

# KANUNİ İRTİFAKLAR

(Legalservituten)

Asistan Dr. Vecdi ARAL

I — Bilindiği gibi, irtifak hakkı gayrimenkule tahmil edilen bir külfettir ki, buna göre o gayrimenkül maliki, mülkiyete has bazı selâhiyetlerin irtifak hakkı sahibi tarafından kullanılmasına müsaade etmeye veya bu selâhiyetleri bizzat kullanmaktan içtinap etmeye mecbur kalır<sup>1</sup>.

İrtifak hakları, mahdut aynı haklardandır (die beschraenkten dinglichen Rechte)<sup>2</sup>. Filhakika, İsviçre ve Türk Medenî Kanunları eşya üzerinde sahibine tam ve inhisarî bir hâkimiyet bahşeden mülkiyet hakkından başka, sahiplerine sadece kısmî ve mahdut bir hâkimiyet bahşeden diğer bir nev'î aynı hakları da tanzim etmiştir ki, bunlara, bahsettikleri bu mahdut selâhiyetlerden dolayı mahdut aynı haklar denilmiştir.<sup>3</sup>

Her ne kadar sarahaten ifade edilmemişse de, Müsterek Hukuk Doktrininden mülhem olarak, irtifak haklarının aynı ve şahsî diye ikiye ayrılması İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarının tanziminde de esas alınmıştır. Aynı irtifaklarda hâdim gayrimenkülün karşısında hâkim bir gayrimenkülün mevcudiyeti şart olmasına rağmen,

1) *Saymen - Elbir*, s. 478; *Veldet*, s. 251. Bu tariften de anlaşılacağı veçhile irtifaklar, pozitif ve negatif olmak üzere iki guruba ayrılabilir. Mülkiyete has bazı selâhiyetlerin irtifak hakkı sahibi tarafından kullanılmasını tazammun ettiği halde irtifak hakkı pozitif, bu selâhiyetleri bizzat gayrimenkül sahibinin kullanmamasını intaç ettiği halde ise negatiftir (*Huber*, s. 20).

2) Medenî Kanunumuz mahdut aynı haklar karşılığında «mülkiyetin gayri aynı haklar» tabirini kullanmıştır ki, bu tabir isabetli görülemez (*Saymen - Elbir*, s. 464).

3) *Tuor*, s. 530. Mahdut aynı hakların bahsettiği bu hâkimiyet, mülkiyet hakkından farksız olarak, aynı bir karaktere sahiptir. Şu halde mahdut olan aynı tesir ve neticeler değil, sadece hâkimiyetin muhteva ve şumulüdür (*Liver, Einleitung Art. 730 Nr. 4*).

şahsî irtifaklarda (intifa, sükna hakkı) hâkim bir gayrimenkûlün varlığı aranmaz.<sup>4</sup>

Esas itibariyle irtifak hakları, mükellef gayrimenkûl maliki ile hâkim gayrimenkûl maliki (aynî irtifaklarda) veya diğer herhangi bir kimse arasında vaki olacak bir akitle ve bilâhare tapu kütüğüne tescil ile teessüs eder.<sup>5</sup> Yani, bir gayrimenkûle irtifak hakkı dolayısıyla bir külfet tahmil edilebilmesi, o gayrimenkûl malikinin rıza ve muvafakatına bağlı bulunmaktadır.

Böyle olmakla beraber, İsviçre ve Türk Medenî Kanunları, aynı irtifaklara benzeyen, öyle bir takım hukukî münasebetler derpiş etmiştir ki, bu gibi hallerde bir gayrimenkûle, malikinin serbest iradesi ve muvafakatı olmadan, diğer bir gayrimenkûl maliki lehine bazı külfetler tahmil edilebilmektedir. Nitekim, İsv. MK. 694/Türk MK. 671. maddesindeki lüzumlu geçit, İsv. MK. 710/Türk MK. 683. maddesindeki lüzumlu suların cebri temellükü, İsv. MK. 691/Türk MK. 668. maddesindeki komşuluk hukukundan doğan mecra hakkı, ve keza İsv. MK. 674/Türk MK. 651. maddesinde ifade olunan taşkın inşaat bu nev'i hukukî münasebetleri tanzim etmiştir.

