

KAYNAK MÜLKİYETİ VE KAYNAK HAKKI

Doçent Dr. Zahit İmre

GİRİŞ

SULAR HUKUKUNA DAİR UMUMİ MÜLÂHAZALAR

§ 1. Sular hukukuna dair umumî mülâhazalar ve mevzuumuzun tahdidi

I. Sular rejimine dair umumî mülâhazalar :

Kaynak ve yeraltı suları gayet geniş bir saha kaplıyan ve eşya hukukunda büyük bir ehemmiyeti haiz olan «sular» mevzuunun ve buna müteallik meselelerin münferit birer kısmını teşkil eder. Mahiyeti icabı seyyal ve akıcı bir madde olan su hukukî bakımdan da böyledir. Hukukî bir mevzu olarak bunu sistematize etmek ve kategoriler halinde tasnif etmek müşkülât arzeder. Bir müellifin dediği gibi, «su menkul müdür, gayri menkul müdür ? Hususî hukuk bakımından, hattâ araziden ayrılmış olarak bir (şey) midir¹ ?» İleride izah edeceğimiz üzere, su bazı hallerde menkul, bazı hallerde de gayri menkuldür, bazan bir «şey» dir, bazı hallerde ise sahipsiz bir şey veya müşterek bir şey mahiyetindedir.

Toprak sathındaki suların tebahhur etmesiyle atmosfere çıkan ve yağmur ve kar şeklinde tekrar toprak sathına düşen suların bir kısmı toprak sathında kalır veya akar gider, bir kısmı da toprağın derinliklerine süzülür. Yağmur ve kar suları nehir ve ırmakları besledikleri gibi dağlardan ve yüksek meyilli araziden dere ve sel şeklinde de akarlar. Toprağın içine giren sular da rastladıkları empermeabl tabakalar üstünde toplanırlar, bu tabakadaki çatlaklardan daha derinlere süzüldüğü takdir-

1) François Guisan, l'eau en droit privé, extrait à part du journal des tribunaux, 1942. p. 4.

de, tabaka tabaka yeraltı suları teşekkül eder. Her empermeabl tabakada umumiyetle bir su tabakası bulunur².

Yeraltı suları derinliğine veya uzunluğuna hareket edebilir ve akabilirler, veya hareketsiz birikmiş olarak dururlar (yeraltı akar suları - yeraltı su havuzları).

Yeraltı sularının toprak sathına çıkmasıyla kaynaklar husule gelir. Kaynakların zuhuru tabii bir hâdise neticesinde olabileceği gibi, su ihtiyaçlarını karşılamak maksadıyla sun'i olarak da yapılabilir ve ekseriya yapılmaktadır. Suyu olan ihtiyacın son zamanlarda artmasıyla yeraltı sularının işletilmesi imkânları üzerinde ilmî bir şekilde durulmuş, bu hususta yepyeni metotlar bulunarak bu servetlerden istifade imkânı geniş ölçüde temin edilmiştir. Jeolojiye bağlı olarak yeni bir ilim branşı, hidroloji teessüs etmiştir. Yeraltı suları hidrolojisi de bunun en mühim bir kısmını teşkil etmektedir.

Hidroloji umumî olarak «suya ait malûmat ve nazariyat» dir³. Dar mânasında ise, bundan yeraltı sularının mütalâası anlaşılır⁴. Günden güne daha ziyade müstakil bir ilim hüviyeti iktisap eden hidroloji, jeolojinin yanında ve büyük bir kısmı itibariyle ona bağlı bir mahiyet arzeder.

Suyun medeniyet hayatında ve insanların yaşayışlarında pek büyük bir ehemmiyeti vardır. Geçen asra gelinceye kadar sulardan içmek, yıkanmak ve ziraat için, bilhassa sulama ve değirmenler için istifade olunuyordu. 19 uncu asırda akar sulardan enerji ve kuvvet istihsaline başlandı ve birçok hidro-elektrik tesisat ve fabrikaları kuruldu.

Tarih tetkik edilirse görülür ki, medeniyet kurmuş olan bütün kavimler sulak arazide ve suların civarında yerleşmiş olanlardır. Türklerin kurmuş olduğu devletlerde, bilhassa Osmanlı İmparatorluğunda sulara ve sulara müteallik tesisata esaslı derece ehemmiyet verilmiştir. İstanbuldaki su yolları, kemerler ve bentler kurulmuş olan büyük bir medeniyetin güzel eserleridir. Bunlar maalesef İmparatorluğun inhîtata gitmesiyle muvazi olarak bakımsızlık ve lâkaydî neticesinde harabiye yüz tutmuşlardır. Bu gün haiz olduğu büyük ehemmiyete binaen sular üzerinde umumî menfaat lehine devlet müdahalesi bir zaruret olarak kabul edilmekte, bilhassa ziraat rejimi bakımından başlıca memleketlerde müdahaleci bir ekonomi sistemi tatbik edilmek istenmektedir⁵. Keza

2) Bk., Sadı Nazım Nirven, İstanbul suları, s. 10, İstanbul 1946.

3-4) F. Hammer, Beiträge zum schweizerischen Quellen- und Grundwasserrecht, S. 2, Dissertation, Bern 1942.

5) Bk., M. W. Strause, Dünya su ekonomisi (21 millet hakkında bir rapor), Büyük Su Kongresine sunulan broşürler, sah. 43-60, Ankara, 1951. R. Plaget, L'adaptation

sudan enerji istihsalı ve içme suyu ihtiyacının temini de aynı mahiyeti haizdir.

Memleketimiz bakımından da sulara dair meselelerin yeniden ele alınması zarureti baş göstermiştir. Zira «Türkiyede ziraatin ilerlemesi, iktisadî ve içtimai kalkınma herşeyden evvel su meselesinin haline ve halli derecesine bağlıdır; su dâvamız bizim en büyük ve en zorlu dâvamızdır⁶⁾». Memleketimiz en büyük bir kısmı itibariyle bir ziraat memleketidir. Ziraat için ise halledilmesi icap eden diğer meseleler arasında ve bunların başında «su dâvası» gelir.

Suyu memleketimizin hizmetine almak, sudan hem ziraatın, hem de işletici kuvvet olarak sanayiın faydalanmasını temin etmek maksadile Bayındırlık Bakanlığı «Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü» kanun tasarısını hazırlamış, ve Bakanlar Kurulunca da tetkik edilen bu tasarı hâlen Büyük Millet Meclisine verilmiş bulunmaktadır. Su işlerinin yurt ihtiyaçlarına uygun bir şekilde düzenlenmesi için bir «Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü» nün tesisi düşünülmektedir. Kurum başlıca iş olarak, tarımı genişletmek için sulama tesisleri kuracak ve akar sulardan elektrik istihsal, nakil ve tevzi edecektir. Kurumun bundan başka nehirleri seyrüsefere müsait hâle sokmak, kurutulacak toprakları ziraata tahsis etmek, ve memleketimizde muayyen fasılalarla cereyan eden su taşmalarını (feyezanları) önlemek üzere set ve bentler yapmak da vazifeleri arasında bulunacaktır^{6a)}. Tasarının diğer dikkate şayan bir noktası da, hususî şahıslara açacağı kredidir. Tasarıya göre, sulama işlerine ve elektrik çıkarmaya, ırmak ve dereleri tanzime ve setler inşasına girişecek hususî teşebbüslere kredi vermek Kurumun vazifeleri arasındadır. Memleketimizde şimdiye kadar bu neviden hususî teşebbüsler malûm değildir. Zira, bu gibi işler hem derin ihtisas ve vukuf isteyen işlerdir; hem de bunların

aux besoins de l'agriculture du régime juridique applicable à la propriété foncière, note sur un projet de loi fédérale suisse, journal des tribunaux 1948, p. 194 et sv.

6) Ali Tanoğlu, Ziraatımızın coğrafi karakterleri, İst. Üniv. İktisat Fak. Mec. C. 4, Sayı 4, 1944, s. 346. Bu mevzuda memleketimizde yapılmış ve bilhessa yapılacak işler ve program hakkında Bayındırlık Bakanlığının neşrettiği bir dergide mufassal ve teknik malûmat vardır (Bayındırlık Bakanlığı dergisi Aralık 1948 sayısı S. 87 ve müt.); keza bk., Su işlerine toplu bir bakış, Büyük Su Kongresine sunulan broşürler sah. 35 ve müt. (Ankara 1951); Büyük Su Kongresine sunulan Raporlar (321 sah.) Ankara 1951.

6a) «Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü» Kanun Tasarısının 2 nci Maddesi, bu müessesenin vazife ve salâhiyetlerini 15 bent halinde sıralamaktadır (Bk., Büyük Su Kongresine sunulan broşürler, sah. 15, Ankara 1951).

ihtiyaç gösterdiği sermayeyi şehir dışında yaşayan halk kütlelerinden bulup ortaya dökmek ekseri hallerde kabil değildir. Su işleri büyük sermaye isteyen ve bir çok cepheler arzeden, ve mühim etüt ve teşkilatlanmaları istilzam eden meseleleri ihtiva eder. Gerçekten bu mevzuda, yapılacak muazzam işler vardır, bunların gerektirdiği sermaye miktarı ise milyarı aşmaktadır. Tasarıya göre, Kurum için düşünülen kaynaklar şunlardır: 1) her yıl Devlet bütçesine konacak ödenekler;2) Devlete ait ve sulamaya elverişli arazinin kurutulup tarıma tahsis edilecek bataklık ve göl sahalarının ve; 3) Devletin mevcut baraj, regülâtör, sulama ve kurutma gibi tesislerinin ve bunlarla ilgili menkul ve gayrimenkul malların bu Kuruma devrinden elde edilen aktifler. Diğer taraftan Kurum mevcut ve yapılacak elektrik santrallerini devralabilir ve işletebilir. Ve gene Kurum, Bakanlar Kurulu kararile, faizli ve faizsiz, ikramiyeli ve ikramiyesiz tahvilât ve temettü hisselerine iştirakli ve iştiraksiz hisse senedi çıkarabilecek, on beş seneye kadar da vâdeli istikrazlar akdedebilecektir.

Ancak bahsi geçen bu son sermaye kaynakları, işin iktisadî mahiyeti icabı olarak, ancak işler ilerledikten, santraller açıldıktan sonra düşünülebilecek şeylerdir. Böyle tesisler tamamlanıp verimli hale kondukça, açılacak yeni gelir kaynakları ile ikinci ve üçüncü derecedekileri daha kolay tahakkuk ettirmek mümkün olur.

Memleketimizin başlıca dâvalarından olan su işleri hakkında 22 Ocak 1951 tarihinde ve bunu takip eden günlerde Ankarada büyük bir «Su Kongresi» toplanmış ve bu mevzu hakkında ehemmiyeti ile mütenasip görüşmeler yapılmıştır.

Su işleri mevzuunda, kurulması mutasavver Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünden maada İller Bankası da hâlen ehemmiyetli faaliyetiyle temayüz etmektedir. İller Bankası, bilhassa şehir ve kasabalara su getirilmesine ve hidro - elektrik tesisler kurulmasına yardım etmekte ve bu bakımdan da büyük hizmetler ifa etmektedir.

Denizler, akar sular, kaynaklar ve yeraltı suları mevcut büyük su kategorilerinin başlıcalarını teşkil eder. Bizatihi kimyevî madde olan su sahipsiz bir şeydir. Mecellenin tabiriyle «Mubah» bir mal olup herkes tarafından ihraz olunabilir. Bu suyun akmasından husule gelen akar su ise, bir çok bakımlardan çeşitli istifadeler temin eden hakikî ve tabii bir servettir. Bunun üzerinde umumî menfaatin icap ettirdiği işleri yapmak, tesisleri kurmak lâzımdır. Bu, millet ve memleketin refaha kavuşabilmesi için yapılması lâzım gelen en esash işlerden birisidir. Buna müteallik meseleleri şu şekilde sıralayabiliriz⁷ :

7) Ali Tanoğlu, a. g. e., s. 346.

Evvêlâ, kurak arazimizin sulanmasıyla ziraatın inkişaf ettirilmesi lâzımdır. Anadolu ikliminin, bilhassa orta Anadolunun bariz hususiyeti kuraklıktır. Bu ise ziraatın verimsizliğinin başlıca sebeplerinden birisidir. Bunu bertaraf için fennî sulama usullerine tevessül etmek zarurîdir⁸.

İkinci olarak, akar sular seyrüsefer bakımından ehemmiyeti haizdir. Bu bakımdan müsait olan nehir ve ırmaklar en kolay ve ekonomik seyahat ve nakliyat yolunu teşkil ederler⁹.

Üçüncü olarak, akar suları bir düzene koyarak taşmalarını ve tahribat yapmalarını önlemek ve bataklıkları kurutmak lâzımdır. Memleketimizde gerek nehir ve ırmakların ve gerek bataklıkların tevlit ettiği sıtma, hakikî bir felâket şeklini almaktadır. Bu suların akışını yapılacak setler ve bentlerle tanzim etmek ve bataklıkları kurutmak bu âfetleri bir nimet haline getirmek tahakkuku lüzumlu olan meselelerimizden birini teşkil etmektedir.

Dördüncü olarak, akar sulardan enerji ve elektrik kuvveti için istifade gelir. 19 uncu asırda başlanan bu enerji istihsalinin âmme iktisadiyatında pek büyük ehemmiyeti vardır «Beyaz kömür - houille blanche» ismi verilen bu enerjinin uzak mesafelere nakli ile buna dayanan muazzam bir sanayi ve fabrikalar kurulmuş, hidro-elektrik tesisler yeni bir devrin başlangıcını teşkil etmiştir. Memleketimizde bu neviden birçok akar sular mevcut olup bunlar istifade edilmesi ve üzerlerinde elektrik santralleri kurulması kabil birer tabii servettirler.

Beşinci olarak, şehirlerin ve köylerin içme ve kullanma suyu ihtiyaçlarının temini gelir. Bu hususta kaynaklardan ve yeraltı sularından istifade olunur. Bu, eskidenberi bilinen bir usuldür. Su menbaı bulunmayan yerlerde kuyular açılarak su tedarik edilirdi. 19 uncu asrın ortalarında şehirlerin su tedariki işi merkezileştirildi. Kaynakların yanında muhtelif yerlerde halkın istifadesine mahsus sular tesis edildi. Almanya'da ve İsviçrede geçen asrın sonunda yeraltı suları tedariki yoluna baş vurulmuştur. İsveçte ise, sun'î olarak su istihsal edilmiştir. Bu hususta ilk tesisat Stokholm'lu hidrolog Richert tarafından Gotenburg'ta kurulmuştur¹⁰.

8) Ali Tanoğlu, a. g. e., s. 334 ve müt. Bayındırlık dergisi, Kasım 1948 sayısı.

9) Pascal'ın dediği gibi (akar sular yürüyen yollardır - Les rivières sont des chemins qui marchent). Bk. Colin et Capitant, Cours de droit civil français, tome : I, p. 792 (Paris 1947).

10) Bk. F. Hammer, a. g. e., s. 15, 16.

Bizde ise vaziyet aksine olarak cereyan etmiştir. Memleketimizin büyük bir kısmı bilhassa İstanbul şehri su ve menba suyu bakımından zengin olduğu halde esaslı bir su sıkıntısı çekilmektedir¹¹. Bu mevzuda yeni yapılacak tesislerin yanında mevcut su yollarının ve çeşmelerinin islâhı da gerekmektedir. Halkın sıhhi bir ihtiyacını, içme ve kullanma suyu tedarikini temine hizmet edecek bu gibi tesisatın lüzum ve ehemmiyeti açık olarak tezahür etmektedir.

Altıncı olarak, suyun diğer bakımlardan haiz olduğu ehemmiyet ve faydaya işaret edebiliriz. Su yalnız içmek, yıkanmak, ziraat ve sanayide kullanmak için değil, diğer hususlar için de ehemmiyeti haiz bir maddedir. Ezcümle, toprağın altında su tabakalarının bulunması bunun münbitliğini artırır. Eğer, bu suyun tamamı istihlâk edilir ve yeraltı suyunun satih seviyesi çok aşağılara, derinlere inerse toprak münbitliğinden kaybeder, kurak ve verimsiz bir hâle gelir.

Nihayet, sulardan balık avlamak bakımından da istifade imkânları mevcuttur.

Böylece görülüyor ki, suların muhtelif neveleri ve bunlardan sayısız şahısların çeşitli istifadeleri bahis mevzuu olmaktadır. Akar suların, kaynakların ve yeraltı sularının durumu yeni zamanlarda âmmenin dikkat nazarını ve taleplerini eskisine nazaran daha fazla çekmektedir. Bir taraftan toprak sathı sularının iktisadî bakımdan kullanılması, diğer taraftan kaynak ve yeraltı sularından içme ve kullanma suyu elde etmek gayesile istifade zımında âmme müesseseleri ve sanayi büyük terakkiler kaydetmektedir.

Yeraltı sularının memleket ekonomisi bakımından ehemmiyeti büyüktür. Bu, bir veya müteaddit mıntikalarda kaynak olarak çıkabilir veya çıkarılabilir. Kaideten saf ve temiz su verir, derhal halk tarafından kullanılabilmeğe müstaittir. Bunun toprağın derinliklerinden çıkarılması eskidenberi malûm olan bir keyfiyettir. Modern ilim yeraltı suyuna daha büyük bir ehemmiyet atfettiğinden, bunun araştırılması meşgul olmuş, daha fazla miktarda suyun daha az masrafla teminine çare bulmuştur.

11) İstanbulun güzel menba sularını yakından tanıyan ve bunların bakımsız ve kontrolsüz bırakılarak harap olduklarını belirten bir muharrir, «daha böyle nice zenzem gibi, bal gibi sularımız vardır, fakat herbirinin ayrı bir efsanesi, acıklı bir hikâyesi olmasa» demektedir (Enver Naci Göksen, İstanbulun menba suları ne oldu?, Yeni Sabah gazetesi, 28 Eylül 1948) İstanbul suları hakkında bk., Osman Nuri Ergin, Mecellei umuru belediye, cilt : I, s. 1231 ve müt.); Sadı Nazım Nirven, İstanbul suları, İstanbul 1946.

Zamanımız içtimâî ve iktisadî hayatında suya olan ihtiyaç çok cesimdir. Bu ihtiyacın fazlalığına ve gittikçe artmasına mukabil, miktarı bakımından nedret hiss olunmaktadır. Suların ziraat için haiz olduğu ehemmiyet ve kıymet, insanların ve hayvanların içmesi için suya olan lüzum, su cereyanından kuvvet istihsali ve diğer bir takım meseleler, sular üzerindeki menfaatlar ihtilâfının, gerek âmmenin ve gerek fertlerin ihtiyaçlarını tatmin edecek bir şekilde, hukukî bir tanzime raptedilmek suretile hallini icap etmektedir.

Su halkın ihtiyaçlarını karşılamaya yarayan kollektif bir servettir. Bunun üzerinde bazan mülkiyet hakkı, bazan da mahdud bir istifade hakkı vardır. Zira, esas itibarile sular gayrı mahdud miktarda şahısların istifadeye iştirakini mündemiçtir. Aynı bir su bir değirmeni döndürür, bir sınaî teşebbüsü besler, tarla ve çayırların sulanmasına yardım eder, fabrikalar kirli sularını buraya akıtırlar, burada balık avlanabilir, ve diğer bir çokları gibi herkes buradan su almak hakkını haizdir.

Roma hukuku ve bu hukuktan gelen telâkki tarzı, eşya üzerinde ve dolayısıyla kaynaklar üzerinde ferdi mülkiyet esasını mutlak bir şekilde kabul etmektedir. Bunun karşısında Cermen hukuku ve kısmen de İslâm hukuku suyun umumî istifadeye tahsisi lâzım geldiği fikrinden hareket etmektedirler.

Muasır cereyanlar ise, bu mevzuda Roma hukuku esaslarından uzaklaşmakta, ve suların umumun istifade edeceği bir servet olarak alınması fikrine temayül etmektedir. Modern kanunlarda, ve dolayısıyla Türk - İsviçre Medenî Kanunlarında, sular üzerinde malikten başka diğer şahısların müşterek istifadesine müteallik hususî hükümler yer almaktadır. Türk hukukunda ayrıca, hususî bazı kanunlarla âmme menfaatinin himayesi maksadile bazı hükümler sevk ve tanzim edilmiş bulunmaktadır.

Gerçekten, sulara dair hukukun tanziminde, muhtelif menfaatlar ve istifade salâhiyetleri yekdiğerile çarpışmaktadır. «Tezat halindeki menfaatlardan tesviyesi lüzumu hiç bir sahada kendini bu kadar hissettirmez. Böyle bir tesviye tarzı tam olarak kabil değildir, çünkü müteaddit hak ve salâhiyetler birbirinin yanında müsavi kuvveti haiz olarak mevcut olamazlar¹²⁾». Bu mevzuda su hukukuna hâkim olması icap eden prensip şudur : sudan istifade, âmme menfaatinin korunması şartile, hak sahiplerine

12) Martin Wolf, das Sachenrecht, S. 334. Prusya su kanunu, akar sular üzerinde muhtelif şahısların menfaatlerinin karşılamaşması halinde muayyen bir sıra tespit etmiştir. Bir fikir vermek için bu kanunun 61 inci maddesini zikredelim ; burada, evvelâ âmme menfaati için mühim olan istifade salâhiyetleri gelir; ikinci olarak, iktisadî bakımdan mühim olanlar; üçüncü olarak, kadim olanlar; dördüncü olarak,

rinin gayrı menkulleri için sudan yapabilecekleri istifadeyi en ziyade mümkün kılacak şekilde olmalıdır. Yeni kanunlarda bu gayeye uygun esaslar idarî makamların tanzim salâhiyetleri vasıtasile derpiş olunmaktadır¹³.

Suları umumiyetle ikiye ayırmak kabildir : umumî sular, hususî sular. Birincisinde, umumî bir istifade ve istimal hakkı vardır, bunun tanzimi âmme hukukuna aittir. Hususî sular ise, ferdî mülkiyete ve diğer hususî haklara mevzu teşkil edebilir, bununla beraber bunlarda dahi âmme menfaati ve komşuluk hukuku icabı olarak, bazı tahditler vazolunmuştur. Zira, su nevi ve mahiyeti ne olursa olsun, herkesin istifadesine tâbî olması gereken tabii bir servettir.

Umumî ve hususî suları tefrik edecek kriter nedir ? Romalılar devamlı olarak akan suları umumî addediyorlardı. Fransada, akar suların (flottabilité) ve (navigabilité) sine göre ayırma yapılıyordu, bunun sebebi, sularda seyrüsefer ve nakliyatın mühim bir istifade şekli olarak mülâhaza edilmiş olmasıdır.

İsviçre ve Türk medenî kanunlarında bu mevzuda bir tefrik kriteri vazedilmemiştir. Akar sulardan hangisinin âmme hukukuna, ve hangisinin hususî hukuka ait olduğunu tayin meselesi hususî hukuktan ziyade âmme hukukuna taallük eder. Bu sebepten dolaydır ki, Medenî Kanunumuzun 641 inci maddesi şu formülü koymuştur : «hilâfı sabit olmadıkça, menfaati umuma ait sularla, ziraata elverişli olmayan yerler, kayalar, tepeler, dağlar ve onlardan çıkan kaynaklar kimsenin mülkü değildir (fık. 2). Sahipsiz şeyler ile menfaati umuma ait olan mallar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır (fık. 1)». 641 inci maddenin bu umumî tarzdaki ifadesine mukabil, 679 uncu madde kaynakları ve yeraltı sularını bulunduğu arazinin mütemmim cüzü ve malikinin mülkü addetmiştir. Bu son hüküm İsviçre Medenî Kanununun 704 üncü maddesine tekabül eder. İsviçre Medenî Kanununun meriyete girmesinden bir kaç sene sonra, bu hükmün yeraltı suları hakkında gayeye uygun olmadığı anlaşılmıştır. Zira, son senelerde yeraltı suları hakkında teknik bakımdan dikkate şayan terakkiler elde edilmiştir. Bu suretle, bu mevzuda yeraltı sularının ehemmiyet ve istihsaline müteallik evvelce bilinmeyen bir takım malûmat edinilmiştir. Ve 20 nci asrın başından bugüne kadar geçen zaman zarfında yeraltı suyu evvelce hiç düşünülememiş olan bir ehemmiyet

muayyen bir mahalle bağlı olanlar; 5 inci olarak, akar su maliklerinin tesebbüsleri; son olarak da, akar suların sahillerinde bulunanların istifade hakları gelmektedir (bk. Martin Wolf, a. g. e., S. 334 - 335).

