

TÜRK HUKUKUNDA MECRALAR

Yazan : Asistan Dr. Halûk Tandoğan

A. UMUMİYETLE MECRALAR

I. MECRALARIN EHEMMİYETİ VE BUNLAR HAKKINDA MEDENÎ KANUNA VE DİĞER BAZI KANUNLARA HUSUSÎ HÜKÜMLER KONULMASININ SEBEPLERİ

Memleketimizin tabii kuvvetlerinden istifade ve sanayiinin geliştirilmesi yolunda her geçen gün yeni adımlar atılmaktadır. Millî istihsalimizin artması ve halkımızın daha yüksek bir yaşama seviyesine ulaştırılması ancak, su, elektrik, gaz gibi madde ve kuvvetlerden lâıyık veçhile faydalanmak suretile mümkündür. Bu itibarla bu madde ve kuvvetlerin nakil ve tevziini temin eden mecraların ekonomik ve sosyal ehemmiyeti büyüktür.

Mahiyetleri icabı, ekseriya mecraları, kendisinden çıktıkları sınaî teşebbüsün ve onlardan faydalananların maliki olmadıkları gayri menkulardan geçirmek zarureti karşısında kalınmaktadır. Gayrimenkul malikleri çok defa, kendi arazilerinde başkasının mecra tesis etmesine rıza göstermemektedirler. Filhakika bu tesis ameliyesi gayrimenkul üzerinde bir takım çalışmaları icap ettirdiği gibi mecraların sadece mevcudiyeti ve onların bakım ve kontrolüne tahammül dahi malikin mülkünden istifadesini takyid etmektedir. Mecraların naklettikleri kuvvet ve maddeler dolayısıyla bazı tehlikeler arzermeleri de onların tesisine müsaade verilmemesinde âmil olmaktadır. Bundan başka, mecra tesis etmek zaruretinde olanların bu hallerini istismar etmek isteyen arazi sahiplerine de rastlanmaktadır: Hele tesisatı, bir şehrin elektrik şebekesi için bahis mevzuu olduğu gibi, çok sayıda gayrimenkulden geçirmek icap ediyorsa karşılaşılan güçlükler o nisbette aramaktadır. İşte kanun vazı saydığımız güçlükleri gözönüne alarak (1) bir taraftan umumî menfaatı ilgilendiren mecraları kuran teşebbüs ve müesseselere hususî kanunlarla istimlak selâhiyeti bahşetmiş diğer taraftan MK m. 668 vasıtasıyla

(1) Erhard Romer : Die Behandlung der Leitungen nach schweizerischem Zivilrecht, ZSR, N. F. 65 (1946), sh. 64-65; Robert Haab : Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band - I. Teil, Das Sachenrecht, Zürich 1933, Art. 691 - 693, Nr. 1

le de komşuluk münasebetlerine müstenid zarurî mecra hakkını tanımıştır.

Mecraların başkasının gayrimenkulünü katetmesi zarureti eşya hukununun umumî prensipleri muvacehesinde de şu meseleyi ortaya çıkarmıştır: Gayrimenkul mülkiyeti, kaideten, devamlı ve sıkı surette arza bağılı bulunan bütün şeylere şamildir (MK. m. 619 ve 644). Binaenaleyh mecraların mülkiyetinin de üzerinde tesis edildikleri gayrimenkulün malikine ait olması lâzım gelirdi. Bu takdirde, teşebbüsün bir başkasına devri veya rehni halinde mecraların da birlikte intikali veya teminat gösterilmesi mümkün olamayacaktı. Halbuki teşebbüs mevcudunun büyük bir kısmını bunların konulmasına tahsis etmiş bulunmaktadır. Teşebbüs sahibinin mecralar üzerinde tasarruf edebilmesi ancak bunların katettiği her gayrimenkulde müstakil ve daimî bir inşaat hakkı tesisi ve bu suretle tesis edilen hakların gayrimenkul olarak tapu siciline kayıtları ile kabil olacaktı; yahut da teşebbüsün mecraların işgal ettiği gayrimenkul parçalarını satın alması gerekecekti. Her iki yol ise aşırı masraflar yapılmasına sebebiyet verecekti. Bu mahzurları önlemek maksadiyle (2) MK, mecraları kendisinden inbias ettikleri teşebbüsün teferruatı ve onun sahibinin mülkü saymaktadır (m. 653 f. I).

Geniş ölçüde mecra tesis eden teşebbüslerin mecralarını geçirmek için elde ettikleri irtifak haklarının, umumî hükümlere binaen, tapu sicilinde hâdim gayrimenkullere ait sahifelere ayrı ayrı tescili de bu teşebbüslerin masraflarını ehemmiyetli derecede arttıracaktı. Bu masrafları bertaraf etmeyi arzu eden kanun vaznı, açıkta bulunan mecraların kâfi derecede aleniyeti haiz olduklarını göz önünde tutarak onlara müteallik irtifak haklarını tescilden muaf kılmıştır (MK. m. 653 f. III) (3).

II. BAŞKASININ GAYRİMENKULÜ ÜZERİNDE BİR MECRA TESİSİ İÇİN HUKUKİ İMKÂNLAR.

Başkasının gayrimenkulü üzerinde bir mecra tesisi ya bir hususi hukuk muamelesine ya bir idarî tasarrufa yahut da bir kanun hükmüne müsteniden mümkündür.

(2) Romer, a. g. e., sh. 65; Haab, Komm., Art. 676, Nr. 12; Hans Leemann; Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV, Sachenrecht, I. Abteilung, Bern 1920, Art. 676. Nr. I; Pflughart: Das Recht zur Erstellung elektrischer Leitungen nach der schweizerischen Bundesgesetzgebung (de lege lata und de lege ferenda), ZSR, N. F. 23 (1904), sh. 81 - 84; E. Hırş : Ticaret Hukuku Dersleri, 2. bası, İstanbul 1946, sh. 55; Karl Bruggmann : Das Durchleitungsrecht im schweizerischen Privatrecht, Diss. Bern 1913, sh. 79 - 81.

(3) C. Wieland : Aynî Haklar, terc. eden İ. Hakkı Karafakı, Ankara 1946, m. 676 (653), no. 1; Hırş; a. g. e., sh. 55

1. Bir hususî hukuk muamelesine müsteniden mecra tesisi.

Hususî şahıslara ait gayrimenkullerden bir mecra geçirmek için en basit ve normal yol bu şahıslarla bir akit yapmaktır. Böylece gayrimenkul malikiyle sulhan anlaşmak, onu, komşuluk münasebetlerini ileri sürerek veya istimlâke başvurarak, mecranın konulmasına tahammül hususunda icbar etmeğe tercih edilmelidir. Bu suretle her iki tarafın menfaatlerini daha iyi nazara almak ve istimlâke gidildiği takdirde yapılacak masrafları önlemek mümkündür (4).

Mecra tesisini tazammun eden hukukî muamelenin muhtevası muhtelif olabilir:

a) Gayrimenkul maliki mecranın tesisine muvakkat olmak üzere müsaade edebilir. Bu müsaade mecra kuran lehine bir sübjektif hak doğurmaz; gayrimenkul maliki müsaadesini her zaman geri alabilir. Böyle bir müsaade taraflar arasında sadece fiilî bir münasebete vücut vermekle kalmayıp hukukî bakımdan da ehemmiyet taşır: mecranın gayrimenkul üzerine yerleştirilmesi, müsaade baki kaldıkça, haksız bir müdahale sayılamaz (5).

b) Mecranın tesisi için şahsî bir hak, bir alacak hakkı doğuran bir akit te yapmak mümkündür (6). Bu hak borçlu olan gayrimenkul malikine ve onun mirasçılara karşı dermeyan edilebilir. Fakat malikin yaptığı mukavele gayrimenkulü sonradan iktisap eden üçüncü şahısları bağlamaz.

c) Akitle, gayrimenkulün sonraki maliklerine de mecraya tahammül mükellefiyetini yükleyecek bir irtifak hakkı tesisi, umumiyetle uzun zaman için yerleştirilen mecraların hukukî vaziyetindeki istikrarı sağlamak bakımından en emin yoldur. Bu irtifak hakkının doğumundan, mahiyetinden ve tabi olduğu hükümlerden daha aşağıda teferruatıyla bahs olunacaktır (7).

2. İdarî bir tasarrufa müsteniden mecra tesisi.

Umumun istimâl ve istifadesine mahsus âmme emlakine dahil olan gayrimenkuller üzerinde mecra tesisi, bu hususta bir kanun hükmüne istinad edilemediği takdirde (8), ancak bir idarî tasarrufla müm-

(4) Romer, a. g. e., sh. 66; Bruggmann, a. g. e., sh. 78.

(5) Haab, Komm., Art. 676, Nr. 2

(6) Haab, Komm., Art. 676, Nr. 3

(7) Bk. aşağıda No. IV.

(8) Bk. aşağıda not 19 ve 20

kündür (9). Bu gibi idarî tasarruflar mahiyetleri itibariyle üç guruba ayrılırlar:

a) Salâhiyetli idarî merci hususî müessese ve menfaatler lehine, umumî yol ve meydanlar gibi gayrimenkullerden mecra geçirilmesi için bu gayrimenkullerin muvakkaten işgaline tek taraflı olarak izin ve ruhsat verebilir (10). Böylece idarenin muvakkat işgale müsaade etmesi neticesinde mecra tesis eden lehine bir sübjektif hak vücut bulmaz. Muvakkat işgaller, âmme emlakının istimal ve tahsisi cihetine uygun istifadeler olmadıklarından, bunlara ruhsat verilmesi ferdi hürriyetler ve âmme hakları ileri sürülerek istenemez. Ruhsatın bahşedilmesi tamamıyla idarenin takdirine bağlı olup verilmiş olan izin de daima geri alınabilir. Bununla beraber muvakkat işgal taleplerinin kanunî bir sebep olmadıkça veya âmme menfaatleri ve hizmetleri, âmme emlakının vaziyeti icap ettirmedikçe keyfi olarak reddedilmemesi lâzımdır.

b) Salâhiyetli idarî merci ile muayyen müddetli bir mukavele yaparak da âmme emlakı üzerinde mecra tesisine müsaade istihşâl olunabilir (11). Bu takdirde mecra tesis eden lehine muvakkat işgal için bir sübjektif hak doğar (12). Bununla beraber ferdi istifadesi için bir müddetin tayin edilmiş olması akit neticesinde verilen ruhsatın geri alınmasına mani değildir. Yalnız tayin edilen müddetin hitamından evvel idarece işgale nihayet verilmişse mecra sahibi bir tazminat isteyebilir.

c) Elektrik, su, havagazı gibi âmme hizmeti imtiyazları da imtiyaz sahibine imtiyaz devam ettiği müddetçe âmme emlakını işgal etmek ve üzerinde tesisat vücuda getirmek salâhiyetini bahşeder (13).

Muvakkat işgal ve imtiyaz neticesinde mecra kuran lehine doğan hak bir idarî aynı hak olarak vasıflandırılmaktadır (14). Bu hak medenî

(9) Haab, Komm., Art. 676, Nr. 4; Sıddık Sami Onar: İdare Hukukunun Umumî Esasları, İstanbul 1952, sh. 950 ve müt.; Süheyp Derbil : İdare Hukuku, cilt I, Ankara 1940, sh. 417 ve müt.

(10) Onar, a. g. e., sh. 950 - 951; Derbil, a. g. e., sh. 417 - 420.

(11) Onar, a. g. e., sh. 951; Derbil, a. g. e., sh. 420 - 421.