II — Bu hukukî münasebetlerde, bir gayrimenkûl üzerinde, rıza ve muvafakat aranmaksızın, malikinden gayri bir şahsın mahdud hâkimiyetini tazammun eden hukukî selâhiyetin mahiyetini izah yolunda birbirinden ayrı iki görüş mevcuttur:

1 — Bir görüşe göre, mezkûr hukukî selâhiyet mülkiyet hakkının kanundan doğan bir takyidi neticesi olup, bir irtifak hakkı olarak düşünülemez. Burada, aynı irtifak muhtevalı mülkiyetin kanunî bir takyidi mevzubahisdir. Bunun neticesi olarak, selâhiyet sahibinin mahdud bir aynî hakkından bahsedilemez, çünkü onun böyle bir hakkı mevcut olmayıp, sadece sahibi bulunduğu gayrimenkûle müteallik mülkiyet hakkının şumulü ve muhtevası genişlemiş bulunmaktadır. Buna mukabil mükellef olan gayrimenkûl malikinin mülkiyet hakkının muhtevası tahammül mükellefiyeti dolayısıyla daralmış olur. Söz konusu mülkiyet takyidinin hususiyeti şuradadır ki,

4) Bu iki neviden başka, diğer bir nevî irtifak hakları daha vardır ki (İnşaat hakkı, kaynak hakkı ve MK. 753 deki «diğer irtifak hakları»), bunlara muhtelit irtifaklar denilir. Bu nevî irtifak hakları, hâkim bir gayrimenkûlün mevcudiyetini şart koşmadıkları gibi, hakkın mutlaka muayyen bir şahsa bağlanmasını da intaç etmezler; devir ve miras yoluyla intikalleri mümkündür (Tuor, s. 546; Saymen - Elbir, s. 480; Veldet, s. 251 vd.).

5) Saymen - Elbir, s. 479; Tuor, s. 547; Liver, Einleitung, Art. 730 Nr. 6.

o, doğrudan doğruya değil, dolayısıyla mülkiyetin bir takyididir; yani muayyen bazı şartların (zikrolunan kanunî hükümlerde mevcut şartlar) gerçekleşmesine bağlıdır. Mülkiyetin takyidi ya mükellef gayrimenkül malikinın muvafakatı ile veya hâkimin hükmü ile teyyüt edecektir. Hâkimin hükmü ise, hâdisede şartların gerçekleşmiş olup olmadığının tesbitine müteallik bulunacaktır (Feststellungsurteil).<sup>6</sup>

Bu nevî dolayısıyla mülkiyet takyitlerinin tapuya tescil edilmesi bizi şaşırtmamalıdır; zira bazı hallerde takyidin istikameti, durumu, uzunluk ve genişliğini tesbit etmekte zaruret vardır.<sup>7</sup>

Kaldı ki, bu gibi hukukî münasebetlerde aynı bir irtifak hakkının mevcudiyetini kabul etmek bizi garip bir neticeye isal eder. Filhakika, mülkiyetin kanunî takyidinin ihdas ettiği durum, bir irtifak tesisi ile bertaraf veya tâdil edilebilir.<sup>8</sup> Bu nevî mülkiyetin kanunî takyitleri bir irtifak olarak kabul edildiği takdirde bir irtifakın yine bir irtifakla tâdil veya bertaraf edilmesi bahis konusu olur ki, bu keyfiyet teorik olarak hiç de tatminkâr değildir.<sup>9</sup>

Bundan başka, aşağıda amelî mahiyetteki mülâhazalarla da bu görüşün doğruluğu teyyüt etmektedir. Bilfarz taşkın inşaatta mahdut aynı bir hakkın mevcudiyeti kabul edilirse, bu takdirde bu hakkın da mahdut aynı hakların sırasını tayin eden kaidelere tâbi olması icap eder. Bu kaidelere göre de, bu hak sıra itibarile, hususî bir hükmün yokluğu halinde, taşkın inşaat zamanında mevcut külfetlerden sonra gelecektir. Buna binaen, rıza göstermemiş rehinli alacaklılar, merhun nakde tahvil edilirken kendilerini izrar eden bu hakkın terkinini isteyebileceklerdir (İsv. MK. 812/Türk MK. 784). İmdi, gayrimenkülü külfetlerden arî olarak iktisap eden kimse taşkın inşaatın ortadan kaldırılmasını talep edebilecek midir? Yoksa, MK. 651'e göre, yeni maliki de taşkın inşaata tahammüle icbar için yeniden bir talepte bulunulması mı iktiza eder? Taşkın inşaat için evvelce ödenmiş tazminat hususunda nasıl bir karara varılacaktır? Bütün bu zorluklar «mülkiyetin kanunî takyidi» görüşü kabul edildiği takdirde ortadan kalkmaktadır; zira mülkiyetin kanunî takyitleri bütün aynı hak sahipleri karşısında hüküm ifade eder.<sup>10</sup>

