu zararın karşılanması koşuluyla da yer değişikliği mümkün olabilecektir¹²⁶⁸.

Taşınmaz lehine irtifak hakkından sağlanan yararın tamamen yok olması halinde, yüklü taşınmaz maliki irtifak hakkının terkinini mahkemeden talep edebilir¹²⁶⁹. Söz konusu talep yüklü taşınmaz malikinin yetkisindedir ve yalnızca irtifak hakkı sahibine değil; taşınmaz lehine irtifak hakkından yarar sağlayan (örneğin; rehinli alacak sahibi) herkese yöneltilir. Diğer bir anlatımla, taşınmaz lehine irtifak hakkının terkinin halinde rızalarına ihtiyaç duyulan kişilere karşı da bu dava açılabilir¹²⁷⁰. İsviçre ve Türk Hukukunda subjektif yarar ölçütü kabul edildiğinden, yararlanan taşınmaz malikinin taşınmaz lehine irtifak hakkından¹²⁷¹ makul bir yararı¹²⁷² kalmamışsa terkin talep edilebilecektir. Kural olarak, irtifak hakkı sahibinin taşınmaz lehine irtifak hakkından yararının, kesin olarak ortadan

¹²⁶⁵ Steinauer, 2007b, s. 457.

¹²⁶⁶ Steinauer, 2007b, s. 458.

¹²⁶⁷ Steinauer, 2007b, s. 458; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 653.

¹²⁶⁸ Wieland, s. 519.

¹²⁶⁹ CCS md. 736; TMK md.n 785.

¹²⁷⁰ Steinauer, 2007b, s. 439.

¹²⁷¹ ATF 114/1988 II 426=JdT 1989 I 640; 91/1965 II 190=JdT 1966 I 255 (naklen Steinauer, 1994, s.322).

¹²⁷² ATF 89/1963 II 370/383=JdT 1964 I 529/536 (Steinauer, 2007b, s. 436).

kalkması gerekmektedir. İleride taşınmaz lehine irtifak hakkından yarar sağlaması öngörülebiliyorsa, taşınmaz lehine irtifak hakkı muhafaza edilecektir¹²⁷³. Burada soyut bir olasılıktan bahsedilmez; aksine somut bir ihtimal olmalıdır¹²⁷⁴. Son olarak taşınmaz lehine irtifak hakkından sağlanan yarar bakımından, taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriği ve kurulma amacı dikkate alınmalıdır¹²⁷⁵. Örneğin; yararlanan taşınmazda inşaat yapmak için geçit irtifakı kurulmuşsa, söz konusu inşaatın tamamlanması ile geçit irtifakından elde edilen yarar sona ermektedir. Bu koşullar altında yüklü taşınmaz maliki, hiçbir tazminat ödemeksizin irtifak hakkının terkinini talep eder¹²⁷⁶. Mahkemenin terkin yönünde vereceği kararı, açıklayıcı etkiyi haizdir¹²⁷⁷.

Taşınmaz lehine irtifak hakkının yararlanan taşınmaza sağladığı yarar ile yüklü taşınmaz üzerindeki yük arasında bir oransızlık varsa, o durumda bedel karşılığı kısmen ya da tamamen taşınmaz lehine irtifak hakkının terkinini mahkemeden talep edilebilir¹²⁷⁸. Burada yüklü taşınmaz üzerindeki yükün, taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulduktan sonra ağırlaşmış olması gerekir¹²⁷⁹. İrtifak hakkı sahibinin taşınmaz lehine irtifak hakkından sağladığı yarar, yüklü taşınmaz üzerindeki yüke oranla azalmış olmalıdır¹²⁸⁰. İsviçre Federal Mahkemesi, yüklü taşınmaz üzerindeki yükün ağırlaşması hali ile irtifak hakkı sahibinin taşınmaz lehine irtifak hakkından sağladığı yararın azalması halinde dengenin bozulması arasında fark

¹²⁷³ Geçit irtifakı kullanılmamakla beraber, geçilen yolun yerinin değiştirilmesi halinde yararlanan taşınmaz malikine yarar sağlayacağını tespiti halinde taşınmaz lehine irtifak hakkı muhafaza edilmelidir [ATF 81/1955 II 189=JdT 1956 I 11 (naklen Steinauer, 1994, s. 322)].

¹²⁷⁴ ATF 130/2004 III 393=JdT 2004 175 (naklen Steinauer, 2007b, s. 437).

¹²⁷⁵ Steinauer, 2007b, s. 437; Akipek/Akıntürk, s. 663.

¹²⁷⁶ Steinauer, 2007b, s. 438.

¹²⁷⁷ Steinauer, 2007b, s. 438.

¹²⁷⁸ CCS md. 736/II; TMK md. 785/II.

¹²⁷⁹ Steinauer, 2007b, s. 439.

¹²⁸⁰ Steinauer, 2007b, s. 439.

gözetmemektedir¹²⁸¹. Dolayısıyla yük ve yarar arasındaki denge, irtifak hakkı kurulduktan sonra önemli oranda bozulmuşsa terkin talep edilebilecektir¹²⁸². Bu durumda irtifak hakkı sahibine terkin nedeniyle bir bedel ödenmelidir. Söz konusu bedel, irtifak hakkı sahibinin terkin nedeniyle doğacak zararı dikkate alınarak tespit edilmelidir¹²⁸³.

2- Yüklü Taşınmaz Malikinin Yükümlülükleri

Yüklü taşınmaz maliki, kendi mülkiyetine yapılan ve irtifak hakkının kullanılması için gerekli olan müdahalelere katlanmak zorundadır¹²⁸⁴.

Yüklü taşınmaz maliki, irtifak hakkının kullanımını engelleyecek ya da zorlaştıracak davranışlardan kaçınmalıdır¹²⁸⁵. İrtifak hakkına müdahale bakımından, yüklü taşınmaz maliki ile üçüncü kişi arasında bir fark gözetilmemiştir¹²⁸⁶. İrtifak hakkına yüklü taşınmaz malikinın müdahalesi halinde irtifak hakkı sahibi zilyetliğin sağladığı fiili ve hukuki korumadan yararlanacaktır.

Taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanımı bir tesise ihtiyaç duyuyorsa ve bu tesis yüklü taşınmaz maliki tarafından da kullanılıyorsa, yüklü taşınmaz maliki söz konusu tesisin bakım ve onarım masraflarına katılmak durumundadır¹²⁸⁷. Kanundaki

¹²⁸¹ Federal Mahkeme içtihadını bu yönde değiştirmiştir [107/1981 II 331= JdT 1982 I 118 (naklen Steinauer, 1994,s. 324)].

¹²⁸² Bunun için yükün ağırlaşması durumu, yüklü taşınmaz malikine atfedilmemelidir [107/1981 II 331= JdT 1982 I 118 (naklen Steinauer, 1994,s. 324)].

¹²⁸³ Piotet, s. 61; Steinauer, 2007b, s. 440. Yükten kurtulması nedeniyle yüklü taşınmaz malikinın elde ettiği yarar dikkate alınmaz (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 625).

¹²⁸⁴ Steinauer, 2007b, s. 446.

¹²⁸⁵ TMK md. 786/II.

¹²⁸⁶ Steinauer, 2007b, s.441; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 810.

¹²⁸⁷ CCS md. 741/II; TMK md. 790.

bu düzenleme emredici değildir. Zira taraflar aksine sözleşme yapabilirler. Ancak 11 Aralık 2009 tarih FF 2007/4845 sayılı yasa ile ve 1 Ocak 2012’de yürürlüğe girmek üzere CCS 741. maddesinde yapılan değişikle, tarafların bu konudaki farklı çözümü, resmi şekilde yapılan irtifak sözleşmesi kapsamında belirtilmedikçe, yüklü ya da yararlanan taşınmazın sonraki maliklerine karşı ileri sürülemez¹²⁸⁸.

VIII- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARININ KORUNMASI

İsviçre Hukukunda taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanımı haksız bir şekilde engellenir ya da zorlaştırılırsa irtifak hakkı sahibi, irtifak hakkı talebiyle *action confessoire*¹²⁸⁹ olarak anılan davayı açabilir¹²⁹⁰. Bu davanın pasif tarafı yüklü taşınmaz maliki veya yüklü taşınmaz üzerinde aynı hak sahibi ya da taşınmazın zilyedi de olabileceği gibi üçüncü bir kişi de olabilir¹²⁹¹. Dolayısıyla bu dava genel olarak irtifak hakkının kullanımına haksız müdahale eden kişiye karşı açılacaktır¹²⁹². Ayrıca söz konusu haksız müdahaleyi kışkırtan ya da buna göz yuman kişilere karşı da açılabileceği kabul edilmektedir¹²⁹³. Bu dava kapsamında, taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanılmasını engelleyen müdahalenin ortadan kaldırılması talep edilebileceği gibi irtifak hakkına engel teşkil edecek gelecek müdahalelerin yasaklanması da talep edilebilir¹²⁹⁴.

