

TÜRK HUKUKU'NDA ZORUNLU MECRA KAVRAMI ve ZORUNLU MECRA İRTİFAKININ DOĞUMU İÇİN GEREKLİ OLAN ŞARTLAR

Güzide Burcu Günveren*

Taşınmazların özgülendikleri amaca uygun ve en elverişli şekilde kullanılabilmeleri için, maliklerinin ısı, elektrik, gaz ve su gibi ihtiyaçlarını karşılayabilmeleri gerekir. Taşınmazdan konut olarak yararlanılması mümkün olduğu gibi üzerinde bir sınaî veya ziraî işletme kurulması da mümkündür. Taşınmaza malik olan kişinin eğer bir işletme kurmuş ise faaliyetlerini sürdürmesi, konut olarak kullanıyor ise yaşamını sürdürmesi açısından bu ihtiyaçlarını karşılaması son derece önemlidir.

Malikin bu ihtiyaçlarını karşılamak için kendi taşınmazında üretim yapması ve ürettiği enerjiyi kullanması adeta imkânsız olduğundan, söz konusu maddeleri (veya enerjileri) belirli bir uzaklıktan taşınmazına getirmeye mecbur kalacaktır. Bu ihtiyaç doğrultusunda maddeleri (veya enerjileri) taşınmazına iletecek tesisatı başkalarına ait taşınmazlardan geçirmek zorunda kalabilir. Aynı ihtiyaç, özellikle, bu madde veya enerjileri üreten ve/veya dağıtan sınaî teşebbüsleri için de söz konusu olacaktır. Bu çeşit faaliyet gösteren teşebbüslerin malikleri ihtiyaç sahibi taşınmazlara yönelirken komşu taşınmazlardan tesisatları geçirmek zorunda kalabileceklerdir.

Bu gibi durumlarda taşınmaz malikleri ihtiyaçları doğrultusunda bir hakkın tesisi yolunu arayacaklar ve bu hak tesis edildiği takdirde taşınmazlarını özgülendikleri amaca uygun olarak en elverişli şekilde kullanabilme imkânına sahip olacaklardır. Bunu sağlamak için ihtiyaç sahibi olan taşınmaz maliki, taşınmazından mecra geçirmek istediği malikten, tesisatın geçirilmesi için izin isteyebilir. Böyle bir durumda verilen izin, taşınmaza yapılan müdahaleyi haksız fiil olarak adlandırılmaktan kurtarsa da, bu ilişkiyi devam ettirmek istemeyen

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

taşınmaz maliki tarafından her zaman geri alınabilir. Bu nedenle düşünülebilecek diğer bir çözüm yolu ise, komşu taşınmaz malikleri ile anlaşılması yani bir sözleşme kurulmasıdır. Ancak bu sözleşmeden doğan şahsi hak, taşınmazı sonradan iktisap eden üçüncü şahıslara karşı ileri sürülemeyecektir. Bu konuda, ihtiyaç sahibi olan taşınmaz malikinin, tesisat geçirmek istediği taşınmazın maliki ile anlaşarak bir irtifak hakkının kurulması daha faydalı olacaktır. Çünkü yükümlü taşınmazı sonradan iktisap eden üçüncü kişiler de bu yükümlülüğe katlanmak zorundadır. Ancak tahmin edilebileceği gibi bu anlaşmalar karşılıklı iyi niyete ve anlayışa dayandığından her zaman bu durumu tesis etmek mümkün değildir. Bu durumda hakkaniyet, kanun koyucuyu ihtiyaçların karşılanmasını sağlamak amacıyla komşu taşınmaz mülkiyetinin belli bir bedel karşılığında sınırlandırılması yoluna sevk etmiştir. Bu sınırlamaların bir kısmı toplum menfaati gözetilerek kamu hukukuna ait düzenlemelerle yapılmıştır ki; bu durum inceleme konumuzun dışında kalmaktadır. Bunun dışında bir taşınmazın, malikinin rızası dışında mecra geçirilmesi suretiyle sınırlandırılmasına imkân sağlayan hükümler özel hukukun içine giren düzenlemelerdir.

İşte bizim inceleme konumuzu oluşturan Medeni Kanun'unumuzun 744-746. maddeleri arasında düzenlenen "zorunlu mecra irtifakı"; taşınmaz malikine su, gaz, kurutma kanalı, elektrik ve benzeri ihtiyaçlarını karşılamak üzere, ödeyeceği tam bir bedel karşılığında, bu maddeleri (veya enerjileri) iletecek mecraı komşu taşınmazın altından ya da üstünden geçirme hususunda hak tanıyan zorunlu bir irtifaktır.