6) *Haab*, Art. 674 Nr. 25.

7) *Schatzmann*, s. 30.

8) *İsv. MK. 680 / Türk MK. 657. maddesine bakınız.*

9) *Vital*, s. 37;: *Zürcher*, s. 8.

10) *Haab*, Art. 674 Nr. 26, 28.

2 — İkinci bir görüş ise, bu hukukî münasebetlerde bir irtifak hakkının mevcudiyetini kabul etmekte ve bu irtifakları «kanunî irtifaklar» (Legalservituten) diye isimlendirmektedir.

Nitekim, Liver'e göre (Einleitung Art. 730 Nr. 86 vd.), mülkiyetin kanunî takyitleri, neticelerine göre iki kategoriye ayrılırlar: Mülkiyetin, kanundan doğan doğrudan doğruya ve dolayısıyla takyitleri. Doğrudan doğruya takyitlerde, bir kanun hükmü icabınca malike, komşuluk hudutları içersinde bulunan diğer bir gayrimenkûl veya gayrimenkûllerin malikleri lehine yahutta âmmenin menfaatına olarak, kendi gayrimenkûlünün muayyen bir hususta kullanılmasına tahammül etmesi veya mülkiyete has bazı selâhiyetleri kullanmaktan içtinap etmesi emredilir. Bunlar, gerçek mânası ile mülkiyet takyitleridir. 680. maddenin (Türk. MK. 657) birinci fıkrası «Mülkiyetin kanunî takyitleri tapu kütüğünde tescil yapılmaksızın muteber olurlar» hükmünü vazederken sadece bunları kasdetmiştir. Mülkiyetin doğrudan doğruya kanunî bir takyidine istinat edebilen bir kimse, başkasına ait bir gayrimenkûlden kanun hükmü icabı istifade etmeye mezundur.

Mülkiyetin kanundan doğan dolayısıyla takyitlerinde kanunî kaide, istifade edecek olan şahsa sadece, gayrimenkûl malikine tevcih edilmek üzere bir talep hakkı bahşeder. Ancak bu talep hakkının istimali ile ki, mülkiyet takyidi gerçekleşir. Bu talep hakkı, bu hakkın sahibi lehine bir irtifak hakkının tesisine matuf olup, bunun karşısında, muhatap gayrimenkûl malikinin, bu irtifak hakkının tesisi için kanunî bir mükellefiyeti mevcut bulunmaktadır. Lüzumlu geçit, lüzumlu suların cebri temellükü, komşuluk hukukundan doğan mecra hakkı ve taşkın inşaatta hukukî durum böyledir.<sup>11</sup>

Dolayısıyla kanunî istifade hakları, hak sahibine ancak tam bir tazminat mukabilinde bahşedilebilir. Bu keyfiyet, gayrimenkûl malikinin feragat etmeye mecbur olduğu selâhiyetin mülkiyet hakkının normal muhtevasına dahil bulunduğunu, yani 641. (Türk MK. 618) madde mânasında hukuk nizamının hudutları içersinde kaldığını açıkça göstermektedir. Bu bakımdan, akit veya istilâk yoluyla bir irtifakın tesisine nazaran hiçbir fark mevcut değildir. Bunun neticesi olarak kanunî irtifaklar da tapu kütüğüne tescil ile doğarlar.<sup>12</sup>

11) Keza İsv. MK. 784. II / Türk MK. 756. II de mevcut gayrimenkûl mükellefiyeti tesisine müteallik mükellefiyette ve kanunî ipotekte (İsv. MK. 837 / Türk MK. 807) de durum aynıdır (Bkz. Liver, Einleitung, Art. 730 Nr. 87).