13) Martin Wolf, a. g. e., S. 335.

kazanmıştır. İsviçre Medenî Kanununun tahriri esnasında lâyıki veçhile tanınmayan yeraltı suyu, bugün medenî hayat için çok lüzumlu bir madde olmuştur. Su istihlâkinin devamlı olarak artması, istikbalde yeraltı su mîntikalarının daha teksifi bir şekilde işletilmesi ve daha fazla miktarda yeraltı suyu çıkarılması zarurî görülmektedir.

II. Suların taksimi :

1. Umumî sular — hususî sular :

Suların müteaddit neveleri, ve her nev'inin de kendine mahsus muhtelif meseleleri vardır.

İlk olarak, suları umumî ve hususî olmak üzere ikiye ayırabiliriz. Umumî sular Devletin hüküm ve tasarrufunda olup, umumun istifade ve istimaline bırakılmış olan sulardır. Hususî sular ise, ferdi mülkiyete mevzu teşkil edenlerdir.

Bu, suların hukukî mahiyetlerine göre yapılmakta olan bir taksimdir. Topluluğun istifade ve istimal hakkının mahfuz tutulduğu su umumî su tesmiye olunur, bu istifade Devlet tarafından tanzim olunur. Bunun aksi ne olarak, hususî sular üzerinde fertler tasarruf hakkını haizdir.

Umumî sular ile hususî sular arasındaki kriter hakkında Medenî Kanunda bir sarahat mevcut değildir. M. K. 641 inci maddesine göre, sahihsiz şeylerle, menfaatı umuma ait mallar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. 641 inci maddenin muhtevası Roma hukukundaki esaslara uymaktadır. Filhakika, Roma hukukunda fert için kabili temellük olmayan mallar arasında «res communes» (müşterek şeyler), ve «res publicae» (âmmeye ait eşya) vardır; hava, deniz gibi, akar sular (aqua profluens) müşterek eşya «res communes» dir (Aqua profluens res omnium communes est). Akar sular herkese müşterektir, bunlar üzerinde herkesin istifade hakkı vardır. Bu hak ancak devamlı olarak akan (uzun zamandanberi akan) sular (flumina perennia) hakkında tanınmaktadır. Zamanla kuruyan veya fasıla ile akan nehir ve ırmaklar umumî istifade ve istimal hakkının dışında bırakılmıştır, bunlar hususî sulara girerler¹⁴.

Alman müşterek hukukunda veya Pandekt hukukunda, bu Roma hukuku telâkkisi hâkimdir. Bu hukuklarda umumî suların hududu dar ve mahduttur. Buna mukabil Cermen hukukunda anti-endividüalist esaslar carî olup, akar sular olsun, diğer sular olsun, hepsi topluluğun müşte-

14) Martin Wolf, a. g. e., S. 323.

rek malıdır. Arazisinde herhangi bir su bulunan şahıs, bunun maliki değil, sadece zilyedir, ve diğer şahıslarla müsavî olarak alelâde bir istifade hakkını haizdir.

2. Mecelleye göre suların taksimi :

Bu mevzuda İslâm hukukundaki esaslar da dikkate şayandır. Burada da, Roma hukukunun aksine olarak, esas itibarile sosyal bir seciye görmek kabildir. İslâm hukukuna ve Mecelleye göre sular dört nevidir :

a) Denizler ve büyük göller. Mecellenin 1237 nci ve 1264 üncü maddeleri mucibince, bunlar mübah olup, âmmeye müzur olmamak şartile, herkesin istifasına açıktır. (Ayrıca bk. Mecelle, madde : 1254)

b) Büyük nehirler, Mecellenin tâbiri ile «mamlûk olmayan enharı âmme». Bunlar da ferdi mülkiyet sahasına girmezler, umumî istifadeye tâbidirler (Mecelle, madde : 1238 ve 1265¹⁵).

c) Enharı mamlûke. Bunlar bir cemaatin mülküne dahil olabilen nehirlerdir. İki türlüdür: nehri âm, nehri hâs. Nehri âmda «seyrüsefer kabil olmadığı gibi, hakkı şirb, yani ekin ve hayvan sulamak suretile istifade hakkı da yoktur. Bunun hakkı şirbi yalnız sahiplerinindir. Halkın yalnız şefe hakkı, yani su içmek salâhiyeti vardır¹⁶» (Mecelle, madde : 1232). Nehri hâs ise, suyu müteaddit şahısların arazisine müteferrik ve münkasım olup, arazilerinin nihayetine varınca mahvolup kırlara çıkamıyan nehirlerdir (Mecelle, madde : 1267 - 1269)¹⁷.

d) Nehri hâs ile mührez sular, tamamile hususî mülkiyete girerler. İleride de izah edeceğimiz üzere, bunlarda malikinden başka kimsenin hakkı yoktur (Mecelle, madde : 1249). Mührez sular, mübah addedilen,

15) Mecelle madde 1238 : mamlûk olmayan enharı âmme ki, bir cemaatin mülkü olan mecralara dahil olmayan nehirlerdir, bunlar dahi mübahdır.

Madde : 1265 : mamlûk olmayan nehirlerden herkes arazisini sakı edebilir (sulayabilir) ve arazisini sakı etmek ve değirmen inşa eylemek üzere cetvel ve hark açabilir, fakat saire müzur olmamak şarttır. Binaenaleyh suyu taşıyıp da halka zarar vermesine veyahut nehirlerin suyu bütün bütün kesilse veya kayıkların seyrine mâni olsa men'olunur.

16) Bk. Sıddık Sami Onar, Türk hukukunda âmme emlakî teorisi, Prof. Ebül'ülâ Mardin'e Armağan, s. 510.

17) Bk. Atıf bey, Mecelle serhi, madde 1239.

yani nâsın şürekâ bulunduğu suların herhangi bir şahıs tarafından ihraz edilmiş olanlarıdır (Mecelle, madde : 1045 ve 1234¹⁸).

Görülüyor ki, eski hukukumuzdaki esaslar, sudan olduğu kadar herkesin istifade etmesini temine çalışmaktadır. Bu itibarla, ileri bir zihniyetin ifadesi addedilebilir.

Umumî sular, hususî sular tefriki muasır hukuka kadar devam edegelmiştir. Ancak bunun hudutları mütemadî bir değişikliğe maruz kalmıştır. Hâlen mevcut temayül umumî suların hududunun genişletilmesine matuf bulunmaktadır.

3. Halen mer'î hukukumuzda göre suların sistematizasyonu :

Suların umumî ve hususî olarak tefrikine yarayacak kat'î bir kriterin hukukumuzda mevcut olmadığına işaret etmiştik. Medenî Kanunumuzun 641 inci maddesi «hilâfı sabit olmadıkça, menfaati umuma ait suların,..... kimsenin mülkü olmadığını» söylemektedir. Bu itibarla, nehirler, göller ve ırmaklar üzerinde hususî bir sebebe müstenit ferdi mülkiyet ispat edilmedikçe, bunlar âmme emlâkine girerler Görülüyor ki, sular mevzuunda medenî hukukla idare hukuku tedahül etmektedir. çünkü heyeti umumiyesi itibarile sular üzerinde âmmenin menfaati teksifi bir şekilde eskiden beri mevcuttur, bu menfaat bugün artmış bulunmaktadır. Umumî sular üzerinde umumî istifade hakkını ve derecelerini tanzim etmek idareye terettüp eder. Diğer taraftan, bu meseleler medenî hukuk sahasına da girerler, çünkü bazı suların fertlerin mamelekine dahil olmaları kabul edilmiştir, bunlar hakkında medenî hukuk esasları tatbik edilmekle beraber, burada dahi gerek komşuluk hukuku, gerek umumî menfaat lehine, bazı tahditler vazedilmiştir. Görülüyor ki, sular hukuku üzerinde, medenî hukukla idare hukuku, ferdi menfaatlara âmme menfaati tedahül etmektedir. Bu sebepten dolayıdır ki, mevzuumuzu ve suları sistematize etmek müşkülât arzeder. Biz muhtelif nevilerinin hukukî mahiyetlerini nazarı itibara alarak, imkân nisbetinde bir ayırma yapmağa teşebbüs edeceğiz. Kanaatımızca, suları aşağıdaki gibi, altıya taksim ederek mütalâa etmek, bugünkü hukuk sistemimize en uygun düşecektir. Tafsilâtına girişmeksizin bunları tebarüz ettirelim¹⁹ :

18) Ayrıca bk. Mecelle madde : 1228, 1229, 1322 ve müt. Keza bk. Ali Haydar bey, Mecelle şerhi, madde 1234 şerhi.

19) Suların diğer bir taksimi hakkında bk., EbûPâla Mardin, İstanbulun vakıf katma suları, Prof. Cemil Bilsel'e armağan, s. 241-243.

a) Denizler sahası, kimsenin mülkiyetinde değildir. İç sularda ve kara sularında Devletin hâkimiyeti caridir. Açık denizlerde Devletler hukuku esasları caridir^{19a}.

b) Akar sular (Wasserläufe), toprak sathında sabit bir yatakta akan sulardır, nehirler, ırmaklar, çaylar gibi. Bunlar, büyüklük ve iktisadi ehemmiyetlerine göre, umumî veya hususî birer su addedilirler. Umumî akar sularla hususîlerini tefrik edecek vazih bir kriter vazetmek müşküldür. Ancak nehirler, büyük akar sular umumî addedilmektedir. Bu hususta, eskiden akar suyun şeyrû sefer bakımından müsait olmasına bakılıyordu. Bugün ise, bunun yanında su cereyanından enerji istihsali, sanayi ihtiyaçları, arazinin sulanması ve diğer bazı hususlar bakımından umumî menfaatin nazarı itibara alınması zarureti hiss olunmaktadır. Bunun neticesi olarak, umumî suların çevresini daha geniş olarak almak, veya münferit şahıslara aidiyetleri tanınan hususî sular üzerindeki hakları umumî menfaat lehine tahdit etmek lüzumu hasıl olmaktadır.

c) Toprak sathında akmayan sular yani durgun sular. Bunlar büyük ve küçük göllerdir. Bunlara kapalı sular «geschlossene Gewässer» dahi denmektedir. Büyük göller umumîdir, buna mukabil küçük göller gayrimenkul malikine ait olabilir. Bunların tefrikine dair olan vaziyet akarsulara müşabihdir.

d) Kaynaklar. Kaynaklar yer altındaki suların toprak sathına çıkması ile husule gelir. Bu itibarla, yer altı sular ile toprak sathı suları arasında mutavassıt vaziyetindedirler. Medenî Kanunumuza göre, kaynaklar buldukları arazinin mütemmim cüzüdürler ve gayrimenkul malikiinin mülkiyet hakkına dahildirler. Fakat toprak sathına çıkar çıkmaz kuvvetli bir akar su teşkil eden kaynaklar hakkında bu hüküm tatbik edilmez. Büyük bir kuvvet arzedenden kaynak suları hakkında, kaynaklardan ziyade akar sulara dair olan esasların tatbiki daha doğrudur ve âmme menfaatına daha uygundur.

e) Sun'î olarak toplanmış sular, mecrâ ve kanallar vasıtasile sevk edilen sular hakkında hususî mülkiyet esası caridir. Sun'î bir şekilde suyu tutmaya ve nakletmeye yarayan bu tesisler ve içindeki su hususî bir mahiyet ve vasfı haizdir²⁰. Esasen, ileride de tafsil edeceğimiz üzere,

19a) Bu mevzuda bk. Nicolas Mateesco, vers un nouveau droit international de la mer, Paris 1950.

20) Bk. Ebül'ûla Mardin, a. g. e., s. 241 - 243; Ferit Hakkı Saymen, Medenî Kanunumuzda köylünün ve ziraatın yeri, Medenî Kanunun 15 inci yıl kitabı, s. 309 - 310, İstanbul 1944.

yer altı suyunu tutmağa ve çıkartmağa mahsus bu gibi tesisler kaynak mefhumuna dahil bulunmaktadır.

f) Yeraltı suları. Toprağın altında bulunan bu sular da, yer yüzündeki sular gibi, muhtelif nev'i ve kuvvettedirler. Bunların içinde gayet geniş bir muntıkayı dolaşan büyük yeraltı akarsuları bulunduğu gibi, küçük yeraltı akarsuları, ve nihayet akmayan durgun yeraltı suları da vardır. Bunların umumî veya hususî bir su addedilmeleri son zamanlarda ortaya çıkan nazik bir meseleye taallük etmektedir. Medenî Kanunumuzda, yeraltı suları kaynak hükümlerine tâbi kılınarak, arazi malikinin hüküm ve tasarrufu altına konmuştur. Bu hükmün bugün iktisadî ve teknik ihtiyaçlara uygun olmadığını ileride tafsil edeceğiz. Burada sadece, şiddetli tenkitlere maruz kalan bu esası değiştirmek salâhiyetinin İsviçrede kantonlara tanınmış olduğuna işaretle iktifa edeceğiz. Bu mevzuda ileri sürülen muhtelif fikirleri göz önünde tutarak menfaatlar vaziyetine uygun bir hâl tarzına varmak icap eder. Zira, yeraltı suları umumiyetle gayet zengin su damarlarını ihtiva edip, bilhassa saf ve temiz içme suyu temini bakımından kıymetli bir servet addedilmekte ve umumî menfaat için faydalar arz etmektedir. Türkiyede içme suyu tesisleri, Sular Kanunu mucibince, belediye teşkilâtı olan yerlerde belediyelere, olmayan yerlerde köy ihtiyar meclislerine aittir (madde : 1). Eskiden yapılmış olan su yolları ve tesisleri, büyük bir kısmı itibarile, vakıf suretile yapılan hayrî müesseselerdir. Bunlar da Sular Kanununun sureti tatbikine dair olan bir nizamname hükümleri gereğince Belediyeye devredilmiştir.

III. Mevzuumuzun tahdidi :

Görülüyor ki, muhtelif neviler arzeden sular rejimi, az veya çok ehemmiyette bir çok hukukî problemlere taallük etmektedir. Bunların tamamı tafsilâtlı bir şekilde ancak umumî ve büyük bir «traité» de mütalâa edilebilir. Bir monografide ise, bu mevzulardan birinin veya küçük bir kısmının etraflı bir şekilde incelenmesi kabildir. Bu itibarla, etüdümüzün mevzuunu suların münferit bir kısmına hasr ve tahdit etmemiz icap ediyor. Sular hukukunda medenî hukuk ile idare hukuku esaslarının girift vaziyette bulunduğunu söylemiştik. Bunları kat'î bir şekilde ayırmağa imkân olmamakla beraber, biz mevzuumuzu, esas itibarile daha ziyade bir medenî hukuk müessesesi olan kaynaklar ve yeraltı suları olarak tayin ve tespit etmeyi muvafık bulduk. Bunların dışındaki sularda umumiyetle âmme menfaati ve âmme hukuku hâkim vaziyettedir. Kaynak ve yeraltı suları ise, Medenî Kanun hükümlerine tâbidir. Fakat hemen

ilâve edelim ki, bu hususta komşuluk hukuku ve âmme menfaati icabı olarak Medenî Kanununda bazı takyidat vazedilmiş olduğu gibi, bazı hususî kanunlarda da münferit hükümler vardır.

Kaynakları ve yeraltı sularını, etüdümüze mevzu olarak seçmemizin bir diğer sebebi de, ekseri suların ve akar suların menşeinin bir yeraltı suyu veya kaynak olmasıdır. Bunlar bütün sulara şamil bir ehemmiyeti haiz bulunmaktadırlar. Diğer taraftan, bu mevzuda derinleşmiş hukukî bir tetkik eserinin memleketimizde mevcut olmadığına işaret etmemiz yerinde olur. Esasen aynı haklar üzerinde gerek umumî eserler ve gerek monografiler azdır. Bu, bizde olduğu gibi, Medenî Kanunumuzun mehazının bulunduğu İsviçrede de böyledir. Orada, Wieland'ın, Leemann'ın şerhlerinden başka umumî ve tafsilâtli bir eser yoktur. Buna Haab'ın henüz itmam edilmemiş olan, ve devamı ölümünden sonra bir heyet tarafından yazılmakta olan, şerhini de ilâve edebiliriz. Bunun dışında, Tuor'un, Homberger'in, Rossel'in, ve Curti - Forrer'in eserleri muhtasardır. Fakat buna mukabil, İsviçrede suların içtimâî hayatta ve tatbikatta haiz olduğu ehemmiyet ve arzettiği meseleler dolayısıyla, bu mevzua müteallik makale ve monografilerin sayısı kabarıkçadır.

Bizde de, aynı haklar mevzuunda, mahkeme içtihatlarını ve hususî kanunları mütalâa eden eserlerin miktarı azdır. Bu mevzuda, Yargıtayın eski reislerinden merhum B. Abdürrahim Gücün'ün, bütün aynı haklara şamil olmak üzere yazmış olduğu «Gayrimenkuller hakkındaki hukuk dâvaları» (İstanbul 1944) isimli kitabında, gerek Medenî Kanuna ve gerek hususî kanunlara müteallik içtihatlar toplanmış bulunmaktadır. Ciddî bir mesai mahsulü olan bay Gücün'ün bu eseri hakkı olan büyük rağbete mazhar olmuş ve müellifi kısa bir zamanda bunun ikinci tab'ını görmek bahtiyarlığına erişmiştir. Bu kitapta, sular hukukuna ehemmiyetiyle kısmen mütenasip bir yer verilmiştir, fakat burada meseleler münhasıran mahkeme içtihatları cephesinden mütalâa edilmiş, kanun hükümlerinin tahlili, bunların şümulü ve arzettikleri muhtelif ihtimaller üzerinde lâyık veçhile durulmamıştır. Esasen kitabın mahiyeti ve muharririn hüviyeti tatbikata mütedair bir bünye ve vasıf taşımaktadır, ve bu cihetten de bu büyük kitap vazifesini hakkıyla yapmış, ve esaslı bir boşluğu doldurmuştur.. Fakat, diğer mevzularda olduğu gibi, burada da doktrinal mülâhazaların ehemmiyeti vardır. Bay Gücün'ün eserini aynı minval üzerinde Bay Hâmit Özdemir'in «Gayrimenkul dâvalarında yaşayan ve uygulanan hükümler» isimli kitabı takip etmiştir (İstanbul 1949). Bu da münhasıran mahkeme içtihatlarına taallük eden bir mahiyeti haizdir.

Kaynaklar ve yeraltı suları son otuz sene içinde yapılmış olan jeoloji ve hidroloji araştırmaları neticesinde muazzam bir mevcudiyet ve kıymet

kazanmışlardır. Buna verilen büyük ehemmiyeti tebarüz ettirmek için «Birleşik Amerikada resmî müesseselerden yalnız bir tanesinin, 1900 senesindenberi yeraltı suyu üzerindeki neşriyatının 200 den fazla olduğunu söylemek kâfidir zannederim»²¹. Bu fennî araştırma ve yeniliklerin hukukî tetkikleri ve yenilikleri getirmesi tabiidir. Meselenin ehemmiyetinin tamamen kavranmış olduğu İsviçrede bu teknik yazıları hukukî olanlar derhal takip etmiştir.

Memleketimizde de, sular meselesi bütün ehemmiyetile ele alınmak istenmektedir. Bu hususta, daha evvelce de söylemiş olduğumuz gibi, Bayındırlık Bakanlığı sulardan istifadeye dayanan büyük bir kalkınma program ve projesi hazırlamıştır²². İller Bankası da bu mevzuda memleketimiz için gayet faydalı faaliyet göstermektedir. Bu sebeplerle teknik bakımdan olduğu kadar, hukukî bakımdan da yeraltı sularının ve kaynakların tetkiki lüzumlu ve faydalı olacaktır. Su herkesi alâkadar eden ve umumun istifade etmesi lâzım gelen bir servettir. Bu umumî istifadeyi ihlâl etmemek aynı zamanda gayrimenkul maliklerinin haklarını tanzim etmek, yani âmme menfaatinin icaplarıyla ferdî hakları hakkaniyete uygun bir şekilde telif etmek icap eder. Kaynak ve yeraltı suları hukukunda İsviçre - Türk Medenî Kanunlarında, diğer yabancı mevzuatta bulunmayan, orijinal ve yeni hükümler vardır. Bunlar ileri bir zihniyetin ifadesidir. Bu hükümlerin mâna ve ehemmiyetini, Türkiyedeki tatbik kabiliyet ve derecelerini ve dolayısıyla mahkeme içtihatlarını mütalâa etmek, sulara dair isdar edilmiş olan hususî kanun ve nizamnamelerdeki hükümleri sistematize ederek ortaya koymak, ve bütün bunların terkibinden hasıl olan netice ve noksanları belirtmek, içtimaî hayatımızın en esası mevzularından birisine temas etmek faydadan hâli olmayacaktır.

Giriş mahiyetinde olan şu umumî mülâhazalarımızı bitirmeden önce, seçmiş olduğumuz mevzuun medenî hukukun en güç kısımlarından biri olduğunu tebarüz ettirmek isteriz. Bu hususta yazmış olduğu ve Federal Mahkeme İçtihatlarını sistemli bir şekilde tahlil ettiği bir etüdünde, İsviçreli Profesör François Guisan, memleketi mahkemelerinin vermiş olduğu kararları tenkit ederken, bu sahadaki müşkülâtı kabul etmekte, ve hatalarına rağmen mahkemelerin faaliyet ve içtihatlarını takdirle karşılamaktadır²³.

21) Ziya Kirman, yeraltı suları, Türk Ekonomisi mecmuası, sene : 5, sayı : 45 - 47 (Ankara 1947), s. 87.

22) Bk. Bayındırlık Bakanlığı dergisi, Aralık 1948 sayısı; Büyük Su Kongresine sunulan broşürler ve raporlar (iki kitap), Bayındırlık Bakanlığı Neşriyatı Ankara 1951.

23) François Guisan, l'eau en droit privé, extrait à part du journal des tribunaux, 1942, p. 53.

Buna ilâveten, terminoloji bakımından da, kaynaklara ve yeraltı sularına dair muhtelif teknik mefhumların, türkçemizde teessüs etmiş ve yerleşmiş bir karşılığını bulmakta müşkülât çekmiş olduğumuzu belirtmemiz lâzımdır. Bu gibi mefhumlar için münasip gördüğümüz türkçe karşılıkları yanında almanca ve fransızca asıllarını, bahsi mahsusunda, zikrederek kullanacağız.

BİRİNCİ KISIM

KAYNAKLAR HUKUKU

§ 2. Kaynak mefhumu

Kaynak (die Quelle, la source) yeraltı suyunun toprak sathına çıkmasıdır. Suyun gerek tabii olarak çıkmasında ve gerek insan emek ve elile çıkarılmasında kaynak husule gelir¹. Medenî Kanunumuz kaynak mefhumunu tarif ve tavsif etmemiş ve bunu hukuk ilmine bırakmıştır². Medenî Kanunda yalnız kaynaktan değil, (madde : 641, 644, 679 - 685), kaynak suyundan da bahseder (madde : 666 fık : I, 752 fık : I). Bu sonuncusunun durumu kaynaklara tâbidir. Yalnız kaynak çıktığı gayrimenkul malikine ait olduğu halde kaynak suyu bir üçüncü şahsa ait olabilir (madde : 752). Şu halde, kaynak, kaynak suyundan ayrılmıştır. Bu, ne yeraltı suyu ve ne de suyun toprak sathında akmasıdır. Kaynak, sadece suyun toprak sathına çıkmasıdır.

Medenî Kanunumuzun sistemine göre kaynak hakkında şu tavsifleri yapabiliriz :

a) Kaynak toprağın derinliklerinden gelmelidir, menşei yeraltı suyu olmalıdır. Jeolojik bakımdan kaynak, bir yeraltı su muntikasıyla

1) R. Haab, Kommentar zum Sachenrecht, Art. 704, Not 5; R. Blass, das Quellen- und Brunnenrecht (Dissertation, Zürich 1910) S. 54; Cevat Abdürrahim Gücün, gayrimenkuller (İstanbul 1944) s. 211. Aksi kanaat : Wieland, Les droits réels dans le Code Civil suisse, art. 704 note 2; Curti - Forrer, commentaire du Code Civil, art. 704, note 4.

2) Umumiyetle mevzuatta kaynaklar tarif edilmemekte, bunun tayini doktrin ve mahkeme içtihatlarına bırakılmaktadır. Bununla beraber, İsviçrede, Zürich ve Vaud kantonlarının kanunlarında bu hususta birer tarif verilmiştir (bk. E. Sillig, le régime des sources dans le Code Civil Suisse, Thèse, Lausanne 1911, p. 55).

tavsif olunabilir³. Bu, suyun toprak sathına çıkmasıyla meydana gelir. Bu sebeple, dağlardaki karların erimesiyle akan sular kaynak teşkil etmez.