(12) Böylece fert lehine sübjektif bir hak doğuran muvakkat işgal müsaadesi geniş manada imtiyaz mefhumuna girer: Onar, a. g. e., sh. 952

(13) Onar, a. g. e., sh. 952; Derbil, a. g. e., sh. 423 - 424; aynı müellif, İdare Hukuku, cilt II, Ankara 1952, sh. 570. Ankara'da elektrik tesisatı vücuda getirme ve işletme imtiyazı mukavelesi, m. 1 (20 Mart 1926; 3. Ter. Düstür, cilt 8, sh. 308); Ankara'da havagazı tesisatı vücuda getirme ve işletme imtiyazı mukavelesi, m. 1 (20 Mart 1926, 3. Ter. Düstür, cilt 8. sh. 327)

(14) Onar, a. g. e., sh. 953. Haab, Komm., Art. 664, Nr. 23 le karşılaştırınız.

hukuktaki mecra irtifak hakkından muhtelif bakımlardan ayrılır (15): İdare, alelâde bir malikten farklı olarak, zabıta salâhiyetlerine ve âmme emlâkının idaresi hususundaki vazifelerine dayanarak idarî aynî hak sahibine karşı hareket ve onun hakkını kullanma tarzına müdahale edebilir. Diğer taraftan medenî hukuktaki mecra irtifak hakkı daimî veya muayyen bir müddetle mukayyet olduğu halde, idarî mecra hakkı daima muvakkat bir mahiyet arzeder. Hiç bir zaman daimî olamayacağı gibi devamı için bir müddet tayin edilmiş olsa bile her zaman geri alınması mümkündür. Bundan başka idarî mecra hakkı, taallük ettiği âmme emlâkinin mahiyetini ve hatta tahsis ve istimal cihetini muhafaza etmesiyle kaimdir. Bu mahiyette ve cihette vaki değişmeler o mülk üzerinde tesis edilmiş idarî aynî haklara da tesir eder ve varlıklarına son verir. Nihayet, bir âmine imtiyazı dolayısıyla tesis edilen mecra hakkı idareye ve âmmeye karşı takabbül edilen bir vazifenin ifasını temin için tanınır, halbuki medenî hukuktaki mecra hakkı hak sahibi lehine olarak tesis edilir.

3. Bir kanun hükmüne müsteniden mecra tesisi.

Mecra tesisi hakkı ve mecraya tahammül mükellefiyeti gayrimenkul mülkiyetini takyid eden bir kanun hükmünden doğabileceği gibi muhtelif kanunî hükümler umumun menfaati icap ettirdiği hallerde istimlâk yoluyla (15a) mecra tesisine imkân vermektedir. Bu hususta şu tefrikler yapılabilir:

a) Medenî Kanun'un 668 inci maddesi komşuluk münasebetlerinden doğan gayrimenkul mülkiyeti takyidlerinden birini ihtiva etmektedir. Mezkûr madde mucibince gayrimenkul maliki muayyen şartların tahakkuku halinde arazisi üzerinden komşusunun bir mecra geçirmesine tahammül etmekle mükelleftir. Bu tahammül mükellefiyeti, ileride yazımızın B. kısmında etraflıca tetkik olunacaktır.

b) Âmmenin menfaati için vazedilmiş bir mülkiyet takyidine binaen de hususî şahısların mülkleri üzerinde bir mecra tesis edilebilir.

Böyle bir takyidin bir misali 4 Şubat 1340 tarihli ve 406 sayılı «Telgraf ve Telefon Kanunu»nun 14 üncü maddesinde bulunmaktadır. Bu maddeye göre: «Hükümet eşhasın tahtı tasarrufundaki arazinin

(15) Onar, a. g. e., sh. 953

(15 a) İstimlâk da esas itibariyle bir idarî tasarrufu tazammun etmekle beraber, kanunî mülkiyet takyidleriyle olan yakın alâkası ve bazı benzerlikleri dolayısıyla, ondan da bu kısımda bahsetmekteyiz.

dahilinde ve emlak ve müessesatın haricinde telgraf ve telefon tesisatı inşasına salâhiyettardır. Ancak yapılacak tesisat işbu arazi, emlak ve müessesatın istimal ve istifadesini haleldar etmemesi lâzımdır.»

P. T. T. İdaresinin hususî şahısların gayrimenkullerini kateden tesisat kurma salâhiyeti MK. m. 657 mucibince tapu siciline tescile hacet olmaksızın doğar. Tesisatın konulması idarî bir tasarruf olup gayrimenkul malikiyle bir irtifak hakkı tesisinde olduğu gibi önceden resmî bir mukavelenin yapılması gerekmez (16). Tesisatın mevcudiyeti tapu sicilinde gayrimenkulün evsafına müteallik haneye şerh verilebilir (17). Eğer tesisat kurulduğu gayrimenkulün istimal ve istifadesini ehemmiyetli surette haleldar ediyorsa MK. m. 669 cümle II deki esastan ilham alınarak arazinin istimplâki cihetine gidilmelidir (18).

406 sayılı Kanun'un 12 inci maddesi de P. T. T. İdaresine «kendi nâkil ve kablolarının tesis ve vaz'ı için umuma ait arazi ve tarikleri işbu arazi ve turuk üzerinde mürur ve ubura sureti daimede hâlel gelmemek üzere istinal etmek» hakkını tanımaktadır (19).

Halen meriyetten kalkmış olan 28 Mayıs 1927 tarih ve 1055 sayılı «Teşviki Sanayi Kanunu Muvakkatı»nın 6 inci maddesine göre, bu kandan istifade hakkını haiz olan sınaî müesseseler kuvvei muharrikelerini nakleden hatları ve hususî telgraf ve telefon hatlarını umumî yolların kenarlarıyla devlete ait araziden meccanen geçirebiliyorlardı (20). Aynı madde bu hatları hususî şahıslara ait araziden, sahiplerine Ticaret Vekâletince takdir olunacak muhik bir tazminat itası suretiyle, geçirmeğe, bunlar için direk reketmeğe ve icab ettikçe tamirlerine müsaade ediyordu. Burada da mecra tesisi kanunî bir mülkiyet takyidinde istinad etmekteydi ve tapu sicilinde tescile lüzum olmadan yapılabilmesi lâzım gelmekteydi.

c) Üzerlerinden mecra geçirilecek gayrimenkullerin maliklerinin çok defa bu hususta rıza göstermediklerine yukarıda işaret etmiştik. Bu yüzden umumun menfaati için mecra tesisine girişen teşebbüs ve mües-

(16) Aynı fikirde : Wiederkehr : Die Rechtsstellung der schweiz. Telegraphen - und Telephonenanstalt, Diss. Zürich 1924, sh. 41 ve müt; aksi fikirde: Haab, Komm., Art. 676, Nr. 8.

(17) İsviçre Medenî Kanunu'nun bize intikal etmemiş olan 962 inci maddesi kantonlara âmme hukukundan neşet eden mülkiyet takyidlerinin tapu siciline şerhini emretmek salâhiyetini tanımaktadır. Bk. Haab, Komm., Art. 680, Nr. 3.

(18) Karşılaştırınız : Haab, Komm., Art. 667, Nr. 8

(19) Bk. yukarıda not 8

(20) Bk. yukarıda not 8

seselere, muhtelif hususî kanunlarla, mecralarını geçirecekleri gayrimenkulleri istimlâk salâhiyeti tanınmış bulunmaktadır. Bu kanunlardan bilhas-sa mevzuumuzu ilgilendirenleri şunlardır (21):

24 Teşrinisani 1295 tarihli «Menafii umumiye için istimlâk kararnamesi» mecralar için yapılacak istimlâkin en başta gelen mesnedini teşkil eder. Bu Kararname'nin, 17 Nisan 1330 tarihli Kanun'la muaddel, 1 inci maddesi umumî menfaatlerin neler olabileceği hususunda verdiği misaller arasında su yolları tanzimini de saymaktadır. Elektrik ve gaz mecralarını da su yollarına kıyaslamak mümkündür.

«Menafii umumiyeye müteallik imtiyazat» hakkındaki 10 Haziran 1326 tarihli Kanun'un 2 nci maddesi bu gibi imtiyaz sahiplerine «imtiyazı itâ olunacak imalât ve müteferriatının tesisine muktazi» araziye bu arazi eshabı ile onun satılması hususunda itilâf hasıl olmadığı takdirde İstimlâk Kararname'sine tevfikân iştirâ salâhiyeti bahşetmektedir. Nitekim 1326 tarihli Kanun'dan sonra verilen muhtelif elektrik ve havagazı tesisatı vücuda getirme ve işletme imtiyazlarında ona atıflar bulunmaktadır (22).

1055 sayılı Teşviki Sanayi Kanunu'nun 4 üncü maddesine göre, bu kanundan istifade hakkını haiz olan smaî müesseseler kuvvei muharrikerlerinin istihsal ve nakline yarayan tesisat için muktazi araziye istimlâk salâhiyetine de sahip bulunuyorlardı.

18 Ocak 1950 tarih ve 5516 sayılı «Bataklıkların kurutulması ve bunlardan elde edilecek topraklar hakkında Kanun'un 10 uncu maddesine binaen kurutma için gerekli mecraların tesisi zımında kurutma dışında kalan, eşhasa ait arazi istimlâk edilebilir.

14 Temmuz 1939 tarih ve 3710 sayılı «Belediye İstimlâk Kanunu'nun 1 inci maddesi' Belediye Kanununda yazılı, beldenin ve belde sakinlerinin medenî, sıhhî ve bedîî ihtiyaçlarının tanzim ve tesviyesi ... için tesisat yapmak maksadıyla binalı ve binasız gayrimenkulleri... istimlâke» belediyeleri salâhiyetli kılmaktadır. Su, elektrik, havagazı tesisatı kurulması beldenin ve belde sakinlerinin en mühim ihtiyaçlarından olup belediye sınırı içinde bu tesisatı kurmak hakkı 3 Nisan 1930 tarih ve 1580

(21) İstimlâke ait teferruat için bk: Mukbil Özyörük : Kamulaştırma Hukuku, Ankara 1948.

(22) Dersaadetin Rumeli cihetiyle mülhakatında telgraf ve telefon ile kudreti elektrikiyenin tevzii hakkında imtiyaz mukavelesi, m. 7 (11 Teşrinievvel 1326, 2. Ter. Düstur, cilt 2. sh. 755); 20 Mart 1926 tarihli Ankara'da elektrik ve havagazı tesisatı vücuda getirme ve işletme imtiyazlarının 17 nci maddeleri.

sayılı Belediye Kanunu'nun 19 uncu maddesinin 4 A bendi mucibince belediyelere veya onlardan imtiyaz olan müessesata verilmiştir (23). Belediyeler, 3710 sayılı Kanun'un 1 inci maddesinin 2 inci fıkrasına binaen, lüzum görürlerse belde dışından getirilecek suların kaynaktan beldeye kadar geçeceği yerleri dahi istimlak edebilirler.

Bütün bu saydığımız hükümler mucibince yapılan istimlaklerin mevzuunu gayrimenkuller teşkil etmektedir. Başka bir deyimle, bu hükümler mecranın katedeceği gayrimenkullerin mülkiyetinin, muayyen bir bedel mukabilinde ve sahiplerinin rızasına bakılmaksızın, mecra kurana intikalini istihdaf etmektedirler (24). Halbuki İsviçrede istimlak yoluyla, mecra kuran teşebbüs veya müessese lehine, başkasının arazisi üzerinde bir irtifak hakkı tesis edilebileceği umumiyetle kabul edilmektedir (25). Yani bu takdirde istimlakın mevzuunu mülkiyetin intikali değil sadece mecra irtifak hakkının tesisi teşkil etmektedir. Bir mecra geçirmek için gayrimenkulün bir kısmını veya tamamını istimlak etmek mecra kuran teşebbüs için büyük külfetleri mucip olmaktadır. Bu itibarla biran evvel yapılması temenni edilen (26) yeni umumî mahiyette bir istimlak kanununda istimlak yoluyla bir irtifak hakkının tesis edilebileceği hususunun da kabulü yerinde olur.

III. MEDENÎ KANUN'A GÖRE MECRA MEFHUMU VE NEVİLERİ

1. Medenî Kanun'a göre mecra mefhumu

Medenî Kanun mecraları tarif eden bir hüküm ihtiva etmemektedir. Kanunun 653 üncü maddesinde «elektrik, gaz, su gibi şeylerin mecraları»ndan, 668 inci maddesinde de «su yolu ve gaz ve elektrik boruları geçirilmesi»nden bahs olunmaktadır. Umumî konuşma dilinde mecralar «kuvvet ve maddelerin nakil ve tevzine yarayan teknik tesisat» olarak tarif edilmektedir (27). Medenî Kanun'a göre mecra mefhumunu tayin için bu tarife istinad edilebilir. Ancak bu tarifin şümulüne giren tesisa-

(23) 16 Ocak 1942 T. 4325 sayılı «Ankara Elektrik ve Havagazı ve Adana Elektrik Müesseselerinin idare ve işletmeleri hakkındaki Kanun»un 20 nci maddesine göre «işletme icap ve zaruretleri dolayısıyla alınması lâzım gelecek gayrimenkuller Belediye İstimlak Kanunu hükümlerine göre alınır.»

(24) Bk. Özyörük, a.g.e. sh. 125 - 132; Onar, a.g.e. sh. 1096 - 1099 Derbil, a.g.e. cilt II, sh. 521 - 523.