12) Ayrıca bkz. Huber, s. 64 vd.; Jenny, s. 100 vd. Fakat zarurî mecralarda MK. 668/II mucibince bir istisnaya rasthyoruz. Filhakika, burada tes-

Mükellef gayrimenkûl maliki tescile muvafakat beyanında bulunmazsa, hâkimin kararı tescil için lüzumlu irade beyanı yerine kaim olacaktır ve bu karar inşai mahiyettedir (Gestaltungsurteil).

Amelî noktaî nazardan, Haab'ın, kanunî irtifak hakkı telâkkisi kabul edilecek olursa taşkın inşaat üzerindeki hakkın da bir irtifak hakkı olarak sıra itibariyle 812. (Türk MK. 784) madde hükmüne tâbi olacağı, iddiası da isabetli değildir. Zira, bu nev'î irtifak haklarının tesisine müteallik mükellefiyet sadece komşu gayrimenkûl maliki için söz konusu olmayıp, aynı zamanda bu gayrimenkûl üzerinde müesses bütün mahdut aynı hak sahipleri için de varittir.

III — Bu, birbirinden farklı görüşler karşısında bir neticeye varmadan evvel, yeni İtalyan Medenî Kanununun bu gibi hukukî münasebetlerde açıkça bir irtifak hakkının mevcudiyetinden bahsettiğini burada kaydetmeliyiz. Filhakika mezkûr Kanunun 1032. maddesi «Bir gayrimenkûl maliki, kanun mucibince, diğer bir gayrimenkûl maliki tarafından kendisine aynı bir irtifakın tanınmasına matuf bir talep hakkını haiz ise, bu, akitle mümkün olmadığı takdirde, hükümle tesis edilir» (Wenn der Eigentümer eines Grundstückes kraft Gesetzes einen Anspruch auf Einräumung eines Grunddienstbarkeit seitens des Eigentümers eines anderen Grundstückes hat, wird diese, wenn ein Vertrag nicht zustandekommt, durch Urteil begründet) demektedir.<sup>13</sup>

İsviçre tatbikatında, Federal Mahkemenin her iki görüşü de temsil eden kararlarına rastlamak mümkündür<sup>14</sup>. Türk hukukunda

cil hak sahibinin arzusuna bırakılmıştır. Fakat mecra görünürde değilse, mecra irtifakı tescil edilmediği takdirde, mükellef gayrimenkûlün hüsnüniyetli üçüncü şahıslar tarafından iktisabı halinde hak sukut eder. Şu var ki, eski hak sahibi bu yeni müktesibe karşı da mecra irtifakının bahşedilmesine matuf kanunî bir talep hakkını haizdir (*Liver*, Art. 734 Nr. 175).

13) *Liver*, Einleitung Art. 730 Nr. 100. Halbuki Alman Medenî Kanunu diğer noktaî nazara iltifat etmiştir. O, kanunî irtifakları tanımaz; sadece bir tarafta irtifakları, diğer tarafta mülkiyetin kanunî takyitlerini kabul edip, kanun tarafından dolayısıyla tesis edilmiş mülkiyet takyitlerini reddeder. Bunlar da, doğrudan doğruya kanunî takyitler gibi teselle elverişli değildir (*Staudinger*, s. 912 Nr. 21; *Planck*, s. 912 Nr. 2b).

14) Nitekim mezkûr Mahkemenin bir kararında (41 II s. 220) birinci görüş benimsendiği halde, diğer bir kararında (53 II s. 224) 674 (Türk MK. 651). maddenin 3. fıkrasında bahsolunan aynı hak bir irtifak (Dienstbarkeit) olarak isimlendirilmek suretile ikinci görüşe temayül olunmuştur.

ise bazı müelliflerin<sup>15</sup> birinci görüşü aksettirmelerine mukabil, Temyiz Mahkememizin muhtelif kararlarında meselenin mahiyetini münakaşa etmeksizin irtifak hakkında bahsettiği müşahede olunmaktadır<sup>16</sup>.