¹²⁸⁸ Steinauer, 2007b, s. 445.

¹²⁸⁹ Mülkiyet hakkı bakımından *action negatoire* yani el atmanın önlenmesi davasına benzemektedir (Steinauer, 2007b, s. 456).

¹²⁹⁰ Piotet, s. 73.

¹²⁹¹ Piotet, s. 73.

¹²⁹² ATF 83/1957 II 201=JdT 1958 I 108 (naklen Steinauer, 2007b, s. 456). İrtifak hakkı sahibi tarafından füzuli işgalciye karşı açılan el atmanın önlenmesi davasının pay sahiplerine yöneltilmesine gerek yoktur (Yargıtay HGK 2006/14-454E.-2006/459K. sayılı ve 21.06.2006 tarihli kararı).

¹²⁹³ Piotet, s. 73.

¹²⁹⁴ Dava kapsamında irtifak hakkına rağmen inşa edilmiş yapının yıkılması talep edilebilir [(ATF 88/1962 II 331=JdT 1963 I 277 ve 83 (naklen Steinauer, 1994,s. 336)].

Buna karşılık irtifak hakkının içeriğini aşan bir kullanım olması ya da taşınmaz üzerindeki yükün irtifak hakkı kurulmasından sonra ağırlaşması halinde yüklü taşınmaz maliki, *action negatoire* yani el atmanın önlenmesi davası açabilecektir¹²⁹⁵.

Taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanımı tamamen engellenmişse, örneğin; geçit irtifakı bakımından gerekli olan yolun açılmasının ya da su geçirme irtifakı bakımından gerekli kanalın yapımının yüklü taşınmaz maliki tarafından reddedilmesi halinde, taşınmaz lehine irtifak hakkı sahibi istihkak davası açabilecektir¹²⁹⁶.

Türk Medeni Kanununda taşınmaz lehine irtifak haklarının korunması ile ilgili özel hükümler yer almamaktadır¹²⁹⁷. Bu konuda mülkiyete ilişkin kurallar kıyas yoluyla uygulama alanı bulur¹²⁹⁸. Taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanılmasının engellenmesi halinde el atmanın önlenmesi davası açılabilir¹²⁹⁹. Hak sahibi, bu davayı hakkını kullanmasına engel olan herkese karşı açabilir¹³⁰⁰. Dava kapsamında devam eden bir saldırının durdurulması istenebileceği gibi bir saldırı tehlikesinin

¹²⁹⁵ Steinauer, 2007b, s. 454.

¹²⁹⁶ Steinauer, 2007b, s. 455.

¹²⁹⁷ Köprülü/Kaneti, s. 46; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 631.

¹²⁹⁸ Köprülü/Kaneti, s. 46; Akipek/Akıntürk, s. 633.

¹²⁹⁹ Köprülü/Kaneti, s. 46; Akipek/Akıntürk, s. 634. İrtifak hakkına dayalı el atmanın önlenmesi istemine ilişkin davada, davacının irtifak hakkına dayanarak davalının elatmasının önlenmesini isteyebilmesi için irtifak hakkının kurulmasına ilişkin sözleşme bulunması ve irtifak hakkının tapu kütüğüne tescili gerekir. Yasanın aradığı yönleme uygun irtifak hakkı kurulmadan, buna dayanarak talepte bulunmak olanaklı olmadığından, mahkemece davanın reddi gerekir (Yargıtay 14 HD 2006/11815E.-2006/13490K. sayılı ve 20.11.2006 tarihli kararı).

¹³⁰⁰ Davacı, irtifak hakkı sahibi olduğu taşınmaz üzerinde davalının tehlikeli ve irtifak hakkını ihlal eder şekilde inşaat yaptığını iddia ederek el atmanın önlenmesi ve kal talebinde bulunmuştur. İrtifak hakkı, eşyayı kullanma ve yararlanma yetkisi veren sınırlı bir ayni haktır. Bu ayni hak herkese karşı ileri sürülebilir. İrtifak hakkı sahibi, müdahalenin önlenmesi davası açabilir. Dosya kapsamında davalının taşınmazda paydaş olmadığı, fuzuli işgalci olduğu anlaşılmaktadır. İrtifak hakkı sahibi tarafından fuzuli işgalciye karşı açılan el atmanın önlenmesi davasının pay sahiplerine yöneltilmesi gerekmez (Yargıtay HGK 2006/14-454E.-2006/459K. sayılı ve 21.06.2006 tarihli kararı).

önlenmesi de talep edilebilir¹³⁰¹. Taşınmaz lehine irtifak hakkının varlığının tartışma konusu olması halinde ise hak sahibi, tespit davası yoluyla irtifak hakkının tespitini talep edebilecektir¹³⁰².

İsviçre Hukukunda olumlu bir irtifak hakkını kullanırken, irtifak hakkı sahibi taşınmaz üzerinde fiili bir hakimiyet kurmaktadır. Dolayısıyla irtifak hakkı sahibinin bu fiili hakimiyetine bir saldırı olması halinde, zilyetliğin korunması yollarına başvurması mümkündür¹³⁰³. İrtifak hakkı sahibinin, savunma hakkı olduğu gibi zilyetliğin iadesi ve saldırı halinde açılacak davaya da başvurabilir¹³⁰⁴.

Olumsuz irtifaklarda ise irtifak hakkı kullanılırken taşınmaz üzerinde fiili bir hakimiyet kurulmaz; ancak CCS 919/II gereğince bu irtifak haklarının fiilen kullanılması zilyetliğe benzemektedir. Dolayısıyla olumsuz irtifak hakkının kullanımına bir saldırı olması halinde zilyetliğin savunmasında kullanılan yollara başvurabilecektir¹³⁰⁵.

Taşınmaz lehine irtifak hakkını fiilen kullanan kişi, zilyetliği koruyan davalara başvurabilir. Diğer bir anlatımla irtifak hakkı sahibi bu davalara başvurabileceği gibi taşınmazın zilyedi olup da irtifak hakkını fiilen kullanan kişiler

¹³⁰¹ Akipek/Akıntürk, s. 634.

¹³⁰² Köprülü/Kaneti, s. 46; Akipek/Akıntürk, s. 634; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 631.

¹³⁰³ Steinauer, 2007b, s. 454.

¹³⁰⁴ Taşınmaz lehine irtifak hakkı bakımından saldırının önlenmesi davası şüphesiz daha sık uygulama alanı bulmaktadır. Ancak irtifak hakkı elinden alınmış olan hak sahibi zilyetliğin iadesi davası da açabilir. Medeni Kanununun 927. maddesine dayanmak suretiyle, irtifak hakkını hiçe sayarak inşa edilen yapının irtifak hakkına tahsis edilmiş olan yerden kaldırılması talep edilebilir [ATF 73/1947 II 27/35=JdT 1947 I 615 (naklen Steinauer, 1994,s. 335)].

¹³⁰⁵ Piotet, s. 74.

de, irtifak hakkının kullanımına saldırı olduğu takdirde, zilyetliği koruyan davalara başvurabileceklerdir¹³⁰⁶.

Zilyetliğin iadesi davası, fiili hakimiyetin zilyedin rızası dışında sona erdirilmesi¹³⁰⁷ halinde söz konusu olmaktadır¹³⁰⁸. Taşınmaz lehine irtifak hakkı bakımından ise hakkın kullanımının tamamen engellenmesi, örneğin; su geçirilen kanalın işlevini yerine getiremez hale gelmesi ve su geçirmenin mümkün olmaması halinde, bu dava talep edilebilecektir. İsviçre Hukukuna göre bu davaya başvurulabilmesi için zilyetliğin iadesinin derhal¹³⁰⁹ talep edilmesi gerekir. Bundan kasıt dava açılması değil; zilyetliği saldırıya uğrayan tarafından “iade” talebinin ifade edilmesidir¹³¹⁰. Saldırı ya da saldıran daha geç öğrenilmiş olsa dahi söz konusu dava, saldırının gerçekleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde açılmalıdır¹³¹¹. Dava kapsamında, zilyetliğin iadesinin yanı sıra zararın tazmini de talep edilebilir¹³¹². İsviçre doktrinindeki baskın görüş ve Federal Mahkemesinin içtihatlarına göre, zararın tazmini davasının açılabilmesi için saldıranın kusurlu olması şartı aranır ve bu dava yukarıda bahsi geçen süreye tabi değildir¹³¹³.