Kaynağın çıktığı noktadan toprağın derinliğine doğru gidildikte empermeabl bir tabakaya kadar su ile dolu bir mesafe kat'olunur. Bu su hazinesinin derinliği bazan birkaç on metreye erişir. Yeraltı su havuzunun dolması veya taşmasıyla, kaynak tabii bir şekilde teşekkül eder. Kaynakların bir çok şekilleri vardır. İlmî bakımdan her münferit kaynağın mahalli hidrolojik münasebetlerin bir neticesi olduğu söylenebilir⁴. Yeraltındaki sular ekseriya temiz ve saf olduklarından bunların çeşme ve içme suyu tesisatı bakımından ehemmiyeti vardır.

Tabii kaynaklar, yani yeraltı sularının tabii olarak toprak sathına çıkması hakkında şunlar söylenebilir. Bir taraftan, toprak altında hareket halinde bulunan suyun aşağı doğru inerek derinlerdeki bir mıntıkaya nüfuz etmesiyle su miktarı artar, diğer taraftan toprağın sertliği ve kalınlığı suyu geriye doğru iterse, bu takdirde yeraltı suyu muayyen bir mıntıkada toplanır ve birikir, çok miktarda su birikirse yukarıya doğru bir tazyik olur ve su toprak sathına çıkar. Bu şekilde kaynak suları meydana gelir. Nebean ettikten sonra kaynak suyu akamazsa, göller, küçük göller ve su birikintileri vücuda gelir. Kaynak suları akarsa, bu takdirde büyük veya küçük nehirler, ırmaklar, çaylar husule gelir.

b) Su toprağın sathına çıkmalıdır. Toprak sathından ayrılmamış olan su, bataklık suyu, kaynak değildir⁵. Kaynağın toprak sathına çıktığı noktaya «kaynak noktası - Quellpunkt» denir. Sun'î olarak yapılan tesisatla suyun toprak sathına çıkarılması halinde kaynak noktası suyun yer altında tutulduğu yerdir, yani yer altından insan eliyle yapılan suyu tutma tesislerine geçtiği yerdir⁶. Bu, bir nokta olmayıp muayyen bir uzunluk sahası olduğu takdirde, kaynak noktası bunun borularda aktığı bütün mesafedir.

3) J. Hug, geologische Einführung (Wettstein'in, das schweizerische Grundwasserrecht, kitabındaki mukaddemesi) S. 16 da bu vaziyeti gayet güzel canlandıran bir şema vardır.

4) Bu şekiller hakkında bk., J. Hug, a. g. e., S. 18.

5) Fakat «bataklık bir çayırın ihtiva ettiği ve kurutma (drainage) boruları sistemyle toplanmış olan su, Medeni Kanun terminolojisine göre tutulmuş bir kaynaktır». Federal Mahkeme Kararları, BGE. 44 II 475 (Jdt. 1919, p. 582).

6) Bu hususta, almanca Fassungspunkt, fransızca point du captage terimlerinin türkçemizde tam karşılıkları yoktur. Biz, bu hususta Medeni Kanunumuzda da kullanılmış olan «kaynakların tutulması» tâbirini (Fassung - captage) karşılığı olarak alıyoruz (Bk., meselâ madde : 684).

Kaynak mefhumunun meydana gelmesi bakımından, bunun toprak sathına tabii olarak çıkmasıyla sun'î olarak çıkarılması arasında fark yoktur, her iki halde de kaynak vardır⁷.

c) Kaynak devamlı bir mahiyeti haiz olmalıdır. Muvakkat kesilmeler neticesi olan geçici kuruluk kaynak vasfını bertaraf etmez⁸. Buna mukabil bir defalık su zuhuratları da kaynak değildirler. İnkıtalı da olsa bir devamlılık aranır. Bununla beraber, büyük bir kuraklığın sebebiyet vereceği muvakkat bir fasıla kaynak vasfını bertaraf etmez⁹.

d) Kaynak suyunun nev'inin ve kimyevî hassalarının kaynak mefhumunun meydana gelmesi bakımından ehemmiyeti yoktur. Bunun verdiği su, temiz veya kirli, sıcak veya soğuk olabilir, suyu içmeğe salih veya gayri salih olabilir, keza bunun maden suyu kaynağı veya bir sıcak su kaynağı olması da mümkündür. Bütün bu hallerde bir kaynak mevcuttur. Fakat son vasıfların bulunması kaynak suyunun âmme menfaatine hizmet etmesi lâzım geldiği kanaatını tevlit edebilir. Böyle bir halde Medenî Kanun hükümleri dışında hususî kanunlarla kaide vazolunarak bunların himayesi derpiş olunur. İsviçre Medenî Kanununun 702 nci maddesi gereğince, kantonlar kaide vaz ederek bu nevi kaynaklar üzerindeki tasarruf salâhiyetini fertlerden alabilirler. İsviçre Medenî Kanunundaki bu hüküm Türk Medenî Kanununa alınmamıştır. Bunun tevlit ettiği noksan 10 Haziran 1926 tarihli ve 927 No : lı (Sıcak ve soğuk maden sularının istismarıyla kaplıcalar tesisatı hakkında) ki kanunla itmam edilmiştir¹⁰.

c) Kaynağın kuvvetinin de ehemmiyeti vardır. İsviçrede müelliflerin büyük bir kısmı ve bu arada Eugen Huber, Wieland ve Guhl kaynak mefhumunun toprak sathına çıkar çıkmaz büyük bir akar su teşkil etmeyen sulara hasr ve tahdit edilmesini teklif etmişlerdir. Kaynakla akar su tefrikinin neticesi bakımından ehemmiyeti vardır. Akar sular üzerinde ekseriya ferdî mülkiyet tanınmadığı ve bunlar umumî istifade ve istimale tahsis edildikleri halde, kaynaklar üzerinde ferdî mülkiyet esasları caridir. Bu sebeple alelâde kaynaklarla, nehir ve ırmak kaynaklarını tefrik

7) 1 numaralı nottaki bibliyografyaya bk. Ayrıca, BGE. 65 II 58 (Jdt. 1939 p. 487; BGE. 14 II 476) .

8) R. Haab, Kommentar zum SachenrechI, Art. 704 Not 5; F. Hammer, Beiträge zum schweizerischen Quellen-und Grundwasserrecht, S. 39, Dissertation Bern 1942.

9) Federal Mahkeme Kararları, BGE. 44 II 475 (Jdt 1910 p. 582); R. Haab, a. g. e., Art. 704 Not 5.

10) Bk. bu kanunun ikinci ve üçüncü maddeleri (Düster - 3 üncü tertip - Cilt : 7 s. 2786).

etmek lâzımdır. Bazı kaynaklar vardır ki, toprak sathına çıkar çıkmaz bir akar su kuvveti arz etmekte ve kudretli bir ırmak şeklinde akıp gitmektedir, bunların mesafesi uzun olup müteaddid arazi maliklerinin topraklarından geçerler. Bu nevi akar sular kimsenin mülkiyetine girmez ve bunların sahilinde bulunan arazinin her zilyedi bu sudan istifade edebilir.

Şu halde, kaynakla kaynak suyunun akmasını yekdiğerinden ayırmak lâzımdır. Eski bir telâkkiye göre kaynak nebean ettiği gayri menkulde akan suyu da içine alır. Bu fikir kabul edilmemektedir. Çünkü, kaynağın bulunduğu gayri menkulün genişliği muahhar hukukî muamelelerle değişebilir, bunun neticesinde kaynak da muhtelif değişiklikler arzedecektir. Bu itibarla, ancak toprağa çıktığı anda kaynağı mevcut addetmek hukukî bakımdan aklı selime daha uygundur¹¹.

Burada şu üç hususu tefrik etmek icap eder :

- aa) Kaynak noktası;
- bb) Kaynağı besliyen yer altındaki su;
- cc) Kaynak suyunun akması veya bunun tutularak akıtılması (captage - Fassung).

Ancak birincisinde tam mânası ile bir kaynak vardır. İkincisi yeraltı suyu, üçüncüsü ise kaynak suyudur. Bu sonuncusu da esas itibarile kaynak hükümlerine tâbidir; ancak bu, büyük bir kuvveti haiz olduğu ve devamlı bir akar su teşkil ettiği hallerde de akar sular hakkındaki hükümlere âbi olur. Şu halde, kaynağı yeraltı suyundan tefrik etmek lâzım geldiği gibi, bunu kaynak suyunun akmasından da ayırmak icap eder. Kaynak sadece gerek tabii olarak gerek sun'î olarak suyun toprak sathına gelmesidir (Medenî Kanun, Madde 679 ve 752)¹².

11) Bk., F. Hammer, mezkûr eseri, s. 45.

12) (das aus der Erde hervortretende Wasser, bei seinem Hervortreten), R. Blass, das Quellen-und Brunnenrecht, S. 43, Dissertation Zürich 1910; F. Hammer, a. g. e., S. 43; Leemann, Kommentar zum Sachenrecht, Art. 704 Not 4. Aksî kanaat : E. Sillig, le régime des sources dans le CCS, p. 55, thèse Lausanne 1911. Zürich Kanununun § 211 inde kaynak hakkında su tarif verilmektedir : (bir gayri menkulde nebean eden su, burada kaldığı müddetçe kaynaktır.). Vaud Kanunu ise (code rural vaudois) 100 üncü maddesinde kaynak mefhumunu daha geniş olarak almaktadır, bu hem toprak sathına nebean eden suyu, hem bunun akmasını, ve hem de bunun yer altındaki kısmını teşkil etmektedir. Bu kanaat jeolojik bakımdan belki doğrudur, çünkü bunlar bir birlik ve küll teşkil ederler. Fakat hukukî bakımdan bunları ayırmak lüzum ve zarureti hissolunmaktadır.

f) Çeşme (Brunnen - Fontaines) mefhumu :

Yeraltı suyunun sun'i olarak toprak sathına çıkarılması da kaynak mefhumuna dahildir¹³. İsviçre Medenî Kanununun almanca metninde sulara müteallik kısımda (Madde 704 - 712), hem kaynak (Quellen) hem de (Brunnen) den bahsedilmektedir. Fransızca metinde ise, Quellen und Brunnen karşılığı olarak, bazan «sources et fontaines» bazan da sadece «sources» denmektedir. Fransızca metinden tercüme edilmiş olan Medenî Kanunumuzun 679 - 685 inci maddelerini ihtiva eden (C) kısmının matlabında, madde 680 - 681 (İsviçre Medenî Kanunu, madde 706 - 707) de bu ikisi sadece (kaynak - sources) kelimesiyle, ifade edilmiştir. 683 üncü maddede, sadece (su - l'eau) denmektedir. 684 üncü maddede ise, mehzadaki (sources, fontaines, et ruisseaux) karşılığı olarak (kaynak ve çeşme yahut ırmak) denmiştir. Ayrıca 683 üncü maddenin matlabı (fontaine nécessaire - Notbrunnen) dir, bu kanunumuza, ileride de belirteceğimiz üzere (lüzumlu suların cebri temellükü) şeklinde tecrüme edilmiştir, bu pek doğru değildir. Burada bahis mevzuu olan lüzumlu suyu talep hakkıdır.

Görülüyor ki, mehzamızın almanca metninde daha fazla kullanılmış olan (Brunnen) mefhumuna fransızca metinde daha seyrek rastlanmaktadır. Türk Medenî Kanunu da mehzanın fransızca metnine kısmen uygundur. Kısmen diyoruz, çünkü, (fontaine) mukabili olarak 684 üncü maddede (çeşme) tâbirini kullandığı halde, gene aynı mefhum için (fontaine nécessaire) yerine (lüzumlu su) kelimesi ikame edilmiştir.

Burada şu soru ortaya çıkmaktadır : bu mefhum için acaba çeşme tâbiri uygun mudur ? Kanaatımızca bu meselenin fazla bir ehemmiyeti yoktur. Zira, İsviçre hukukunda dahi (Fontaine) mefhumu hakkında sarıh ve vazıh bir kanaat mevcut değildir. Bilâkis bu terimin İsviçre Medenî Kanununda farklı mânalarda kullanıldığına işaret olunmaktadır¹⁴.

«Fontaine - Brunnen» mefhumu umumiyetle her hangi bir suyu (kaynak suyu, yeraltı suyu, ırmak suyu, göl suyu) insan veya hayvanların yedine getirmeğe mahsus tesisatı ihtiva eder. İsviçre Medenî Kanununda bahis mevzuu olan yalnız kaynak ve yeraltı sularını elde etmek için kullanılan tesisattır. Wieland (fontaine) ile yeraltı suyunu toprak sathına

13) Bk., R. Haab, a. g. e. Art, 704 No 5; Cevat Abdürrahim Gücün, a. g. e., s. 211; BGE. 44 II 475 (Jdt. 1919 p. 582); BGE. 48 II 321; BGE. 65 II 52 (Jdt. 1939 p. 487). Aksi kanaat : Wieland, a. g. e., art. 704 note 2, Curti-Forrer, a. g. e., art. 704, note : 4.

14) Bk. R. Blass, a. g. e., s. 46, Not 2; F. Hammer, a. g. e., s. 39; E. Sillig, a. g. e., p. 56; R. Haab, Kommentar, Art. 706-707, Not 9.

getiren ve toprak sathındaki suları tutmak gayesini takip eden tesisleri anlamaktadır¹⁵. Şu halde, bu müellife göre, yeraltı suyunun tabii şekilde toprak sathına çıkmasıyla kaynak, sun'î olarak yapılan tesisat sayesinde çıkarılmasıyla (fontaine - çeşme) meydana gelir. İsviçrede (çeşme) mefhumu umumiyetle Wieland'ın kanaatından daha geniş olarak alınmaktadır. İsviçre Medenî Kanununun almanca metninde 706 ncı maddede (Quellen und Brunnen) «kaynak ve çeşmeler» yerine fransızca metinde sadece (sources) «kaynaklar» dan bahsedilmesi, kaynak mefhumunun genişletilmesi yolunda temennilerin izharına vesile olmuş ve kaynak mefhumunun (fontaine) i de ihtiva ettiği söylenmiştir.

Buna uygun olarak fontaine ile, içmek ve kullanmak için su çıkaran tesisler anlaşılmaktadır, gerek kaynak, gerek yeraltı sularının tutulması geniş mânada (fontaine - Brunnen) dır¹⁶. Bunların iptidaî şekli borular ve tekne oluklarıdır. Kuyular, tulumbalar, musluklar da birer (fontaine) dir. Bu mefhum için suyun içmek veya kullanılmak gayesi ile tutulmasının şart olduğu söylenmektedir. bu sebeple bu istimal gayesinin bulunmadığı kanalizasyon ve kurutmalarda fontaine yoktur¹⁷.

Netice itibariyle, İsviçrede dahi, bilhassa kanun vazı bakımından kaynaklarla çeşmeler arasında sarîh bir fark gözetilmemiş olduğunu tesbit edebiliriz. Yeraltı suyunun gerek tabii olarak ve gerek sun'î olarak toprak sathına çıkmasında kaynak vardır.

Ş. 3 — Umumî olarak kaynaklar üzerinde hak sahipliği

I. Bîrbirine zıt temayüllü iki eski hukuk sistemi :

a) Roma Hukuku :

Roma hukukunda eşya hukuku bakımından mutlak ferdiyetçi bir zihniyet hâkimdir. Burada su mefhumu gayri menkulün mütemmim cüz'ü olarak kaynak ve yeraltı sularını da ihtiva eder. Malikin arazisi üzerinde tam bir hâkimiyeti vardır. O, yer altında su bulmak için hafriyat yapmak ve bulduğu suları ve kaynağı istediği gibi işletmek hakkını haizdir. Komşusu buna müdahale edemez ve kendi suyunun kesilmesini menedemez.

15) Wieland, les droits réels, art. 704 note. 2.

16) Bk., E. Zingg, Das Quellen - und Brunnenrecht, S. 13; R. Blas, a. g. e. s. 77; F. Hammer, a. g. e., S. 44.

17) Arteziyen kuyuları da bu mefhuma girer. Muhtelif (fontaine-Brunnen) neveleri hakkında bk., F. Hammer, a. g. e. S. 44 - 45.

Roma hukukuna göre, mülkiyet hakkına gerek toprak altındaki ve gerek toprak üstündeki şeyler dahildir. Binaenaleyh, kaynak gayri menkul malikin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği gayri menkulünün bir kısmı, *mütemmim cüz'ü* addolunur.

Roma hukukundaki bu telâkki tarzı zamanımıza kadar devam edegelmiştir. Buna göre, arazinin ve dolayısıyla kaynağın maliki kaynak üzerinde mutlak bir hakkı haizdir. Bunun suyunu istediği gibi kullanabilir.

Bununla beraber, Roma hukukunda dahi *komşuluk hukuku* bakımından münferit bazı tahditler vazedilmiştir, meselâ malikin yapacağı harfiyatta yandaki gayri menkulden muayyen bir mesafede bulunmak mecburiyetinde olması gibi.

Görülüyor ki, Roma hukukunda sular ve kaynaklar ferdi mülkiyete mevzu teşkil etmektedir. Alman müşterek hukukunda veya Pandekt hukukunda ve romanist hukuk esaslarının hâkim bulunduğu diğer hukuk nizamlarında arazi maliklerinin hakları ve Roma hukuku telâkkisi ağır basmaktadır. Burada, yalnız *devamlı olarak akan akar sular* hususî mülkiyetin dışında ve umuma ait eşya meyanında bulunmaktadır. Akan su (Aqua profluens res omnium communis est) dir; ve, (flumina perennia, flumina publica) dir.¹

b) *Cermen Hukuku* :

Cermen hukuku ise, Roma hukukunun aksine bir temayül takip etmektedir. Burada nehirler, ormanlar, çayırklar, ırmaklar gibi, kaynaklar da bir müşterek mal (Gemeingut) teşkil ederler. Eski Alman hukukunda, kaynaklar ve sular üzerindeki haklar eyaletin (Land) ın tarla ortaklığına (Markgenossenschaft) a istinat eder. Fertlerin bu ortaklığa iştiraki, onlara ortaklık malından istifade talebi hakkını ve aynı zamanda bunları muhafaza mükellefiyetini verir. Sular ve kaynaklar müşterek tarla ortaklığının (Markgenosse) nin müşterek malı (gemeinsames Gut) olarak telâkki edilirler. Onların hakkı bir mülkiyet hakkı değildir, bu Markenossenschaftın, topluluğun ve ortaklığın malıdır. Fertler topluluğun bir azası olmak sıfatıyla bundan istifade etmek hakkını ve bunu muhafaza etmek mükellefiyetini haizdirler. Su miktarının kâfi gelmediği yerlerde mahalli tanzimler ve âdetler bunun istihlâkini tahdit ederler.

1) Birinci lâtince cümlelin mânası akan suyun umuma ait müşterek bir şey olduğudur. İkinci cümle ise, devamlı olarak akar suların (nehirlerin) umumî nehirler olduğunu ifade etmektedir.

Bu hukuklarda Markgenossenschaft'ın kaldırılmasıyla, feodal senyörün, arazi veya tımar sahibinin hususî mülkiyetinin menşei çıkıyor². Bu, bidayette mahal itibariyle senyörün çiftlik ve şatosunun dar hudutlarına münhasır iken gittikçe genişlemiş ve büyümüştür. 15 inci ve 16 ncı asırlarda Alman hukuku değişiyor. Bu vakte kadar, irsen intikal eden bir istifade salâhiyeti olan gayri menkul mülkiyeti telâkkisinin yerine, Roma hukukunun hudutsuz bir istifade salâhiyeti bahşeden ferdi mülkiyet telâkkisi kaim olmaya başlıyor. Bu asırlarda Alman eyaletlerinde vuku bulan Roma hukukunun iktibas (resepsiyon) hareketiyle iştirak fikrine dayanan telâkki kaybolmaya yüz tutuyor, ve gerek kaynaklar ve toprak sathında akan sular ve gerek yeraltı suları arzın mütemmim cüzü addediliyor. Fakat eski Cermen hukuku esasları bugüne kadar Alman nazariyatında olduğu kadar tatbikatında da, mahdut bir ölçüde olsa dahi, yaşamakta devam etmiştir.

II. Fransız ve Alman hukuklarındaki vaziyet :

19 uncu asırda Avrupadaki kodifikasyon hareketlerinde Roma hukukunun bariz tesirleri görülmektedir.

a) Fransız Hukuku :

Fransız Medenî Kanununda (1804 tarihli) gayri menkul maliki kaynak üzerinde tam ve mutlak bir tasarruf salâhiyetini haizdi. (Code Civil art. 641 et sv.). Akar suların en az yarısının kaynaklardan çıktığı düşünülecek olursa, bunun üzerinde hudutsuz ferdi mülkiyet hakkını tanımakla bundan istifade eden çiftçilerin, değirmenlerin ve diğer iktisadî işletmelerin mevcudiyetlerinin kolayca tehlikeye gireceği anlaşılır. Bu tehlikeleri önlemek içindir ki 1898 tarihli bir kanunla (*la loi sur le régime des eaux*), Fransız Medenî Kanununun 641 - 643 üncü maddeleri değiştirilmiş ve arazi malikinin tasarruf salâhiyeti daraltılmıştır³.

Esasen, daha Fransız Medenî Kanununun hazırlanması esnasında kifayetsizliği açık olarak görülen Roma hukukunun bu telâkki tarzı

2) Bk., Martin Wolf, das Sachenrecht, S. 522; R. Blass, a. g. e., S. 8; A. Altherr, a. g. e. S. 3.

3) Bu hususta bk., M. Planiol, traité élémentaire de droit civil, tome : I, revu et complété par G. Ripert, 3 ème éd. Paris 1946, p. 1016; Colin - Capitant, cours élémentaire de droit civil français, tome : I, 11ème éd. de Julliot de La Morandière, Paris 1947, p. 787.

tenkitleri mucip olmuştu. Bu mevzuda Devlet Şurasında Malleville şöyle demişti : «suların mülkiyeti hususî mahiyette bir mülkiyettir. Tabiat bunu herkesin istifadesine arzemiştir. Arazisinde kaynak bulunan malik, ilk olarak bunu ihtiyaçları için kullanacaktır. Fakat, ihtiyaçları tatmin edildikten sonra, bundan başkasını mahrum edemez»⁴.

Bu düşünce, Fransız Medenî Kanununun 1898 kanunu ile tadil edilen 643 üncü maddesinde tahakkuk edebilmiştir. Bu maddeye göre, nebean ettikleri araziden itibaren kaynak suları umumî bir akar su vasfı arz ediyorlarsa, malik aşağıdaki müstefitlerin zararına olarak bunun seyrini değiştiremez. Bu madde hükmü ile, menşeyinden itibaren akar su teşkil eden kaynaklar, kaynak mefhumunun dışında bırakılmıştır. Bunların üzerinde umuma mahsus bir istifade hakkı vardır. Bizzat toprak maliki burada alelâde bir müstefit vaziyetindedir. Fakat bunun için, yani bir akarsu teşkil edebilmek için, kaynağın menbaında oldukça kuvvetli olması lâzımdır⁵.

Görülüyor ki, Fransız Medenî Hukuk sistemine göre, küçük kaynaklarla akar su teşkil eden kaynaklar tefrik edilmekte ve sonuncular akar sular rejimine tâbi tutulmaktadır. Şu halde, Fransız hukukunda, kaynakla ancak toprağa çıkış noktasında bir akar su teşkil etmeyen kaynak suları anlaşılmalıdır. *Kaynaklar*, esas itibarile, buldukları arazinin malikine aittirler (*art. 642 al. I*). Bu hak mutlak değildir, komşu maliklerin hakları ve âmme menfaatine mahduttur. Bu hususta 642 nci maddenin 2 nci ve 3 üncü fıkralarında iki hüküm sevk edilmiştir. Buna biraz evvel zikrettiğimiz 643 üncü maddeyi de ilâve edebiliriz. Ayrıca, sular dolayısıyla zuhur edecek ihtilâflar dolayısıyla 645 inci madde mahkemelerin bunları ziraatın menfaatlarını mülkiyet hakkına riayet keyfiyetiyle telif ederek halletmesi lâzım geldiğini tanzim etmektedir.

Bunlardan mâda, maden suyu üzerindeki haklar da 1856 ve 1883 tarihli iki kanunla tahdit edilmiş bulunmaktadır. Bunlar âmme menfaatına hâdim kılınabilirler, ve etraflarında bir himaye çevresi tesis olunabilir⁶.