Çalışmamızda öncelikle mülkiyet hakkını kısıtlayan hallerden genel olarak bahsedilecek ve mecra irtifakını anlayabilmek için mecra kavramı üzerinde durulacaktır. Daha sonra zorunlu mecra irtifakının hak sahibi tarafından ileri sürülebilmesi için yani zorunlu mecra irtifakının doğabilmesi için gerekli olan şartlar tek tek incelenecektir.

I. GENEL OLARAK MÜLKİYET HAKKININ SINIRLANDIRILMASI VE ROMA HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜMÜ

1. Genel Olarak Mülkiyet Hakkının Sınırlamaları

Mülkiyet hakkı, en geniş yetkileri sağlaması itibarıyla mutlak hakların en önemli tipi olmakla birlikte, eşya üzerinde sınırsız bir yetkiyi ifade etmez.

Malikin yetkisinin sınırsız olduğunu kabul etmemiz halinde toplumdaki ahengin bozulacağı şüphesizdir. Yani mülkiyet hakkının kısıtlanması ferdi toplum içinde yaşamının sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.

Hukukumuz açısından ilk sınırlama olarak, mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı hükmünü getiren Anayasamızın 35. maddesini ifade edebiliriz. Ayrıca özel hukuk ve kamu hukukundan doğan çeşitli kanun hükümleri ile mülkiyet hakkının bazı sınırlamalara tabi olduğu gerçektir.

Günümüzde mülkiyet hakkının sınırlamaları çeşitli açılardan sınıflandırılmaktadır. Öncelikle bu sınırlamalar sözleşmeden ya da kanundan doğabilmektedir. Sözleşmeden doğan sınırlamalar mülkiyet hakkına sahip olan kişinin tasarruf yetkisini başka biriyle yaptığı hukuki işlemle sınırlandırmasıdır. Bir taşınmazı diğer bir taşınmaz lehine yükümlülük altına sokan, MK. m. 779 ve devamında düzenlenen eşyaya bağlı irtifaklar ve MK. m. 794 ve devamında düzenlenen bir taşınmazı bir şahıs ya da topluluk lehine yükümlülük altına sokan şahsi irtifaklar sözleşmeden doğan sınırlamaları oluşturmaktadır. Bunlar dışındaki sınırlı ayni haklar ve tapuya şerh verilmek suretiyle taşınmazın herhangi bir malikine ait mülkiyet hakkını sınırlandıran iştıra (alım), şuf'a (önalım) ve vefa (geri alım) hakları da mevcuttur.

Mülkiyet hakkının diğer sınırlamaları ise özel hukuk niteliğindeki veya kamunun menfaatini koruyan ve emredici nitelikte olan kamu hukuku niteliğindeki kanunlardan doğabilir. Kamu hukuku nitelikli kanun hükümleri uyarınca bir taşınmaz malikin mülkiyet hakkını sınırlandırmak, kamulaştırma ya da idari irtifak kurmak şeklinde olabileceği gibi, bu amaca hizmet eden özel kanunlarla da mümkündür¹.

İnceleme konumuzu oluşturan “zorunlu mecra irtifakı” açısından özel hukuktan doğan sınırlamalardan “komşuluk hukuku” içine dâhil olanlar son derece önemlidir. Özel Hukuk açısından sınırlamaların önemli bir bölümü komşuluk ilişkilerini düzenleyen “komşuluk hukuku”ndan doğmaktadır. Komşuluk hukuku taşınmaz maliklerini, mülkiyet hakkından kaynaklanan bazı

¹ ÖRÜCÜ, E., Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı, Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, İstanbul 1976, s.45, Ayrıca bir taşınmazdan mecra geçirilmesine ilişkin özel nitelikli kanunlar ile getirilen kamu hukuku hükümleri için bkz.: ÖZAKMAN, C., Türk Hukukunda Mecra İrtifakları, İstanbul 1978, s. 18 vd.; TANDOĞAN, H., “Türk Hukukunda Mecralar”, AHFD, C.IX, 1952, s.137-139.

yetkilerini kullanmaktan kaçınmak veya komşu maliklerin bazı fiillerine katlanmak yükümlülüğü altına sokarak, komşular arasında uyumlu ilişkilerin sağlanmasına hizmet eden kurallar bütünüdür². İnsanların çatışan menfaatlerinin belirli bir denge içinde tutulmasını sağlayan ve sonuç olarak mülkiyet hakkının sınırlanmasına hizmet eden kurallar “komşuluk hukuku”nun doğuşunu hazırlamıştır. Komşuluk hukuku, eski zamanlarda bile karşılıklı menfaat çatışmalarının konusunu oluşturmuştur. Taşınmaz üzerinde komşuluk hukukuna ilişkin sebeplerle yapılan sınırlamalar Medeni Kanun’umuzun 737 ile 761’inci maddeleri arasında yer almaktadır³.