Saldırı halinde açılacak davada ise eşya üzerindeki fiili hakimiyetin tamamen sona erdirilmesi değil; bu hakimiyetin saldırıya uğraması söz konusu olmaktadır. Taşınmaz lehine irtifak hakları bakımından da hakkın kullanımı tamamen

¹³⁰⁶ Piotet, s. 74.

¹³⁰⁷ TMK md. 982’de bu durum “gasp” şeklinde ifade edilmiştir.

¹³⁰⁸ Steinauer, 2007a, s. 131; Esener/Güven, s. 81.

¹³⁰⁹ Mahkeme beş aylık sürenin saldırıya tepki vermek için uzun bir süre olduğuna karar vermiştir (SJ 1978 106/109 (Naklen Steinauer, 2007a, s. 135).

¹³¹⁰ Bu talep sözlü şekilde dahi ifade edilebilir (Steinauer, 2007a, s. 135).

¹³¹¹ CCS md. 929.

¹³¹² CCS md. 927/III.

¹³¹³ Zararın tazmini davasında COS md. 41 vd. ile md. 60 vd. uygulama alanı bulur (Steinauer 2007a, s.136).

engellenmemekte; fakat kullanımına müdahale edilmektedir. Örneğin; bina yükseltmeme irtifak hakkına rağmen binanın yükseltilmesi yönünde inşaat çalışmalarına başlanması halinde saldırının önlenmesi talep edilebilecektir. İsviçre Hukukunda bu davaya başvurulabilmesi için, zilyetliğin iadesi davasına benzer şekilde, saldırının durdurulmasının fiil ve saldıran öğrenilir öğrenilmez derhal talep edilmesi gerekmektedir¹³¹⁴. Dava kapsamında muhtemel bir saldırı tehlikesi varsa saldırının önlenmesi; ancak halihazırda bir saldırı varsa saldırının durdurulması talep edilebilir. Saldırı nedeniyle uğranılan zararın tazmininin de talep etmesi mümkündür¹³¹⁵.

Türk Hukukunda tapuya kayıtlı taşınmazlar bakımından zilyetliğin korunmasına ilişkin davalardan yalnızca adına tescil bulunan kimse yararlanır¹³¹⁶. Dolayısıyla taşınmaz lehine irtifak hakkının fiilen kullanımına bir saldırı olması halinde, Tapu Kütüğünde kayıtlı hak sahibi zilyetlik davalarını açabilecektir. İsviçre Hukukundan farklı olarak Türk Hukukunda zilyetlik davaları, gasp ve saldırı fiillerinin öğrenildiği tarihten itibaren iki ay ve her halde söz konusu fiillerin gerçekleştirildiği tarihten itibaren bir yıl içinde açılmalıdır¹³¹⁷. Her iki dava kapsamında fiili hakimiyeti sona erdiren ya da saldıranın kusuru olması halinde zararın tazmininin talep edilmesi mümkündür¹³¹⁸.

¹³¹⁴ CCS md. 929. Zilyetliğin iadesi davasından farklı olarak birden fazla saldırı olması halinde en son saldırı dikkate alınacaktır. Saldırının önlenmesi davasında bu koşul uygulanmaz (Steinauer, 2007a, s. 141).

¹³¹⁵ O takdirde COS md. 41 vd. ile md. 60 vd. uygulama alanı bulacaktır (Steinauer, 2007a, s. 143).

¹³¹⁶ TMK md. 992.

¹³¹⁷ TMK md. 984.

¹³¹⁸ Bu durumda TBK 49 vd. ile md. 72 vd. uygulama alanı bulacaktır.

IX- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARININ SONA ERMESİ

Taşınmaz lehine irtifak hakkı, genel olarak terkinle veya yüklü ya da yararlanan taşınmazın yok olması ile sona erer¹³¹⁹. Yüklü ya da yararlanan taşınmazın fiziksel olarak (örneğin kayalıklardaki taşınmazın çökme nedeniyle yok olması) ya da hukuken yok olması (kat mülkiyetinin ortadan kalkması) halinde taşınmaz lehine irtifak hakkı *de facto* yani fiilen sona erer ve tescil bir anlam ifade etmez¹³²⁰. Yüklü taşınmazın yok olması halinde, taşınmaz üzerindeki tüm aynı haklar sona erer¹³²¹. Yararlanan taşınmazın yok olması halinde ise irtifak hakkı, taşınmaza bağlı bir hak olduğundan, sona erer¹³²².

İrtifak hakkı sahibinin yazılı terkin talebi üzerine, tapu sicilindeki kaydın terkinle ile irtifak hakkı sona erer. Terkin talebi, irtifak hakkı sahibinin hakkından feragatini içeren tek taraflı bir işlemdir¹³²³. Taşınmaz lehine irtifak hakkının terkinle, yararlanan taşınmazın değerini, kullanım olanaklarını ya da işletim tarzını etkileyeceğinden yararlanan taşınmaz üzerinde intifa hakkı sahibi, rehinli alacaklı gibi aynı hak sahibi olanların haklarını da etkiler¹³²⁴. Dolayısıyla söz konusu aynı

¹³¹⁹ CCS md. 734; TMK md. 783.

¹³²⁰ Steinauer, 2007b, s.431. Bu durumda Tapu Sicilinden yapılacak terkin açıklayıcı niteliği haizdir (Esener/Güven, s. 359).

¹³²¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 621.

¹³²² Bu durumda yüklü taşınmaz halen mevcut olduğundan, yüklü taşınmazın tapu kütüğündeki sayfasında terkin işlemi yapılacaktır. Bu terkin açıklayıcı etkiyi haizdir (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 621).

¹³²³ Esener/Güven, s. 356. Yüklü taşınmaz malikinin rızasının alınmasına gerek yoktur [ATF 67/1941 I 124 (naklen Steinauer, 1994,s. 321)].

¹³²⁴ İrtifak hakkı sahibi, diğer ilgililerin hakkını çiğnememek kaydıyla hakkından feragat edebilir (Aybay, Aydın- Hatemi, s. 259).

hakların zararı oranında, aynı hak sahiplerinin taşınmaz lehine irtifak hakkının terkinine rızalarının alınması gerekir¹³²⁵.

İrtifak hakkının kullanıldığı tesisin, örneğin; su geçirilen kanalın, kamulaştırılması ya da yüklü taşınmazın kendisinin kamulaştırılması da taşınmaz lehine irtifak hakkını sona erdiren bir nedendir¹³²⁶.

Taşınmaz lehine irtifak hakkı belirli bir süre için kurulmuşsa, söz konusu süre sona erdiğinde irtifak hakkı da sona erer¹³²⁷. Bunun için irtifak hakkı bakımından belirlenen sürenin tapuda görünmesi gerekmektedir¹³²⁸. Sürenin sona ermesiyle yüklü taşınmaz maliki, tapu sicil memurundan irtifak hakkının terkinini talep edebilecektir¹³²⁹.

Mahkemeden taşınmaz lehine irtifak hakkının terkinini talep edilebilir. Yararlanan taşınmaz bakımından taşınmaz lehine irtifak hakkının bir yararı kalmamışsa, yüklü taşınmaz maliki taşınmaz lehine irtifak hakkının terkinini mahkemeden talep edebilir¹³³⁰.

¹³²⁵ Steinauer, 2007b, s.435; Esener/Güven, s. 356. Taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulmadan önce kurulmuş olan aynı haklar bakımından bu konu tartışmalıdır (bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 621).

¹³²⁶ Steinauer, 2007b, s. 429; Akipek/Akıntürk, s. 662.

¹³²⁷ Steinauer, 1994, s. 318; Esener/Güven, s. 359.

¹³²⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 622.

¹³²⁹ CCS md. 976; TMK md. 1026. Buradaki terkin açıklayıcı niteliktedir (Esener/Güven, s. 359).

¹³³⁰ CCS md. 736/I; TMK md. 785/I. Zamanın akışı içinde hak sahibi için kesin ve sürekli bir biçimde faydasını yitirmiş ve böylece hakkın kuruluş amacı da ortadan kalkmış ise, irtifak hakkının terkinini istenebilir. İrtifak hakkının kuruluşundaki menfaat devam ettiği sürece bu hakkın korunması zorunludur. (Yargıtay 14 HD 2002/899E.-2002/1401K. sayılı ve 01.03.2002 tarihli kararı).

Taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanılmasının kısmen imkansız olması halinde, örneğin; sürü otlatma irtifakında taşınmazın üzerine bina inşa edilmesi halinde, taşınmaz lehine irtifak hakkının terkinini talep edilebilir¹³³¹. Ancak taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanımı tamamen ve açıkça imkansız hale gelmişse, CCS md. 976'dan hareketle Tapu Sicilinden taşınmaz lehine irtifak hakkının terkininin talep edilebileceği kabul edilmektedir¹³³² Maddenin Türk Medeni Kanunundaki karşılığı olan 1026. maddesinde bir ayni hakkın sona ermesi halinde tescilin hukuki değerini kaybetmesi halinden bahsedilmektedir. Buna göre yüklü taşınmaz maliki terkin talep edebilir¹³³³.

Yararlanan taşınmazın parsellere bölünmesi halinde taşınmaz lehine irtifak hakkı yalnızca belirli bir parsel yararına kullanılıyorsa, yüklü taşınmaz maliki irtifak hakkının diğer parseller bakımından terkinini talep edebilir¹³³⁴. Benzer şekilde yüklü taşınmaz parsellere bölünürse ve irtifak hakkı belirli parseller üzerinde kullanılıyorsa, irtifak hakkının ileride de diğer parseller üzerinde kullanılması mümkün olmayacaksa, bu parsellerin malikleri taşınmaz lehine irtifak hakkının terkinini talep edebilirler¹³³⁵. Her iki halde de tapu sicil memuru, terkin talebini

¹³³¹ Bu durumda yararlanan taşınmaz için irtifak hakkının bir yararı kalmadığından, yüklü taşınmaz maliki CCS md. 736 uyarınca mahkemeden terkin talebinde bulunabilir (Steinauer, 2007b, s. 431). TMK 785. maddesinde öngörülen bu duruma göre irtifak hakkının sahibine sağladığı yarar kısmen de olsa varlığını sürdürdüğünden taşınmaz lehine irtifak hakkı, hak sahibine ödenecek bir tazminat karşılığında mahkeme kararı ile sona ermektedir (Akipek/Akıntürk, s. 664).

¹³³² Steinauer, 2007b, s. 431.

¹³³³ Tapu memurunun bu istemi yerine getirmesi halinde ilgililer, otuz gün içinde terkinine karşı dava açabilirler. Tapu memuru re'sen mahkemeye başvurarak, ayni hakkın sona erip ermediğine ilişkin mahkeme kararına göre işlem yapabilir (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 182-183).

¹³³⁴ CCS md. 743; TMK md.792.

¹³³⁵ CCS md. 743; TMK md. 793.

irtifak hakkı sahibine bildirir ve onun bir ay içinde itiraz etmemesi hâlinde irtifak hakkını terkin eder¹³³⁶.

İsviçre ve Türk Hukukunda taşınmaz lehine irtifak hakkının zamanaşımı ile kazanma süresi içinde kullanılmaması (*non usus*), irtifak hakkını sona erdiren bir neden olarak kabul edilmemiştir. Benzer şekilde, örneğin; yüklü taşınmaz malikinin binayı yükseltmeme irtifakına rağmen binayı yükseltmesi halinde irtifak hakkı sahibinin kazandırıcı zamanaşımı süresi içinde buna itiraz etmemesi durumunda yüklü taşınmazın, irtifak hakkından kurtulmasına ilişkin *usucapio libertatis* kurumu da kabul edilmemiştir¹³³⁷.

¹³³⁶ CCS md. 743'ün atfıyla 976; TMK 792; TMK 793.

¹³³⁷ Wieland, s. 475. Yasa koyucu, söz konusu durumlarda mahkemeden irtifak hakkının terkin edilmesinin talep edilebileceğini göz önünde bulundurmuştur (Steinauer, 2007b, s.428).

SONUÇ

Kimi zaman bir eşya, özellikle bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkından yararlanmak yakınındaki taşınmazlardan da faydalanmak suretiyle mümkün olmaktadır. Örneğin; ana yola çıkabilmek için komşu taşınmazdan geçmek bir zorunluluk olabilmektedir ya da şehirlerde binaların konumları nedeniyle bir binanın yükseltilmesi diğer binanın ışık ve manzarasını kapatabilmektedir. Bu gibi durumlarda, birinci örnekte olduğu gibi, kişinin ana yola çıkabilmek için komşu taşınmazdan her geçişinde taşınmaz malikinden izin alması ve buna bir süreklilik kazandırılması söz konusu olmaktadır. İkinci örnekte ise binayı yükselten kişinin binayı yükseltmemesi ve bu suretle diğer bina malikinin ışığını ya da manzarasını kesmemesi için çeşitli düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır. Burada bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkından elde edilen fayda, başka bir taşınmazdan yararlanmayı gerektirmektedir. Romalılar da bahsi geçen ihtiyaçları karşılamak amacıyla, çeşitli yollara başvurmuşlardır ve bu sayede bugün “taşınmaz lehine irtifak hakları” olarak adlandırdığımız hukuki kurumunun temellerini atmışlardır. Roma’da taşınmaz lehine irtifak haklarının ortaya çıkışı oldukça eski olmakla birlikte, taşınmaz lehine irtifak hakları kurumunun genel teorisi, Romalı Hukukçular tarafından geliştirilmiş ve modern kanunlaştırmalara yansımıştır. Aradaki süreçte yapılan tartışmalar, dönemin koşulları ile ortaya çıkan yeni kavramlar ekseninde taşınmaz lehine irtifak haklarının tanımlanması ve sınıflandırılması ile ilgilidir. Taşınmaz lehine irtifak haklarına ilişkin en önemli dönüşüm, hukuki niteliğinde olmuştur. Bu amaçla tezimizde *Glossator*’lar, *Commentator*’lar, Hümanist Doktrin temsilcileri ve Pandekt hukukçularının- başta taşınmaz lehine irtifak haklarının hukuki niteliği olmak üzere- konuya katkılarına yer verilerek, tarihsel gelişim

sürecinin takip edilmesi amaçlanmıştır. Taşınmaz lehine irtifak hakkı ile ilgili olarak Roma Hukukunun izleri araştırılırken iki farklı hukuk çevresi seçilmiştir. Bunun amacı, farklı gelişim çizgileri takip eden hukuk düzenlerindeki farklı yansımaları ortaya koymaktır. İncelediğimiz hukuk düzenleri bakımından, kimi zaman Roma Hukukunun izleri çok açık bir biçimde görülmektedir. Ancak kimi zaman çok farklı bir düzenleme ile karşılaşmaktadır. Tezimiz kapsamında, bu benzerlikler ve farklılıklar ortaya koyulmaya çalışılmıştır.

En eski taşınmaz lehine irtifak hakları tarımsal ihtiyaçları karşılamak amacıyla ortaya çıkmış ve Roma’da bir bütün olarak değerlendirilen *pater familias* yani aile babasının, kişiler üzerindeki ve eşyalar üzerindeki, hakimiyeti kapsamında ele alınmıştır. En eski irtifaklar, üzerinde kullanılmakta olduğu taşınmazdan bağımsız bir şekilde algılanmamıştır. Dolayısıyla diğer eşyalar bakımından olduğu gibi “*meum esse*” şeklinde aidiyet iddiası kapsamında değerlendirilmiştir. Dönemin sosyo-ekonomik yapısı bakımından önem taşıyan *res mancipi*’ler arasında sayılmış ve *mancipatio* ile kurulmasının mümkün olduğu kabul edilmiştir. Diğer bir anlatımla bu dönemde taşınmaz lehine irtifak hakları, “maddi eşya” gibi değerlendirilmiştir. Dolayısıyla zilyetliğin en eski şekli olan *usus* konusu olabileceği ve kazandırıcı zamanaşımı (*usucapio*) ile kazanılabileceği kabul edilmiştir. Yine bu kapsamda söz konusu irtifak hakları bakımından, *interdictum* koruması öngörülmüştür.

Aile babasının, genel olarak eşya ve kişiler üzerindeki hakimiyetinden yalnızca eşyalar üzerindeki hakimiyeti işaret eden *dominium* kavramının ortaya çıkması süreci ile şehirleşme nedeniyle doğan yeni gereksinimlerin karşılanması amacıyla, yeni irtifak haklarının oluşturulması aynı zamanlara (Cumhuriyet

Dönemi'nin sonları) denk gelmektedir. Ortaya çıkan bu yeni irtifaklar, doğrudan *res nec mancipi* olarak kabul edilmektedir. Bu irtifakların kurulması ise *in iure cessio* ile olmaktadır. Şehirleşme sonucu ortaya çıkan bu irtifakların bazıları, yüklü taşınmaz malikin taşınmazı üzerindeki birtakım yetkilerini kullanmaması şeklinde yararlanan taşınmaza fayda sağlamaktadır. O nedenle yüklü taşınmaz üzerinde bir hakimiyet söz konusu olmamaktadır. Dolayısıyla artık yüklü taşınmaz ile irtifak hakkı birbirinden bağımsız düşünölmeye başlanmıştır. Yine bu dönemde taşınmaz lehine irtifak haklarının zamanaşımı süresi içinde kullanılmaması halinde, son bulacağı kabul edilmektedir. Ayrıca M.Ö. 50 yılında çıkarıldığı tahmin edilen *Lex Scribonia* ile taşınmaz lehine irtifak haklarının zamanaşımı ile kazanılmasının yasaklanması, irtifak haklarının üzerinde kullanıldığı taşınmazdan bağımsız olduğu anlayışının kabulü bakımından önemli bir adımdır.