(25) Robert Haab'jun.: Das Objekt der Expropriation, Diss Bern 1916, sh. 74 ve 77; Haab, Komm. Art. 676, Nr. 8, Art. 691 - 693, Nr. 1; Hans Leemann: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV, Das Sachenrecht, II. Abteilung, Bern 1925, Art. 731, Nr. 11; Wieland, a.g.e. m. 731 (704), no. 3 a.

(26) Özyörük, a.g.e. sh. 230 - 231

tın nelerden ibaret olduğunu ve Medenî Kanun'un 653 ve 668 inci maddelerinin tatbik sahasını tesbit hususunda doktrinde ve mahkeme içtihatlarında bir takım görüş ayrılıklarına rastlanmaktadır:

a) Bazı müelliflere göre (28) 653 ve 668 inci maddelerdeki mecra mefhumunu geniş mânada almalı ve bu hükümleri yalnız su, elektrik ve gaz mecralarına ve bunlara benzer mecralara değil aynı zamanda birden fazla gayrimenkule sirayet eden diğer tesisata da teşmil etmelidir. Filhakika mezkûr maddelerde kullanılan «gibi» tabiri kanundaki tâdadın tahdidî olmadığını göstermektedir (29). Bundan maada bu maddelerin kabulünde âmil olan mülâhazalar birden fazla gayrimenkulü takyid eden ve şeylerin nakline hizmet eden diğer tesisat için de varittir. Bu itibarla 653 ve 668 inci maddelerde zikredilmiş bulunan kaideler teleferikler (30), fûnikülerler, bir sınaî teşebbüsün kurduğu dekovil hatları, böyle bir teşebbüsü demiryoluna bağlayan husuşî hatlar, kurutma ve sulama için yapılan bentler, su kemerleri, üstü açık büyük kanallar hakkında da muteber olmalıdır.

b) Diğer bazı müellifler ve İsviçre Federal Mahkemesi mecra mefhumunun bu kadar geniş mânada tefsir olunmasını tenkid etmektedirler.

Charles Knapp'ın fikrinde (31) «mahiyeti ne olursa olsun bir takım malların naklini mümkün kılan bütün vasıtalar mecra değildir. 691 nci madde (TMK. m. 668) dikkatle okunursa görülür ki zarurî mecralar ancak mayilerin, gazların ve sureti mahsusada yapılmış kanalların içinde, tabir caizse, kayan diğer akıcı şeylerin nakline yarayan tesisattır. Filhakika bu nakil keyfiyeti tamamıyla sabit inşaatın gövdesi içinden geçen bir cereyan şeklinde tezahür eder. Bu gövdenin hiç bir kısmı oynamaz. Buna mukabil sulp olan her cismin nakli umumiyetle, sabit tesisatın göv-

(27) Romer, a. g. e., sh. 69; Haab, Komm., Art. 676, Nr. 1; Wieland, a. g. e., m. 676 (653), no. 8; Bruggmann, a. g. e., sh. I; Zahit İmre: Kaynak - yeraltı suları ve hukukî durumları, İstanbul 1951, sh. 127

(28) Haab, Komm., Art. 676, Nr. 1 ve Art. 691-693, Nr. 9; Leemann, Komm., Art. 676, Nr. 3 ve Art. 691, Nr. 4; Homberger et Martis Propriété foncière, Rapports de voisinage, FJS, no. 429, sh. 5; Türk hukukçularından Zahit İmre (a. g. e., sh. 126-127) bu müelliflerin fikrine iştirâk eder görünmektedir.

(29) Türk Kanunu Medenî'sinde «gibi» tabiri yalnız 653 üncü maddede mevcut olup 668 inci maddenin aslı olan İsviçre Medenî Kanunu'nun 691 inci maddesindeki «benzeri borular» («..... Gasröhren und dergleichen», «... tuyaux de gaz et autres») tabiri tercüme edilmemiş bulunmaktadır.

(30) Luzern Kantonu Hükûmet şurası teleferikleri mecra addetmektedir: SJZ, 26 (1929/30), sh. 328. no. 227.

(31) Note de jurisprudence, Jd T, 1945, pp. 519 - 521

desi haricinde ve seyyar bir takım aletler vasıtasıyla yapılan bir hareketti, mihanikî bir yer doğıştırmeyi tazammun eder.» Bu sebeple, Knapp, teleferiklerin, fönükülerlerin ve sınaî teşebbüslere ait hususî dekovil ve bağlama hatlarının mecralar hakkındaki hükümlere tabi tutulamıyacağına beyan etmektedir. Bununla beraber sulp cisimlerin nakline hizmet eden tesisatın mecra sayılamıyacağı hususunda vazettiği kaideye şu istisnayı tanımaktadır: Eğer sulp cisimlerin nakli sabit olan tesisatın gövdesi içinde cereyan ediyorsa bu, mayi ve gazların ve cereyan eden kuvvetlerin nakline kıyaslanabilir. Katı şeylerin bir takım borular içinde havayla birlikte çekildiği hallerde (pnömatic postalarda olduğu gibi) vaziyet böyle olup bir mecranın mevcudiyetinden bahsedilebilir (32).

Federal Mahkeme de bir teleferiğin İMK. m. 691 in kasedtiği manada bir mecra olmadığına aşğıdaki mucip sebeplerle hükmetmiştir (33): «Kanun tarafından gözönünde tutulan mecraların farik vasfı şudur ki hâdim gayrimenkulün maliki sadece bunların başkasının menfaatine kendi arazisi üstünde sabit bir şekilde kurulmasına katlanmakla mükelleftir; fakat bir kere mecralar yerleştirildi mi artık o bunların işlemeden rahatsız olmaz. Halbuki daimi surette insanların ve şeylerin naklini sağlaması gereken bir teleferik için vaziyet tamamen başkadır. Böyle bir halde, arazisi katedilen maliki rahatsız eden bizzat tesisatın kurulması değil, fakat işletilmesi, yani bir kabloya bağlı vagonun gidip gelmesidir. Bu esaslı fark vakıya 691 inci maddenin tatbikini bertaraf eder.»

Bruggmann (34) ve Romer (35) de mecra mefhumunun lüzumundan fazla genişletilmesine muhaliftirler. Bu müelliflere göre 653 ve 668 inci maddeler ancak, hâdim gayrimenkulden istifadeyi, mezkûr hükümlerde sayılan mecralara benzer bir şekilde, takyid eden tesisata tatbik olunabilir. Hâdim gayrimenkul malikinin daha aşırı bir mükellefiyet altına girmesini icab ettiren su bentleri, eklüzler, üzeri açık büyük kanallar, dekovil hatları gibi tesisat için MK. m. 653 ve 668 de mevzu esaslardan istifade edilememelidir.

c) Mecra mefhumunun dar tutulması hususunda b) şikkında arzedilen fikirler esas itibariyle yerindedir. MK. m. 668 e müsteniden, hâdim gayrimenkul malikinin, kendisini bu maddede sayılan mecralardan daha

(32) Aynı fikirde : Romer, a. g. e., sh. 69.

(33) RO 71 II 83 yahut Jd T. 1945, pp. 517 - 518, «Hanggi c. Groth»

(34) A. g. e., sh. 55 - 56.

(35) A. g. e., sh. 69 - 70.

ziyade rahatsız edecek mahiyette, tesisatın kurulmasına tahammül göstermeğe zorlanması bu hükmün vaz'ıyla güdülen maksadı aşar (36). Su bentleri, eklüzler, teleferik, funiküler, dekovil hatları ve hususî bağlama hatları gibi tesisatın birer mecra olmadıkları aşîkârdır. Su bentleri ve eklüzler müstesna diğerlerinin icabında lüzumlu geçit hakkındaki MK. m. 671 e binaen tesis edilmeleri mümkündür (37). Ancak bütün bu nevi tesisat birden fazla gayrimenkulü takyid ettikleri takdirde bunlara, kıyas yoluyla, MK. m. 653 hükmünün tatbik edilmesine hiç bir mani yoktur (38). Filhakika bu gibi tesisatın da kendisinden inbias ettikleri teşebbüsün teferruatı addedilmesi ve açıkta oldukları takdirde bunlara müteallik irtifak hakkının tescile tabi tutulmaması sınaî teşebbüslerin ihtiyaçlarına tamamen uygundur. Kaldı ki tesisatın üzerinde kurulduğu gayrimenkulün malikinin meşru menfaatleri de 653 üncü maddenin tatbiki dolayısıyla herhangi bir suretle haleldar olmaz (MK. m. 668 in bu tesisatın kurulması için dermeyan edilemeyeceğini kabul ettiğimize göre).

2. Medenî Kanun'a göre mecraların neveleri

a) Medenî Kanun'un saydığı başlıca mecra neveleri su gaz ve elektrik mecralarıdır. Bu tasnif macraların nakline yaradıkları madde ve kuvvetlerin mahiyeti nazara alınarak yapılmaktadır.

aa) Su mecraları (39): Bunlar muhtelif maksatlara hizmet için tesis edilmiş olabilirler. Bu arada kurutma veya sulama, bir çeşmenin beslenmesi, su ile işleyen makinelerin veya bir su değirmenin ihtiyacı olan suyun getirilmesi, içme suyu temini, kirli suların, çirkef sularının akması (40) için kurulan mecralar ve lâğım borularını (41) zikredebiliriz. Bu mecralar maden, taş, toprak gibi muhtelif maddelerden yapılmış ola-

(36) Türk Medenî Kanunu'nun 668 inci maddesinin metni de İsviçre Medenî Kanununun 691 inci maddesinden farklı olarak «benzeri borular» tabirini ihtiva etmediğinden (bk. yukarıda not 29) bu tefsir tarzına daha uygundur. Bk. C. A. Gücün : Nazarî ve amelî hukuk davaları, I. Kitap, İstanbul 1944, sh. 171 ve 200.

(37) Knapp, a. g. e., sh. 520 - 521; Federal Mahkeme de teleferik tesisi için lüzumlu geçit hakkındaki m. 694 e (İMK) müracaatın mümkün olduğunu esas itibariyle kabul etmektedir : Jd T, 1945, p. 518.

(38) Bk. Wieland, a. g. e., m. 676 (653), no. 6.

(39) Bk. Romer, a. g. e., sh. 70; Wieland, a. g. e., m. 676, no. 6; Bruggmann, a. g. e., sh. 55 - 56; İmre a. g. e., sh. 126 - 127.

(40) Aargau Yüksek Mahkemesi, SJZ, 32 (1935), sh. 378; Bern Kanton Mahkemesi, ZbJV, 68 (1932), sh. 545.

(41) Bk. aşağıda not. 110.

bilirler. Üstlerinin kapalı olup olmaması haizi ehemmiyet değildir. Böylece üstü açık arklar, hendekler bir ırmağın kollarından biri mahiyetini taşımadıkça mecra sayılabılırler.

Sulama veya kurutma için yapılan büyük bentlere, eklüzlere mecra vasfını izafe etmek yukarıda da söylediğimiz gibi doğru olmaz (42). Ancak bu tesisatın birden fazla gayrimenkul üzerinde inşası gerektiği takdirde haklarında MK. m. 653 hükmü kıyasen tatbik edilebilir, fakat MK. m. 668 in bunlara teşmili caiz değildir.

Komşu gayrimenkulde bir havuz veya su haznesi tesisi için de MK. m. 668 e başvurulamaz (43); çünkü bu gibi tesisat suyun nakline değil birikme ve muhafazasına yarar.

Sun'î kaynaklarda suyun toplanması için yerleştirilmiş bir boru da birden fazla gayrimenkul dahilinde uzansa dahi bir mecradan ziyade bir kaynak noktası (Quellenpunkt) sayılmalıdır (44).

bb) Gaz mecraları : Bu guruba yalnız toprağa yerleştirilmiş borular değil, aynı zamanda çukurlar, tanzim istasyonları, iki istasyon arasındaki hazneler gibi gazın tevziine yarayan tesisat da dahildir (45).

cc) Elektrik mecraları (46) : Bunlar da elektrik enerjisinin nakil ve tevziine yarayan kablo, tel, direk, pylon, direk istinatgâhları, koruyucu tesisat, transformatörler, tevzi kutuları, mücceritler, bir duvar veya damdaki istinat noktaları gibi şeylerdir.

Bizzat elektriği istihsal eden makine ve fabrikalar mecralar hakkındaki hükümlerden istifade edemezler. Bunların başkasının gayrimenkülü üzerinde inşası için bir üst hakkı tesisine lüzum vardır.

b) Medenî kanun açıkta olan mecralarla açıkta olmayanları da tefrik etmektedir (47). Bu tefrik mecra irtifak hakkının doğumu için tescille hacet olup olmaması bakımından ehemmiyetlidir.