4) *Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil au Conseil d'Etat*, p. 100 - 107. E. Sillig, a. g. e., p. 39 dan naklen.

5) Bk., M. Planiol, G. Ripert, *traité théorique et pratique de droit civil français*, tome : 3 avec la collaboration de M. Picard, Paris 1926, p. 458.

6) Bk., René Savatier, *cours de droit civil*, tome : I, Paris 1942, p. 378.

b) *Alman Hukuku:*

Eski Alman hukukunun, kaynakları akar sularla bir tuttuğunu ve bunları topluluğun müşterek malı addettiğini izah etmiştik. Arazi sahibinin toprağında çıkan kaynak üzerinde bir mülkiyet hakkı yoktu, onun topluluk azasının yapabileceği istifadeden fazla bir hakkı mevcut değildi, yani o alelâde bir müstefit vaziyetinde idi. Sulardan ve kaynaklardan istifade etmek herkesin hakkı idi.

15 inci ve 16 ncı asırlarda Almanyadaki eyaletler Roma hukukunu iktibas etmeğe başladılar. Bu suretle meydana gelen Alman Müşterek Hukukunda, sular üzerindeki Cermen hukuku telâkkisi silinerek, yerine kaynakları arazinin mütemmim cüz'ü addeden ve dolayısıyla arazi malikinin bunlar üzerinde mutlak tasarruf hakkını tanıyan Roma telâkkisi yerleşmeğe başladı. Filhakika, müşterek hukukta hâkim olan telâkki, kaynak mülkiyetinin bütün neticelerile kabul edilmesi merkezindedir.

Fakat, hemen ilâve edelim ki, müşterek hukuk Alman eyaletlerinde mütemmim bir mahiyeti haizdir, yani eyaletlerin mahallî hukukları (partikular hukuk) mevcut olmadığı takdirde tatbik olunurdu⁷. Ve Almanyada mahkemeler bu mahallî hukuk esaslarını 18 inci asrın sonuna kadar tanımakta devam etmişlerdir. Roma hukuku fiiliyatta bu sahaya pek az girebilmiş, bu ancak 19 uncu asırdaki kodifikasyonla birlikte mümkün olmuştur. Alman eyaletlerinde ilk kodifikasyon 1794 de (Preussisches Allgemeines Landrecht) Prusya Umumî Kanunu ile başlar. Roma hukuku bu 17,000 küsur maddelik kanuna tamamilen nüfuz etmiştir. Burada gayrimenkul malikine arazisindeki kaynak ve yeraltı suları üzerinde tam bir tasarruf hakkı tanınmıştır.

19 uncu asrın ikinci yarısından itibaren, Alman eyaletlerinin her birinde hususî su kanunları (Wassergesetze) isdar edilmeğe başlandı, ve bu 20 nci asırda da devam etti. Zira, bütün Almanyaya şamil olmak üzere, 1900 senesinde meriyete giren 1896 tarihli Alman Medenî Kanunu (BGB.) sulara müteallik hukuku, ve dolayısıyla kaynakları meskût geçmiştir. Alman Medenî Kanununun Methal Kanununda (Einführungsgesetz zum BGB)) 65 inci maddede, eyalet hukuklarının ve kanunlarının hususî hükümlerinin mahfuz bulunduğu tasrih olunmuştur. Böylece, her bir

7) Bu hususta şu kaide cari idi : «Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemeines Recht» (Altherr, a. g. e., S. 5. Not 19).

eyalette isdar edilmiş olan hususî kanunların hüküm ifade etmeleri kabul edilmiştir. Bu hukukî durumu BGB. değiştirmemiştir⁸.

Muhtelif eyaletlerde dağınık bir şekilde bulunan münferit Alman hukuklarına ve su kanunlarına gelince, bunlar esas itibarile Roma hukuku telâkkiyatını benimsemişlerdir. Yalnız komşuluk hukukuna, ve kaynakların topluluk bakımından artan ehemmiyetine binaen bazı tahditler vaz edilmiştir.

Alman eyaletlerinde isdar olunan su kanunları (Landeswassergesetze) şunlardır :

Bavyerada «bayrische Wassergesetz» (1852 tarihli. Bunun yerine sonradan 28 Mart 1907 tarihli bir kanun geçmiştir) ;

«altenburgisches Gesetz hinsichtlich der Gewässer vom 18 Oktober 1865» ;

«badisches Wassergesetz vom 26 Juni 1899» (daha sonra 1913 tarihli bir kanunla tamamlanmıştır) ;

«württembergische Wassergesetz vom 1. Dezember 1900» ;

«sächsische Wassergesetz vom 12 März 1909» ;

«preussische Wassergesetz vom 15. April 1915» ;

Ayrı bir Devlet olmakla beraber, aynı bir kültürün eseri olması itibarile, Avusturya Su Kanununun da bu tadada ilâve edebiliriz : «österreichisches Reichswassergesetz vom 30. Mai 1869»⁹.

8) Birinci Dünya Harbinden sonra tanzim edilen Alman Cümhuriyeti Anayasasında (Weimar Anayasası) 153 üncü maddedeki esasların tanzimi sebebi olarak, modern ve muasır hukuk cereyanlarının yanında eski Alman hukuku mefhumlarının tesirleri de tebarüz ettirilmektedir. Mezkûr 153 üncü maddenin 3 üncü fıkrasının birinci cümlesinde «mülkiyet mükellef kılar» (Eigentum verpflichtet) denmekte ve gayrimenkul zilyedinin arazinin işletilmesi ve hazırlanması için topluluğa karşı mükellefiyetinden bahseden bu üçüncü fıkra, suların da âmme menfaatına uygun bir şekilde kullanılmasını muhtevîdir. Esasen «mülkiyet mükellef kılar» kaldesi, ferdi mülkiyetin âmme menfaatlarına uygun bir şekilde kullanılması mükellefiyetini vaz eder. Bk. Martin Wolf, Reichsverfassung und Eigentum, Festgabe für Wilhelm Kahl, Tübingen 1923, 4 üncü etüt, S. 10 - 12.

9) Bu kanunların mühim maddelerinin metinleri hakkında bk., E. Fehr, die rechtliche Behandlug des Grundwassers, Zürich 1916 (Beiträge zur schweiz, Verwaltungskunde, Heft 20), S. 14 ff.; ayrıca bk.; Martin Wolf, das Sachenrecht, S. 323, 324; Adolf Altherr, a. g. e., S. 5 - 6.

III. Eski Türk Hukuku :

Avrupa kontinental hukuklarının ve Roma hukukunun tesirine maruz kalmaksızın, sırf kendi hayatiyetleriyle inkişaf eden iki büyük hukuk sistemi İngiliz hukuku ve İslâm hukukudur. Bunların her ikisinin de inkişaf tarzları, temayülleri birbirinden farklıdır.

Türk İslâm hukukunda ve Mecellede, sular hukukuna dair, mahiyetleri itibarile, gerek ferdiyeci, gerek sosyal kaidelere rastlanmaktadır¹⁰. Bilhas- sa Mecellenin bazı münferit hükümleri, bugün dahi hararetle müdafaa edilebilecek ileri bir zihniyetin ifadesi olarak telâkki edilmelidirler. Bu hukuka yapılacak en mühim tenkit, bunun bugünkü ilmin icaplarına uyan bir sistemden mahrum bulunması, umumî hukukî mefhum ve meselelerin sistematize edilmemiş olması, kanun madde ve hükümlerinin kazüist bir sistem ve teferruat içinde kaybolmasıdır. Bu ise, tatbikat bakımından güçlükler çıkaracak ve müphemiyet doğuracak bir mahiyet arzedebilir. Mecellenin içinde mevzuumuza müteallik hükümler ve umumî kaide mahiyeti arzedenler rasyonel bir şekilde sistematize edilecek olur, ve lüzumsuz teferruat bertaraf edilecek ve zamanımızın müterekki icaplarına uydurulacak olursa, bununla sulara ve kaynaklara dair, zamanımız için mükemmel addedilebilecek, kanunlardan biri meydana getirilmiş olacaktır.

Mecellenin sosyal bakımdan ehemmiyetli kaideleri şunlardır : «su, ot ve ateş mubahtır. Nâs bu üç şeyde şürekâdır» (madde : 1234). Sular üzerindeki «ibaha»nın İslâm hukukuna göre mesnedi (el müslimune şürekâen fisselaseti : el - mâi vel kelâi ven nari) hadisidir. Bunun mânası şudur : müslümanlar üç şeyde ortaktır : su, ot ve ateşte. Madde 1234 bu hadisi şerifin tercümesi mahiyetindedir¹¹.

Ayrıca, 1237 nci maddesinde Mecelle «denizler ve büyük göllerin mübah olduğunu», 1247 nci maddesinde «avin mübah olduğunu», 1235 inci maddede «yer altında cereyan eden suların kimsenin mülkü olmadığını», 1236 nci maddede «bir şahsı mahsusun sayu amelî istinbat olunmuş

10) Diğer İslâm memleketleri üzerinde umumi ve hukuki mülâhazalar hakkında bk., Şükrü Kardahi, apêrçu su la propriété collective dans les pays de l'Islam, bulletin de législation comparée, 1929 - 1930, p. 509 et sv.

11) Bk., Ali Haydar, Mecelle serhi, cilt III, 1324 üncü madde serhi; Cevat Abdürrahim Gücün, deniz ve göllerle, nehirler üzerinde tasarruflar, Medeni Kanunun 15 inci yıl kitabı, s. 885; Sıddık Sami Onar, Türk hukukunda âmme emlakî teorisi, prof. Ebül'ülâ Mardin'e armağan, s. 504.

olmayıp da nâsın intifa edegeldiği kuyuların beynennâs müşterek ve mübah olan şeylerden» olduğunu söylemektedir.

Burada, «mübah» dan maksat, umumun istifadesi bakımından bu eşyanın müşterek olmasıdır. Burada, mevcut «şirketi ibaha» yı Mecelle 1045 inci maddesinin 4 üncü maddesinde şöyle izah etmektedir : «şirketi ibaha vardır ki mübah olan yani su gibi fil'asıl kimsenin mülkü olmayan şeyler ahzû ihraz ile temellüke salâhiyette âmmenin müteşarik olmasıdır». Mübah mefhumunu izah sadedinde Mecellede şu hükümlere de tesadüf olunmaktadır.

Mubah malları herkes ihraz ve mülkiyetini iktisap edebilir.

(Mecelle mad. 1249): «her kim ki mübah olan şeyi ihraz eylerse ona müstakilen malik olur. Meselâ bir kimsenin desti yahut fıçı gibi bir kap ile nehirden aldığı su o kap içinde mührez ve mahfuz olmakla o kimsenin malı olur».

(Mad. 1250): «ihrazın kasta mekrun olması lâzımdır. Binaenaleyh bir kimse yağmur suyu almak maksadıyla bir mahalle bir kap koyduktan o kap içinde toplanan yağmur suyu o kimsenin malı olur. Ama bir kimsenin bigayri kast bir mahalle vazettiği kap derununda biriken yağmur suyu kendisinin malı olmaz. Başka kimse onu ahzile istihlâk edebilir».

(Madde : 1251) : «suyu ihrazda arkası münkati olmak şarttır. Binaenaleyh içinden su sızan kuyudaki su mührez olmaz. Sahibi ibaha etmeksizin diğer kimse öyle bir kuyudan sızıp ta müçtemi olan suyu ahz ve istihlâk eylese zaman lâzım gelmez. Ve keza suyu mütetabiülvürud olan, yani bir taraftan ne kadar su çıkarsa diğer taraftan o kadar su giren havuzlardaki su da mührez değildir.».

(Madde : 1254): «mubah ile herkes intifa edebilir. Fakat saire zarar vermemek ile meşruttur.».

(Madde : 1255): «mubah olan şeyi ahz ve ihraz etmekte bir kimse aher kimseyi menedemez».

Görülüyor ki, mübah'ın mânası ve hükmü, gayre zarar vermemek şartıyla bu yerlerden herkesin intifa edebilmesidir. Sular üzerinde bu intifa meyanında başta ihraz gelir (Mecelle madde 1249 ve müteakip). Daha sonra, «şirb» hakkı vardır, bu «ekin ve hayvan sulamak için su ile intifa nöbetidir»¹². Ayrıca, «şefe» hakkı yani «su içmek hakkı» vardır. (Mecelle, madde : 1263). Bunlardan mada, yıkanmak ve elbise yıkamak

12) Ali Haydar, Mecelle serhi, cilt 3, s. 534.

hakları olduğu gibi, balık avlamak hakkı da vardır¹³. Mecellenin 1264 üncü maddesine göre, «herkes hava ve ziya ile intifa eylediği gibi, denizler ve büyük göller dahi intifa edebilir».

Mecellede, şimdiye kadar zikretmiş olduğumuz sosyal bünyeli hükümlerin yanında arazi malikinin ferdi mülkiyet hakkı lehinde ona çok geniş tasarruf hakkı tanıyan hükümler de vardır. 1192 nci maddede, «herkes mülkünde keyfimâyişa (istediği gibi) tasarruf eder»; 1194 üncü maddede, «kim ki bir yere malik olursa mafevkine ve matahtına dahi malik olur, yani mülkü olan arsada istediği ebniyeyi yapmak ve dilediği kadar çıkmak ve zemini hafr ile mahzen yapmak ve dilediği kadar derin kuyu kazmak gibi tasarrufata muktedir olur» denmektedir. Bundan çıkan mânaya göre, menba ve kuyular arsa sahibinindir ve malik mülkünde dilediği kadar derin bir kuyu kazabilir, komşu kuyunun suyunu çekse dahi bu onun kuyu kazmasına mani olamaz. 1291 inci maddede «bir kimsenin kendi mülkünde hafreylediği kuyunun harimi yoktur Komşusu dahi onun yanında ve kendi mülkünde bir kuyu hafredebilir. Ve o kimse benim kuyumun suyunu cezbeder diye komşusunun kuyu hafretmesine mani olamaz».

Malikin haklarına komşular lehinde bazı tahditler de vazolunmuştur. Madde : 1192 ve müteakipte «ciran» a (komşulara) müteallik hükümler vardır. 1197 nci maddede «hiç kimse mülkünde tasarruftan menolunamaz, meğer ki ahire zararı fahiş ola, o halde tasarruftan menolunabilir». Zararı fahişin tarifi Mecellenin 1199 uncu maddesindedir (Bu hususta madde 1198 ve 1300 de de sarahat vardır). Ayrıca, 1212 nci madde «bir kimsenin su kuyusu yanına komşusu bir kâris yapıp ta o kuyunun suyunu ifsat etse zararı defettirilir. Zararın def'i kabil olmazsa kâris kapattırılır» demektedir, Kâriş çirkef mecrası veya çukurunu ifade etmektedir.

Mecellede umumî menfaati nazarı itibare alan umumî hükümler de vardır. 26 nci madde «zararı âmı def için zararı hâs ihtiyar olunur» şeklinde umumî bir kaide sevketmektedir : «zararı âm, umuma müteallik bir köy, kasaba veyahut bir mahalle veyahut bir sokak ahalisine şumulü olan zararlar zararı hâs ise bir veya birkaç şahsa münhasır bulunan zarardır¹⁴».

Bundan mada, 1216 nci madde «ledelhace emrû sultan ile bir kimsenin mülkü kıymetiyle alınıp tarika ilhak olunabilir» diyerek istimplâk

13) Bk. Cevat Abdürrahim Gücün, a. g. e. Medeni Kanununun 15 inci yıl kitabı s. 883. Ayrıca bk. Mecelle madde : 1300.

14) Atıf Bey, Mecelle şerhi, madde : 26; Hacı Reşit Paşa, Ruhülmecelle, s. 107.

hakkında salâhiyet vermektedir. İstimlâkin icrası tarzı ve teferrüatı 1295 (1879) tarihli İstimlâk Kararnamesinde tanzim olunmuştur.

IV. Türk - İsviçre hukuklarına umumî bir bakış

Medenî Kanunun 1 Ocak 1912 de bütün İsviçreye şâmil olmak üzere mer'iyete girmesine takaddüm eden yıllarda ve asırlarda medenî hukuk ve dolayısıyla sular hukuku sahasında kantonların mahalli hukukları cari bulunuyordu. Kanton hukuklarında, esas itibariyle, Roma hukuk prensipleri hâkim idi. Eskiden Cermen hukuku esaslarının benimsenmiş olduğu kantonlarda dahi, gerek Fransız hukukunun ve gerek Alman hukukunun tesiriyle bundan dönülmüştür. Cermen hukukunun ve Alman kültürünün büyük bir kısmı itibariyle hâkim bulunduğu Züriç hukukunda dahi topluluğun hakları mahduttu. Bluntschli'nin 1854 tarihli Züriç Medenî Kanununda § 658 de «kaynak suyu zuhur ettiği gayri menkulde kaldıkça o gayri menkulün mütemmim cüzüdür» denmektedir. Yine bu Kanunun § 612 sine göre, «komşu bir gayri menkulü ihlâl etmedikçe başkasının çeşmesinden mevcut lüzumlu suyu çekecek tarzda hafriyat yapmaya arazi maliki mezundur. Bundan mada komşu çeşmeyi suyun dolmasıyla zarara uğratsa dahi arazisini kazmasına bir mani yoktur¹⁵⁾».

Bunun dışında, İsviçrede kantonal mevzuat sular ve bunlardan istifade hakkında hükümler ihtiva ederler. Bu kanunların isdarının başlangıcı 1850 ye kadar çıkar. Bu kanunlar halen mer'î olan Medenî Kanunun tamamlayıcısı olarak hüküm ifade etmektedirler. Esasen İsviçre Medenî Kanununun 705 inci maddesi kantonlara bu mevzuda mahalli olmak üzere teşriî salâhiyet vermiştir. Buna binaen 11 kanton methal kanunlarında kaynaklar hakkında hüküm isdar etmişlerdir.

Bu gün İsviçrede kaynaklar hakkında esas itibariyle cari olan Medenî Kanun hükmleridir. Bunları Türk hukukuyla birlikte mütalâa edeceğiz. Bunun dışında İsviçre kantonlarının mahalli hukukları gelir. Türk hukukunda bu hususta mevcut bazı hususî kanunları zikredebiliriz. 28 Nisan 1926 tarihli ve 831 sayılı Sular Kanunu, ve bunu tamamlayan 23 . 12 . 1934 tarihli ve 2659 sayılı Sular Kanununa ek kanun, 10 Haziran 1926 tarihli ve 227 No. lı sıcak ve soğuk maden suları hakkındaki kanun ile 1928 tarihli ve 7044 sayılı nizamname hükümleri Türk hukuku bakımından ehemmiyeti haizdir. Bundan mada diğer bazı hususî kanunlar da sular mevzuuna müteallik münferit hükümleri dolayısıyla bizi alâkadar etmektedir. Bunlara bahsi hususunda işaret edeceğiz.

15) Bk. E. Fehr, a. g. e., s. 20.

Medenî Kanunumuzun kaynaklar ve yeraltı suları hakkında tatbiki kabil hükümleri madde : 679 - 685 dedir. Medenî Kanunun 19 uncu babının 2 nci faslı «gayri menkul mülkiyetinin hükümleri» ismini taşımaktadır. 679 uncu madde ile başlayan (C) kısmının matlabı (kaynaklar) dır. Bu tasnife göre, kaynaklar gayri menkul mülkiyetinin hükümlerine dahil bulunmaktadır. Kaynaklar hakkındaki hükümler, yalnız madde : 679 - 685 den ibaret değildir. Gayri menkul mülkiyetine dair umumî kaideler, madde 632 ve müteakip kaynaklara da kabili tatbiktir. Çünkü, bunlar çıktıkları gayri menkulün mütemmim cüz'üdürler. (Madde - 679). Medenî Kanunun diğer bazı yerlerinde de kaynaklarla alâkalı bazı hükümler sevk edilmiştir. Bunlar, madde 641, 644, 653, 666, 667, 668 - 670, 678, 752 dir. İsviçre Medenî Kanununun 702, 705, ve 709 uncu maddeleri kanunumuza alınmamıştır. Diğer bazı maddelerde de birer fıkra eksiktir. Bunlar İsviçre Medenî Kanununun bizzat tanzim etmeyip, kantonlara kaide vazetmek salâhiyetini bırakmış olduğu hususlardır. Türk kanun vazı, kanton mevzuatına bırakılan bu noktaları, iktibas etmekten bunların içindeki kaide ve mefhumları nazarı itibare almaksızın sarfı nazar etmiştir. Halbuki bunların içinde gerek umumî menfaat ve gerek diğer fertler bakımından hakkaniyete uygun, lüzum ve faydası inkâr olunamayacak meseleler ve bunlara müteallik hal tarzları vardır. Filhakika, aynı neticeleri kanunumuzun diğer hükümlerinden de çıkarmak kabil olacaktır, fakat buna dair sarıh hükümler bulunsaydı daha iyi olurdu.

Kaynaklar üzerindeki hakları, İsviçre - Türk Medenî Kanunlarındaki hükümler ve bunlara müteallik mahkeme içtihatlarıyla birlikte tetkik edeceğiz. Bu arada, gerek Türkiyede, gerek İsviçredeki hususî kanunları da, Medenî Kanunda mevcut hüküm ve kaideler arasında sistematize ederek tebarüz ettireceğiz. Burada evvelâ kaynaklar üzerinde mülkiyet hakkı ve müstakil ve devamlı hakları inceliyeceğiz. İkinci olarak kaynak üzerindeki hakların komşuluk hukuku dolayısıyla tahdidini, üçüncü olarak da âmme menfaati dolayısıyla tahdidini izah ve tahlil etmeyi deneyeceğiz.

§ 4 — Kaynaklar üzerinde mülkiyet hakkı

I — Kaynak mülkiyeti ve umumî sular :

1. Medenî Kanun hükümlerine göre :

Türk - İsviçre hukuklarında kaynaklar ferdi mülkiyete mevzu teşkil ederler. Bunlar zuhur ettikleri arazinin mütemmim cüz'ü olup, mülkiyeti

bulunduğu arazinin malikine aittir. Bu, Roma hukukundan gelmekte olan ve bu gün dahi cüz'î de olsa tesirleri baki kalmış olan bir prensiptir.

Fakat, evvelce de belirtmiş olduğumuz üzere, kaynaklar kaynak suyunun akmasını ihtiva etmezler. Küçük ve ehemmiyetsiz kaynak suları kaynak hükümlerine tâbi kılındığı halde, toprak sathına nebean etmesinden itibaren bir akar su teşkil eden kaynaklar umumî sulardan madut olup akar su ve nehirler hakkındaki hükümlere tâbidirler. Yani Devletin hüküm ve tasarrufu altında olmak üzere bunlarda herkesin istifade hakkı vardır. Bu sebeple, âdi kaynaklarla nehir ve ırmak kaynaklarını ayırmak lâzımdır. Fakat, kaynak mefhumu Medenî Kanunda umumî bir mânada kullanılmıştır. (Madde : 644 fık. 2 ve 679 fık. 1.) Kanunun metninde küçük olsun büyük olsun bütün kaynakların arazinin mütemmim cüz'ü olarak telâkki edildiği düşünülebilir. Bununla beraber, litteratürde büyük kaynakların, nehir, ırmak, çay kaynaklarının kanunun anladığı mânada bir kaynak olmadığı ve bir akar su olduğu tasrih edilmektedir¹.

İsviçre Medenî Kanun vazı Eugen Huber bütün mühim ve büyük kaynakları âmme emlâkine sokacaktı, çünkü bu rejim altında bunlardan daha fazla menfaat temin edileceğine inanmıştı². Akar sular Medenî Kanun madde 641 fık. 2 mucibince, karine olarak âmme malı addedilirler. Halbuki kaynaklar madde 679 fık. 1 mucibince ferdi mülkiyete dahildir. Medenî Kanunumuz akar su teşkil eden kaynaklarla küçük kaynaklar arasında bir ayırma yapmamaktadır. Medenî Kanun akar sular hakkında sarıh bir hüküm ifade etmiyor. Şu halde, 679 uncu madde hükmünün her nevi kaynaklara kabili tatbik olduğu düşünülebilir.