Romanın sınırlarının genişlemesi ve yabancılarla ticari ilişkilere girişilmesi neticesinde, ticari hayatın gereklilikleri nedeniyle daha kolay ve hızlı bir işlem olan *traditio* yani teslim ile mülkiyetin nakli yoluna gidilmeye başlanmıştır. Bu suretle Roma vatandaşlarına tanınan *ius civile* mülkiyetini kazanamayanların, kazandırıcı zamanaşımı süresi içinde *praetor*'larca korunması suretiyle yeni bir mülkiyet anlayışı ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla *res mancipi-res nec mancipi* ayrımı işlevini kaybetmeye başlamıştır. Bu da yeni bir eşya ayrımı arayışına girişilmesine neden olmuştur. Felsefe ve retorik kültürün de etkisiyle *res corporales-res incorporales* ayrımı dikkat çekmeye başlamıştır. Bu ayrıma göre taşınmaz lehine irtifak hakları *res incorporales* yani maddi olmayan eşya olarak kabul edilir. Dolayısıyla zilyetlik (*possessio*) ve teslim işleminin (*traditio*) konusu olamaz. Ayrıca bu kapsamda taşınmaz lehine irtifak haklarının, tek başına hukuki işlemlere ve intifa hakkına da konu olamayacağı

kabul edilmiştir. Bu önemli gelişme, artık taşınmaz lehine irtifak haklarının taşınmazdan bağımsız bir şekilde ele alındığı ve maddi eşya gibi değerlendirilmediğini göstermektedir. *Iustinianus* döneminde ise taşınmaz lehine irtifak haklarının kullanılması ile zilyetlik arasında paralellik kurularak, hak zilyetliği (*possessio iuris*) kavramı oluşturulmuş ve böylece taşınmaz lehine irtifak haklarının, taşınmazlar için öngörülen kazandırıcı zamanaşımı (*praescriptio longi temporis*) ile kazanılması ve katlanma ve teslim (*traditio vel patentia*) yoluyla kurulmasının mümkün olduğu kabul edilmiştir.

Taşınmaz lehine irtifak haklarının hukuki niteliğinin tespitinde, Romalıların *actio in rem* (ayni dava) ve *actio in personam* (şahsi dava) ayrımı da oldukça önemlidir. Bu ayrım *res corporales- res incorporales* ayrımından daha eskidir ve farklı bir mantığa dayanmaktadır. Buna göre maddi olmayan eşya kapsamında ele alınan taşınmaz lehine irtifak hakları- intifa hakkı gibi- *actio in rem* (ayni dava) kapsamında korunmaktadır. Yine maddi olmayan eşya kapsamında ele alınan alacak hakkı ise *actio in personam* (şahsi dava) ile talep edilebilmektedir. Taşınmaz lehine irtifak hakkı talepli davada (*vindicatio servitutis*), irtifak hakkı sahibi yani yararlanan taşınmaz maliki tarafından öncelikle yüklü taşınmaz malikine karşı açılır. Ayrıca bu davanın, irtifak hakkının kullanımına engel olan üçüncü kişilere de açılacağı kabul edilmiştir. Bu da taşınmaz lehine irtifak haklarının herkese karşı ileri sürülebilir olduğunu göstermektedir.

Bu dönemde Klasik hukukçular, taşınmaz lehine irtifak hakkı kurumunun gelişmesine önemli katkılarda bulunmuşlardır. *Gaius*, taşınmaz lehine irtifak haklarının *iura praediorum* ya da *servitutes* şeklinde ifade edildiğine değinmiştir.

Romalılar her ne kadar taşınmaz lehine irtifak hakkını ifade etmek için “*ius*” kelimesini kullansalar da taşınmaz lehine irtifak hakları bakımından *ius*, tam olarak bugün anladığımız anlamda “hak” kavramına karşılık gelmemektedir. Daha çok taşınmaz üzerindeki hakimiyeti ve/veya yetkiyi işaret etmektedir. Bu dönemde taşınmaz lehine irtifak haklarına ilişkin önemli iki ilke söz konusudur: Bunlardan birincisi malikin kendi taşınmazı üzerinde irtifak hakkı sahibi olamaması yani “*nemini res sua servit*”tir. İkincisi ise taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin bir yapma ediminden oluşmaması yani “*servitus in faciendo consistere nequit*”tir. Bu dönemde taşınmaz lehine irtifak hakları ile ilgili belirlenen bir diğer özellik ise paylara bölünemeyeceğidir. Bunun yanı sıra, taşınmaz lehine irtifak hakları için yararlanan taşınmazın fiziksel olarak işlevini ya da ekonomik değerini artırmaya yönelik objektif yarar yani *utilitas fundi* koşulu kabul edilmektedir.

Taşınmaz lehine irtifak haklarının konusunu köylerde arazi ve çiftlik evleri (*villa*) şehirlerde ise binalar oluşturmaktadır. Taşınmaz lehine irtifak haklarının sınıflandırılmasında da konusu ve işlevi dikkate alınarak, köy taşınmazı lehine ve şehir taşınmazı lehine olmak üzere ikili bir ayırım benimsenmiştir.

Roma’da gelişen ihtiyaçları karşılamak amacıyla taşınmaz lehine irtifak hakları, zamanla teker teker ortaya çıkmıştır. Ancak bu durum taşınmaz lehine irtifak haklarının sınırlı sayıda olduğunu göstermez. Toplumsal ve ekonomik ihtiyaçlarla tarafların oluşturduğu irtifak haklarına dava olanağı tanınarak, hukuk düzeni tarafından bu irtifaklar kabul edilmiştir. Bu sayede belirli tiplerde irtifak hakları oluşturulmuş ve bu irtifakların tabi olduğu rejim belirlenmiştir. Ayrıca irtifak hakkını kurarken tarafların, irtifak hakkının kullanım tarzını serbestçe belirleyebilecekleri de

kabul edilmiştir. Taşınmaz lehine irtifak haklarının kurulması ise İtalya arazisinde olması ya da eyalet arazisi üzerinde olmasına göre farklılık göstermektedir. İtalya arazisindeki irtifaklar *ius civile*'de öngörülen şekillerde hukuki işlem yoluyla (*res mancipi* olan irtifaklar *mancipatio* ile *nec mancipi* olanlar *in iure cessio* ile), *deductio* yoluyla (taşınmazın mülkiyeti nakledilirken nakle konu taşınmaz üzerinde ya da lehine irtifak hakkı kurularak), muayyen mal vasiyetiyle ve *adiudicatio* (müşterek taşınmazın ya da terekenin taksimi sırasında hakim ya da hakem kararı ile) kurulmaktadır. Eyalet arazileri üzerinde ise basit bir anlaşma olan *pactio* ve sözlü bir akit olan *stipulatio* (*pactionibus et stipulationibus*) birlikte yapılarak, kurulmaktadır. *Iustinianus* döneminde *mancipatio* ve *in iure cessio* işlemlerinin ortadan kaybolmasıyla, *pactionibus et stipulationibus* taşınmaz lehine irtifak haklarının kurulmasındaki tek hukuki işlem olarak benimsenmiştir.

Bu dönemde taşınmaz lehine irtifak haklarının kullanıma ilişkin irtifak hakkı sahibine önemli bir yükümlülük getirilmiştir. Buna göre irtifak hakkı sahibi, yüklü taşınmaza en az zararı verecek şekilde ve yüklü taşınmaz maliki için elverişli olan zamanda, irtifak hakkını kullanmalıdır: “*servitus civiliter exercanda est*”. Yüklü taşınmaz maliki bakımından *adminicula servitutis* söz konusudur. Buna göre irtifak hakkı sahibi, irtifak hakkının içeriği ile sınırlı olarak yüklü taşınmazdan yararlanması ve irtifak hakkının kullanımı için gerekli olan ilave yetkilere- ki buna irtifak hakkının kullanımı için gerekli olan bir başka irtifak hakkı ya da irtifak hakkının kullanımı için gerekli tesislerin yapımı, bakım ve onarımı da dahildir- sahiptir ve bu yetkilere yüklü taşınmaz maliki katlanmakla yükümlüdür.