(42) Aynı fıkilde Romer, a. g. e., sh. 69; Bruggmann, a. g. e., sh. 55; aksi fikirde Leemann, Komm, Art. 691; Nr. 4; Haab, Komm., Art. 676, Nr. 1.

(43) Aynı fikirde : Bruggmann, a. g. e., sh. 56, not 1; Haab, Komm., Art. 691 - 693, Nr. 9; aksi fikirde : Wieland, a. g. e., m. 691 (m. 668), no. 1.

(44) Federal Mahkeme kararı RO 65 II 57 yahut Jd T, 1939, p. 487, «Güntert c. Kraftwerk Ryburg - Schwörstadt»; Romer, a. g. e., sh. 70; Imre, a. g. e., sh. 33

(45) Romer, a. g. e., sh. 71.

(46) Romer, a. g. e., sh. 71; Wieland, a. g. e., m. 676 (653), no. 6, m. 691 (668), no. 2.

(47) Medenî Kanun'un Fransızca ve Almanca metinlerinde kullanılan «görünürde olan» (apparent, ausserlich wahrnehmbar) tabiri belki «açıkta» tabirinden daha iyi maksadı ifade etmektedir.

Cörünürde olan ve olmayan mecralar tefrikinin yer altı ve yer üstü mecralar tefrikiyle karıştırmamak lâzımdır (48). Filhakika bir mecra yer altında olmakla beraber muayyen aralıklarla bir takım kuyuların bulunması onun mevcudiyeti hakkında üçüncü şahıslara kâfi derecede fikir verebilir. Bu takdirde mecranın görünür olduğunu kabul etmek ve ona müteallik irtifak hakkını tescilden muaf tutmak gerekir (49).

IV. MECRA TESİSİNE MÜTEALLİK İRTİFAK HAKKI

I. Mahiyeti.

Mecra tesisine müteallik irtifak hakkı başkasının gayrimenkulünden bir mecra geçirmek ve onu muhafaza etmek salâhiyetini bahşeden bir nevi inşaat (üst) hakkıdır. Bu irtifak hakkı bir gayrimenkul irtifak hakkı yahut da şahsî bir irtifak hakkı olarak tesis edilebilir (50). Birinci halde hak sahibi, mecrayı koymuş olan teşebbüsün üzerinde bulunduğu gayrimenkulün her maliki (51) ikinci halde ise teşebbüsü işleten muayyen bir şahıstır.

Şu noktayı ehemmiyetle kaydetmek lâzımdır ki, MK. m. 653 de beyan edilen, mecranın eseri olduğu teşebbüsün teferruatı sayılması ve görünürde olan mecralara ait irtifak hakkının tescilden muaf tutulması esasları ancak bir gayrimenkul irtifak hakkı mevcut olduğu takdirde tatbik edilebilirler. Bu husus İsviçre hukukçuları tarafından müttefik kabul olunmuş bulunmaktadır (52).

Türk hukukunda Prof. Hırş aksi kanaati müdafaa etmektedir (53). Sayın Hocamıza göre, MK. m. 653 ün tatbiki için gayrimenkule müteallik bir irtifak hakkının mevcudiyeti şart kılınırsa, sınaî teşebbüslerin makinelerini kiraladıkları arsa üzerinde kurmaları veya gayrimenkul malikinin işletmesini hasılat icrasına vermesi hallerinde mezkûr madde hükmünden istifade mümkün olmayacaktır. Bundan başka, sınaî teşebbüs imalâthanesini bulunduğu gayrimenkulden diğer bir gayrimenkule

(48) Haab, Komm., Art. 676, Nr. 10, bu karıştırmayı yapmaktadır.

(49) Aynı kanaatte : Romer, a. g. e., sh. 71

(50) Haab, Komm., Art. 676, Nr. 8

(51) Veya teşebbüs başkasının arsası üzerinde devamlı ve müstakil bir üst hakkına binaen kurulmuş ve bu hak gayrimenkul olarak tapu sicilinin ayrı bir sahifesine kaydedilmiş ise bu «hak - gayrimenkulün» her maliki.

(52) Haab, Komm. Art. 676, Nr. 10 ve 15; Leemann, Komm., Art. 676, Nr. 15 ve 22; Wieland, a. g. e., m. 676 (653), no. 5; Romer, a. g. e., sh. 74; Bruggmann, a. g. e., No. 86 - 87

(53) Hırş, a. g. e., sh. 55 - 57

naklettiği takdirde, eski gayrimenkul lehine doğmuş olan irtifak hakları sukut edecek ve diğer gayrimenkul lehine doğacaktır. Bütün bu neticeleri önlemek için, Prof. Hırş'ın fikrinde, açıkta bulunan mecraların döşenmesiyle, teşebbüsü işleten şahıs lehine *şahsî bir irtifak hakkı* doğduğunu ve böyle bir hakka binaen konan mecraların MK. m. 653 deki teferruat prensibinden istifade edebileceklerini kabul etmek lâzımdır.

Sayın Profesör fikrini isbat bâbında şu mülâhazaları serdetmektedir: MK. m. 653 hükmünde bir gayrimenkul irtifak hakkının mevcudiyetinin şart kılındığı bu maddenin metninden (her dört lisandaki) istihraç edilemez. «... Bu maddedeki hüküm yabancı gayrimenkuller üzerinde irtifak hakkının tesis suretine mütealliktir. Lehine irtifak hakkı tesis edilen gayrimenkulden bahsedilmemiştir. Bilâkis metinlerden irtifak hakkının sınaî müessesenin sahibi yani müteşebbisin lehine doğduğu neticesi çıkmaktadır...» MK. m. 652 de sınaî teşebbüsün *sahibinden* bahsedilmiştir. Mâlik tabiri yerine sahip kelimesinin kullanılmış olması câlibi dikkattir. Bu ibareden maksat, sınaî teşebbüsün maliki değil, TK. m. 125 bent 7 ve m. 126 mucibince müteşebbistir. Bir teşebbüsü kiralayan veya işleten şahıs, gayrimenkulün, makinelerin, diğer tesisatın ve işletme vasıtalarının maliki olmasa da, müteşebbis addolunur. Binaenaleyh 653 üncü maddedeki irtifak tabirini mantıkî bir tarzda tefsir etmeliğimiz icab ederse, bu ibare ile gayrimenkule müteallik bir irtifak hakkının değil, Medenî Kanun'un 753 üncü maddesinin kabul ettiği mânada mahdut ve şahsî bir irtifak hakkı kastedilmiş olduğunu anlarız. Sınaî teşebbüsün sahibi lehine teessüs eden irtifak hakkının vüsat ve şümulü, hak sahibinin ihtiyacına bağlıdır. Mecra hakkı, inşaat hakkının hususî bir şeklinden başka bir şey olmadığından, Medenî Kanun'un inşaat hakkına müteallik 751 inci maddesi burada da tatbik edilebilir. Meselâ, hak sahibi, satış neticesi olarak veya müessesenin kiraya verilmesi veya diğer bir müessese ile birleşmesi suretiyle değişecek olursa, esas şartlar değişme diğinden irtifak hakkı da sukut etmeyecektir. Diğer taraftan teşebbüs, fabrika mahallini değiştirecek yani imalâthanesini başka bir yere nakledecek olursa, irtifak hakkı gayrimenkule değil, bilâkis teşebbüse bağlı olduğundan, irtifak hakkı bu halde de düşmeyecektir (54)»

Prof. Hırş'ın ileri sürdüğü tez ilk bakışta cazip görünmesine rağmen muhtelif bakımlardan tenkid edilebilir :

a) İsviçre Medenî Kanunu'nun bizim kanunumuzun 653 üncü maddesine tekabül eden 676 ncı maddesi, fransızca ve almanca metinlerinde,

(54) Hırş, a. g. e., sh. 56 - 57.

sarahaten «teşebbüsün maliki» (propriétaire de l'entreprise, Werkeigentümer) ibaresini ihtiva etmektedir. Türkçe metinde de sahip tabiri, herhalde, «malikin mülkü» gibi kulağa hoş gelmeyen bir ifade tarzından kaçınmak için kullanılmıştır. Yoksa zaten malik mânasına gelen sahip tâbirinin mevcudiyetinden bir takım neticeler çıkartmak ince bir kelime oyunundan başka bir şey değildir.

b) İsviçre'de Medeni Kanun'un hazırlanması esnasında Conseil d'Etats'da cereyan eden müzakereler 653 üncü maddedeki tescil muafiyetinin sadece gayrimenkule müteallik bir mecra irtifak hakkı için bahis mevzuu olabileceğini açıkça göstermektedir (55).

c) Görünürde olan mecraların bizzat mevcudiyeti bunların hangi gayrimenkule hizmet ettikleri hakkında üçüncü şahıslara kâfi derecede fikir vermektedir ve lehine mecra irtifak hakkı doğan gayrimenkulün malikini tapu sicilinden her vakit öğrenmek mümkündür. Halbuki tapu sicili müteşebbisin kim olduğu hakkında malûmat vermez. Bu itibarla müteşebbis lehine kabul edilen ve tescilden muaf tutulan şahsî bir irtifak hakkı kâfi derecede aleniyet ve muayyeniyetten mahrumdur.

d) Mecraların bizzat kendileri müstakil bir gayrimenkul teşkil etmediklerinden rehin veya ferağ edilebilmeleri ancak hâkim bir gayrimenkule teferruat olarak bağlı bulunmaları ve bu gayrimenkulün rehin veya ferağ edilmesiyle mümkündür. Şahsî irtifak hakkında hâkim bir gayrimenkul bahis mevzuu olamayacağına göre böyle bir hakka müsteniden tescilsiz tesis edilen açıktaki mecraların da rehni veya ferağı kabil olamaz. Meğer ki bu şahsî irtifak hakkı, müstakil ve devamlı bir hak vasfını haiz olarak, bir gayrimenkul gibi tapu sicilinin ayrı bir sahifesine kaydedilmiş olsun. Bu takdirde de tescil muafiyetinin bir manası kalmamış olacaktır.

Demek ki teşebbüs makinelerini kiraladığı bir arsada kurmuşsa döşediği mecralar üzerinde tasarruf edebilmesi ancak bunlara müteallik şahsî mahiyetteki irtifak haklarının gayrimenkul olarak kaydedilmelerine tabidir. Bu sebeple geniş ölçüde devamlı şebekeler tesis edecek bir teşebbüsün makinelerini ya kendi arsası üzerinde kurması veya bu makineler için başkasının arsası üzerinde, tapu siciline gayrimenkul olarak kaydedilen, devamlı ve müstakil bir inşaat hakkı temin etmesi tavsiyeye şayandır; teşebbüs ancak böylece kendisine mecralar üstünde kolayca tasarruf imkânını bahşeden bir gayrimenkul irtifak hakkına sahip olabilir.

(55) Bull. Sten., C. E., 1906, pp. 533 et 1266; Wieland, a. g. e., m. 676 (653), no. 5.

e) Bir sınaî teşebbüsü hasılat icarına alan kimsenin vaziyetine gelince, bu şahsın, teşebbüsün daha önceden kurmuş olduğu ve onun mülkiyetine dahil olan, mecralar üzerinde temlik veya terhin gibi tasarruflarda bulunması mümkün değildir. Binaenaleyh mecra hakkının mahiyetinin gayrimenkul irtifak hakkı olarak kabul edilmesinden teşebbüsün hasılat icarına verilmesi halinde ne mahzur husule geleceğini tasavvur etmek müşküldür. Eğer müstecir yeni mecralar kurmuşsa bunlar da teşebbüsün mülkü olur ve icar münasebetinin hitamında müstecir bunlar için münasip bir tazminat talep edebilir (BK. m. 293, f. III) veya mümkünse onları sökebilir.

f) Prof. Hırş, mecra tesisine müteallik şahsî irtifak hakkında hem MK. m. 753 ün kabul ettiği mânada mahdut bir irtifak hakkı hem de MK. m. 751 de bahsi geçen bir inşaat hakkı mahiyetini görmektedir. Halbuki bu haklardan ilki hilâfına mukavele bulunmadıkça başkasına temlik olunamayacağı ve miras yoluyla intikal edemeyeceği halde ikincisi için aksi kaide câridir.

g) Nihayet, teşebbüsün imalâthanesini başka bir gayrimenkule nakletmesi halinde eski gayrimenkul lehine olan irtifak hakkının sukut edip yeni gayrimenkul lehine bir irtifak hakkı doğmasında, bu yeni irtifak hakkı da (55a) tescile tabi olmayacağına göre, ne gibi bir mahzur mülâhaza edildiği de anlaşılammaktadır.