Fakat Eugen Huber bu kanaatte değildir. Bizatihi kaynaklarla, toprak sathına çıkar çıkmaz akarsu teşkil eden kaynaklar arasında tefrik yaptığını Huber sarıh olarak beyan etmiştir. İsviçre Hukukçular Cemiyetinde 1900 senesinde verdiği raporda şöyle demiştir : «gayrimenkul malikine kaynak üzerinde tam bir tasarruf hakkı tanımakta hiç bir mahzur yoktur, yalnız aşağıdaki gayri menkullerde suyun sahilinde bulunanların bu sudan istifade etmelerini temin etmek kâfidir, bu onların vaziyetini kaynağın muhtemel bir çevrilmesine karşı garanti eder. Buna mukabil, menşeyinden itibaren akar su olan kaynaklar vardır, bu takdirde imalâthanelerin işsiz kalması pahasına kaynağın çıktığı arazinin malikine kaynak üzerin-

1) Eugen Huber, die Gestaltung des Wasserrechtes im künftigen schweizerischen Recht, Zeitschrift für schweizerisches Recht, NF., S. 528, 529; Wieland, a. g. e. art. 704 No : 5; R. Haab, a. g. e. Art. 704 No. 6 und 8; Leemann, Kommentar zum Sachenrecht, Art. 704, No: 7.

2) Eugen Huber, a. g. e., S. 731.

de tam bir tasarruf hakkı verecek miyiz ? Eğer kaynağın birden ziyade araziden geçmesi mülâhaza edilecek olursa bu ihtimal bertaraf olur, kaynak akar su ile bir bütün teşkil eder, bu anda kaynak maliki de dahil olmak üzere suyun sahilinde bulunanlardan müteşekkil bir birlik vardır³⁾.

Görülüyor ki, akar sular Medenî Kanununun anladığı mânada kaynak değildirler ve kaynağın çıktığı gayri menkul malikinın akar su üzerinde sadece bir istifade hakkı vardır, bunun üzerinde serbest olarak tasarruf edemez, bunun mecrasını değiştiremez.

Böylece, Huber'in Fransız hukukunda hâlen carî sistemi ve kısmen de eski Alman hukuku telâkkiyatını benimsediği görülmektedir. Fakat, bu tefrikin kanunun hiç bir maddesinde bulunmaması İsviçreli bazı müellifler arasında tereddüt ve münakaşayı mucip olmaktadır. Ekseri müelliflerin⁴⁾ bunu kabul etmelerine karşılık, bu vaziyete itiraz edenler de mevcuttur. Ezcümle E. Sillig şöyle demektedir : «Kanun vazı riayet edilmesi lâzım gelen hususları kanuna koymazsa ve hukuk kaynağı olarak bir rapordaki fikirler dermeyan edilirse kanunun fonksiyonu ne olacaktır ? Huber bu fikriyle mesnetsiz bir esas ileri sürmüştür ve hâkimler kanunu tatbikle mükellefdirler⁵⁾».

Bu itirazlara rağmen, küçük ve ehemmiyeti az kaynakları ferdi mülkiyete, akar su teşkil edenleri umumî istifadeye tahsis etmek münasip olacaktır⁶⁾. Bu itibarla, alelâde kaynaklarla akar su teşkil eden kaynakları tefrik etmek icap etmektedir. Zira, bunların ikisi arasında netice ve hüküm bakımından fark vardır. Hususî sular ve küçük kaynaklar ferdi mülkiyete dahil olduğu ve arazi malikinın mutlak serbest tasarrufuna tâbi bulunduğu halde akar sular ve akar su teşkil eden kaynaklar umumî bir sudur, yani umumun istifade hakkını haiz olduğu bir sudur, bu sonuncusu üzerindeki istifade tarzları Devlet ve âmme hukuku tarafından tayin olunur.

Medenî Kanunumuzun 641 inci maddesi, sahihsiz şeylerle menfaati umuma ait malların Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunduğunu tasrih eylemiştir. Burada «Devletin mülkiyetindedir» denmekten çekinilmiştir. Bilâkis, maddenin ikinci fıkrasında bunların kimsenin mülkü olmadığı beyan olunmuştur.

3) Eugen Huber, a. g. e., S. 732.

4) R. Haab, a. g. e., Art. 704, No: 10, 11; Wieland, a. g. e., 704, No: 2, 3; F. Hammer, a. g. e., S. 59.

5) E. Sillig, a. g. e., p. 53. Keza bk., R. Blass, a. g. e., S. 44, 45.

6) R. Haab, a. g. e., Einleitung, No: 23.

Gerçekten, âmme emlâki ile menfaati umuma ait malları tefrik etmek icap eder. Âmme emlâki, mahiyeti itibarile, ferdi temellüke salih eşyadan mürekkeptir, yani bu gibi eşya ferdi mülkiyete mevzu teşkil edebilmek imkânını haizdir. Diğerlerinde ise, bu imkân varit değildir, bunlar umumun istifadesine tâbidir. Ayrıca, âmme emlâki idarenin sıkı bir mürakabesine tâbidir, menfaati umuma ait mallarda böyle bir mürakabe yoktur.

Sahipsiz şeyler de menfaati umuma ait mallar gibidir, yani bunlar da Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Sahipsiz şeylerin bir kısmı ferdi temellüke müsait değildir; ziraata elverişli olmayan yerler, kayalar, tepeler, dağlar ve onlardan çıkan kaynaklar böyledir (madde 641 fık. 2). Bunlar kimsenin mülkü olmayıp umumun istifadesine tâbidirler.

Sahipsiz şeylerin ikinci bir kısmını teşkil eden kategori ise, ferdi mülkiyete ve temellüke elverişli olanlardır. Hâli ve işlenmemiş ham topraklar gibi. Bunlar kanunî şartlar dahilinde işgal yolu ile iktisap olunabilirler (Medenî Kanun 635)^{6 a}.

Umumî sular üzerindeki istifade ve istimal hakkına sahip olanlar nazari olarak gayri mahduttur. Bu, müspet bir muhtevası olan sübjektif bir hak değildir. Umumî istifade hakkı, muayyen bir halde hususî bir müsaadeye ihtiyaç olmaksızın ve ücretsiz olarak eşyadan istifade hakkıdır⁷. Hukuken istifade edenler arasında müsavat vardır. Fakat suyun civarında bulunanlar vaziyet icabı olarak daha kolay ve daha çok istifade ederler. Umumî istifade ve istimal bütün müstefitlerin aynı zamanda ferden imkân ölçüsünde istifadelerinde tecelli eder. Kanun umumî istifade ve istimal mevzuuna giren hususları ve bunun derecelerini tayin eder. Bunun dışında diğer bazı istifadeleri müsaadeye tâbi kılabilir. Bu takdirde idarî müsaadeye bağlı bir istifade bahis mevzuu olur. Nihayet bir takım teksifi mahiyette istimal ve istifadeler bilhassa sudan enerji istihsali ve hidro-elektrik tesisat kurmak hakkı ancak imtiyazla mümkün olur.

Umumî sulara herkesin haiz olduğu istifade salâhiyeti, buradan su almayı, içmeyi, yıkanmayı, öteberi yıkamayı, küçük vasıtalarla seyrü sefer etmeyi, buz tutması halinde üzerinde kaymayı ve bunun gibi ev ve arazi ihtiyaçları için küçük miktarda su almayı ihtiva eder⁸.

6 a) Bu hususta bak., Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Galip Esmer, Gayrimenkul tasarrufları ve tapu sicill tatbikatı, sah. 294 ve müt., İstanbul 1950.

7) R. Haab, Kommentar, Art. 664 No: 21; Max Huber, die Wasserrechte, nach dem Entwurf des schweizerischen Zivilgesetzbuch, zürcherische Beiträge zur Rechtswissenschaft, S. 144.

8) Martin Wolf, das Sachenrecht, S. 331.

Biraz evvel de söylemiş olduğumuz gibi, bu sübjektif bir hak değildir, tanzim salâhiyetini haiz olan İdarenin bunu azaltması halinde fertlerin bir tazminat talebi hakkı meydana gelmez. Buna mukabil umumî sular üzerindeki imtiyaz hakkı âmme hukukundan mütevellit sübjektif bir hak bahşeder, bu hakkın İdare tarafından ihlâli halinde zarar gören şahısların tazminat dâvası ikame etmek hakları vardır.

Umumî suların aksine olarak, kaynaklar arazi malikinin mülkiyet hakkına dahildir. Bunlar hususî emlâkten madut olup, ferdî mülkiyet, irtifak, intifa, rehin ve diğer hususî haklara mevzu teşkir ederler. Bunlar üzerinde fert, kanunun bahşettiği hudutlar dahilinde tasarruf etmek hakkını haizdir. Ancak, burada dahi ferdî haklar komşuluk hukuku ve âmme menfaati dolayısıyla bir takım takyitlere maruzdur.

Kaynaklarla akar sular arasındaki hüküm farkı gerek Federal Mahkeme ve gerek Türk Yargıtayı tarafından kabul edilmiştir.

2. İsviçre Federal Mahkemesi İçtihatları :

Federal Mahkeme 15 Mart 1917 tarihli bir kararı ile⁹, bu neviden bir akar su teşkil eden kuvvetli bir kaynak hakkında hususî mülkiyet esaslarını tatbik etmiştir. Bu karar, şiddetle tenkit olunmuş ve böyle bir düşünce tarzının ziraat ve sanayi için pek vahim neticeleri mucip olacağı söylenmiştir¹⁰. Gerçekten, sular bilhassa akar sular çok miktarda şahısların istifadesini tazammun eden bir servettir. Bundan imkân nisbetinde fazla insanın istifadesini temin etmek lâzımdır. Bunun için ise kuvvetli ve büyük kaynakları münhasıran arazi malikinin tasarrufuna bırakmamak lâzımdır.

1804 tarihli Fransız Medenî Kanununda arazi malikine verilen bu neviden bir inhisari hak mevcut idi, bu madde 1898 tarihli bir kanunla değiştirilmiş ve Fransız Medenî Kanununun 643 üncü maddesinde toprak sathına nebean eder etmez akar su teşkil eden kaynaklar akar sular hakkındaki rejime tâbi kılınmıştır.

9) BGE. 43 II 152 (Jdt 1917 p. 554).

10) Jean Rossel, des sources immédiatement génératrices d'eaux courantes (Bachquellen, Flussquellen), Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, 1918, 6. Heft S. 249 ff., S. 329 ff. Bu kararı R. Haab da serhinde tenkit etmektedir. Bu mevzuda diğer bir karar için bk. Jdt 1917 p. 168. Keza bk. O. Daepfen, Brodtbeck, Welti, Bundesgerichtspraxis zum Zivilgesetzbuch, 2. Band, 2. Auflage, Art. 667 IV, Zürich 1941; François Gulsan, l'eau en droit privé, extrait à part du Jdt 1942, p. 15; F. Zingg, Das Quellen - und Brunnenrecht, S. 37 ff.

Eugen Huber'in kanaatının da aynı merkezde olduğu ve İsviçre nazariyatında büyük bir ekseriyetin bu fikre iştirak ettiğini arzetmiştik. Bu itibarla, Federal Mahkemenin mezkûr kararı umumiyetle tasvip edilmiştir. Zira, akar su teşkil eden kaynaklar umumî istifadeye tâbi olmak icap eder. Fakat alelâde kaynaklarla akar su kaynakları arasındaki hudut nedir? Kanun vazı her hal için ayrı olarak karar vermeyi hâkime bırakmıştır. Huber umumî ve hususî sular hakkında şöyle demektedir: «Mevcut imkânlar göre tam bir istifadenin münferit malikten beklenemeyeceği akar sular umumî su olmalıdır. Buna mukabil, münferit malikin hareketinin meşru istifadesi için kâfi garanti arzettiği sular hususî olarak tanınabilir¹¹.

İsviçrede bazı kantonlarda kaynak nebean ettiği arazinin hudutlarından çıkararak aşağıdaki araziye aktığı takdirde, kaynak değil umumî bir su addedilmektedir¹². Kanaatımızca, böyle bir kriter şayanı kabul olmakla beraber umumileştirilemez. Zira, arazilerin büyüklük ve küçüklüğüne göre ve bunların hudutlarının sonradan değişmesiyle suların mahiyeti de tahavvüle uğrayacaktır. Bu sebeptendir ki, nebean eder etmez akar su teşkil eden kaynakları umumî bir su addetmek ve bu hususta kaynak suyunun çıktığı arazi hudutları dışında da akması halinde bunun umumî bir su olduğunu, yani umumî istifadeye tâbi bulunduğunu karine olarak kabul etmek münasip olur. Esasen, Medenî Kanununun 641 inci maddesinin 2 nci fıkrası, hilâfı sabit olmadıkça, menfaati umuma ait sular kimsenin mülkü değildir, demektedir. Buna göre, bu neviden sular üzerinde hususî bir sebebe müstenit ferdî mülkiyet hakkı ispat edilmedikçe bunlar Devletin hüküm ve tasarrufu altında olarak kabul edilirler (madde 641 fık. 1). Bu hususta mahkemelerin takdir hakkını haiz olmaları tabiidir¹³.

Umumî sulardan bahseden 641 inci maddede, Devlet mülkiyetinden bahsolunmaması mülkiyetin bahşedeceği tasarruf kudretinin bu umumî sular üzerinde kabili tasavvur olmamasındandır. Devlet burada sadece, umumî istifade ve istimali temin ve tanzim eder¹⁴. Bunlar Devletin hü-

11) Eugen Huber, mezkûr raporu, S. 546.

12) Code rural vaudois art. 56; François Guisan, l'eau en droit privé, p. 14. Zürih hukukunda da buna benzer bir hüküm vardır.

13) Aynı kanaat: Cevat Abdürrahim Gücün, Gayrimenkuller, s. 199.

14) Wleland, les droits réels, art. 664; R. Haab, Kommentar, Art. 664; Sıddık Sami Onar, a. g. e., s. 528; Cevat Abdürrahim Gücün, Medenî Kanununun 15 inci Yıl kitabındaki etüdü, s. 882.

küm ve tasarrufu altında bulunan ve umumî istifadeye tahsis edilen eşyadan maduttur. Akar sular üzerinde umumî istifade hakkının yanında, idarî bir müsaadeye veya imtiyaza müstenit teksifi istifade hakları da mevcut olabilir. Hattâ bu neviden hususî istifade hakları eskiden kalma, eski hukukun meriyeti esnasında iktisap edilmiş olabilir. Bunlar cüz'î de olsa, İsviçrede dahi bugüne kadar devam edegelmiştir¹⁵. Böyle kadim haklar Türkiyede daha çoktur. Yargıtay içtihatlarında bunlara sık sık rastlanmaktadır.

3. *Türk Temyiz (Yargıtay) İçtihatları :*

Yargıtay içtihatlarının tetkikinden önce, etüdümüz dolayısıyla elde etmiş olduğumuz, eski hukuk zamanından kalma bir müktesep hak durumundan bahsetmek isteriz. Tetkikatımız neticesinde öğrendiğimize göre, Trabzonda bulunan Kisarna maden suyu, Cumhuriyet devrinden evvel, 1324 senesinde, bir maden gibi telâkki olunarak ve Maadin Nizamname-sine tâbi kılınarak, işletilmesi imtiyazı İradei Seniye ile Hafız E. S. ye ihale olunmuştur. 60 sene müddetle bahşedilen bu hak, halen hak sahibinin mirasçıları tarafından başka şahıslara ve bunlar tarafından bu suyu bugün işletmekte olan şahıslara devrolunmuştur. Bu durum, yani Kisarna maden suyunun bir maden addolunması bugünkü hukukumuzda uygun olmamakla beraber, bunu işleten şahısların hakları bir müktesep hak olarak muteber bulunmaktadır.

Türk Yargıtay içtihatlarına göre, akar sular, nehirler, ırmaklar, çaylar kaynak hükümlerinin ve ferdî mülkiyetin dışında bırakılmıştır, bunlar üzerindeki kadim (eski) haklar ve teamüller de mahfuz tutulmaktadır.

Temyiz Mahkememizin 1 inci Hukuk Dairesinin 8.12.1936 tarihli bir kararında umumî sulardan fertlerin ve tarla sahiplerinin istifade hakları teyit olunmaktadır : «Kaynak gibi bir arzın mütemmim cüzü ve bir kimsenin mülkü olmayan sulardan mücavir tarla sahipleri harkları vasıtası ile istifade edebilirler ve arazi sahiplerinden birine ait harkın mukaddem olması âmmeye ait bir suya temellük hakkı bahşetmez¹⁶».

15) Francois Guisan, a. g. e., p. 12; Henri Carrard, de l'utilisation des eaux courantes, Jdt. vaudois 1869, p. 425 et sv., p. 441 et sv., p. 457 et sv., p. 473 et sv. Ayrıca, bk., Cevat Abdürrahim Gücün, mezkûr etüdü.

16) Vehbi Tetik, Medenî Kanuna ait Temyiz kararları, 1940, s. 65; Halls Sungur, Türk Kanunu Medenisî, Ankara 1941, madde 679; Mehmet Altiner, notlu Türk Kanunu Medenisî, s. 269.

Gene Yargıtay 1 inci Hukuk Dairesinin 30.9.1939 tarihli ve 160/1937 sayılı kararında da, «umuma mahsus bir suyun menbainı malikiyet o suda mevcut irtifak ve intifa haklarını ve teamülleri ihlâl edemez¹⁷», denmektedir ve eski ve müktesep hakların mevcudiyeti kabul olunmaktadır.

Bu müktesep ve eskiden gelme istifade hakları, Yargıtay 1 inci Hukuk Dairesinin 22.10.1936 tarihli ve gene aynı Mahkemenin 13.10.1931 tarihli kararile de muteber addolunmuştur¹⁸. Aynı mevzuda Yargıtay 4 üncü Hukuk Dairesinin de 24/1/1947 tarihli ve 947/194/361 sayılı bir kararı mevcuttur¹⁹.

Gene Temyiz 1 inci Hukuk Dairesinin 20.6.1935 tarihli ve 2054/1440 sayılı kararı şu mealdedir : «Aksu çayının (Maraş) kaynak mahiyetinde olmadığı ve dâvacıların tapu senetlerinin mezkûr Aksu'dan tutulan suya ait Beylik harkına mahsus bulunduğu tahakkuk etmesine ve suyun iki tarafında arazileri bulunan kimselerin harkları vasıtası ile su alarak tarlalarını sulama hakları bulunmasını ve bu arazi sahiplerinden birinin harkının mukaddem ve diğerinin muahhar yapılmış olması mukaddem yapılan hark sahibinin enharı âmmeye temellükünü istilzam etmiyeceği gibi ve bu sebeple mücerret harkını daha evvel ihdas eden arazi sahibi kendisinden daha yukarıda arazisi bulunan ve fakat harkını daha sonradan açan arazi sahibini tarlasını sulamaktan külliyen men veya sulama zamanını arzusu veçhile takyit etmeye hakkı yoktur²⁰». Bu içtihat da umumî bir sudan istifade hakkına taallûk etmekte ve memleketimizin içtimaî ve coğrafi vaziyet ve bünyesine uygun bulunmaktadır.

Bu mevzuda alâka çekici bir temyiz kararı da şudur : «mamlûk olmayan sulardan intifa keyfiyet ve kemiyetinde ve nöbeti intifa hakkında eski teamüle itibar olunur. Bazen bu hususta köyler için verilmiş ferman ve ilâmlar bulunur. Fakat bilâhare ihtiyaçların değişmesi ve artması ile nöbeti intifa da tahavvüle uğramış olabilir. Binaenaleyh teamülün şahitle ispatı lâzımdır. Şahitlerin nizalı su ile alâkası olmayan

17) Hâmit Özdemir, Gayrimenkul dâvalarında uygulanan hükümler, İstanbul 1949, s. 44.

18) Bk., Temyiz kararları, Hukuk kısmı, 1931, s. 73 - 75; Cevat Abdürrahim Gücün, Gayrimenkuller, s. 213.

19) İleri Hukuk mecmuası, sayı 32, Şubat 1948, s. 497.

20) Temyiz kararları, 1935, Hukuk kısmı, s. 261, 262. Bu karar hakkında bk., Ferit Hakkı Saymen, Medeni Kanunumuzda ziraatin ve köylünün yeri, Medeni Kanun 15 inci Yıl kitabı, s. 311, 312, not 143.

köyler halkından olması lâzımdır»²¹. Eski teamüllerin mahfuz ve muteber olduğunu bildiren bu Yargıtay kararında zikri geçen memlûk olmayan sular, Mecelle'nin 1238 ve 1265 inci maddelerinde tanzim edilmiş olup, ferdî mülkiyet sahasına girmeyen sulardır. Bunlar üzerinde, halka zarar vermemek şartı ile, herkes istifade hakkını haizdir.

Umumî sularda eski irtifak haklarının ve teamüllerin şahitle ispat olunarak muteber kılınması hakkındaki içtihat ferdî mülkiyete giren sularda, bilhassa kaynaklarda cari değildir. Bu mevzuda Yargıtay 5 inci Hukuk Dairesinin 20/1/1950 tarihli ve 1889/187 sayılı kararının 4 no. lu gerekçesinde şöyle denmektedir : « tarafların dinlettikleri şahitler dâvâhının faydalandığı sudan arta kalan kısmının ötedenberi dâvacı köye ait yerlerden geçtiğini bildirmişlerdir. Şehadet nizalı suyun belli bir miktar üzerinde dâvacının kadim kullanma hakkının mevcudiyetini ispat edecek mahiyette değildir. Bu şehadete dayanılarak belli miktarda suyu dâvacıya terketmeye dâvalı icbar edilemez»²². Yargıtay kararındaki bu mucip sebep, kaynakların arzın mütemmim cüz'ü olarak toprak sahibinin şahsî mülkiyet hakkına dahil bulunması sebeble, haklı görünmektedir. Komşunun bu suyun bir kısmının kendisine terk edilmesi hakkındaki talebi, kendisinin bir irtifak hakkına istinat edebilir, dâvada bu ispat edilememiştir. Veya böyle bir talep hakkı, Medenî Kanununun 683 üncü maddesindeki hükme dayanabilir (bundan ilerideki izahlarımızda bahsedeceğiz, bak., § 9, III), ve muvaffak olabilirdi, fakat dâvacı dâvasında bu maddeyi de ileri sürmemiştir.

Umumî sulardan herkesin istifade hakkı varsa da, bu hususta evvelâ kadim pay sahibi olanların hakları önde gelir. Yargıtay I inci Hukuk Dairesinin 21/10/1948 tarihli ve 948/5406 sayılı kararında da belirtildiğine göre, sonradan bahçe yapanların su almaları pek kolay olmayacaktır²³. Yargıtay kararında aynen şöyle denmektedir : « umuma ait münazaalı suda teamüle dayanan bir payı bulunmadığını dâvacının ikrar ve kabul etmiş olduğuna ve mahkemeye ancak kadim pay sahibi olanların müracaat hakları bulunduğu Sular Kanunu hükümlerinden bulunmasına ve umuma ait sulardan herkesin istifade hakkı var ise de Köy İhtiyar Heyetince sonradan bahçe yapanlara su verilemeyeceğine dair verilen karar aleyhine mahkemeye müracaat caiz olmayıp idarî makamlara baş vurulması gerektiğine göre itirazlar yerinde olmadığından reddi ile kanuna uygun olan

21) Temyiz I inci Hukuk Dairesinin 30.9.1939 tarihli kararı. Bk., Cevat Abdürrahim Gücün, Gayrimenkuller, s. 227.

22) Bu karar Adalet Dergisi, 1950, s. 1549-1550 de neşrolunmuştur.

23) Bu karar Adalet Dergisi 1948 s. 1384 de intişar etmiştir.

hükümün tasdikine ittifakla karar verildi». Filhakika, Yargıtay kararında da belirtilmiş olduğu gibi, umumî sular Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır, bunlar üzerinde umumî istifade hakkını tanzim İdareye terettüp etmekte ve İdarenin kararına karşı mezkûr sulardan istifadeye dair olan iddia ve taleplerin de idari mercilere yapılması icap etmektedir. Bahusus ki mezkûr dâvacı da, Ayvalı köyünün şahsiyeti maneviyesi namına muhtarı aleyhine açılmıştır.. Bu dâvaya bakmak adliye mahkemelerinin vazifesi dahilinde değildir.

Yargıtayın diğer bazı kararlarında da bildirildiği gibi, umumî sular-
dan istifade müşterektir²⁴. Umumî sulardan âmmenin ihtiyaçları nisbetin-
de istifade hakkı bulunmasına binaen, tarla sahiplerinin tarlalarına lâzım
olan miktarda bu sulardan istifade hakkı bulunmak icap eder. Bu keyfiyet
Yargıtay I inci Hukuk Dairesinin 8/12/1936 tarihli bir kararında da teyit
olunmuştur²⁵. Umumî sulardan teksifi yani büyük miktarda bir istifade
için idari bir müsaade veya imtiyazın mevcudiyeti aranır.