Bizce, aşağıdaki sebeplerden ötürü, ikinci görüşü kabul etmek iktiza eder. Gerçekten, Liver'in mufassalan ifade ettiği gibi,

1 — Kanunumuzun, mülkiyetin kanundan doğan takyitlerini, doğrudan doğruya ve dolayısıyla olmak üzere ikiye tefrik edip, ikincisinde müstefit olacak şahsa sadece, mükellef gayrimenkûl malikine tevcih edilmek üzere bir talep hakkı bahsetmesi;

2 — Bu nev'i dolayısıyla istifade haklarının, hak sahibine ancak tam bir tazminat karşılığında bahşedilmesi keyfiyetinin, mükellef gayrimenkûl malikinin feragat etmeye mecbur olduğu salâhiyetin mülkiyet hakkının normal muhtevasına dahil bulunduğunu göstermesi;

3 — Ve bunların tapu kütüğüne tescil edilmesi<sup>17</sup>; bizi, bu nev'i hukukî münasebetlerde bir irtifak hakkında söz konusu olduğunu kabule sevketmektedir.

4 — Fikrimizce, ikinci görüşün isabetli olduğunu göstermek hususunda bir noktaya daha işaret etmek yerinde olur. Yukarda arzedildiği gibi, birinci görüşü benimseyen müellifler 680/657. maddeye istinaden mevzubahis münasebetlerde takyide tabi gayrimenkûl maliklerinin bu takyitten kurtulabilmelerinin ancak lehlerine bir irtifak hakkının tesisi ile mümkün olabileceğini kabul etmekte ve binnetice bunun karşısında bir irtifak hakkının değil, kanunî bir takyidin mevcut olduğunu iddia etmektedirler. Halbuki, bu, yani takyitten kurtulmak için bir irtifak hakkının tesisi, meselenin mahiyeti bakımından imkânsızdır. Bilfarz, Medenî Kanunumuzun 651. maddesinde tanzim edilmiş bulunan taşkın inşaat durumunu ele alalım. İmdi, bir defa komşu iki arsa malikinden hangisinin inşaat sırasında, tecavüze maruz kalacağı veya maruz kalıp kalmıyacağı önceden bilinemez; fakat buna rağmen gayrimenkûl maliklerinden birisi, diğeri aleyhine inşaatın taşırılmıyacağına

15) Gürsel, s. 93; İmre, s. 114.

16) 1. HD. 14.5.955 T. 3689 E. 2848 K.; 1. HD. 13.1.955 T. 7745 E. 215 K.; 1. HD. 10.3.942 T. 2616 E. 642 K. (Olgaç, Mad. 668 Nr. 1059, Mad. 671, Nr. 1085, 1111).

17) Bkz. İsv. Tapu K. Niz. 34 / Türk Tapu K. Niz. 35.

mütedair bir irtifak hakkı tesisine teşebbüs etse hukukan buna imkân ve cevaz verilemez. Zira, komşu gayrimenkûl maliklerinden hiç birisinin önceden inşaatını diğer gayrimenkûle taşırmaya selâhiyeti yoktur; diğer bir ifade ile inşaatı komşu arsaya taşımak mülkiyet hakkının muhteva ve şumulüne dahil bir keyfiyet değildir, hiç bir gayrimenkûl malikinin komşusuna tecavüze hukuken selâhiyeti yoktur<sup>18</sup>. Şu hale göre, bir kimsenin mülkiyet hakkı dolayısıyla sahibi bulunmadığı bir selâhiyetten, daha doğrusu mevcut olmayan bir selâhiyetten feragatını mutazammın bir irtifak hakkı tesisi düşünülemez. İnşaat taşırıldıktan sonra, tecavüze maruz kalan arsa maliki lehine bir irtifak hakkının tesisi akla gelebilirse de bu da mümkün değildir. Evveleminde, bu taşkın inşaatın komşu gayrimenkûlü takyit edebilmesi 651. maddede zikrolunan şartların gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Bundan başka hakimin, mezkûr madde hükmünün tanıdığı imkâna binaen, inşaatı taşıran lehine komşu arsa üzerinde bir takyit mi, yoksa mülkiyet mi tanıyacağı peşinen bilinemez. Hadisede 651. maddenin aradığı şartların gerçekleştiğini ve mülkiyet takyidi yoluna gidildiğini kabul etsek bile, bu takdirde, tecavüze maruz kalan malik lehine bahsedilecek irtifak nasıl bir irtifak hakkı olacaktır? Burada bir inşaat hakkı düşünülebilir ki, buna da iki bakımdan imkân yoktur: Bir kere inşaat hakkı, 751. maddeye göre, ancak başkasına ait bir arazi üzerinde tesis edilebilir; halbuki misalimizde bir kimse bizzat kendi arsası üzerinde yapılmış bir inşaatla ilgili olarak, inşaat hakkı iktisap edecektir. Kaldı ki, 652. madde dolayısıyla inşaatın bir kısmı üzerinde inşaat hakkının tesisinin yasak olduğu hatırdan uzak tutulmamalıdır.