Hülâsa, MK. m. 653 f. I ve III deki teferruat ve tescil muafiyeti esaslarının şahsî bir irtifak hakkının mevcudiyeti halinde tatbiki bahis mevzuu olamaz.

2. Mecra tesisine müteallik irtifak hakkının doğması ve sona ermesi.

a) Doğumu: MK. m. 704 f. II mucibince «hilâfına sarahat bulunmadıkça, mülkiyet hakkındaki hükümler irtifak hakkının iktisap ve tescilinde dahi caridir» (56). Gayrimenkul mülkiyetini iktisabın muhtelif tarikeleri MK. m. 653 ve müteakipte sayılmaktadır. Bu iktisap yollarından mukavele, mecra irtifak hakkının tesisi bakımından en başta gelenidir. Diğer taraftan iktisabî müruruzaman, mahkeme kararı ve istimlak vasıtasıyla de bir mecra irtifak hakkının doğabileceği söylenmektedir.

aa) Bir mukavele ile mecra irtifak hakkını tesis edebilmek için bu mukavelenin resmî şekilde yapılmış olması lâzımdır (MK. m. 705) (57). Bundan başka, eğer mecra görünürde değilse, ona müteallik irtifak hakkının

(55 a) Mecra açıkta ise.

(56) MK. m. 753 f. III e binaen, gayrimenkule müteallik irtifak hakkına dair hükümler kıyasen şahsî irtifak haklarının tesisinde de tatbik olunabilir.

(57) İMK. m. 732 ye göre bu hususta yazılı şekil kâfidir.

doğabilmesi bu hakkın tapu siciline tescil edilmesine bağlıdır (MK. m. 653 f. I, cümle 1). Tescil, gayrimenkulünden mecra geçirilecek mâlikin tahriri talebi ve tapu memuru tarafından tanzim edilen resmî mukavelelerin ibrazı üzerine yapılır (MK. m. 922 f. I ve Tapu Sicilli Nizamnamesi, m. 14, 19 ve 20).

Açıkta olan mecralara müteallik irtifak hakkı, daha yukarıda da muhtelif vesilelerle işaret edildiği gibi, mecranın yapılmasıyla teessüs etmiş olur (MK. m. 653 f. III cümle 2) Haricen görünür bir şekilde bir başka gayrimenkule hizmet eden mecranın mevcudiyeti, kanun vazınca irtifak hakkının aleniyetini temin için kâfi addedilmiş ve bu hak tescilden muaf tutulmuştur. Böylece tescilsiz olarak doğan mecra hakkı, mahiyeti itibariyle ancak gayrimenkule müteallik bir irtifak hakkı olabilir (58).

İsviçre hukukunda, tescil muafiyetinden, irtifak hakkının tesisi için şekle bağlı bir mukavele yapmak mecburiyetinin de ortadan kaldırıldığı neticesinin çıkarılamayacağı umumiyetle kabul edilmektedir (59). Başka bir deyimle, İsviçre hukukçularına göre, mecra açıkta kurulacak olsa dahi evvelâ üzerinden geçirileceği gayrimenkulün malikiyle yazılı bir anlaşma akdetmek lâzımdır. Kanaatımızca, bu görüş tarzının Türk hukukunda da müdafaası menfaatler vaziyetine uygun düşmez. Filhakika, biraz evvel de kaydettiğimiz veçhile, İsviçre Medenî Kanunu'nun 732 nci maddesi irtifak hakkını tesis eden mukavelelerin yazılı şekilde yapılmasını kâfi gördüğü halde Medeni Kanunumuzun 705 inci maddesi bu hususta resmî şekli aramaktadır. Bundan başka, memleketimizde, Tapu Kanunu'nun 26 nci maddesi mucibince mülkiyete ve mülkiyetin gayri aynî haklara müteallik resmî senetleri tanzime noterler salâhiyetli olmayıp, bu senetler ancak tapu sicil muhafızları veya memurları tarafından yapılabilir. Bu itibarla görünürde olan mecralara müteallik bir irtifak hakkının teessüsü için resmî bir mukavele yapılması istenecek olursa tescil muafiyetiyle önlemek istenen zahmet ve masrafların büyük bir kısmı gene baki kalacaktır. Binaenaleyh Türk hukukunda tescil muafiyetinin resmî mukavele yapmak mecburiyetini de ortadan kaldırmış olduğunu kabul etmek memleketimizin icapları bakımından daha isabetli olur. Zaten MK. m. 653 f. III metni de sarahaten «mecra açıkta ise irtifak hakkı mecranın yapılmasıyla teessüs etmiş olur» demekte ve resmî bir muka-

(58) Bk. yukarıda IV, I.

(59) Haab, Komm., Art. 676, Nr. 9; Romer, a. g. e., sh. 74; Leemann, Komm. Art. 676, Nr. 11; Pern Kantonu Adalet Direktörlüğü, SIZ, 13 (1916) W. Meier. Das Telephonregal nach schweizerischem Recht, Diss. Bern, sh. 113, yazılı mukaveleye sadece bir isbat vasıtası mahiyetini izafe etmektedir.

veleden bahsetmemektedir.

Görünürde olan mecralara müteallik irtifak hakkını tescilden muaf tutan hüküm âmir mahiyette değildir. Mecra kuran dilerse, MK. m. 668 f. II ye kıyasen, masrafı kendisine ait olmak üzere mecra hakkını tescil ettirebilir (60). Daha basit ve ucuz olan diğer bir yol da tapu sicilinde, hâdim gayrimenkulün evsafını tayin eden sütuna mecra hakkının şerh verilmesi olup buna kanunî bir mani de yoktur (61). Bu şekilde ihtiyatlı hareket etmek bazan faydalı olabilir. Filhakika hâdim gayrimenkulün maliki açığıdaki mecrayı kaldırıp gayrimenkulü hüsnüniyetli bir üçüncü şahsa devrederse bu şahıs, ortada mecra ve tapu sicilinde de tescil veya şerh bulunmadığından, şeyin mülkiyetini irtifak hakkından âri olarak iktisap eder (62). Halbuki tescil veya şerh, mecra kaldırılmış olsa dahi irtifak hakkının sonraki maliklere karşı da dermeyanını mümkün kılar.

Açıkta olan mecralara müteallik irtifak hakkının tescilsiz doğması bazan mecranın katettiği gayrimenkulün maliki aleyhine şöyle bir netice ortaya koyabilir: Malik mülkünde bir mecra tesisi hususunda sınaî bir teşebbüse muvakkat bir müsaade vermiş olabilir; eğer bu mecra görünürde ise teşebbüsün bulunduğu gayrimenkulü hüsnüniyetle iktisap eden üçüncü şahıs lehine mecraya müteallik bir irtifak hakkı doğar (63). Böylece muvakkat müsaade bir irtifak hakkına inkılâp etmiş olur.

b) Mecra irtifak hakkının mukaveleden başka bir sebebe binaen iktisabına tatbikatta daha nadir rastlanır.

MK. m. 704 f. III e tevfikân, bir mecra irtifak hakkına, müruruzaman neticesinde sahip olmak mümkündür (64).

Hâdim gayrimenkulün mülkiyetinin müruruzamanla iktisabı için gerekli şartlar hakkındaki hükümler kıyasen burada da tatbik edilir. Binaenaleyh mecra hakkının alelâde müruruzamanla kazanılması için: evvelâ, mecra kuran, mecranın geçirilmesine rıza gösteren şahsın mülkiyet hakkının mevcudiyetini ve tesisin dayandığı sebebin muteberiyetini ka-

(60) Haab, Komm. Art. 676, Nr. 10; Wieland. a. g. e., m. 676 (653), No. 9e. Tapu memuru tescilden muaf irtifak hakkını resen tescille mükellef değildir. Bern Kantonu Adalet Direktörlüğü, SJZ, 13 (1916), sh. 71, No. 50

(61) Haab, Komm. Art. 676, Nr. 10

(62) Wieland, a. g. e., m. 676 (653), No. 10, b.

(63) Wieland. a. g. e., m. 676 (653), No. 10, b.

(64) Şahsî mahiyetteki bir mecra irtifak hakkının müruruzaman ile iktisap edilip edilemeyeceği çok münakaşalıdır. Bu hususta bk: Pierre Tuor : Code civil suisse, Exposé systématique, trad. par Deschenaux, Zürich 1942, sh. 537 ve o sahifede not 34 te zikredilen müellifler.

bul hususunda hüsnüniyetli olmalı; saniyen, fasılasız ve nizasız olarak mecra hakkını on sene müddetle istimal etmiş bulunmalıdır (65). Eğer hadim arazi MK. m. 639 daki şartları arz ediyorsa, nizasız ve fasılasız olarak yirmi sene müddetle ve irtifak hakkı sahibi sıfatıyla, o araziden geçen mecradan istifade eden hâkim gayrimenkulün maliki fevkalâde müruruzamanı ileri sürebilir (66).

Temyiz Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi yeni bir kararında (66a), kâfi derecede sarahaten olmamakla beraber, bir mecra irtifak hakkının müruruzamanla iktisap edilebileceğini kabul eder görünmektedir. Karar şu mealdedir: «Evvelki malikin davacının su harkını geçirmesine senelerce (hadisede 10 - 15 sene) müsamaha ettiği şahadetle sabit olduğuna ve tarlasından komşunun su harkını geçirmesine müsamaha ve müsaade etmiş olan kimsenin sonradan bundan geri dönemeyeceğine ve bu gibi açıkta olan harkların tesciline de kanunî bir mecburiyet bulunmadığına ve bu gibi hakların üçüncü şahıslara karşı ileri sürülebileceğine göre.....» Yüksek Mahkeme su harkını geçirmek hususunda verilen müsaadeden dönülemeyeceğini beyan ettiğine göre bu müsaadede bir muvakkat işgale müsamahadan ziyade bir irtifak hakkının tesisine rıza gösterme mahiyetini görmektedir.

Diğer taraftan Mahkemenin su harkının açılmasını komşuluk münasebetlerine müstenidmiş gibi telâkki ettiği hususunda hiçbir emare yoktur; filhakika böyle olsaydı hadisede MK. m. 668 in şartlarının tahakkuk edip etmediğini araştırması gerekirdi. Hulâsa 1. Hukuk Dairesinin bu kararından, onun, açıkta olan su harkına müteallik irtifak hakkının, harkın yapılmasıyla (66 b) veya iktisabî müruruzamanla doğduğunu kabul ettiği neticesine varabiliriz.

Daha yukarıda da temas ettiğimiz veçhile (67). İsviçre'de mecra irtifak hakkının istimplâk yoluyla tesis edilebileceği umumiyetle kabul olunmaktadır. Memleketimizde halen mer'î istimplâk mevzuatı bakımından bu yola gidilmesi mümkün görünmemektedir. Bununla beraber aynı esasın bizde de kabulü temenniye şayandır. İstimplâk yoluyla tesis edilen mecra hakkı tescilsiz doğar. Ancak üçüncü şahısların hüsnüniyet iddialarını bertaraf etmek maksadıyla koruyucu mahiyette bir tescil yaptırılabilir. Açıkta olan mecralar için bu koruyucu tescile dahi ihtiyaç yok-

(65) (66) Wieland, a. g. e., m. 731 (704), No. 5

(66 a) 19. 2. 1951, E. 6468/K. 1425 (Tepeci, a. g. e., Cilt III, Ankara 1952, sh. 265).

(66 b) Bk. yukarıda aa).

(67) Bk. yukarıda not 25.

tur; mecra mevcut olduğu müddetçe üçüncü şahıslar hüsnüniyet iddiasında bulunamazlar (68).

Haab (69) ve Leemann (70) mahkeme kararıyla da bir mecra irtifak hakkının doğabileceğini söylemektedirler. Mecra hakkının bu suretle tesisinin pratik bir misalini bulmak oldukça müşküldür. Belki iştirak halinde veya müşterek mülkiyete mevzu teşkil eden bir gayrimenkulün taksiminde, mahkeme taksim neticesinde ortaya çıkan parçalardan birinden geçen mecra üzerinde diğer parça lehine bir irtifak hakkı tanıyabilir (70). Bundan başka mecra hakkına müteallik yanlış bir tescilin tashihi davasında da hâkim hükmüyle mecra hakkının tanınması mümkündür (71).