Yargıtay içtihatları umumî ve hususî sular arasındaki tefrik kıstası-
nın mahkemeler tarafından tayin ve takdir edileceğini tesbit etmiştir.
Yargıtay I inci Hukuk Dairesi 16/6/1939 tarihli ve I/37 sayılı kararında,
«münazaalı olan suyun hususî bir su veya umuma mahsus bir çaydan
nebean eden ve vaziyeti itibarı ile evvelâ müddeaaaleyh sonra başkaları
tarafından intifa edilen umumî bir mecra olup olmadığının tayin ve halli
ve dâvanın rüyeti Asliye Mahkemesinin vazifesi dahilindedir» demiştir²⁶.

Bu gibi vaziyetlerde ferdi mülkiyet iddiasında bulunan kimsenin bu
iddiasını ispat lâzımdır (Medenî Kanun, madde : 641 fık. 2).

Gerçekten, bu mevzuda medenî hukuk ile idare hukuku arasında
önceden kat'î bir tefrik kriteri vazetmek müşküldür ve bu mesele hukukun
en nazik problemlerinden birini teşkil eder. Bu bilhassa sular mevzuunda
büyük bir tatbiki ehemmiyeti haizdir. Bu meselenin halli mahkeme
içtihatlarına terettüp eder. İdari mahkemelerle adliye mahkemeleri ara-
sında çıkacak vazife ihtilâflarına bakmak «uyuşmazlık mahkeme» lerine
ait bulunmaktadır.

24) Temyiz Mahkemesi I inci Hukuk Dairesinin 23.10.1935 tarihli kararı; ayrıca
umumi bir nehir olan Sakaryadan eski bir hark vasıtası ile su alınarak arazinin
sullanması hakkında Temyiz I inci Hukuk Dairesinin 20.5.1938 tarihli kararına; ve
aynı mealde aynı Dairenin 12.4.1938 tarihli kararına bakınız; Cevat Abdürrahim
Gücün, Gayrimenkuller, s. 222.

25) Temyiz I inci Hukuk Dairesinin 1140 no.lu ve 20.6.1935 tarihli kararı da
aynı mealdedir.

26) Cevat Abdürrahim Gücün, gayrimenkuller, s. 215.

Hukukumuzda göre, sun'î hazineli sular, harklar, havuzlar, kanavatla cari sular ferdi mülkiyet sahasına girerler²⁷.

Buna mukabil, sahipsiz yerlerle menfaatı umuma ait yerlerden nebean eden sular Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır (Medenî Kanun, Madde : 641). Nehirler, ırmaklar, çaylar ve emsali akar sular (akarsu teşkil eden kaynaklar) âmme aksi ispat edilinceye kadar umuma ait birer su addedilip hususî mülkiyete girmezler.

831 sayılı ve 1926 tarihli Sular Kanununun birinci maddesi gereğince, şehir, kasaba ve köylerde ihtiyacı âmmeyi temine mahsus suların tedarik ve idaresi Belediye teşkilâtı olan yerlerde Belediyelere, olmayan yerlerde Köy İhtiyar Heyetlerine aittir. Bu mevzuda ayrıca 1934 tarihli ve 2659 sayılı «Sular Kanununa Ek Kanun» da da hükümler mevcuttur. Bunlardan ve bu mevzudaki diğer kanunlardan ileride bahsedeceğiz (bk. § 11, III). Temyiz Mahkememizin I inci Hukuk Dairesinin 1934 tarihli bir kararında da söylendiği gibi, «köy hududu dahilinde umuma ait suların idaresi Köy İhtiyar Meclisine aittir; ihtiyar meclisi bu gibi suların mecrasını tamir ve yer kıymetinin temini için icabında sarfı lâzım gelen parayı her birinin intifai nisbetinde köy ahalisinden alır»²⁸.

Eski hukukumuzda ve Mecellede memleketimizin zaruretlerine uygun, köylü ve çiftçilerin su ihtiyaçlarını derpiş eden ve karşılayan hükümler mevcuttu. Aynı kuvvette hükümler İsviçreden alınan Medenî Kanunumuzda yoktur.

Diğer taraftan, İsviçre Medenî Kanununun çok ehemmiyetli bir hüküm ihtiva eden ve üçüncü şahısların sulardan istifade hakkını tanzim eden 709 uncu maddesi, kanton mevzuatına atıf yapmakta olduğundan ve sırf bu sebepten Medenî Kanunumuza alınmamıştır. Ayrıca, İsviçre Medenî Kanununun en orijinal hükümlerinden biri olan Medenî Kanunumuzun 683 üncü maddesi hükmü de (lüzumlu suların cebri temellükü - Notbrunnen, fontaine nécessaire) memleketimizde bugüne kadar tatbik olunmamış ve bu maddenin ehemmiyeti anlaşılmamıştır (bu iki madde hakkındaki izahlarımız için bk. § 9, III ve IV).

Medenî Kanunumuzun kaynaklara ve sulara ait hükümlerinden bazılarının eksikliği, bazılarının da anlaşılmamasından doğan noksanın, memleketimizin coğrafi ve iktisadi bünyesi bakımından mahzuru büyüktür. Bunu, bir taraftan sular hakkındaki hususî kanunların hükümleri, diğer taraftan da Yargıtayın bu mevzudaki içtihatları kısmen bertaraf etmektedir.

27) Cevat Abdürrahim Gücün, gayrimenkuller, s. 111, 112.

28) Mehmet Altınar, Notlu Türk Kanunu Medenisi, s. 250, İstanbul 1946.

Yüksek Mahkememizin içtihatları bu sahada bilhassa zirai ihtiyaçlar dolayısıyla sık sık zuhur eden ihtilâflar karşısında, iktisadî zaruretleri ve âmme menfaatını arazi sahiplerinin ferdi hakları ile hakkaniyete uygun bir şekilde telif etmeye gayret etmiş, verdiği kararlar ve tesis etmiş olduğu içtihatlarla hukukun bu en karışık ve güç mevzuunda vazih ve muvaffakiyetli neticelere kısmen erişebilmiştir.

Şunu da ilâve edelim ki, İsviçrede de vaziyet bizimkine benzemektedir. Orada da Federal Mahkeme içtihatlarının tam olarak tatmin edici neticelere vardığı söylenemez²⁹.

II. Kaynak Mülkiyeti :

1. Arazi mülkiyetinin mütemmim cüzü olarak kaynak mülkiyeti:

Medenî Kanunumuz Roma hukukundaki prensibi kabul etmekte ve kaynakları arazinin mütemmim cüzü addetmektedir. Bu esasa binaen, kaynağın mülkiyeti kaide olarak toprak mülkiyeti ile beraber iktisap olunabilir. Bu husustaki hüküm Medenî Kanunun 644 üncü ve 679 uncu maddelerinde bulunmaktadır (İsviçre Medenî Kanunu, madde : 667 ve 704).

Medenî Kanunumuzun 679 uncu maddesinin ilk fıkrası şöyledir : «kaynak arzın mütemmim cüzü olup mülkiyeti kaynadığı toprağın mülkiyetile beraber iktisap olunur». Bu hüküm Medenî Kanunun 619 uncu maddesindeki mütemmim cüz hakkındaki kaidenin hem tatbiki, hem de istisnası mahiyetindedir. Tatbiki mahiyetindedir, çünkü kaynak arzın mütemmim cüzü olup bu sonuncusuna malik olan kaynağa da malik olur. İstisnasıdır diyoruz, çünkü mütemmim cüzün mevcudiyeti için Medenî Kanunun 619 uncu maddesinde derpiş olunan şartlar bulunmasa dahi, kaynak gene arazinin mütemmim cüzüdür; kaynağın bu mütemmim cüz vasfı kanundan doğmaktadır.

Kaynak mülkiyetinden ayrıca Medenî Kanunun 644 üncü maddesinde de bahsolunmakta ve 679 uncu maddedeki hüküm âdeta bunun tekrarı manzarasını arz etmektedir. Madde 644 de : «gayrimenkul mülkiyeti onu kullanmakta faydalı olacak derecede arzın altına ve üstüne teşmil olunmuştur (fıkra I); kanunî takyitler müstesna olmak üzere, bu mülkiyet yapılan ve dikilen şeylere ve kaynaklara da şamildir» denmektedir.

Kanunumuza göre, kaynaklar toprağın mütemmim cüzü addedildiğinden, 679 uncu maddenin ayrıca, kaynak mülkiyetinin toprak mülkiyetile

29) Bk., François Guisan, l'eau en droit privé, p. 53.

birlikte iktisap olunacağını tasrih etmiş olması lüzumsuz görülebilir. Zira, bu esasen mütemmim cüz telâkkisinden çıkmaktadır³⁰. Bu tekrarın sebebi, İsviçrede Medenî Kanunun isdarından önce kanton hukuklarının kaynağın arazi mülkiyetinden ayrı ve müstakil olarak iktisap edilebileceğine ve başkasına devrolunabileceğine dair tesis etmiş oldukları içtihatlardır³¹.

İşte, Medenî Kanunumuz bu hükümlerle arazi mülkiyetine karşı kaynak mülkiyetinin dermeyanını önlemek istemiştir³². İhtilâfı mucip vaziyetlere son vermek için, Medenî Kanunda kaynaklar arazinin mütemmim cüzü addolunmuş ve bunun ancak arzın mülkiyetile beraber iktisap olunabileceği ayrıca tasrih olunmuştur.

Bu, tabiidir; esas şeye malik olan, mütemmim cüzülerine de malik olur. Eugen Huber'e göre, eşyanın mahiyeti bunu icap ettirir, bir kül olarak arazi ancak bir mülkiyet hakkına mevzu teşkil edebilir, kaynağın çıktığı toprak mülkiyeti bulunmaksızın kaynak mülkiyeti düşünülemez, bu ikisi birleşmelidir, kaynak hususî ve ayrı bir mülkiyetin mevzuu olamaz, su üzerindeki hâkimiyet hakkı arazi üzerindeki mülkiyet hakkının bir kısmını teşkil eder³³.

Medenî Kanunumuzun bu hükmü Temyiz Mahkemesi içtihatları tarafından da teyit olunmaktadır. Bu husustaki son kararlardan birisi, Yargıtay 5 inci Hukuk Dairesinin 864/649 sayılı ve 27/2/1950 tarihli kararıdır³⁴.

Bu keyfiyeti belirten diğer bir Yargıtay kararı da şudur³⁵: «Medenî Kanunun 679 uncu maddesi gereğince sular yer altında olsalar dahi kaynaklar gibi buldukları arzın mütemmim cüzü olmaları itibarile mülkiyetleri ancak buldukları toprakların mülkiyetile iktisap olunacağı ve başlı başına mülkiyet mevzuu olamayacağı düşünülmeksizin mücerret bu suyun kanal açmak ve saire yapmak suretile ihraz olduğundan bahs ile suyun dâvacı namına tesciline karar verilemez».

30) Mütemmim cüz telâkkisi hakkında bk., Ebül'ûlâ Mardin, aynı haklarda mütemmim cüz telâkkisiyle husule gelen inkilâp hükümleri, Medenî Kanunun 15 inci yıl kitabı, s. 801 ve müt.; Hüseyin Nail Kübalı, Medenî Kanun ve maden mülkiyeti, Medenî Kanunun 15 inci yıl kitabı, s. 835 ve müt.; Max Huber, die Wasserrechte, S. 133.

31) Bk., E. Sillig, thèse précitée, p. 60.

32) Exposé des motifs, cilt 3, s. 83; ve bk., BGE 44 II 472; 63 II 341.

33) Eugen Huber'in mezkûr raporu, S. 517.

34) Bu karar Adalet Dergisi, 1950, sayı 9, s. 1234 - 1235 de nesrolunmuştur.

35) Yargıtay 3 üncü Hukuk Dairesinin 1944 tarihli kararı, Hâmit Özdemir, gayrimenkul dâvaları, s. 49 ve 127.

Bu mevzuda dikkate şayan bir karar da şudur : «tapu sicilinde kaydı olmayan bir gayrimenkul hakkında tahkikata müsteniden kayıt tesis edilirken, o gayrimenkulün hududu içinde kaynamayan bir suyun da mesnetsiz olarak tescil edilmiş olması, o su üzerinde diğer şahısların sabit olan haklarının hüküm altına alınmasına mâni olamaz»³⁶.

Şu halde, Medenî Kanunumuzun sistemine göre, kaynak mülkiyeti arazi mülkiyetinin şumulüne dahildir. Eugen Huber'in ve şârih Robert Haab'ın ifadesi ile³⁷, bu «gayrimenkul mülkiyetinin bir parçasını teşkil eder». Bunun üzerinde üçüncü şahıslar lehine istifadeye müteallik bir aynı hak ancak bir irtifak tesisi ile olur³⁸. Kaynak mülkiyeti arazi mülkiyetinden ayrı ve müstakil olarak devir olunamaz.

Görülüyorki, kaynak nebean ettiği araziye bağlıdır. Bu arazi âmme emlâkinden ise, kaynak da âmme emlâkine girer. Medenî Kanunun 641 inci maddesi mucibince, ziraata salih olmayan mıntakalardan, dağlardan, kayalardan, cümudiyelerden, ormanlardan çıkan kaynaklar kimsenin mülkü olmayıp, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır³⁹.

Bu izahlarımıza ve Huber'in zikri geçen kanaatına dayanılarak, Medenî Kanun hükümleri karşısında, kaynağın mütemmim cüz olarak bütüne tâbi olduğu, hususî hukukî bir varlığı bulunmadığı, araziden ayrı olarak devrolunamayacağı düşünülebilir. Fakat keyfiyet tamamile böyle değildir. Kaynağın arazinin mütemmim cüzü olduğu telâkkisi Medenî Kanunumuzdaki diğer bir hüküm dolayısıyla tesirinden kaybetmiştir. Kanunumuz müstakil ve daimî bir hakkın tesis edilebileceğini kabul etmiştir (Madde : 752). Müstakil ve daimî haklar ise, bir gayrimenkul addolunarak tapu sicilinde müstakil bir sahifeye kaydolunurlar (Medenî Kanun, madde : 632 ve 911). Bundan sonraki paragrafta da tafsil edeceğimiz üzere, müstakil ve daimî haklar ve bunlardan madut olan kaynak hakkı (das Quellenrecht), bir gayrimenkul addolunarak bunun hükümlerine tâbi olur. Araziden müstakil olarak, kaynak hakkı üzerinde tasarruf

36) Yargıtay İnci Hukuk Dairesinin 9.II.1940 tarihli ve 896/2466 sayılı kararı. Hâmit Özdemir, a. g. e., s. 44 - 45, 144 - 145, 178.

37) Eugen Huber, mezkûr raporu, S. 518; R. Haab, Komentâr, Art. 704, No. 16.

38) Bk., Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1937 tarihli kararı, M. Altınar, Notlu Türk Kanunu Medenisi, İstanbul 1946, s. 269.

39) Bu hususta bk., BGE 68 II 15, ve Temyiz Mahkemesi İnci Hukuk Dairesinin 615 sayılı ve 1/2/1928 tarihli kararı (Temyiz Kararları 1928, s. 150); Keza bk., Temyiz İnci Hukuk Dairesinin 24/5/1938 tarihli kararı ve gene aynı Dairenin 26/10/1939 tarihli kararı (Cevat Abdürrahim Gücün, Gayrimenkuller, s. 221).

edilebilir, bu satılabilir, terhin edilebilir ve üzerinde diğer aynı haklar tesis olunabilir.

Bu vaziyet, kaynağın arazinin mütemmim cüzü olması hakkındaki kaideyi zayıflatmaktadır. Zira, her ne kadar, kaynak ancak toprak mülkiyetile birlikte iktisap olunursa da (madde : 679, fık. I), kaynak üzerinde tesis olunacak müstakil ve daimî bir hak olan kaynak hakkı vasıtası ile bir üçüncü şahıs bunun üzerinde mülkiyet hakkına müşabih ve yakın bir hak kazanmış olmaktadır.

Fakat hemen ilâve edelim ki, müstakil ve daimî hakkın hukuki mahiyeti esas itibarile bir irtifak hakkıdır. Temyiz Mahkememizin Hukuk Umumî Heyetinin 1937 tarihli bir kararında da dendiği gibi «başkasının arazisindeki kaynaklardan istifade hakkının kanunî unvanı irtifak hakkıdır» (Not 38 de yazılı karar).

Keza, tesisat kurularak kaynağın sun'î olarak çıkarılması halinde, bu tesisat da hukukan araziden ayrılabilir ve müstakil hakların mevzuunu teşkil edebilir⁴⁰.

Kaynağın arazinin mütemmim cüzü olması kaidelerinin iki bakımdan tesiri vardır.

Birincisi, menfidir. Kaynak nebean ettiği arazinin malikinden başkasının mülkiyetinde olamaz.

İkincisi, müspettir. Malik kaynağı üzerinde serbestçe tasarruf edebilir. Bunun bir kısmını arazisinden ve mülkiyet hakkından ayırarak üçüncü şahıs lehine bir hâkimiyet hakkı tesis edebilir⁴¹. İşte, kaynak üzerinde müstakil ve daimî bir hak veya kaynak hakkının tesisi böyle bir tasarruf salâhiyetinin kullanılmasından başka bir şey değildir.

Kaynakların arazinin mütemmim cüzü addolunması tenkit edilmiştir. Medenî Kanununun 619 uncu maddesi mucibince, mütemmim cüz bir şeyin esaslî unsurunu teşkil eder, Profesör François Guisan'ın da haklı olarak belirtmiş olduğu gibi, su arzın esaslî bir unsuru değildir, susuz da arazi gene arazidir⁴². Diğer taraftan, mütemmim cüz telâkkisinin neticesi olarak, bu, aslî şeyin mukadderatına tâbi olur ve o şey telef, tahrip veya tagyir edilmedikçe ondan ayrılması kabil değildir. Halbuki, su arazi üzerinde gelip geçmekte, akıp gitmektedir.

Bu sebeplerle, kaynakların arzın mütemmim cüzü olduğu hükmü eşyanın mahiyetine uygun olmadığı gibi, hukuk tekniği bakımından da münasip değildir. Arazinin zilyet veya maliki olan şahıs arazisinde çıkan

40) Bk., E. Sillig, a. g. e., p. 35.

41) François Guisan, a. g. e., p. 8.

42) François Guisan, a. g. e., p. 20.

ve akan suyu ihraz ve temellük edebilmek için ruçhan hakkını haizdir. Toprağın üstünde veya altında bulunan su kimsenin malı olmayıp, daha ziyade malikin ihraz ve temellüküne âmade bir şey telâkki olunmak icap eder⁴³.

Medenî Kanunumuzun bu düşünce tarzını benimsemiş olduğu iddia olunamaz. Burada, mütemmim cüz telâkkisinden hareket edilerek kaynak ve sular üzerinde mülkiyet hakkı kabul olunmuştur.

Kanunumuzun bu hâl tarzı, İsviçre Medenî Kanun vâzı Eugen Huber'in düşüncelerine uygundur. Huber'e göre, kaynak ile kaynak suyunu tefrik etmek lâzımdır. Kaynak tabiatta ırmak, nehir ve diğer suların arzettiği şekilde bir sudur. Su ise, bunların ihtiva ettiği kimyevî ve maddî unsurdur⁴⁴. Kaynak veya akar su muayyen bir sahayı işgal eder, içindeki suyun mütemadiyen değişmesine rağmen daima aynı olarak kalır (das Wasser wechselt, das Gewässer bleibt)⁴⁵. Huber'e göre, yalnız suyun akmakta olduğu arazi maliki bu suyun maliki olabilir. Bizatihi suya gelince, bu hukukî bir «entité» (cevher) dir. Muayyen bir anda bir arazide bulunan kaynak veya akar suda bulunan su arazi malikine aittir. Fakat her an malik bu suyun mülkiyetini kaybetmekte ve bu mülkiyet aşağıdaki arazi malikine geçmektedir, buna mukabil o yukarıdan aynı miktardan gelen suyun maliki olmaktadır. Sabit olan akar suyun muhtevasını teşkil eden suyun mütemadiyen değişmesini, Huber hayvanlarda derinin yenilenmesine benzetmektedir⁴⁶.

Eugen Huber'in bu fikrine itiraz edilmektedir. Burada suyun her cüzü üzerinde mülkiyetten ziyade bir hâkimiyet, ihraz ve temellük imkânı bulunduğu söylenmektedir. Diğer taraftan, akan suların muhtevalarının değişmesindeki sürata ve bunun çok kısa bir zamanda vukuuna işaret olunmakta, buna mukabil hayvan vücutlarındaki derilerin yavaş yavaş yenilendiğine dikkat nazarı çekilmektedir.

43) François Guisan, a. g. e., p. 20.

44) Eugen Huber, mezkûr raporu, S. 519. Burada almancada mevcut iki terim için Türkçede tek bir karşılık bulunduğundan, ifade bakımından sıkıntı hasil olmaktadır. Alman terminolojisinde «Gewässer» kaynak, ırmak, nehir, çay, göl gibi suların heyeti mecmuasını ifade eder; «Wasser» ise «Gewässer» in içindeki sudur, yani bizatihi sudur. Türkçemizde «Gewässer» kelimesinin tam bir karşılığının mevcut olmadığını zannediyoruz.

45) «Su mevzuunda hukuk hayatı birbirini takip eden ihraz ve terk hareketlerinden ibarettir» (François Guisan, a. g. e., p. 5).

46) Eugen Huber'in mezkûr raporu, S. 519.

Bu suretle, Huber'in kanaatı cerholunmaktadır. Suyun mücerret gayrimenkulde bulunmasıyla, bu malikin mülkiyet hakkına girmez, bunun için suyun cismen alınması lâzımdır⁴⁷.

2. *Kaynak üzerindeki mülkiyet hakkının muhtevası :*

Medeni Kanunumuzun 618 inci maddesi gereğince, kaynak maliki kaynağı üzerinde kanunun hudutları dahilinde tasarruf etmek hakkını haizdir. Malik bunun suyunu tutabilir, istihlâk edebilir, akıtabilir, üçüncü şahıslar lehine bunun üzerinde şahsî veya aynı haklar tesis edebilir.

Malikin başlıca salâhiyetlerini şöylece sıralayabiliriz :

a) *Suyu çekme hakkı:*

Malik kaynağından çıkan suyu almak hakkını haizdir. İsterse bunu bizzat kullanır, ve istihlâk eyler, isterse üçüncü şahsın veya şahısların bunu almasına ve bundan faydalanmalarına müsaade eyler.

Suyun ihrazı kaynaktan yapılacak başta gelen istifadedir. Bizatihi menkul bir şey olan su ihraz ile temellük edilmiş olur. Bu, ihtiyaca binaen suyun alınmasıdır. Bu ihtiyacın teksifi olması halinde suyun tutulması ve muntazam akıtılması için, malik tesisat ta yapabilir.

Rasyonel olarak suyun tutulması (captage, Fassung) bir gayri menkuldeki müteaddit kaynak yollarını birleştirir, diğer taraftan iktisap olunan su bakımından kaynaktan tam bir istifadeyi mümkün kılar. Bunun şekli kaynağın kuvvetine, toprağın mahiyetine ve diğer âmillere göre inkişaf eder. Malik bu tesisatı toprak altında da kurabilir. Bu takdirde, su rasyonel bir tutma ile toprak sathına çıkarılmış olur.

Böyle bir istifa ve istihlâk kaynak mülkiyetinin bahsettiği bir haktır. Malik bunu kendi ihtiyaçları için yapabileceği gibi, başkaları için de yapabilir. Hattâ kaynak suyunu lüzumsuz ve faydasız işlerde de kullanabilir. Bu itibarla ki âmme menfaatının bulunduğu veya komşuların istifadelerinin muhik ve zarurî görüldüğü yerlerde, malikin kaynak üzerindeki haklarının tahdidî yoluna gidilmektedir. Bilhassa, kaynak sularının saflığı ve temizliği dolayısıyla, içme suyu ihtiyaçları için bu tahditler ehemmiyeti haizdir.

47) Bk. R. Blass, a. g. e., S. 25; R. Göschke, das Eigentum an den Privatgewässern, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, 79-1943 - S. 248; Max Huber, die Wasserrechte, S. 137; R. Haab, Kommentar, S. 12, No. 23, und Art. 704 No. 16; A. Altherr, a. g. e., S. 30, Not 5 deki bibliografi.

Kaynak ve akar sular üç unsurdan müteşekkildir. Evvelâ bizatihi su vardır, bu maddî ve fizik bir unsurdur. İkinci olarak, suyun üzerinde bulunduğu veya aktığı arazi veya yatak vardır. Üçüncü olarak, arazinin meyli dolayısıyla bu suyun akmasının tahrik ettiği cereyan veya su kuvveti bulunmaktadır. Bunlardan her biri iktisadî birer kıymet arzederler ve üzerlerinde malikin tasarruf salâhiyeti vardır.