Taşınmaz lehine irtifak haklarının sona ermesi, irtifak hakkının zamanaşımı süresince kullanılmamasının (*non usus ve usucapio libertatis*) yanı sıra irtifak hakkı sahibinin feragati (*remissio servitutis*), yüklü ve yararlanan taşınmazın mülkiyetinin aynı malikte birleşmesi (*confusio*) ve yüklü taşınmazın fiziksel olarak ya da hukuken yok olması ile mümkündür.

11. yy.'da *Glossator*'larca Roma Hukuku kaynakları yeniden ele alınmaya başlanmıştır. *Commentator*'larca ise dönemin sosyal ve ekonomik koşulları dikkate alınarak, Roma Hukuku kaynakları dönemin hukuki sorunlarına çare bulmak amacıyla kullanılmıştır. Ancak gerek *Glossator*'lar gerekse *Commentator*'lar, mülkiyet, zilyetlik ve taşınmaz lehine irtifak hakları ile ilgili olarak feodal düzenin terminolojisi ve gereklerinden arınamamışlar ve Romalı hukukçuların temellerini atmış oldukları kavramlardan uzaklaşmışlardır. Ancak bu hukukçuların en önemli katkısı, taşınmaz lehine irtifak haklarını tanımlama çabalarıdır.

Glossator'lar ve *Commentator*'lar “*ius*” (hak) ve “*actio*” (dava) kavramlarını, birbirine çok sıkı bir mantıkla bağlı ve aynı hukuki durumun iki farklı anını yansıtan kavramlar olarak ele almışlardır. Romalıların aynı dava (*actio in rem*) ve şahsi dava (*actio in personam*) ayırımına sadık kalarak, şahsi dava bakımından davanın temel sebebinin (*causa*) *obligationis* (borçlar); aynı dava içinse davanın temel sebebinin *dominium*'dan oluştuğunu ileri sürmüşlerdir. Aynı davanın temelinde, “*rem meam esse*” ya da “*ius mihi esse*” yani eşya ya da hakkın aidiyeti iddiası vardır. O nedenle, *dominium*'u hem dar anlamda mülkiyet olarak hem de geniş anlamda eşya üzerinde diğer hukuki hakimiyet türlerini ifade etmek amacıyla kullanmışlardır. Romalıların *res corporales-res incorporales* ayırımını da benimsemişlerdir. Buna göre *res*

incorporales olarak kabul edilen taşınmaz lehine irtifak hakkı sahibi de *res incorporales* üzerinde bir hakimiyet elde ettiğinden o da “*dominus*” şeklinde ifade edilmiştir. Bu hukukçular yaşadıkları dönemin sosyal ve ekonomik koşulları altında *res* yani eşyayı, malvarlığındaki değişmez bir değer olarak kabul etmişlerdir. O nedenle Roma Hukukunun eşya üzerindeki hakimiyeti işaret eden geleneksel kavramı *dominium* kavramını, feodal düzenin gerekleri ölçüsünde çoğaltmışlardır.

Maddi olmayan eşya olarak kabul edilen taşınmaz lehine irtifak hakları zilyetliğe elverişli olmamakla birlikte, bu hakların *interdictum* korunmasından yararlanması sebebiyle *quasi possessio* yani zilyetlik benzerine konu olabileceği kabul edilmiştir. **Accursius Glossa Ordinaria** isimli eserinde taşınmaz lehine irtifak hakkını, “yararlanan taşınmazın kullanımını artıran yüklü taşınmazın ise serbestliğini azaltan taşınmaza bağlı bir hak” şeklinde ifade etmiştir. **Bartolus**’a göre ise irtifak hakkı, bir taşınmaza bağlı ve onun yararına bir başka taşınmazın hakkını ya da serbestliğini sınırlayan bir haktır. Bu hukukçular tarafından taşınmaz lehine irtifak haklarına ilişkin iki önemli ayırım yapılmıştır. İlk ayırım sürekli ve sürekli olmayan irtifaklar şeklindedir. Buna göre irtifak hakkının kullanımı bir insan faaliyeti ile mümkünse, o takdirde *causa continua* yoktur ve sürekli olmayan irtifak hakkı söz konusudur. Ancak irtifak hakkının kullanımı bir insan faaliyeti gerektirmiyorsa, o zaman *causa continua* vardır ve sürekli irtifak hakkı söz konusu olmaktadır. Bazı irtifaklar bakımından ise *quasi continua* vardır. Taşınmaz lehine irtifak hakkının zamanaşımı ile kazanılması bakımından bu değerlendirme önemlidir. Şöyle ki; süreklilik (*causa continua*) ve süreklilik benzeri (*quasi continua*) olan irtifakların, zamanaşımı ile kazanılması mümkündür. İkinci ayırım ise olumlu ve olumsuz irtifaklar şeklindedir. Olumlu irtifaklar yararlanan taşınmaz malikinin olumlu bir

faaliyeti ile kullanılırken, olumsuz irtifaklar yüklü taşınmaz malikinin kaçınma yükümlülüğünden oluşur.

Actio (dava) ve *ius* (hak) kavramlarına ilişkin ayırım, ilk kez net bir şekilde Hümanist Doktrin temsilcilerinden **Donellus** tarafından yapılmıştır. Hukukçu özel hukuku, sistematik bir biçimde ele almıştır. Buna göre özel hukuk, kişilerin menfaati ile ilgilidir. Özel hukukun kapsamı ise herkese ait olanı ve diğerlerinden talep edilebilecek olandan ibarettir. Bu sayede hukukçu, *quod nostrum est* ya da *nostrum ius* yani bizim olan ya da hakkımız olanla, *iuris nostri persecutio* yani hakkımızın usulen talep edilmesini birbirinden ayırır. Dolayısıyla bugün anladığımız anlamda genel olarak hak ile dava açma hakkı birbirinden ayrılır. Bu şekilde hukukçu maddi hukuk ve usul hukuku ayırımını meydana getirmiştir. **Donellus**, taşınmaz lehine irtifak haklarının *dominium* kapsamında ele alınmasına karşı çıkmıştır. Buna göre *dominium* eşyanın malikini işaret eder; uzun süreli kira, üst hakkı, rehin hakkı ve taşınmaz lehine irtifak hakları ise *iura in rebus alienis* yani başkasının eşyası üzerinde haklardır. Başkasının eşyası üzerindeki haklar (*iura in re aliena*) ifadesi teknik anlamda ilk kez **Donellus** tarafından kullanılmıştır. Hümanist Doktrinde taşınmaz lehine irtifak hakları doğal irtifaklar ve iradi irtifaklar şeklinde yeni bir ayrıma daha tabi tutulmuştur. Buna göre doğal irtifaklar, taşınmazların yerinden kaynaklanmaktadır. İnsan müdahalesinden kaynaklanan irtifak hakları ise bir anlaşmadan doğmaktadır.

Doğal Hukuk ve Fransız Devrimi'nin yarattığı liberal ideolojinin ve bireyci felsefenin etkisiyle yaşanan değişimler, hak kavramının oluşmasında etkili olmuştur. Pandekt Hukukçuları bu doğrultuda öncelikle “hak” kavramını oluşturmuşlardır.

Buna göre hak, **Savigny** ve **Windscheid** tarafından bir iradenin yerine getirilmesi için hukuk tarafından tanınmış bir yetki şeklinde; **Jhering** tarafından ise hukuken korunan menfaat şeklinde tanımlanmıştır. Hak kapsamında ise aynı hak kavramı oluşturulmuştur. Buna göre aynı hak, herkese karşı ileri sürülebilen ve bu sayede üçüncü kişilere aynı hakka müdahaleden sakınma yükümlülüğü getiren, eşya üzerindeki hakimiyettir. Pandekt Hukukçuları, taşınmaz lehine irtifak haklarını aynı haklar kapsamında ele almışlardır. Dolayısıyla taşınmaz lehine irtifak hakkı, bir taşınmaza bağlı ve onun yararına bir başka taşınmaz üzerindeki bir aynı hak olarak tanımlanmıştır. Bu dönemdeki bir diğer önemli gelişme zilyetlik kavramının Roma Hukukundaki özgün yapısına kavuşması ve bugün de anladığımız anlamda fiili hakimiyet olarak ifade edilmesidir. Taşınmaz lehine irtifak haklarının kullanılması ile zilyetlik arasında paralellik kurulması sonucu, bu hakların kullanımı hak zilyetliği (*possessio iuris*) kapsamında değerlendirilmiştir.