Bir kimse maliki olduğu iki gayrimenkulden biri lehine diğeri üzerinde bir mecra hakkı tesis edebilir (MK. d. 706) (72). Böyle bir hakkın tesisi için malikin tapu memuruna bir talepname vermesi kâfidir (Tapu Sicilli Nizamnamesi, m. 21). Bu suretle yapılan tescilin faydası, gayrimenkullerden birinin veya her ikisinin malikin elinden çıkması halinde kendini gösterir.

Mecra irtifak hakkının tesisi hakkındaki izahatımızı tamamlamadan önce şu noktaya da işaret etmek lâzımdır: Medenî Kanun'un meriyete girmesinden evvel müesses gayrimenkule müteallik mecra irtifak hakları gayrimenkul sicillerinin teşkilinden sonra tescil ettirilmemiş olsalar dahi bâki kalırlar; yalnız mezkûr hakların hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslara karşı dermeyan edilebilmeleri tescilleri tarihinden itibaren mümkündür (Kanunu Medenî'nin sureti meriyet ve şekli tatbiki hakkında Kanun, m. 22). Bu husus Temyiz Mahkememizin içtihatlarıyla da teyid edilmiş bulunmaktadır (73).

b) Mecra irtifak hakkı tapu sicilindeki tescilin terkini veya alâkadar iki gayrimenkulden birinin büsbütün zayı olmasıyla sâkit olur (MK. 707).

Hâdim gayrimenkul mâliki tescilin terkinini muhtelif sebeplere binaen istiyebilir (74):

aa) Terkini isteme hakkı bir hukukî muameleye istinat edebilir. Ezcümle mecra sahibi, irtifak hakkından tek taraflı olarak veya hâdim

(68) Haab, Komm. Art. 676, Nr. 11.

(69) Haab, Komm. Art. 676, Nr. 8; Leemann, Komm. Art. 676, No. 12.

(70) (71) Wieland, a. g. e., m. 731 (704), No. 3 b.

(72) Wieland, a. g. e., m. 676 (653), No. 11.

(73) 4. H. D., 15. 10. 1943, E. 2838/K. 2779; H. U. H. 25. 12. 1940 (Bk, Kâmil Tepeci : Notlu ve İzahlı Türk Kanunu Medenisi, cilt 2, Ankara 1946, sh. 106 - 108).

(74) Wieland, a. g. e., m. 734 (707), No. 1 ve 3.

gayrimenkul mâlikinden aldığı bir ivaz mukabilinde feragat etmiş olabilir. Bu suretle doğan terkin isteme hakkı hâkim gayrimenkulü sonradan iktisap eden üçüncü şahıslara dermeyan edilemez.

bb) Terkin, bir kanun hükmüne müsteniden de istenebilir; bu takdirde hâkim gayrimenkulü sonradan iktisap edenler dahi terkinine rıza göstermekle mükelleftirler. Bu hususta şu misaller sayılabilir: Eğer mecraı idamede hâkim gayrimenkul malikinin hiç menfaati kalmamışsa veya mecra mucip olduğu külfete göre pek az menfaat temin ediyorsa (75) hâdim gayrimenkulün sahibi mecra hakkının terkinini talep edebilir (MK. m. 709). Hâkim veya hâdim gayrimenkulün taksimi hallerinde de mecradan istifade etmeyen veya üzerinden mecra geçmeyen kısımlara râci olmak üzere irtifak hakkının terkinini talebinde bulunulabilir (MK. m. 715 ve 716).

cc) Bazı hallerde mecra hakkı terkinden önce sukut eder. İrtifak hakkı muayyen bir müddet için tesis edilip de bu müddet hitam bulmuşsa, hâkim hükmü veya istimlâk yoluyla hakka son verilmişse vaziyet böyledir. Bu gibi hallerde henüz terkin edilmemiş olan tescil sadece şekli bir mevcudiyeti haizdir. Bununla beraber hâkim gayrimenkul temlik edilirse, bu tescile binaen, hüsnüniyetli olan yeni malik lehine, maddî bakımdan sukut etmiş olan irtifak hakkı yeniden doğar. Bu neticeyi önlemek için, sadece şeklen mevcut tescili bir an evvel terkin ettirmek ve icabında terkinine kadar bu hususta muvakkat bir şerh verdimek (MK. m. 921) lâzımdır.

Açıkta olan mecralara müteallik irtifak hakkı, mecra bizzat hak sahibi tarafından veya onun rızası alınarak kaldırılırsa, sukut eder (76). Eğer böyle bir irtifak hakkı ihtiyaten tapu siciline tescil edilmiş veya şerh verilmişse, hak mecranın kaldırılmasına rağmen mevcudiyetini muhafaza eder (77).

Mecranın takyid ettiği ve ondan istifade eden gayrimenkuller aynı kimsenin mülkünde birleşirlerse, o kimse irtifak hakkını terkin ettirebilir (MK. m. 708 f. I). Fakat malik ileride gayrimenkullerin elinden çıkması ihtimalini düşünerek terkinden sarfınazar edebilir. Bu takdirde mecra hakkı mevcudiyetini muhafaza eder (MK. m. 708 f. II).

3. Mecra tesisine müteallik irtifak hakkının hükümleri :

Umumiyetle gayrimenkul irtifak hakkının hükümlerine müteallik kaideler mecra hakkına da tatbik edilirler (78):

(75) Bu takdirde bir tazminat mukabilinde.

(76) Haab, Komm. Art. 676, Nr. 11; Wieland. a. g. e., m. 676 (653), No. 9. g

(77) Bruggmann, a. g. e., sh. 89

Mecra hakkının şümulü MK. m. 710 ve müt. e göre tayin edilir. Mecra hakkı sahibi hakkını muhafaza ve ondan istifade için iktiza eden bütün tedbirleri ittihaz edebilir (MK. m. 710 f. I); her zaman hâdim gayrimenkule girebilir ve mecraların gerektirdiği tamiratı icra edebilir, yeter ki bunun için hâdim gayrimenkul maliki bakımından gayri müsait bir zaman intihap etmiş olmasın. Filhakika hak sahibi hakkını ancak tahmil edilen gayrimenkulün malikine en az zarar verecek bir tarzda kullanmakla mükelleftir (MK. m. 710 f. I). Gene bu sebepten mecra sahibi mecranın kurulması için gerekli işleri münasip bir zamanda ve mümkün olduğu kadar çabuk ifa etmeli, yapılan hafriyatı doldurmalıdır. Bundan başka mukayyet gayrimenkulün malikine, sebebiyet verdiği zararı tazmine ve mutabık kalınan ivazı ödemeğe mecburdur (79).

Mecra hakkının muhteva ve şümulünü tayinde, eğer hak tescil edilmişse bu tescil ve, mecranın bidayetteki konulma ve uzun bir müddet nizasız olarak hüsnüniyetle kullanılma tarzı gözönünde tutulur (MK. m. 711).

Takyid edilen gayrimenkulün maliki, mecra kuranın yeni ihtiyaçları dolayısıyla, mecra şebekesinin ehemmiyetli surette tevsiiine müsaade etmekle mükellef değildir; bununla beraer mecra sahibi mükellefiyetin hiss olunur derecede tezayüdünü istilzam etmeyen tadilatı yapmakta haklıdır, meselâ işletme için bidayette lüzumlu olmayan bazı telleri sonradan ekleyebilir (80).

Mecranın bakım ve muhafazası MK. m. 713 mucibince irtifak hakkı sahibine terettüp eder; fakat, hâdim gayrimenkul mâliki, bir mukavele ile, bakım külfetini üzerine alabilir (MK. m. 703 f. II). Elektrik tellerinin katettiği arazi ormanlıksa arazi sahibine ağaçları budamak mükellefiyeti yüklenebilir (81).

Mecraların bir yerden diğer bir yere nakli hususunda, komşuluk münasebetlerine müsteniden tesis edilen mecralar hakkındaki MK. m. 670 hükmü (82) kıyasen tatbik edilir (MK. m. 714 f. II).

Mecra hakkından istifade eden veya bu hakkın takyid ettiği gayrimen-

(78) Wieland, a. g. e., m. 676 (653), No. 11; Haab, Komm., Art. 676, Nr. 8 Bruggmann, a. g. e., sh. 77.

(79) Wieland, a. g. e., m. 676 (653), No. 11.

(80) Wieland. a. g. e., m. 676 (653), No. 11.

(81) Haab, Komm., Art. 676, Nr. 8

(82) Bk. aşağıda B kısmı, V, 3.

kulün taksimi hallerinde MK. m. 715 ve 716 hükümlerine başvurulmalıdır.

Tescil edilmiş mecra haklarının sırası yevmiye defterine kayıt zamanına göre tayin olunur (MK. m. 930 ve Tapu Sicilli Nizamnamesi, m. 15). Tescile tabi olmayan mecra hakları mecranın haricen görünebilecek tarzda yerleştirilmesi anından itibaren doğarlar ve sıra ahırlar (83).

V. MECRALARIN MÜLKİYETİ

I. Mecraların mülkiyetinin kime ait olacağı meselesinin ehemmiyeti. «Superficies solo cedit» prensibi.

Mecraların mülkiyetinin kime ait olacağı meselesi muhtelif bakımlardan ehemmiyet arzeder.

Mecralar muayyen bir mamelekî kıymeti haizdirler ve tesisleri geniş ölçüde masraf yapılmasını icap ettirir. Bu itibarla, mülkiyetlerinin kime ait olacağı ve üzerlerinde kimin tasarruf edebileceği sualinin cevabı, bilhassa bunları tesis eden kimse veya teşebbüs bakımından, mühimdir.

Diğer taraftan, bir sınaî teşebbüsün bir gayrimenkul dahilinde kurduğu mecra üzerinde, ondan başka gayrimenkullere kollar ayırmak suretile tasarrufu ancak teşebbüsün bu mecranın mülkiyetine sahip olması halinde mümkündür (84).

Bundan başka, mecralar su, gaz, elektrik gibi dağılması ve yayılması tehlikeli bir takım kuvvet ve maddelerin nakline hizmet ederler. Bu kuvvet ve maddelerin mecra dışına çıkmasından doğacak zararlar mecra malikinin mes'uliyetini intaç ederler. Filhakika mecralar gayrimenkul şeylerden sayıldıklarından (85) bunların maliki MK. m. 656 ya tevfiikan mes'ul tutulabilir. Aynı zamanda mecralar «imal olunan şey» mefhumuna da girdiklerinden maliklerinin, BK. m. 58 e binaen de, mes'uliyeti yoluna gidilmesi mümkündür (86).

Nihayet, gayrimenkul maliklerine yükletilen amme hukuku mükellefiyetleri ve vergiler mecra sahibi için de bahis mevzuu olur (87).

MK. m. 644 f. II de ifadesini bulan «superficies solo cedit» prensibi mucibince gayrimenkul mülkiyeti arazi dahilinde yapılan şeyleri (inşaati,

(83) Haab, Komm., Art. 676, Nr. 8; Wieland, a. g. e., m. 676 (653), No. 9, h; Leemann, Komm. Art. 676, No. 13.

(84) Bk. Ankara Asliye Mahkemesi 2. Ticaret Dairesinin 2.12.1948 tarihli neşrolunmamış kararı (E. 312/K. 133).

(85) Bk. aşağıda VI, 2 c.

(86) Haab, Komm. Art. 676, Nr. 7; Leemann, Komm., Art. 676, No. 30.

(87) Federal Mahkeme'nin «Bernische Kraftwerke c. Commune de Wimmis» davasında verdiği karar : RO 48 I 449 yahut Jd T, 1923, p. 327.

constructions, Bauten) şamil olur. Arazinin altından veya üstünden geçmek üzere sıkı ve devamlı surette yerleştirilen mecralar da bir nevi inşaat teşkil ettiklerinden esas itibarıyla bu prensibin hükmüne tabi tutulmaları gerekir (88). Fakat mecraların mülkiyeti hakkında, bu prensibe o kadar çok istisna kabul edilmiştir ki prensip mecralar bakımından ehemmiyetini hemen tamamen kaybetmiş bulunmaktadır.

2. *Mecraların mülkiyetinin kendisinden inbias ettikleri teşebbüsün sahibine ait olduğu haller.*

a) MK. m. 653 f. I gereğince, mecralara, hangi sınaî teşebbüsün eseri iseler onun sahibinin mülkü nazariyle bakılır.