Evvelâ, bizatihi suyu mütalâa edelim. Mücerret ve müstakil bir hakkın mevzuu olarak su, menkul bir şeydir. Bunun üzerinde kaynak malikinin serbest tasarruf salâhiyeti vardır. Su üzerinde tasarruf ve bunun ihrazı, suyun bir kap, şişe veya boruda tutulmasıyla kabildir. Yani «mülkiyet bu maddenin bir şey olarak taksimi mahiyetinde tahdidini istilzam eder»⁴⁸.

Keza, suyun tutulmasıyla da bunun üzerinde mülkiyet husule gelir. Demin de arzettiğimiz gibi, bizatihi su menkul bir şeydir, suyun şişeler içinde satılması da bir menkul alım satımıdır. Kaynak ise, bir gayrı menkuldür. Fakat bunun içindeki su bir kovaya, fıçıya, şişeye konulduğu veya borular ve oluklarla alınarak bir havuza getirildiği zaman veya boru ve kanallarla akıtıldığı takdirde su, tutulmuştur.

Gerek yeraltı suyu üzerinde ve gerek kaynak üzerinde mülkiyet ilk olarak ancak arazinin mülkiyetini, kaynak hazine veya havuzunun mülkiyetini ifade eder, çıkan suyun mülkiyetini değil, bu itibardır ki, kaynak mülkiyeti ancak kaynağın zuhur ettiği arazinin mülkiyetiyle beraber iktisap olunabilir ve bunun neticesi olarak ancak kaynak maliki arazi-sindeki suyu temellük hakkını haizdir.

Kaynak maliki kaynak noktasından çıkan suyu son damlasına kadar almak hakkını haizdir⁴⁹. Malikin kaynak suyu üzerinde tasarruf hakkı mutlaktır. Federal Mahkeme içtihatlarına göre, bir akar su üzerinde imtiyaz hakkı sahibi bu akar suyu besleyen bir kaynak malikinin kaynağı üzerinde serbest olarak tasarruf etmesine, bu tasarruf ile akar suyun verdiği su azalsa dahi bunu menedemez. Buna ancak bir hususî hukuk sebebiyle meselâ bir irtifak hakkı sebebiyle mâni olunabilir. Keza aşağıdaki arazi malikleri de kaynak malikinin tasarruf hakkı karşısında bir şey yapamazlar, Medenî Kanun, madde : 666, fık. 3 hükmünü dermeyan edemezler⁵⁰.

48) François Guisan, a. g. e., p. 5.

49) Bk., Hüber'in mezkûr raporu, S. 567; Göschke a. g. e., S. 249. Ayrıca bk., BGE 68 II 15.

50) Bu husustaki Federal Mahkeme içtihatları için bk., François Guisan, a. g. e., p. 9, notes 11 - 13.

Malik bu istifade ve suyu ihraz hakkını bir irtifak hakkı şeklinde veya bir şahsi hak şeklinde bir üçüncü şahsa verebilir. Bu takdirde üçüncü şahıs suyu ihraz ve temellüke salâhiyettardır.

Kaynak malikinin hakkı âmme menfaati ve komşuluk hükümleri ile tahdit edilmiştir, bunun tafsilâtını ilerde vereceğiz.

b) *Kaynak üzerinde tasarruf hakkı :*

Kaynak maliki bizatihi su üzerinde tasarruf edebileceği gibi kaynak üzerinde de tasarruf edebilir, bunu satabilir, kiraya verebilir, aynı haklarla takyit edebilir.

Bunun üzerinde malik evvelâ bir borç münasebetinden mütevellit bir taahhüt altına girebilir, bunu satabilir. Satış akti gayri menkul satışlarının şekline, yani resmî şekle bağlıdır, mülkiyetin nakli için ayrıca tapuya tescil iktiza eder.

Keza, bunun kiraya verilmesi de mümkündür. Borç münasebetinden mütevellit hak iktisabı daimî olamaz, taraflardan birinin veya diğerinin ölümüyle nihayet bulur, Federal Mahkeme içtihatlarına göre bir şeyin kirası daimî olarak mukavele edilemez⁵¹.

Malik kaynağı üzerinde aynı haklar da tesis edebilir. Üçüncü şahsın kaynaktan istifade hakkı daimi ve müstakil bir aynı hak şeklinde tesis olunursa, bu takdirde kaynak hakkı sahibinin mülkiyete yakın derecede tasarruf salâhiyeti bulunur.

Muhtevaları itibarile, gayrimenkul irtifakları iki türlü olabilir. Bu, ya malikin arazisinde harfiyat yaparak komşusundaki suyu azaltmamak vecibesi şeklinde olur, buna pasif irtifak denebilir. Veyahut da başkasının arazisinde kaynak aramak veya kaynak suyunu tutmağa müteallik bir irtifak olabilir, bu da aktif bir irtifaktır⁵².

İrtifak hakkının dışında, malik kaynağının bir kısmının mülkiyetini bir başka şahsa devredebilir. Kaynak üzerinde müteaddit şahısların malik olmalarına bir mâni yoktur. Bu, müşterek mülkiyet veya iştirak hâlinde mülkiyet şeklinde olabilir.

Keza, kaynak üzerinde gayrimenkul mükellefiyetinin de tesisi kabildir⁵³. Bunun gibi, gayrimenkul rehni de yapılabilir (irat senedi ve ipotekli borç senedi usulleri memleketimiz tatbikatına girmemiştir).

51) Journal des tribunaux 1930 p. 546. Tafsilât için bk., Guisan, a. g. e., p. 7.

52) Bk., P. Descroix, le régime juridique des eaux souterraines en France et à l'étranger, Paris 1943, p. 94.

53) Tafsilât için bk., E. Sillig, a. g. e., p. 106-107.

Kaynağı ve kaynağın bulunduğu araziye takyit eden müteaddit mahdut aynı haklar varsa, bunlardan önce tesis edilmiş olanlar daha kuvvetlidir ve sonra tesis edilenlere takaddüm ederler⁵⁴.

c) *Su kuvveti üzerindeki hak :*

Bu hususta Medenî Kanunda bir hüküm yoktur. Suyun akmasından husule gelen ve istihsali kabil olan enerji üzerinde tasarrufun mülkiyet hakkının şümulüne dahil bulunduğu düşünülebilirdi. Fakat burada âmme menfaati ağır basmaktadır. Bu itibarla, bunu hususî bir tanzime tâbi kılmak ve bir imtiyaz mevzuu olarak kabul etmek daha doğru olur.

Su kuvveti üzerindeki hakkın kaynak mülkiyetine bağlı bir hak olması nazariyatta kabul edilmemektedir. Bu mevzudaki hidro - elektrik tesisler ve elektrik santrallerinin kurulması âmme menfaatını ilgilendiren meselelerden birisidir.

Medenî Kanununun 686 ncı maddesi, temellüke salih tabii kuvvetleri mülkiyetin mevzuuna ithal etmiştir. Enerji ve elektrik istihsali de buraya girer, yani menkul mülkiyetinin mevzuuna dahildir. Bununla beraber, su kuvveti üzerinde mülkiyet hakkı tanındığı takdirde, burada menkul mülkiyeti değil, gayrimenkul mülkiyetinin hususî bir tezahür şekli bulunduğu söylenebilir⁵⁵. Fakat akar su teşkil eden kaynaklar umumi birer su addedildiklerine göre, bunlar üzerindeki motris kuvvet istihsali de idarî müsaade veya imtiyaza bağlı olmak icap eder.

b) *Suyun akıtılması hakkı :*

Bundan evvelki kısımda verdiğimiz izahlardan da anlaşılacağı üzere, kaynak mülkiyeti kaynak suyu üzerinde hak sahibine bir tasarruf hakkı bahsetmektedir. Bu hak karşısında suyun çıktığı gayrimenkulün yanında bulunan gayrimenkul sahiplerinin hukukî durumları acaba nedir ?

Bu mesele komşuluk hukukunu alâkadar eder. Medenî Kanununun 666 ncı maddesinde suların akıtılmasına dair iki hüküm vazolunmuştur. Bu hükümler komşuluk hukukundan doğan iki takyittir. Bu takyitleri ve kaynaklara tatbik kabiliyetlerini kısaca tetkik edelim :

aa) Bu mevzuda birinci takyit 666 ncı maddenin ilk fıkrasındadır. Buna göre, «bir gayrimenkulün maliki üst taraftaki gayrimenkulden

54) Bu mevzuda su Federal Mahkeme Kararına bk., Jdt. 1932, p. 47.

55) Bk., R. Blass, a. g. e., S. 64; Wieland, a. g. e., art. 713 no. 4.

kendi kendine akan suları, hususile kar, yağmur ve tutulmamış kaynak sularını kendi mülküne kabule mecburdur».

Bu hüküm ve prensip acaba kaynak sularına kabili tatbik midir ?

Maddenin ifadesinden anladığımızı göre, buradaki tadat tahdidi değildir. Yani kar ve yağmur suları gibi, tabii olarak akan diğer sular da hükmün şümulüne dahildir. Ancak, bu hükme sadece tabii olarak, yani kendi kendine akan sular girer. Sun'î tesislerle çıkarılan ve akıtılan kaynak suları 666 ncı maddenin ilk fıkrası hükmüne tâbi değildirler. Aşağıdaki gayrimenkul sahibi ancak tabii durumunda gelen suları kabul le mükelleftir. Tutulmamış kaynak suları (les eaux de sources non captées) da aşağıdaki gayrimenkul maliki tarafından kabul olunmak iktiza eder. Bu keyfiyet maddede tasrih olunduğu gibi, aynı zamanda tabii olarak akan sular mefhumuna da dahildir. Çünkü, biliyoruz ki, tutulmamış kaynak suları kaynak malikinin üzerinde hiç çalışma yapmadığı, tesisat kurmadığı kaynak sulardır. Yani bu sular, kendi kendine yer altından nebean etmekte ve akmaktadırlar.

Buna binaendir ki, tabii olarak akan kaynak suyunu kullanan ve bu istifade neticesinde suyu kirletmiş olan malikin akıttığı suları aşağıdaki gayrimenkul sahibi kabulle mükellef değildir, bunu reddedebilir. Aşağıdaki gayrimenkul maliki ancak 667 nci maddede derpiş olunan istisnai halde bu gibi sun'î akan kirli suları kabul mecburiyetinde kalır. Bir de arzın tabii vaziyeti icabı kirlenmiş olan sular, yani yukarıdaki gayrimenkul malikinin fiil ve elile değil de kendiliğinden kirlenen ve akan suları da aşağıdaki gayrimenkul maliki kabul zorundadır.

666 ncı maddenin birinci fıkrasındaki bu hüküm suların tabii akışında bir değişiklik yapılmasına, yani bunun miktar veya şiddetinin arttırılması halinde de kabili tatbiktir. Bu takdirde, bu keyfiyete aşağıdaki gayrimenkul maliki itiraz edebilir ve bunu reddedebilir.

bb) Suların akıtılmasına dair komşuluk hukukundan gelen ikinci takyit 666 ncı maddenin 3 üncü fıkrasında tanzim olunmuştur. Bu hükme göre, «bir gayrimenkulün aşağısında bulunan diğer gayrimenkule akan ve ona lâzım olan suyu yukarıki gayrimenkul sahibi kendisine lâzım olan dereceden fazla mülkünde tutamaz».

Sular hukukuna dair gayrimenkul malikinin hakkını umumî olarak takyit eden bu hüküm ile malike ancak kendisine lüzumlu olduğu derece ve nisbette sudan istifade ve suya tasarruf hakkı verilmiştir. İhtiyacı

olduğu takdirde, gerisini aşağıdaki gayrimenkul maliki talep edebilir, bunun kendi arazisine akıtılmasını isteyebilir.

Acaba bu hüküm kaynak sularına da kabili tatbik midir? Bunun cevabı menfidir. Çünkü Medenî Kanununun 679 uncu maddesi kaynaklar üzerinde malike mutlak bir hak tanımaktadır. Şu halde kaynaklar hakkında 679 uncu madde hükmü 666 ncı maddenin 3 üncü fıkrasındaki esasın bir istisnasını teşkil etmektedir (bu hususta bk., ileride § 10, II, 2).

e) *Maden suyu ve içme suyu kaynakları üzerindeki hak :*

Sıcak ve soğuk maden suyu kaynakları, içme suyu kaynakları üzerinde âmme menfaati mevcut bulunduğundan, bunlar üzerinde ferdi mülkiyet hakkının tahdidi yoluna gidilmektedir.

Sıcak su kaynakları, diğer kaynaklardan kimyevî ve fizik bazı hassa ve vasıfları bulunmak ve şifa verici maksatlarla kullanılmak bakımından ayrılırlar. Bu cihetten haiz oldukları kıymet sebebiyle bu gibi kaynakların etrafında himaye mıntıkaları tesis etmek ve bu mıntikalarda hafriyat ve inşaatı müsaadeye tâbi kılmak icap etmektedir⁵⁶. Bu suretle, içme suyu kaynakları ile, kaplıca mahiyetinde olan şifa verici maksatlara tahsisi kabil kaynakların kirletilmesi ve kesilmesi gibi âmme menfaati bakımından da zararlar fiillerin önüne geçilmiş olur. İleride de tafsil edeceğimiz üzere bu mevzuda İsviçre Medenî Kanununun 702 ncı maddesi böyle bir himayeyi tanzim etmek salâhiyetini kantonlara bırakmıştır. Bu madde Medenî Kanunumuza alınmamıştır, fakat bu hususta 927 numaralı hususî bir kanun isdar olunmuştur⁵⁷. Ayrıca, kaynakların kirletilmesine ve kesilmesine karşı Medenî Kanunun 680 inci maddesindeki hükümlerle âmme menfaatinin himayesi için de Medenî Kanun 684 ve 685 inci maddeleri ve Sular Kanununun hususî hükümleri ehemmiyeti haizdir.

Burada son olarak, maden suyu kaynaklarının dahi birer kaynak olduğuna işaret etmemiz lâzımdır. Bunlar birer maden olmaktan ziyade, bir kaynak mahiyetini haizdirler.

56) R. Huab, Kommentar zum Sachenrecht, Art. 704 No. 13.

57) Sıcak su kaynakları ve kaplıcalar hakkında bir Temyiz Mahkemesi Kararı için bk., H. Özdemir, gayrimenkul dâvalarında yaşayan ve uygulanan hükümler, s. 45-46.

§ 5. Kaynaklar üzerinde müstakil ve daimî haklar : kaynak hakkı

I. Müstakil ve daimî (devamlı) hak mefhumu :

1. Terim meselesi ve mefhum :

İsviçre - Türk Medenî Kanunlarında inşaat hakkı¹ ile kaynak hakkının müstakil ve daimî bir hak olarak tesis edilebileceği kabul edilmiş bulunmaktadır.

Bu mefhumun izahına girişmeden önce, kanunumuzda kullanılmış olan müstakil ve daimî hak tâbirinin isabetli olmadığına işaret etmemiz lâzımdır. Kanunumuzun diğer bazı yerlerinde olduğu gibi, burada da maalesef bir tercüme yanlışlığı vardır. Mefhumu ifade için «daimî hak» değil, fakat «devamlı hak» denmek icap ederdi. İsviçre Medenî Kanununun fransızca metninde «permanent», almanca metninde ise «dauernde» terimleri vardır ki, bu devamlılıktan başka bir şey ifade etmez.

Bu itibarla, müstakil ve daimî hak terimi, bu mefhumu ifade bakımından uygun değildir. Burada «müstakil ve devamlı hak» tâbiri tercihe şayandır ve bunun kullanılması zaruridir.

Müstakil ve daimî haklar, kabili temlik bir şahsî irtifak hakkı ârazi göstermekle beraber, bunlardan farklı vasıf ve unsurları da haizdir. Filhakika, bu haklar irtifaklardan farklı bir şekilde tapu sicilinde ayrı ve müstakil bir sahifeye kaydolunurlar ve bir gayrimenkul addedilerek gayrimenkul mülkiyetine ait kaidelere tâbi tutulurlar, irtifak, ipotek, ve diğer aynı haklarla takyit olunabilirler. Halbuki kabili temlik şahsî irtifaklar böyle bir takyide maruz kalamazlar. Diğer bir fark da müstakil ve daimî hakların ancak uzun bir müddet için tesis edilebilmelerine mukabil, şahsî irtifaklar kısa bir müddet için de yapılabilirler.

Müstakil ve daimî haklar üzerinde, aynı haklardan mada, şahsî haklar yani borç doğuran haklar ihdası suretile de tasarruf edilebilir. Bu, başkasına devrolunabilir, kiraya verilebilir.

Hülâsa, müstakil ve daimî haklarda, hak sahibi mülkiyet hakkına müşabih geniş bir tasarruf hakkını haizdir. Bu sebepten dolayıdır ki, gayrimenkul mülkiyetinin karşısında, müstakil ve daimî hakkın mevcud-

1) İnşaat hakkı Medenî Kanunun 652 ve 751 inci maddelerinde tanzim olunmuştur. Bu aynı mefhum için 652 nci maddede «üst hakkı» tâbiri kullanılmıştır. Kaynak hakkı ise Medenî Kanunun 752 nci maddesindedir.

yetile, mülkiyet hakkı hakikî bir taksime uğramış gibidir. Meselâ, «arazi-sinde kaynak nebean eden bir malik kaynağın dakikada vermekte olduğu 150 litrelik su üzerinde bir kaynak hakkı tanıyarak mülkiyet hakkını takyit ediyor. Kaynak sahibi, kaynak üzerinde müşterek malik gibidir. O bu miktar su üzerinde istediği gibi tasarruf etmek hakkını haizdir. Fiiliyatta o tamamiyle bir malik gibi hareket etmektedir. Diğeri, yani mülkiyet hakkı takyit edilmiş olan malik ise, sanki hakkının bir kısmını temlik etmiş gibidir»². Burada, taksim edilen gayrimenkul olmayıp, gayrimenkulden istifade hakkıdır. Müstakil ve daimî hakların mahiyetinde başkasının eşyasından bir istifade ve tasarruf hakkı bahis mevzuu olmaktadır.

İrtifaklar muhtelif şekiller arzederler. Evvelâ, gayrimenkul irtifakları vardır. Bunlar muayyen bir gayrimenkul lehine tesis edilmiş irtifaklardır. Burada iki gayrimenkul vardır : birisi irtifakın tahmil edilmiş olduğu mükellef gayrimenkul, diğeri de irtifaktan istifade eden gayrimenkul.

İrtifakların ikinci büyük kategorisi, şahsî irtifaklardır. Bunlar, ancak muayyen bir şahıs lehine tesis edilebilirler; istifade hakkı bu kimsenin şahsı ile kaimdir. İntifa ve sükna hakları buraya girerler. Bunlar gayri-kabili temliktir. Diğer şahsî irtifaklara gelince, bunlar temlik edilebilir, fakat şüphe halinde bunlar da gayrikabili temliktir. (Madde : 753, fık. 2).

Müstakil ve daimi haklar da mahiyetleri itibarı ile birer irtifak hakkı teşkil ederler. Fakat haklar bir gayrimenkul olarak tapuya tescil olunarak, hak sahibine irtifak hakkına nazaran gayet geniş tasarruf salâhiyeti verirler, öyle ki bu hak bu bakımdan mülkiyet hakkına yaklaşmaktadır. Diğer taraftan, müstakil ve daimi haklar kabili temliktir ve hak sahibinin ölümü halinde mirasçularına intikal eder.

2. Müstakil ve daimî hakların şartları :

Müstakil ve daimî hakların meydana gelebilmesi için şu şartların mevcudiyeti lâzımdır :

Evvelâ, gayrimenkul veya kaynak malikinin rızası yani bu şahısla bu mevzuda bir mukavelenin akdi lâzımdır.

İkinci olarak, hak müstakil olmalıdır, yani ne muayyen bir gayrimenkul lehine, ne de muayyen bir şahıs lehine tesis edilmiş olmalıdır. Bu hak müstakil olarak kabili devirdir.

Üçüncü olarak, müstakil ve daimî hak devamlı bir mahiyeti haiz olmalıdır.

Dördüncü olarak, bunun yukarıki vasıflarla tapuya tescili şarttır.

2) J. Vollenwelder, étude sur les droits distincts et permanents en droit civil suisse, thèse Lausanne 1923, p. 14 - 15.

a) *Resmî mukavele :*

Müstakil ve daimî hakkın tesis edilebilmesi için evvelâ gayrimenkul maliki ile hak iktisap edecek şahıs arasında bir mukavelenin akdi şarttır. Mülkiyet hakkının, irtifak hakkının ve diğer aynı hakların iktisabına müteallik mukavelelerde olduğu gibi, buradaki mukavelenin de resmî şekilde yapılması iktiza eder (Medenî Kanun, madde 634, 705). 22.11.1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanununun 26 ncı maddesi, mülkiyete ve mülkiyetin gayri aynı haklara dair mukavelelerin tapu sicili memur veya muhafızları önünde yapılmasını emretmiştir³. Bu hüküm müstakil ve daimî hakların tesisi hakkında da carîdir.

b) *Müstakil olma vasfı ne ifade eder?*

Eğer bir hak üzerinde serbestçe tasarruf edilebiliyorsa, mamelekte bizatihi bir varlık olarak mevcut ise, bunun devir ve ferağ kabil ise, gerek muayyen bir gayrimenkule, gerek muayyen bir şahsa zarurî olarak bağlı değilse, o hak müstakil (selbständig, distinct) dir. Müstakil olma vasfı hakkın münhasıran muayyen bir gayrimenkul ve muayyen bir şahıs lehine tesis edilmiş olduğunu ifade eder. Böyle bir hak ne muayyen bir gayrimenkule, ne de muayyen bir şahsa sıkı surette bağlıdır, bilâkis bu serbest olarak kabili devir ve temliktir.

Şu halde, burada evvelâ bir gayrimenkul irtifakı yoktur. Eugen Huber'in dediği gibi, «müstakil olma vasfı bir gayrimenkulde mülkiyetten ayrılmayı istilzam eder⁴».

Keza, burada şahsi irtifak da yoktur. Zira, müstakil ve daimî hak kabili temliktir ve irsen intikal eder.

Müstakil ve daimî hakların kabili devir ve intikal olarak kabul edilmelerinin sebebi, ticarî sahada bunların devir ve ferağlarını kolaylaştırmaktır. Bu suretle, burada hak sahibinin şahsı ikinci plâna düşmekte,

3) İsviçrede Medeni Kanununun 732 nci maddesi, irtifak hakkının tesisine mütedair mukavelenin adı yazılı şekilde yapılabileceğini tanzim ederek, irtifak haklarının tesisini, diğer aynı haklara nazaran, kolaylaştırmıştır. Türk kanun vâzı bu maddeyi tercüme ederken ehemmiyetli bir değişiklik yapmış ve bunu karşılayan 705 inci maddesinde irtifakların tesisi mukavelelerinde de resmî şekli şart kılmıştır. Kanun vâzumuzun yapmış olduğu bu değişiklik ancak tasvip olunabilir, zira bu suretle, aynı hakların tesisinde mütecanis bir kaide ve şekil vazedilmiş ve ahenk temin edilmiş olmaktadır.

4) Bulletin sténographique, XVI p. 527, J. Vollenweider'in mezkûr eserinden naklen, p. 19 - 20.

diğer şahıslar da bu hakkın tamamını veya bir kısmını iktisap edebilmektedirler.

c) *Devamlılık vasfına gelince :*

Bu, daimilik (perpétuel) mânasında değildir, sadece bunun uzunca bir müddet devam edecek mahiyette olması, «permanent ou durable, dauernde» olması kâfidir. Eugen Huber'in mütehassıslar komisyonunda söylediği gibi, «632 nci maddedeki devamlı hak, ebedî bir hak olarak alınmamalıdır; fakat bu gelip geçici bir münasebet de teşkil etmemelidir»⁵.

İsviçrede müstakil ve devamlı haklar için, Tapu Sicili Nizamnamesinin 7 nci maddesinde, «bunun en az 30 sene veya gayri muayyen bir müddet için» akdedilebileceği tasrih olunmuştur. Keza aynı keyfiyet müstakil ve devamlı bir hak olarak tapuya kaydolunacak su imtiyazları hakkında da tekrar edilmiştir (İsviçre Medenî Kanununun meriyet ve tatbikine müteallik kanunda (titre final, Schlusstitel madde 56, fık. 2)⁶.