Modern hukuk öğretisinde eşya, aynı hakkın konusu olarak ve aynı hak da eşya üzerinde doğrudan hakimiyet sağlayan bir hak olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla aynı hak, hukuk düzenince belirlenmiş olan sınırlar dahilinde eşyadan yararlanma ve eşyayı kullanma yetkisinden oluşmaktadır. Aynı hak sahibinin hakkı kullanması ya da eşyadan yararlanması için üçüncü kişilerin müdahalesine ihtiyaç yoktur. Bu doğrudan hakimiyet, üçüncü kişilere bir sakınma yükümlülüğü getirmektedir. Başka bir anlatımla üçüncü kişiler eşya üzerindeki bu hakimiyete müdahaleden kaçınmak durumundadır. Dolayısıyla aynı haklara herkes uymakla yükümlüdür ki; bu aynı hakların herkese karşı ileri sürülebilir (*erga omnes*) olması anlamına gelir.

İnceleme konusu yapılan Fransız ve İtalyan hukuk düzenleri ile İsviçre ve Türk hukuk düzenlerinde de taşınmaz lehine irtifak hakları, aynı haklar kapsamında ele alınmaktadır. Ancak Hümanist Doktrinin etkisi altında kalan Fransız Medeni Kanunu ve aynı hukuk çevresinde yer alan İtalyan Medeni Kanununu sistematüğinde taşınmaz lehine irtifak hakları, başkasının eşyası üzerindeki haklar (*iura in re aliena*) olarak ele alınmıştır. O nedenle malikin kendi taşınmazı üzerinde irtifak hakkı sahibi olamayacağına ilişkin *nemini res sua servit* ilkesi, hala geçerliliğini korumaktadır. Dolayısıyla yüklü ve yararlanan taşınmaz mülkiyetinin aynı kişide birleşmesi yani *confusio*, irtifak hakkını sona erdiren bir durumdur. Kaynağını Roma Hukukundan alan bir kurala göre, *confusio* ile irtifak hakkı kendiliğinden sona erer ve taşınmazlardan birinin mülkiyetinin üçüncü bir kişiye nakli halinde, irtifak hakkı yeniden canlanmaz. Ancak eğer yüklü taşınmaz maliki yararlanan taşınmazın müşterek maliki olursa ya da yararlanan taşınmazın maliki yüklü taşınmazın maliki olursa, irtifak hakkı birleşme nedeniyle sona ermez. Diğer bir anlatımla bu durumda her iki taşınmazın malikinin de aynı kişi olmasından söz edilemez. Roma Hukukunda şekillenen bu kural da Fransız ve İtalyan Hukukunda uygulanmaya devam etmektedir.

İsviçre ve Türk Medeni Kanun sistematüğinde ise taşınmaz lehine irtifak hakları, sınırlı aynı haklar olarak ele alınmaktadır. Cermen Hukukunun etkisi ve özellikle tapu sicili sistemi nedeniyle, yararlanan taşınmaz ve yüklü taşınmazın malikinin aynı kişi olması mümkündür. Dolayısıyla yüklü ve yararlanan taşınmazın mülkiyetinin aynı kişide birleşmesi, kendiliğinden irtifak hakkını sona erdiren bir neden değildir. Ancak yararlanan taşınmaz maliki, sonradan yüklü taşınmazın mülkiyetini kazanırsa irtifak hakkını terkin ettirebilir. İrtifak hakkı terkin ettirilinceye

kadar, aynı hak olarak varlığını sürdürür. Fransız ve İtalyan Hukukunda taşınmaz lehine irtifak hakları bakımından Romalıların *utilitas fundi* yani objektif yarar ölçütü varlığını korumaktadır. İsviçre-Türk Hukukunda ise Cermen Hukukunun etkisiyle daha liberal bir yaklaşım kabul edilmiştir. Buna göre subjektif yarar, yani irtifak hakkı sahibinin yararı, taşınmaz lehine irtifak hakkı bakımından yeterlidir. Yararlanan taşınmaz malikinin korunmaya değer bir menfaati bulunması halinde, irtifak hakkının kullanım tarzı ile bağdaşan her türlü yararlanma ise yarar kapsamında değerlendirilir.

İncelenen bu farklı hukuk düzenlerinde taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin bir yapma ediminden oluşamayacağına ilişkin “*servitus in faciendo consistere nequit*” ilkesi varlığını korumakla birlikte taşınmaz lehine irtifak haklarının paylara bölünemeyeceği de kabul edilmektedir. Fransız ve İtalyan Hukuk Düzenlerinde taşınmaz lehine irtifak hakları kanunda örnekleme yoluyla sayılmaktadır. Bu durum, irtifak haklarının sınırlı sayıda olduğu anlamına gelmez. Taraflar, taşınmaz lehine irtifak hakları ile ilgili genel ilke ve koşullara bağlı kalmak koşuluyla, irtifak hakkının içeriğini serbestçe belirleyebilir. İsviçre ve Türk Hukuk Düzenlerinde ise Kanunda taşınmaz lehine irtifak hakları genel olarak ele alınmış ve örnekleme yoluyla sayılmamıştır. Kanun taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğini oluşturmak konusunda taraflara bir serbesti tanımaktadır. Ayrıca incelenen farklı hukuk düzenlerinde taşınmaz lehine irtifak hakkı kavramı, bir taşınmaz lehine bir başka “taşınmaz üzerinde bir yük” olarak tanımlanmıştır. Bunun kökeninde ise *Theophilus* tarafından yapılan değerlendirme ve bu değerlendirmenin Fransız Medeni Kanununa yansımaları vardır. Ayrıca Alman Medeni Kanununda etkisi görülen Pandekt Hukukçusu **Windscheid** da Romalıların etkisiyle taşınmaz lehine irtifak

hakkında, bir taşınmazın bir başka taşınmaza tabi olması düşüncesinin yattığını görüşündedir.

Fransız Hukukunda zilyetlik, mülkiyet hakkının kullanımına karşılık gelen fiili bir durum olarak kabul edilmektedir. Bir aynı hakka dayanarak, eşya üzerinde fiili hakimiyet kuran kimse zilyet olarak kabul edilmektedir. Maddi olmayan eşya kategorisindeki taşınmaz lehine irtifak haklarının ise fiili kullanımı zilyetlik olarak değerlendirilmektedir. Ancak yalnızca sürekli ve aleni irtifakların zilyetliğe elverişli olduğu kabul edilmiştir. Buna göre sürekli ve aleni irtifaklar, zamanaşımı ile ve aile babasının iradesiyle kazanılabilir. Bunun yanı sıra yalnızca sürekli ve aleni irtifaklar bakımından, irtifak hakkının kullanımının engellenmesi halinde zilyetliği koruyan davalara başvurulabilir. İtalyan Hukukunda zilyetlik mülkiyet hakkı ya da diğer aynı hakların kullanımına karşılık gelen, eşya üzerindeki fiili hakimiyet şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanımına karşılık gelen fiili durumda, hakkı kullanan kimse zilyettir. Her iki hukuk düzenininin zilyetliği ele alış şekli nedeniyle, hak zilyetliğinin (*possessio iuris*) dikkate alınmadığı anlaşılmaktadır. Fransız Hukukundan farklı olarak İtalyan Hukukunda, yalnızca aleni irtifakların zilyetliğe elverişli olduğu kabul edilmektedir. O nedenle yalnızca aleni irtifaklar, zamanaşımı ve aile babasının iradesi ile kazanılabilir ve ayrıca zilyetlik koruması da bu irtifaklar bakımından mümkündür.

İsviçre ve Türk Hukukunda ise zilyetlik eşya üzerindeki fiili hakimiyet olarak ele alınmış ve ayrıca taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanımının zilyetlik gibi değerlendirileceği kabul edilmiştir. Dolayısıyla bu hukuk düzenlerinde taşınmaz lehine irtifak hakkı, hak zilyetliğinin (*possessio iuris*) konusunu oluşturur. Taşınmaz

lehine irtifak haklarının kullanımının zilyetlik olarak değerlendirilmesi, bu hakların zamanaşımı ile kazanılması ve zilyetliğin savunulmasında öngörülen yollara başvurulabilmesi bakımından önemlidir.