Bu hükmün tatbiki için mecranın aynı maddenin ikinci fıkrasında derpiş edilen şekilde tesis edilmiş olması lâzımdır. Yani mecra bir irtifak hakkına veya komşuluk münasebetlerine (MK. m. 668) binaen kurulmuş olmalıdır. İrtifak hakkı gayrimenkule müteallik veya şahsî mahiyette olabilir. İrtifak hakkının sona ermesi halinde tekrar «superficies solo cedit» prensibi cari olur ve mecra, üzerinden geçtiği gayrimenkulün malikinin mülkiyetine avdet eder (89). Yalnız bu takdirde, irtifak hakkı sona eren şahsa mecrayı kaldırıp götürmek salâhiyeti tanınmalıdır (90).

Müelliflerin umumiyetle kabul ettikleri veçhile (91), komşuluk hakkına müsteniden kurulan mecraların mülkiyetinin bunları kuran teşebbüse ait olacağı prensibi, evleviyetle mecraların âmme menfaati için vaz edilmiş bir mülkiyet takyidine binaen tesis edildikleri hallerde de tatbik edilmelidir.

b) İsviçre'de, amme emlâkine dahil gayrimenkuller üzerinde bir idarî tasarrufa dayanarak yerleştirilen mecraların mülkiyetinin, eseri oldukları teşebbüse ait olacağı hususunda doktrinde (92) ve mahkeme içtihatlarında (93) tam bir ittifak mevcuttur. Wieland'a göre (94) bu gibi mecraların üzerinden geçtikleri amme emlâkinin birer mütemmim cüz'ü sayılmaması şu mülâhazalarla kabili izahtır :

(88) Bruggmann, a. g. e., sh. 80; Haab, Komm, Art. 676, Nr. 7

(89) Federal Mahkemenin yukarıda not 87 de zikredilen kararı : Jd T, 1923, p. 326.

(90) Wieland, a. g. e., m. 676 (653), No. 10, a

(91) Wieland, a. g. e., m. 676 (653), No. 3, b; Haab, Komm., Art. 676, Nr. 7; Leemann, Komm. Art. 676. No. 19.

(92) Haab, Komm., Art. 676, Nr. 7, Art 667, Nr. 18; Wieland. a. g. e., m. 676 (653), No. 3, c; Leemann, Komm., Art. 675, Nr. 25; Romer, a. g. e., sh. 75.

(93) Federal Mahkeme : 64 I 225 yahut Jd T, 1939, p. 180, «Güntert c. Kraftwerk Ryburg - Schwörstadt»; 56 III 65, «Bergaufzug Patent Feldmann A. G.»

(94) A. g. e., m. 675 (652), No. 4, c.

Evvelâ, ticaret dışında bırakılmış olan amme emlakine dahil gayrimenkuller bakımından tapu sicilline olan umumî itimad prensibi bir fayda arzetmez ve binaenaleyh mecraların mütemmim cüz'ü sayılmamasından üçüncü şahıslar için bir mahzur doğmaz.

Saniyen, amme emlakî malikinin yapılan tesisatın kıymetine sahip olmakta bir menfaati yoktur. Onun için ehemmiyetli olan, emlakın tahsis cihetinin mecraların konmasıyla değişmemesidir.

Türk idare hukukunda hâkim olan telâkkiye göre (95), eğer mecralar bir amme hizmeti yapmak için kendisine imtiyaz verilmiş olan bir teşebbüs tarafından tesis edilmişlerse, teşebbüs bu mecraların maliki olmadığı gibi onlar üzerinde bir aynî hak sahibi de değildir. Fikrimizce, eğer amme emlakini kateden mecralar bir amme hizmeti için kurulmuşlarsa bunların mülkiyeti hakkında İsviçre Hukukunda câri olan esas

bizde de kabul edilebilir. Yani eseri oldukları teşebbüs bunların maliki sayılmalıdır.

3. *Mecraların mülkiyetinin üzerinde kuruldukları gayrimenkulün malikine ait olduğu haller.*

a) MK. m. 653 f. I e tevfikan, yalnız transit mecralara eseri oldukları teşebbüsün sahibinin mülkü nazarıyla bakılabilir. Kendisine doğrudan doğruya hizmet ettikleri gayrimenkul üzerinde bulunan mecralar, kaideten o gayrimenkulün malikinin mülkiyetindedirler. Başka bir deyimle, eğer, bir gayrimenkul üzerindeki mecra, ana şebekeden su, gaz, elektrik gibi şeyleri almak ve o gayrimenkul dahilinde istihlâk etmek üzere kurulmuşsa, bu mecranın mülkiyeti, prensip itibariyle, snâî teşebbüse değil, o gayrimenkulün malikine ait olur. Bu esasın kabulü için muhtelif sebepler mevcuttur :

MK. m. 653 f. I in almanca metni, mecraların kendisinden inbias ettikleri teşebbüsün sahibinin mülkü sayılabilmesi için, sarahaten bunların «hizmet ettikleri gayrimenkul haricinde bulunması» (Leitungen... die sich ausserhalb des Grundstückes befinden, dem sie dienen) şartını koymaktadır. Buna mukabil, mezkûr hükmün türkçe ve fransızca metinleri « ... mecralar hangi arz için tesis olunmuşlar ise, onun haricinde bulunmuş olsalar bile, ... hangi snâî teşebbüsün eseri iseler onun ... sahibinin mülkü» addedilirler (les conduites, ... mème si elles se trouvent hors du fonds pour lequel elles sont établies, sont ... réputées appartenir au propriétaire de l'entreprise) şeklinde kaleme alınmışlardır; fakat bu ifade tarzı yanlış bir tefsire yol açacak mahiyettedir. Filhakıkta türkçe ve fransızca metinlerdeki «bile» (mème si) tabirinden, doğrudan doğru-

(95) Derbil; a. g. e., cilt II. sh. 570. No. 7; Onar, a. g. e., sh. 1174.

ya hizmet ettikleri gayrimenkul üzerinde bulunan mecraların mülkiyetinin evleviyetle sınaî teşebbüse ait sayılacağı istihraç olunabilir. Halbuki Medenî Kanun'un ihzarına müteallik çalışmalar böyle bir neticeye varmanın doğru olmayacağını göstermektedirler.

İsviçre'de Medenî Kanun projesinin Conseil d'Etats'da müzakeresi esnasında (96), umumiyetle, su, gaz, elektrik abonelerinin kendi gayrimenkulleri üzerindeki tesisatın parasını ödedikleri ve binnetice bu tesisatın maliki oldukları ileri sürülmüş (97) ve bunların sınaî teşebbüsün mülkiyetine dahil sayılmaması için m. 653 f. I e «doğrudan doğruya hizmet ettikleri gayrimenkul haricinde bulunan mecralar» kaydı ilâve edilmiştir.

Mahkeme içtihatları (98) ve doktrin (99) de, aynı mülahazalarla, abonelerin gayrimenkulleri üzerindeki mecraların, hususıyla evlerdeki tesisatın mülkiyetinin, kaâdeten, abonelere ait olacağını kabul etmektedir.

«Mecranın hizmet ettiği gayrimenkul» ibaresi acaba bizzat sınaî teşebbüsün üzerinde bulunduğu gayrimenkule de şâmil midir? Romer ve Leemann (100) bu suale müsbet cevap vermekte Zürich Kantonu Yüksek Mahkemesi de (101) aksi tezi müdafaa etmektedir. Fikrimizce bahis mevzuu ibare, bilhassa abonelerin gayrimenkulleri gözönünde tutularak konulmuştur. Eğer sınaî teşebbüs üzerinde bulunduğu gayrimenkulün maliki ise veya bu gayrimenkulde bir inşaat hakkına sahipse, pek tabii olarak, kurduğu mecraların o gayrimenkul dahilindeki kısmının da maliki olur. Buna mukabil eğer teşebbüs, imalâthesini kiraladığı bir gayrimenkulde tesis etmişse ve lehine bir inşaat hakkı da yoksa teşebbüsten çıkan mecranın mülkiyeti gayrimenkulün malikine ait bulunur.

b) MK. m. 653 f. I hükmü, transit mecraların mülkiyetinin, kendisinden inbias ettikleri teşebbüsün sahibine ve abonelerin gayrimenkulleri üzerindeki tesisatın abonelere ait olacağı hususunda sadece bir karine koymaktadır. Mezkûr hükmün ihtiva ettiği «hilâfına bir hüküm olmadıkça» (sauf disposition contraire, wo es nicht anders geordnet ist) ibaresi onun âmir bir hüküm olmayıp, icabında aksine bir mukavele yapılabile-

(96) Bk. Bull. Stén., C. E., 1906, sh. 1271 ve müt.

(97) Zaten aradan uzun zaman geçince, mecranın tesisi masraflarını abonem mi yoksa teşebbüsün mü ödemiş olduğunu tesbit işi çok güçleşebilir.

(98) Zürich Kantonu Yüksek Mahkemesi, BI ZR. 22 (1923). Nr. 122, sh. 233; Aargau Kantonu Yüksek Mahkemesi, SJZ. 26 (1930). sh. 85, Nr. 59.

(99) Romer, a. g. e., sh. 73; Haab, Komm., Art. 676, Nr. 13; Leemann, Art. 676, Nr. 5. Wieland, a. g. e., m. 676 (653), No. 8; Bruggmann, a. g. e., sh. 86

(100) Romer, a. g. e., sh. 73, Leemann, Komm., Art. 676, No. 4.

(101) Not 98 de zikredilen karara bk.

ceğini sarahaten göstermektedir (102). Binaenaleyh, bir mukavele ile, transit mecraların katettikleri gayrimenkullerin maliklerinin mülkü sayılacağı, veya bir abonenin arazisi üstündeki onun ana şebekeden istifadesini mümkün kılan mecranın sınaî teşebbüse ait olacağı kararlaştırılabilir (103). Ancak böyle bir mukavelenin mevcudiyetini iddia eden taraf onu isbatla mükelleftir.

c) Nihayet, muvakkat bir müsaadeye veya sadece bir alacak hakkı doğuran mukaveleyle müsteniden tesis edilen mecralar da üzerinde kuruldukları gayrimenkulün malikinin mülküne dahil olurlar (104). Bu gibi hallerde «superficies solo cedit» prensibinden inhiraf için bir sebep yoktur. Bununla beraber, eğer böylece tesis edilen mecralar, temelli kalmak maksadı olmaksızın yapılmışlarsa, MK. m. 654 hükmüne tâbi olurlar ve bunları tesis eden kimse veya teşebbüsün mülkiyetinde kalırlar. Her halükârda bu mecraları kuranlara onları söküp götürme salâhiyeti tanınmalıdır.

VI. MECRALARIN ESERİ OLDUKLARI TEŞEBBÜSÜN TEFERRUATI ADDEDİLMESİ.

Bir irtifak hakkına veya mülkiyet takyidinde yahut da amme hizmetini ilgilendirmeyen bir idarî tasarrufa binaen kurulan transit mecraların, kaideten, eseri oldukları teşebbüsün sahibinin mülkü sayıldıklarını gördük. Ancak bu mülkiyet hakkı, eğer malik mecra üzerinde temlik veya terhin suretiyle tasarruf etmek imkânına sahip ise, onun için bir fayda arzeder.

Yazımızın başında da işaret ettiğimiz gibi, kanun vazı MK. m. 653 f. I hükmünü sevketmemiş olsa idi, mecraların satılması veya terhini bunların katettikleri her gayrimenkul üzerinde müstakil ve daimî bir inşaat hakkı tesisi ve bu hakkın tapuya gayrimenkul olarak kaydı suretile kabil olurdu (MK. m. 751, 632, 911). Böylece kaydedilen haklar birer gayri-

(102) Bruggmann, a. g. e., sh. 85; Romer, a. g. e., sh. 73 - 74; Haab, Komm., Art. 676, Nr. 3; Wieland, a. g. e., m. 676 (653), No. 4; Gücün, a. g. e., sh. 170, Leemann, Komm, Art. 676, No. 21.

(103) 20 Mart 1926 tarihli Ankara'da elektrik tesisatı vücuda getirme ve işletme imtiyazı mukavelesinin 44 üncü maddesine göre, müstahliklere cereyan tevzii için yapılacak tesisatın, şube hattından ebniye dahilindeki emniyet kutusuna kadar olan kısmı şirket malı addolunup bunun bedeli hane sahibi veya müsteciri tarafından verilecektir. Ankara Asliye Mahkemesi 2. Ticaret Dairesi 2/12/1948 de bu maddeye binaen bir karar itihaz eylemiştir. (E. 312/K. 133).

(104) Haab, Komm., Art. 676, Nr. 7; Bruggmann, a. g. e., sh. 77; Wieland, a. g. e., m. 676 (653), No. 4.

menkul gibi temlik veya terhin (MK. m. 770; Tapu Sicilli Nizamnamesi, m. 41 - 42, 45) edilebilirlerdi.