Türkiyede ise, Tapu Sicili Nizamnamesinde müstakil ve daimî hakların devam müddeti hakkında asgarî bir had konmamıştır. Bu nizamnamenin 8 inci maddesinde «müddet muayyen olsun olmasın» denmektedir. Bu ifade tarzına bakarak kısa bir müddetin şayanı kabul olduğuna hükmetmek doğru değildir. Çünkü me hazımız İsviçre Medenî Kanununda devamlı kelimesile tavsif edilen bu mefhum Türk kanununda yanlış fakat daha kuvvetli bir şekilde «daimî» kelimesiyle ifade edilmiştir. Bu ise, mahiyeti icabı esasen gayri muayyen veya çok uzun müddetli olması icap eden bu hakkın bu mahiyet ve vasfını tarsin ve takviye etmektedir.

5) Commission des experts, t. III, p. 45 et sv., Vollenweider'in eserinden naklen p. 21 - 22.

6) Tapu Sicili hakkında İsviçre Federal Nizamnamesinin 7 nci maddesi şöyledir: «İnsaat hakkı, baskasının arazisinde kaynak hakkı gibi gayrimenkul üzerindeki müstakil ve devamlı haklar hak sahibinin yazılı talebi üzerine tapuya gayrimenkul olarak kaydolunurlar. Bu neviden bir hakkın kaydolunabilmesi için : 1) bunun hususî emläke veya aynı muntakanın âmme emläkine giren bir gayrimenkul üzerinde bir irtifak olarak tesis edilmiş olması ve bunun gerek muayyen bir gayrimenkul lehine ve gerek muayyen bir şahıs lehine tesis edilmemiş olması lâzımdır, 2) bunun en az 30 sene için veya gayri muayyen bir müddet için tesis edilmiş olması lâzımdır».

Aynı nizamnamenin 8 inci maddesi «umumi sular üzerinde bahsedilen imtiyazlar Medenî Kanunun sureti tatbikine dair olan kanunun (titre final'in) 56 nci maddesindeki esaslara uygun olduğu takdirde gayri menkul olarak tapuya kaydolunur» demektedir.

Kanaatımızca, İsviçredeki asgarî 30 senelik müddet bizim için de münasiptir⁷.

d) *Tapuya tescil :*

Müstakil ve daimî hakların tesisi için, diğer aynı haklarda olduğu gibi, tapuya tescil şarttır. Tescil için, tapu memuru huzurunda yapılmış resmî mukaveleden mâdâ, gayrimenkul mâlikinin yazılı bir beyanına ihtiyaç ve lüzum vardır (Medenî Kanun, madde 922, fık. 1).

Medenî Kanunumuza göre, müstakil ve daimî haklar bir gayri menkul olarak ve bu sıfatla tapu sicilinde müstakil bir sahifeye kaydolunur (Madde 632, 752 fık. 3, 911). Bu suretle, müstakil ve daimî hak, tıpkı bir gayrimenkul gibi, başkasına devrolunabilir, aynı ve şahsî haklarla takyit olunabilir. Bu devir ve takyitler de bu sahifeye tescil veya şerh olunur.

II. Kaynak hakkı :

Kaynak hakkı Medenî Kanunumuzun tesisini kabul etmiş olduğu müstakil ve daimî haklardan birisidir.

Bazen arazinin bütün kıymeti ihtiva ettiği kaynakta mündemiç olur. Malikin bunu işletmek için kâfi sermayesi yoksa bundan istifadesi kabil olmayacaktır. Halbuki kendisi arazinin maliki kalmakla beraber kaynak hakkını başkasına bırakarak büyük bir meblâğ temin edebilir. Üçüncü şahsın kaynaktan böyle bir istifadesi madde 679 fık. 2 de ve madde 752 de derpiş edilmiştir.

679 uncu maddenin 2 nci fıkrasında «başkasının arzındaki kaynaklardan istifade irtifak hakkı olarak tapu siciline kayıt ve tesis olunur» denmektedir. Bu hüküm kaynaklar üzerinde her nevi irtifak hakkına kabili tatbiktir.

752 nci madde ise, şahsî ve kabili temlik irtifaklara tatbik olunur. Bu maddenin 3 üncü fıkrası müstakil ve daimî haklardan bahseder. Bu hüküm sayesinde, gayrimenkul maliki arazisindeki kaynak suyunun tamamını veya bir kısmını temellük etmek hakkını üçüncü şahsa bırakabilir, bu şahıs da bunun tamamını veya bir kısmını başkalarına devredebilir.

7) Aynı kanaat : Yakup Veli, Tapu Sicili Nizamnamesi Şerhi ve tatbikati, İzmir, s. 264. Ayrıca bk., Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Galip Esmer, Gayrimenkul tasarrufları, s. 191.

Eugen Huber'e göre, arazi maliki, arazisinin mütemmim cüzü olarak, kaynağın maliki kalmaktadır. Fakat kaynaktan tamamen veya kısmen istifade ve bunun üzerinde tasarruf diğer bir hak sahibine ait olmaktadır. İsviçre Medeni Kanununun almanca metninde, «kaynak mülkiyeti» ne karşı «kaynak hakkı» terimi kullanılmaktadır (Quelleneigentum, Quellenrecht). Fransızca metinde ise, bu ikincisi için : «droit à la source sur le fonds d'autrui» denmektedir. Buna uygun olarak türkçe metinde «başkasının arsasında bulunan kaynak üzerinde hak» tâbiri vardır (madde 752 nin matlabı).

İsviçrede Esbabı Mucibe Lâyihasında 752 nci madde şöyle izah edilmektedir : «Kaynağı arazi parçası ile iktisap her zaman mümkün değildir. Sonra, bu arazi parçaları o kadar küçük olabilir ki, kaynağın mülkiyetini muhafaza müşkül olur. Komşu arazide yapılan işler dolayısıyla bu kolayca kirlenir. Kaynağın çıktığı gayrimenkulde bir irtifakın tesisine müsaade etmek daha rasyonel değil midir ? Şu halde, bu irtifak başkasının kaynağı üzerinde mülkiyet hakkına muadil tam bir istifade ve bu suretle suyun temellükü ve akıtılması ve nakledilmesi salâhiyetini elde etmekte tecelli eder. Böyle bir irtifak tanıyarak mülkiyet hakkı rahat bir şekilde arazi malikine bırakılabilir. Kaynak üzerindeki hak sahibi başkasının eşyası üzerinde aynı bir hakka sahiptir. Öyle ki, kaynağı kullanmak hakkını, daimî olarak, hâlen mevcut veya müstakbel her malike karşı elde eder. Bu suretle proje kaynak mülkiyetiyle kaynak suyu üzerindeki hakkı yekdiğerine karşı vazetmektedir⁸⁾.

Başkasının arazisinde kaynak hakkı, kaynaktan istifadenin yanında, yeraltı suyunun iktisabını ve bundan istifadeyi, yeraltındaki kaynak damarlarına hafriyat yapılmasını da ihtiva eder⁹⁾.

Başkasının arazisindeki kaynaktan istifade üç şekil arzedebilir : gayrimenkul irtifakı, şahsî irtifak, müstakil ve daimî hak. Müstakil ve daimî hak bir gayrimenkul olarak tapuya tescil olunan, kaynak üzerinde hak sahibine mülkiyet hakkına müşabih ve kabili temlik bir tasarruf salâhiyeti veren bir haktır.

Kaynak hakkı, irtifak hakkından geniş ve mülkiyet hakkına yakın bir istifade ve tasarruf hakkı bahşeder. Kaynak hakkının muhtevası kaynak suyunun temellük ve akıtılmasıdır. Burada, arazi mülkiyetinin kaynak suyunun tamamına veya bir kısmına şümulü yoktur. Bunu tutmak,

8) Exposé des motifs, III p. 84, E. Sillig, a. g. e., p. 71 den naklen.

9) Bk., Brodtbeck, Daepfen, Welti, Bundesgerichtspraxis zum ZGB, 2. Auflage, Art. 704, I, (Zürich 1941).

yeraltından borularla akıtmak ve uzaklara nakletmek, lüzumlu tesisat kurmak, hattâ hafriyat yapmak kaynak hakkı sahibine aittir¹⁰.

Kurulan tesisat hak sahibine aittir. Bu hususta, kaynak hakkı inşaat hakkına benzer bir mahiyet almaktadır. Burada, madde 652, ve madde 653 ün tatbiki bahis mevzuu olabilir¹¹. Bu takdirde kaynak irtifakının yanında, inşaat hakkı mevcuttur.

Aynı zamanda birlikte mevcut olabilen kaynak hakkı ile inşaat hakkı arasında şu farkı müşahede edebiliriz : kaynak hakkında hak sahibi sadece kaynak üzerinde tasarruf hakkını iktisap ettiği, gerek arazi gerek kaynak mülkiyetini iktisap etmediği halde, inşaat hakkında hak sahibi inşaatın ve mevzuumuzda tesisatın mülkiyetini kazanmaktadır¹².

Kaynak hakkının tesisi için bu mevzuda evvelâ resmî şekilde yapılmış bir mukavele lâzımdır¹³ (madde 634, 705). Temyiz Mahkememizin 1 inci Hukuk Dairesinin 28.10.1936 tarihli kararında da belirtilmiş olduğu gibi, yeni hukukumuzda göre, maahark su gayrimenkul hükmünde olup, bunun haricen alım satımı muteber değildir, bu hususta tapu memuru huzurunda yapılan bir mukavele lâzımdır.

Bunu müteakip kaynak hakkının müstakil ve daimî bir hak ve bir gayrimenkul olarak tapuya tescili iktiza eder (madde 632, 752 fık. 3, 911).

Tescil için kaynağın nebean ettiği gayrimenkul malikinin veya kaynak malikinin beyanı lâzımdır (madde 922, fık. 1). Eğer kaynak hakkı bu hakkın sahibi tarafından başkasına devir ve temlik olunuyorsa, bu takdirde temlik eden kaynak hakkı sahibinin yazılı beyanı aranır.

Kaynak hakkının iktisabı için tescil şarttır. Temyiz Mahkememizin Hukuk Genel Kurulunun 937 - 474 sayılı kararında dendiği gibi, «başkasının arazisindeki kaynaklardan istifade hakkını..... tapu siciline kaydettirmemiş olduğu tahakkuk etmesine göre, hüsnü niyet sahibi olduğu takdirde üçüncü şahıs tarafında bulunan dâva olunana karşı dâvacının bu hakkı dermeyeran edebilmesine cevaz yoktur»¹⁴. Kaynaktan istifade hakkının üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade edebilmesi ancak tapuya tescille mümkün olur.

10) Bk., R. Blass, a. g. e., S. 127; E. Silliğ, a. g. e., p. 77.

11) R. Haab, Kommentar, Art. 704, No: 18; Wieland, a. g. e., art. 780, no. 1.

12) Wieland, a. g. e., art. 780, no. 1.

13) Bir kaynak hakkı mukavelesi örneği hakkında bk., B. Wettstein, a. g. e., S. 67; F. Hammer, a. g. e., S. 90.

14) Mehmet Altınar, notlu Türk Kanunu Medenisi, madde 679, no. 1; Vehbi Tetik, Medeni Kanuna dair Temyiz kararları, s. 65.

Gene Temyiz Mahkememizin 5 inci Hukuk Dairesinin 964/649 sayılı ve 27.2.1950 tarihli kararında «kaynaklar üzerinde irtifak hakkının tapuya tescille teessüs edeceği» tekrar edilmiştir¹⁵.

Müstakil ve daimi bir hak tesis etmekle malik kaynağı üzerindeki haklarından kısmen veya tamamen vazgeçmektedir. Bunu ancak kendisine temin edilen bir menfaat mukabilinde yapar. Bu menfaat ekseri hallerde bir miktar paradır. Bu, bir defada ödenebileceği gibi, müteaddit taksitlerle ve fasılalarla ödenebilecek şekilde de olabilir. Bunun aynen, bir miktar su şeklinde ödenmesi kabildir. Meccanen tesisi ise çok nadir rastlanan bir keyfiyettir, bu bir hibe olarak telâkki olunmalıdır.

Müstakil ve daimî hak sahibi, kaynak üzerinde tasarruf edebilir. Bunu devredebilir, ipotek edebilir, irtifak ve mükellefiyetler tahmil edebilir, yani kısacası gayrimenkul mülkiyetine dair hükümlere tâbi olur¹⁶. Fakat, kanunumuzda başkasının arazisi üzerinde kaynak hakkı, mülkiyet hakkından tefrik olunmuştur.

679 uncu maddedeki hükmün neticesi olarak, kaynak hakkı kaynağı takyit eden bir irtifaktır. Arazinin maliki kaynak üzerinde maddî ve hukukî tasarruf hakkını haizdir. Malik başkası lehine, müstakil ve daimî bir hak tesis ederek kaynak suyu üzerindeki haklarından tamamen veya kısmen feragat etmiş olur. Burada malikin kaynak üzerindeki hak ve salâhiyetlerini müstakil ve daimî hak sahibine devrettiği görülmektedir. Bazı müellifler, arazi malikinin arazisinin mütemmim cüzü olarak, kaynağa da malik olması kaidesinin (madde 679, fık. 1 in) bununla ihlâl edilmiş olduğu ve müstakil ve daimî kaynak hakkının da bir mülkiyet şeklinde tecelli ettiğini, mülkiyet hakkı ile kaynak hakkının tefrik edilemeyeceğini söyleyerek Medeni Kanunumuzun sistemini tenkit etmektedirler¹⁷.

Bu tenkit muvacehesinde, *müstakil ve daimî bir hak olarak kaynak hakkını mahdut bir mülkiyet mânasında almak doğru olacaktır. Filhalkâka, kaynak üzerinde müstakil ve daimî hak sahibi, ancak kaynak suyu üzerinde geniş tasarruf hakkını haizdir. Onun hakkı ancak buna münhasırdır, bu istifadenin hudutlarını aşamaz, meselâ «kaynağın çıktığı*

15) Adalet Dergisi, 1950, sayı 9, s. 1234 - 1235.

16) Mecellenin 216 nci maddesi «bir yerden nebean eden suları müstakillen bir hakka mevzu ittihaz etmekte, kanavata tebean suların alım-satımını tevcih etmektedir» (bk., Ebül'ülâ Mardin, İstanbulun vakıf katma suları, Prof. C. Bilsel'e armağan, s. 243).

17) E. Sillig, a. g. e., p. 79 - 84.

arazideki madenlerin istihsaline kalkılamaz, veyahut arazi orman haline kalbedilemez»¹⁸.

Medenî Kanunumuza göre, temellüke salih tabii kuvvetler dahi mülkiyet hakkının mevzuuna girerler, fakat bunlar menkul mülkiyetindedir (madde 686). Müstakil ve devamlı hak olarak kaynak hakkı ise, gayrimenkul mülkiyeti kaidelerine tâbidir.

Başkasının arazisindeki kaynak hakkına 752 nci maddeden mâdâ, gayrimenkul irtifaklarına müteallik hükümler de, icabı hâlinde tatbik olunabilir (madde 753, fık. 3).

Müstakil ve daimî hakkın gayrimenkul olarak tapuya tescili lâzımdır. Bu yapılmadığı takdirde, irtifaklara müteallik hükümler tatbik olunur. Burada, hilâfına mukavele olmadıkça, kaynak hakkı kabili temlik değildir (madde 753, fık. 2), çünkü müstakil ve daimî hak meydana gelmemiştir¹⁹. Tapuya tescil edildiği takdirde ise, bu gayrimenkul addedilmekte, gayrimenkuller hakkındaki hükümlere tâbi bulunmaktadır²⁰.

18) J. Vollenweider, a. g. e., p. 64.

19) Bk., Temyiz Mahkememizin 1 inci Hukuk Dairesinin 7098 sayılı ve 20.10.1936 tarihli kararı; Wieland, a. g. e., art. 779 note 4, art. 780 note 1; E. Sillig, a. g. e., p. 75.

20) Temyiz Mahkememizin Hukuk Umumi Heyetinin Es. 3395, Ka. 1280 sayılı ve 17.6.1937 tarihli bir kararında şöyle denmektedir: «müddeaaleyhin satın aldığı tarladan çıkan suda, müddeinin eskidenberi dört günde bir gün bahçesini sulama hakkı varken müddealeyhin su yoluna divar çekerek bahçesine akmasına mâni olduğundan bu suretle vâki müdahalenin men'inin istenmesi dolayısıyla, Temyiz Mahkemesi Hukuk Umumi Heyeti vermiş olduğu kararda, müddealeyhin ahiren ıktisap etmiş olduğu tarlasında çıkan kaynak sularında müddeinin eskidenberi dört günde bir sulama hakkına malik olduğu şahadetle ve kesif raporlarla ve müddealeyh vekilinin ikrarile anlaşılmissa da, Kanunu Medeninın sureti meriyet ve şekli tatbiki hakkındaki kanunun 22 nci maddesinde (Kanunu Medeninın meriyetinden evvel müesses gayrimenkule müteallik irtifak hakları gayrimenkul sicillerinin teskilinden sonra tescil ettirilmemiş olsalar dahi bâki kahrılar) ise de, mezkûr hakların hüsnü niyet sahibi üçüncü şahıslara karşı dermeyan edilebilmeleri tescilleri tarihinden itibaren mümkündür». (Temyiz kararları - Hukuk kısmı - 1937, s. 75). Bu mevzuda şu Temyiz kararlarına da bak., Temyiz Mahkemesi Hukuk Umumi Heyetinin 937/474 sayılı kararı (bk., 14 no.lu notumuz); Temyiz 1 inci Hukuk Dairesinin 7098 sayılı ve 28.10.1936 tarihli kararı.

Kaynak hakkının (ve keza kaynak mülkiyetinin) iktisap ve izaasına gelince, bu hususta gayrimenkul mülkiyeti hakkındaki hükümler tatbik olunur.

Bunun iktisabının başta gelen sebebi, resmi şekilde yapılan bir mukavele ve bunun tapuya tescilidir (madde 632, 633).

Keza, kaynak mülkiyetinin ve kaynak hakkının miras, istimlâk, cebri icra ve mahkeme kararile iktisabı da mümkündür. Bunun gibi, alelâde müruruzamanla da böyle bir iktisap yapılabilir (madde 638).

Buna mukabil, işgal tarikile, ve fevkalâde müruru zaman yolu ile kaynak hakkının iktisap edilebileceği şüphelidir. İşgal yolu ile müstakil ve daimî hakkın tesisine imkân yoktur, zira bu ancak tescille meydana gelir²¹.

Fevkalâde müruruzamana gelince, uzun zamandanberi yapılagelmekte olan istifadeler, kaynak üzerinde ancak mahdut bir istifade ve tasarruf hakkı bahşeder. Temyiz Mahkemesi 1 inci Hukuk Dairesinin bir kararında da tasrih edildiği üzere, «ahkâmı sabıka mucibince hakkı şirp gibi irtifak hakları tescilsiz de muteberdir, bu Kanunu Medeninini sureti meriyet ve şekli tatbiki hakkındaki kanun hükümleri iktizasındandır²². Şu halde, kanaatımızca, fevkalâde müruru zaman hakkında kanunda derpiş olunan şart ve müddetler mevcut olsa dahi, kaynak ve kaynak suyu üzerinde iktisap olunan hak mülkiyet hakkı veya kaynak hakkı olmayıp, alelâde bir istifade hakkıdır. Bunun müstakil ve daimî bir hak olarak tapuya tescil edilebileceğini zannetmiyoruz. Bunun sadece bir istifade hakkı olarak alınmasının menfaatler vaziyetine daha uygun olduğu kanaatındayız.

Fakat işgal ve fevkalâde müruruzaman yolları ile kaynak hakkının iktisap edilememesine karşılık, arazi mülkiyetinin ve dolayısıyla bunun mütemmim cüzü olarak kaynak mülkiyetinin iktisabı hukuken mümkündür.

Bunun gibi, madde 636 ve 637 deki hükümlerin de kaynak hakkına tatbik edilemeyeceğini, bunların yeni arazi teşekkülü ve arazinin kayması hakkında carî olabileceğini düşünmekteyiz.

Burada şöyle bir mesele de ortaya çıkar : müstakil ve daimî bir hak olan kaynak hakkının yanında, kaynağın nebean ettiği gayrimenkulde

21) Bk., E. Sillig, a. g. e., p. 91.

22) Temyiz Mahkemesi 1 inci Hukuk Dairesinin 12.10.1934 tarihli kararı. Gücün, gayrimenkuller, s. 221. Keza, diğer kararlar için bk., 20 numarolu not.

diğer mahdut aynı haklardan biri, meselâ gayrimenkul rehni tesis edilmiş olabilir. Kaynak arazinin mütemmim cüzü addolunduğundan, gayrimenkul malikinin arazisini ipotek etmesile burada mevcut kaynak da gayrimenkul rehninin şümulüne dahil olmak icap eder. Fakat kanunumuzun sistemine göre, burada karşılaşılan haklardan hangisinin daha önce tesis edilmiş olduğuna bakmak icap eder.

Gayrimenkul rehni müstakil ve daimi haktan daha sonra tesis edilmişse bu takdirde rehlin kaynak hakkına tesiri ve şümulü olmayacaktır.

Aksi halde, yani gayrimenkul rehninin kaynak hakkından veya irtifak hakkından daha önce yapılması halinde, rehin hakkı bu haklara takaddüm eder, ve kaynak hakkına da şâmil olur (Medenî Kanun madde 783, 784, 796).

Bu vesile ile şu noktaya bir kere daha işaret edelim : kaynak hakkı yani müstakil ve daimi hak üzerinde bu hakkın sahibi, arazi mülkiyetinden müstakil ve ayrı olarak, irtifak hakları, gayrimenkul mükellefiyeti veya rehin hakları tesis edebilir. Keza, kaynak hakkı sahibi hakkı üzerinde başkası lehine müstakil ve daimi bir hak, kaynak hakkı da tesis edebilir. Bunu ya kaynak hakkını başkasına devretmek suretile, veyahut da kaynak hakkının bir kısmını başkasına devretmek suretile yapabilir.

Kaynak hakkının izaasına gelince, bu hususta da gayrimenkul mülkiyetinin izaasına ve irtifaklara dair hükümler kabili tatbiktir.

En çok rastlanan sukut sebebi müddetin dolmasıdır. Bu kaynak üzerindeki daimi ve müstakil hakka mahsus bir ızaa sebebidir. Müstakil ve daimi hak muayyen bir müddet için tesis edildiği takdirde, müddetin hitamında hak nihayet bulur. Bunun dolmasından evvel, tarafların anlaşması ile de bu hitama erebilir.

Müddetin dolmasından evvel terkin yapılabilir mi ? Meselâ, olabilir ki, müstakil ve devamlı hakkın üzerinde tesis edilmiş olduğu kaynak kurumuş ve iktisadî bakımdan kıymetini kaybetmiştir. Bu takdirde, bunun devam etmesinde bir menfaat yoktur. Bunun terkinin yoluna gidilebilir²³. Terkin tescilin hak bahşettiği kimselerin yazılı beyanı üzerine yapılır (madde 923). Burada, hem arazi sahibinin, hem de kaynak hakkı sahibinin rızalarına ihtiyaç vardır.

Keza bu hususta, irtifaklara müteallik hükümler de ehemmiyeti haizdir. Bilhassa, madde 707, 714, 716 nın tatbiki bahis mevzuu olabilir.

Mutazarrır olması muhtemel olan rehinli alacaklı terkinin itiraz edebilir (madde 780). Bu sebeple, 923 üncü madde mucibince, terkin için rehinli alacaklının da rızasını almak icap eder.

23) J. Vollenweider, a. g. e., p. 25.

Kaynak hakkının terkinile, istifade ve tasarruf hakkı arazi malikine döner.

Daimi ve müstakil hakkın nihayete ermesinden sonra, kaynak hakkı sahibinin yapmış olduğu tesisat ne olacaktır ? Kalan tesisler mukabilinde malik bir tazminat vermekle mükellef değildir. Fakat, kaynak hakkı sahibi hakkının muayyen bir müddet devam edeceğini bildiğinden, yaptığı masrafları amorti edecek tedbirleri almak zorundadır. Malikin bu tesisatı ödemek mükellefiyetinde olmamasına mukabil, kaynak hakkı sahibi de bunları tahrip etmek veya söküp götürmek hakkını haizdir. Bu itibarla, bir tazminat vererek mevcut tesisatın yerinde bırakılmasını temine çalışmak her iki tarafın menfaati icabıdır²⁴.

Zahit Imre

24) Bk., Wieland, a. g. e., art. 779 no. 7; J. Vollenweider, a. g. e., p. 102.