Taşınmaz lehine irtifak haklarına ilişkin **Bartolus** tarafından yapılan sürekli ve sürekli olmayan irtifaklar ayrımı, Fransız ve İtalyan Hukukunda varlığını sürdürmektedir. Bunun yanı sıra aleni ve aleni olmayan irtifaklar şeklinde bir ayrım benimsenmiştir. Aleni irtifakların kullanılması için sürekli olarak tahsis edilmiş bir yapıya ihtiyaç vardır. Aleni olmayan irtifakların kullanımı içinse, böyle bir yapı gerekmez. İsviçre ve Türk Hukukunda ise taşınmaz lehine irtifak hakları bakımından **Azo** tarafından yapılan olumlu ve olumsuz irtifaklar ayrımı benimsenmiştir. Hümanist Doktrinin doğal ve iradi irtifaklar ayrımı, Fransız Hukukuna doğal, iradi ve yasal irtifaklar şeklinde yansımıştır. Fransız Hukukunda yasal irtifak hakları olarak kabul edilen irtifaklar, İtalyan Hukukunda zorunlu irtifaklar, İsviçre Türk Hukukunda, mülkiyet hakkının kısıtlanması olarak değerlendirilmiş ve kanunda buna göre düzenlenmiştir.

Ele alınan hukuk düzenlerinde aynı haklar bakımından aleniyetin sağlanması için Roma Hukukundan tamamen farklı bir çözüm benimsenmiştir. Fransız ve İtalyan Hukuk düzenlerinde, taşınmazlar bakımından aynı haklarda açıklığın sağlanmasına yönelik kayıt ve tespit sistemi benimsenmiştir. Buna göre taşınmaz lehine irtifak hakları, bir hukuki işlemle doğmaktadır. Ancak söz konusu hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için sicilde ilan edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla hukuki işlem kurucu etkiyi, sicile kayıt ise bildirici etkiyi haizdir. Oysa İsviçre ve Türk hukuk düzenlerinde Tapu Sicili sistemi benimsenmiştir. Taşınmaz lehine irtifak

hakları kural olarak tapu siciline tescil ile kazanılmaktadır. O nedenle tescil kurucu daha açık bir anlatımla yenilik doğurucu etkiye sahiptir.

Taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğini, genel olarak bir taşınmazdan yararlanma ya da taşınmazı kullanma oluşturmaktadır. Bu içerik kazanma nedeninde belirlenmekte ve irtifak hakkının kullanımı ile somutlaşmaktadır. İrtifak hakkının kullanım tarzı ve şekli, kazanma nedeninden anlaşılabilir. Buna göre hukuki işlemde açıkça belirtilebilir ya da kazandırıcı zamanaşımı süresi içindeki kullanım şekli ve tarzı belirleyici olabilir. Onun yanı sıra Medeni Kanunlarda genel olarak irtifak hakkının kullanımına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Roma Hukukunda ele alınan ve ifadesini bulan “*adminicula servitutis*”, irtifak hakkı sahibinin irtifak hakkının içeriği ile sınırlı olarak yüklü taşınmazdan yararlanmasının yanı sıra irtifak hakkının kullanımı için gerekli olan ilave yetkilere de sahip olması anlamındadır. İrtifak hakkının içeriğinin gerçekleşmesi için zorunlu olan başka bir irtifak hakkının kullanılması, tesislerin yapımı ile bakım ve onarımı bu kapsamdadır. Ele aldığımız tüm hukuk düzenlerinde bu kural kabul edilmiştir. Roma Hukukunda benimsenen “*Civiliter uti*” ile ise, taşınmaz lehine irtifak hakkının yüklü taşınmaz malikinin menfaatleri gözetilerek, ona en az zararı verecek şekilde kullanılmasıdır. Bu ilke de incelediğimiz tüm hukuk düzenlerine yansımış ve kabul edilmiştir. Benzer şekilde Roma Hukukunda ifade edilmiş olan, taşınmaz lehine irtifak haklarının taşınmazın belirli bir yerinde kullanılmasının taraflarca kararlaştırılabilmesi, ele alınan tüm hukuk düzenlerinde uygulama alanı bulmaktadır.

Fransız ve İtalyan Hukukunda, taşınmaz lehine irtifak hakkının varlığının tartışmalı olması ya da taşınmaz lehine irtifak hakkına bir müdahale olması halinde

actio confessoria kapsamında irtifak hakkının tespiti ya da müdahalenin önlenmesi yahut durdurulması talep edilebilir. İsviçre Hukukunda da aynı dava benimsenmiş ve fakat Türk Hukukunda taşınmaz lehine irtifak hakkının korunmasına özgü bir dava olanağı tanınmamıştır. Ancak taşınmaz mülkiyetinin korunması için başvuru davalara kıyasen uygulanabilir.

Ele alınan tüm hukuk düzenlerinde irtifak hakkının kullanımının imkansız hale gelmesi- örneğin; taşınmazın hukuken ya da fiilen ortadan kalkması- ile kamulaştırma irtifak hakkını sona erdirmektedir. Fransız ve İtalyan Hukukunda ayrıca Roma Hukukundaki gibi, feragat, *non usus* ve *confusio* taşınmaz lehine irtifak haklarını sona erdiren nedenlerdir. İsviçre ve Türk Hukukunda ise taşınmaz lehine irtifak hakları kural olarak terkinle sona erer.

ÖZET

Tezimizde “Roma Hukukundan Günümüze Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları” inceleme konusu yapılmıştır. Taşınmaz lehine irtifak hakları kurumuna ilişkin temel ilke ve koşullar Romalı Hukukçular tarafından geliştirilmiş ve günümüz hukuk düzenlerine yansımıştır. O nedenle çalışmamızda, öncelikle Roma Hukukunda taşınmaz lehine irtifak hakları incelenmiştir. Bu amaçla kurumun ilk ortaya çıktığı zamandaki sosyal ve ekonomik koşullar nedeniyle, yüklü taşınmazdan bağımsız olarak düşünölemeyen irtifak hakları ve onların özellikleri ele alınmıştır. Daha sonra irtifak hakları ile taşınmaz arasında ayırım yapılmaya başlanan süreç ve bu ayırımı tetikleyen nedenler incelenmiştir. Ardından irtifak haklarının taşınmazdan bağımsız olarak düşünöldüğü ve artık kurumun olgunlaştığı dönemde taşınmaz lehine irtifak hakları inceleme konusu yapılmıştır.

Roma Hukukundan kanunlaştırmalara kadar geçen süreçte yapılan tartışmalar, dönemin koşulları ile ortaya çıkan yeni kavramlar ekseninde, taşınmaz lehine irtifak haklarının tanımlanması ve sınıflandırılması ile ilgilidir. Taşınmaz lehine irtifak haklarına ilişkin en önemli dönüşüm, kurumun hukuki niteliğinde olmuştur. Bu amaçla *Glossator*’lar, *Commentator*’lar, Hümanist Doktrin temsilcileri ve Pandekt hukukçularının- özellikle taşınmaz lehine irtifak haklarının hukuki niteliği olmak üzere- konuya katkılarına yer verilerek, tarihsel gelişim sürecinin takip edilmesi amaçlanmıştır.

Son olarak farklı hukuk düzenleri incelenerek, taşınmaz lehine irtifak haklarına ilişkin Roma Hukukundaki düzenlemelerin izleri tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu amaçla bir yanda Fransız ve İtalyan Hukuk düzenleri, diğer yanda İsviçre ve Türk Hukuk düzenleri ele alınmıştır. Böylece farklı gelişim çizgileri takip eden farklı hukuk düzenlerindeki benzerlik ve farklılıklar ortaya koyulmaya çalışılmıştır.

ABSTRACT

This thesis focuses on the concept of “Predial Servitudes from Roman Law to Modern Law”. The analysis starts with an examination of predial servitudes in Roman Law stemming from the fact that the fundamental rules and requirements of the institution of predial servitudes were first developed by Roman jurists and they are still reflected in modern legal systems. Therefore the study initially starts with an analysis from the perspective of Roman Law. Firstly, we studied ancient servitudes which were considered as a part of the underlying land because of the social and economic conditions when they first emerged. Then, the period during which the distinction between the predial servitudes and the underlying land began to be made and the precipitating causes of that distinction were examined. Thereafter, the period during which the servitudes were considered distinct from the land and the predial servitudes were established was analyzed.

The discussions made during the period from the Roman Law to codifications pertain to the definition and classification of the predial servitudes in relation to the new concepts emerged from existing conditions of the period. The most important transformation of the predial servitudes occurred in the legal characteristic of the institution. With the purpose of examining the historical development of the predial servitudes, the contributions especially the ones about the legal characteristic of the institution made by *Glossators*, *Commentators*, Legal Humanists and Pandectists are analyzed.

Finally, by examining the different legal systems, the traces of the Roman Law to predial servitudes are aimed to be identified. For this reason, on one side, the systems of French and Italian Law; and on the other side, those of Swiss and Turkish Law are analyzed in order to identify the differences and similarities among several legal systems that follow diverse developmental patterns.