Fakat bu usul büyük güçlükler ve masraflar doğuracağı gibi (105) teşebbüsle mecraların teşkil ettiği iktisadi vahdetin temenniye şayan olmayan bir parçalanmasını icap ettirecekti (106).

İşte bu mahzurları önlemek ve teşebbüs üzerindeki tasarrufun mecralara da şamil olmasını temin etmek maksadıyla, kanun vazı, mecraların eseri oldukları teşebbüsün teferruatı addedilmesi suretinde bir fiksiyon kabul etmiştir (107).

1. Mecraların teşebbüsün teferruatı addedilmesinin şartları.

Mecraların, teşebbüsün teferruatı addedilebilmesi için şu şartların mevcudiyeti gerekir :

a) Bahis mevzuu mecralar, mülkiyeti teşebbüs sahibine ait bulunan transit mecralar olmalıdır (108). Teşebbüsün üzerinde imalâthesini kurduğu kendisine ait gayrimenkul dahilindeki mecralar zaten bu gayrimenkulün mütemmim cüzüleri olup teferruat sayılmalarına hacet yoktur. Teşebbüsün istihsal veya tevzi ettiği kuvvet ve maddeleri istihlak eden abonelerin arazileri üzerindeki tesisat, bir alacak hakkına binaen yerleştirilen veya bir mukavele ile mülkiyetinin üzerinden geçtiği gayrimenkulün malikine ait olacağı kararlaştırılan mecralar teferruat hükmünde tutulamazlar.

b) Teşebbüs mecranın naklettiği kuvvet ve maddeleri istihsal eden bir ana teşebbüs olabileceği gibi, bu madde ve kuvvetleri başkasından satın alıp sadece tevzi eden ikinci derecede bir teşebbüs de olabilir (109).

Münferit bir gayrimenkulün ihtiyaçları için tesis edilen cüz'i ehemmiyetteki mecraların (meselâ bir su harkının, veya kirli suları boşaltan bir mecranın), ortada bir teşebbüs bulunmasa dahi, kıyasen o gayrimenkulün teferruatı sayılmasında bir mahzur yoktur. Zaten böyle bir mecraya umumiyetle bir gayrimenkul irtifak hakkına veya komşuluk münasebetlerine müsteniden tesis edildiğinden hâkim gayrimenkulün temlik halinde yeni malik mecraya sahip olur ve onu idame ettirebilir.

(105) Filhakika bu inşaat haklarının evvelâ her bir hâdim gayrimenkulün sahifesine ayrı ayrı tescil edilmeleri lâzımdı. Sonra da gayrimenkul olarak kaydedilirken aynı mıntakada olanları müşterek bir sahifeye kaydetmek mümkünse de (Tapu Sicilli Nizamnamesi, m. 6), bu imkân, mecralar ekseriya bir çok mıntakalara yayıldıklarından büyük bir kolaylık temin etmeyecektir.

(106) Haab, Komm., Art. 676, Nr. 12. Bk. yukarıda not 2.

(107) Romer, a. g. e., sh. 75; Leemann, Komm. Art. 676, No. 24.

(108) Haab, Komm. Art. 676, Nr. 13; Romer, a. g. e., sh. 73

(109) Bruggmann, a. g. e., sh. 86; Leemann, Komm., Art. 676, Nr. 7.

Bern Kantonu İstinaf Mahkemesi, bir şehir kanalizasyonunun muhtelif kolları hakkında MK. m. 653 f. I deki teferruat prensibinin tatbik edilemeyeceğine hükmetmiştir (110). Mahkemenin kanaatınca, ne kanalizasyondan istifade eden evler ne de bizzat kanalizasyonun heyeti umumiyesi bir teşebbüs sayılabilir. Federal Mahkeme ise, yakın bir zamanda, kanalizasyonun bizzat kendisinin teşebbüs addedilmesi gerektiği içtihâdında bulunmuştur (111).

c) Teşebbüs sahibi, teşebbüsün kurulduğu arazinin maliki veya bu arazi üzerinde tesis ve tapu sicilline gayrimenkul olarak kaydedilen müstakil ve daimî bir hakkın (kaynak hakkı, inşaat hakkı, su imtiyazı: Tapu Sicilli Nizamnamesi, m. 8-9) sahibi olmalıdır. Ancak bu suretle, teşebbüsün başkalarının arazilerinden geçen mecralara müteallik mülkiyet hakkı ve yine teşebbüsün kendi gayrimenkulü üzerindeki mülkiyet hakkı sübjektif - aynı bir bağla (eine subjektiv - dingliche Verbindung) bağlanabilir (112). Eğer teşebbüsün kendisine ait bir gayrimenkulü yoksa, teşebbüs sahibi geçireceği mecralar için birer gayrimenkul irtifak hakkı tesis edemez; şahsî irtifak haklarına binaen bu mecraların maliki olsa dahi ortada hâkim bir gayrimenkul yoktur ki onun üzerindeki tasarruflar mecralara da şamil sayılabilsin. Binaenaleyh, eğer mecralar bir irtifak hakkına müsteniden tesis ediliyorlarsa, teferruat prensibinin tatbik edilebilmesi için, bu irtifak hakkı gayrimenkule taallük eder mahiyette olmalıdır (113). İrtifak hakkının ortadan kalkması veya şahsî bir irtifak hakkına tahvil edilmesi neticesinde mecra mülkiyeti ile teşebbüsün gayrimenkulünün mülkiyeti arasındaki sübjektif - aynı bağ çözümlür ve mecra teşebbüsün teferruatı olmaktan çıkar.

2. Mecraların teşebbüsün teferruatı addedilmesinin neticeleri.

Mecraların eseri oldukları teşebbüsün teferruatı sayılması, esas itibarıyla, teşebbüs üzerindeki tasarrufların bunlara da şamil olmasını temin eder. Filhakika MK. m. 621 f. I e göre: «Bir şeye ait yapılacak temlikî tasarruflarda o şeyin istisna olunmayan teferruatı dahil olur.» Ancak mecraların teşebbüsün teferruatı sayılması yukarıda saydığımız şartların tahakkukuna bağlı olduğundan umumiyetle şeylerin teferruatına ait kaideler burada kıyasen, mezkûr şartların müsaadesi nisbetinde, tatbik sahası bulurlar :

(110) ZbJV. 72 (1936), sh. 405.

(111) RO 75 II 116 yahut Jd T, 1949, p. 627, cons. 2, «Einwohnergemeinde Bern c. Fischereipachtvereinigung Bern».

(112) Haab, Komm., Art. 676, Nr. 15 - 16; Leemann, Komm., Art. 676, Nr. 24.

(113) Bk. Yukarıda IV, 1, d.

a) Teşebbüsün kendi gayrimenkulünü ferağ, mecraların mülkiyeti ile bu gayrimenkulün mülkiyeti subjektif - aynı bir bağla bağlı bulunduğ müddetçe (114), mutlak surette mecralara da şamil olur. Teşebbüsün gayrimenkulünün ferağ edilmesine rağmen, mecraların tamamının veya bir kısmının müteşebbisin mülkiyetinde kalabilmesi için, MK. m. 621 f. I in müsaade ettiği veçhile, mukavelede bu hususta bir «istisna» kabul edilmesi kâfi gelmez (115); bunun için evvelâ mülkiyet hakları arasındaki subjektif - aynı rabıta çözülmek lâzımdır. Eğer mecra, bir gayrimenkul irtifak hakkına binaen kurulmuşsa, bu, şahsî bir irtifak hakkına tahvil edilmelidir. Böyle bir tahvil için de hâdim gayrimenkul malikinın rızası ve, mecra açıkta olsa dahi, irtifak hakkının tescili lâzımdır.

b) MK. m. 621 f. I deki esas, teşebbüsün terhini halinde daha iyi tatbik edilmeğe müsaittir. Rehin mukavelesinde hilâfı şart edilmedikçe, teşebbüsün terhini onun teferruatı sayılan mecralara da şamil olur. Taraflar mukavelede rehinin yalnız teşebbüsün gayrimenkulüne veya bu gayrimenkulle birlikte mecra şebekesinin bir kısmına münhasır olacağını tasrih edebilirler (116). Bu suretle mecraların tamamının veya bir kısmının rehinin mevzuundan hariç tutulduğu, hüsnüniyetli üçüncü şahısların mutazarrır olmamaları için, tapu siciline tescil ve bir ipotekli borç veya irat senedi varsa onun üzerine şerh edilmelidir. Teşebbüsün terhininden sonra da alacaklının mecraların tamamı veya bir kısmı üzerindeki rehin hakkından feragati mümkündür.

c) Mecralar teferruat addedilmekle gayrimenkul olmak vasfını kaybetmezler (117). Bunun böyle olduğunu, tesislerini mümkün kılan irtifak hakkının veya mülkiyet takyidinin ortadan kalkmasıyla yeniden üzerinde buldukları gayrimenkulün mütemmim cüz'ü olmaları açıkça gösterir. Halbuki umumiyetle şeylerin teferruatı menkullerdir (MK. m. 621 f. II). Binaenaleyh asıl şeyin maliki bu sonuncu neviden teferruat üzerinde asıl şeyden müstakil olarak tasarruf edebilir. Halbuki mecralara ve teşebbüsün gayrimenkulüne ait mülkiyet hakları subjektif - aynı bağla bağlı buldukları müddetçe mecralar teşebbüsten ayrı olarak ne temlik ne de terhin edilebilirler.

(114) Mecra bir gayrimenkul irtifak hakkına binaen veya teşebbüse ait gayrimenkulün sahibinin komşuluk münasebetlerini ileri sürmesi suretiyle tesis edilmişse böyle bir subjektif - aynı bağ mevcuttur.

(115) Haab, Komm., Art. 676, Nr. 17; Homberger - Marti, FJS, No. 428, sh. 6. Aksi fikirde : Hirs, a. g. e., sh. 58

(116) Haab, Komm., Art. 676, Nr. 18

(117) Federal Mahkeme'nin «Bernische Krafwerke c. Commune de Wimmis» davasındaki kararı : RO 48 I 449 yahut Jd T, 1923, sh. 326 ve müt.; Wieland, m. 676 (653), No. 2; Leemann, Komm. Art. 676, Nr. 24

d) Türk hukukunda, umumiyetle teferruatın asıl şeyden müstakillen haczinin caiz olmadığı kabul edilmektedir (118). Aynı esas teferruat sayılan mecralar için de varittir. Yani bunlar teşebbüsten ayrı olarak hacze tabi tutulamazlar.

İsviçre'de bir gayrimenkulün teferruatı, borçlu ve tapu siciline göre alâkalı bütün şahıslar kabul ederlerse, müstakillen haczedilebilir (Federal Mahkeme'nin 23 Nisan 1920 tarihli «gayrimenkullerin cebri paraya çevrilmesi hakkındaki» talimatnamesi, m. 12). Bu hükmün mecraların tatbiki doğru olmaz.

e) Umumiyetle teferruat hakkındaki MK. m. 777 f. II hükmü de teferruat sayılan mecralara kabili tatbik değildir (119). Binaenaleyh rehlin senesinde bazı şeylerin mecra olarak gösterilmesi ve bunun tapu siciline şerh verilmesi hukukan bir kıymet ifade etmez; böyle bir şerh vasıtasıyla MK. m. 653 ün şartları tahakkuk etmeksizin bir mecraya teşebbüsün teferruatı vasfı izafe edilemez (120). Buna mukabil, tapu siciline teşebbüsün gayrimenkulünün evsafına tahsis edilen haneye mecraların ehli-vukufça takdir edilen kıymetini şerh vermekte bir beis yoktur (121).

(Devamı gelecek sayıda)

(118) Mustafa Reşit Belgesay : İcra ve İflas Kanunu şerhi, II. bası, İstanbul 1948, cilt I, No. 423.

(119) Wieland, a. g. e., m. 676 (653), No. 2 d; Haab, Komm., Art. 676, Nr. 20; Leemann, Komm. Art. 676, Nr. 27.

(120) Zürich Yüksek Mahkemesi, BIZR, XX (1921), No. 2, sh. 2.

(121) St. Gallen Hükümet Şurası'na göre açıkta olan mecraların kıymetine müteallik böyle bir şerh, takdir edilen gayrimenkul kıymetinin ve o gayrimenkulü rehlinle takyid haddinin (MK. m. 813 ve 818) yükseltilmesini icap ettirmez (SJZ, 14 (1917/1918), sh. 123, Nr. 91)