Yine misal olarak 671. maddede tanzim edilmiş bulunan lüzumlu geçidi ele alacak olursak, burada da maddenin külfet tahmil ettiği gayrimenkûl malikinin bu külfetten kurtulmasına matuf lehine bir irtifakın tesisine tevessül etmesi imkânsızdır; zira hangi gayrimenkûl malikinin bu külfete maruz kalacağı önceden belli değildir. Bir külfet ve takyit mevcut olmadan bundan kurtulmaya matuf bir irtifak hakkının tesisi kabili tasavvur değildir.

Netice itibariyle, bir kere daha ifade edilmelidir ki, bu hukukî münasebetlerde aynı bir irtifak hakkı söz konusudur ve binnetice Medenî Kanunumuzun 703. maddesinde tarif edilen aynı irtifaklara mahsus kaideler tatbik edilecektir<sup>19</sup>.

*Asistan Dr. Vecdi ARAL*

18) Nitekim, 651. maddedeki şartlar meyanında, hüsnüniyetin aranması da bunu açıkça göstermektedir.

19) *Liver*, Einleitung Art. 730 Nr. 104; ayrıca bkz. Baumgartner, s. 53.

## BİBLİYOGRAFYA

*Baumgartner, Walter* — Das Notwegrecht und das Notbrunnenrecht nach dem schweizerischen ZGB., Diss. Bern 1930.

*Entscheidungen* — des schweizerischen Bundesgerichts (İsviçre Federal Mahkemesi kararları).

*Gürsel, Nurettin* — Gayrimenkul Mülkiyetine tecavüz ederek Kendi Levazımı ile Başkasının Arsasına veya Başkasının Levazımı ile Kendi Arsasına İnşaat yapmak ve Komşu Arsasına Tecavüz Eden İnşaat, Ankara 1953.

*Haab, Robert* — Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band. Das Sachenrecht, zweite Auflage, Zürich 1929 - 1935.

*Huber, Eugen* — Zum schweizerischen Sachenrecht, Bern 1914.

*İmre, Zahit* — Kaynak - Yeraltı Suları ve Hukuki Durumları, İst. 1951.

*Jenny, Franz* — Der öffentliche Glaube des Grundbuches nach dem schweizerischen ZGB., Bern 1926.

*Liver, Peter* — Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, 2. Teil, Das Sachenrecht, zweite umgearbeitete Auflage, Zürich 1951 - 1956.

*Olgaç, Senai* — Kazai ve İlmî İçtihatlarla Türk Kanunu Medenisi ve İlgili Hususî Kanunlar, Cilt II, İst. 1957.

*Planck, G.* — Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, drittes Buch, Sachenrecht, 5. Auflage, bearbeitet von Brodman und Strecker.

*Soymen, F. Hakkı* — Elbir, Halid K. — Türk Eşya Hukuku, İst. 1954.

*Schatzmann, Alfred Hans* — Eintragungsfähigkeit der dinglichen Rechte und Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters, Bern 1939.

*Staudinger, J. V.* — Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, III. Band, Sachenrecht, 1. teil, erleutert von Karl Kober (1935).

*Tuor, P.* — Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 1953.

*Veldet, H.* — Medenî Hukukun Umumî Esasları, üçüncü basım, İst. 1948.

*Vital, Schwander* — Die Grunddienstbarkeiten, Diss., Schwyz 1910.

*Zürcher, Richard* — Die Wegrechte des schweizerischen Privatrechts, Aarau 1947.