Mülkiyet hakkının komşuluk hukuku sebebiyle doğan sınırlamaları, doğuş şekillerine göre "kanundan doğrudan doğruya doğan sınırlamalar" ve "kanundan dolayısıyla doğan sınırlamalar" şeklinde ayrı bir tasnife tabi tutulmaktadır⁴. Kanundan doğrudan doğruya doğan sınırlamalar, Medeni Kanun’unumuzun 731. maddesinde ifade edildiği üzere, tapu siciline tescil ettirmeye gerek olmaksızın, bunları koyan kanun hükmü gereğince kendiliğinden ortaya çıkarlar. Bu hallerde taşınmaz maliki, komşu maliklerin, kendi taşınmazından belli bir ölçü içinde yararlanmasına katlanma veya mülkiyet hakkından doğan belirli yetkilerini kullanmaktan kaçınma yükümlülüğü altına girer. MK. md. 737, 738, 742, 743, 751, 752, 753’da yaralan sınırlamalar bu niteliktedir. Bunlar hiç kimse yararına bir ayni hak sağlamazlar ve bir irtifak hakkı teşkil etmezler⁵. Sadece malikin mülkiyet hakkından doğan yetkileri sınırlanmaktadır. Malik bu sınırlamalara aykırı hareket ederek bunları ihlal ederse bu yüzden zarara uğrayana veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimseye karşı MK. md. 730 uyarınca sorumlu olur.

Kanundan dolayısıyla doğan sınırlamalar ise, kanun hükmü gereğince kendiliğinden doğmamaktadır. Kanun, bazı şartların gerçekleşmesi halinde, sınırlamanın kurulması hususunda taşınmaz malikine bir talep hakkı

² ULUSAN, İ., Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul 1977, s. 121-122.

³ Bu konuda inceleme konumuzun dışında kalan, “zorunlu mecra irtifakı” dışındaki, diğer sınırlamalar için bkz.: TEKİNAY, S., Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, İstanbul 1988, s. 67 vd.

⁴ ÖZSUNAY, E., “ Zaruri Geçit İrtifakı”, İstanbul 1968, s. 163; ÇÖRTOĞLU, İ. S., Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etki ve Sonuçları, İstanbul 1982, s. 20.

⁵ OĞUZMAN, K./SELİÇİ, Ö., Eşya Hukuku, İstanbul 2002, s. 410; ESENER, T./GÜVEN, K., Eşya Hukuku, İstanbul 2008, s. 174.

tanımlanmaktadır. Hak sahibi kanundan doğan talep hakkını kullanarak tapuya tescil ettirmedikçe, diğer taşınmaz maliki herhangi bir yükümlülük altına girmez. Medeni Kanun'unuzun 744. maddesinde düzenlenen "zorunlu mecra hakkı" ve 747. maddesinde düzenlenen "zorunlu geçit hakkı", mülkiyet hakkının komşuluk hukuku sebebiyle kanundan dolayısıyla doğan sınırlamalarını oluşturmaktadır. Bu hallerde, malik ancak hak sahibi şahsın talebi sonucunda, bir hakkın kurulmasına katılma yükümlülüğü altına girmektedir⁶. Kanundan doğrudan doğruya doğan sınırlamalar ile kanundan dolayısıyla doğan sınırlamaların bir diğer farkı ise, başkasına ait bir taşınmazdan zaruret halinde olduğu için yararlanmak amacıyla irtifak hakkı kurulmasını isteyen şahsın bunu ödeyeceği tam bir tazminat karşılığında talep edebilmesidir⁷.

Mülkiyet hakkının sınırlamaları, konularına göre de bir ayırımı tabi tutulmaktadır. Bu sınırlamalar konularına göre, maliki "yapma (edimde bulunma)" "kaçınma (yapmama)" veya "katlanma" yükümlülüğü altına sokarlar⁸. Yapma yükümlülüğünde malik, bazı olumlu davranışlar yapmakla, bazı edimleri yerine getirmekle yükümlüdür. Buna örnek olarak malikin, 750'inci maddede yer alan komşular için faydalı olan işlerin yapılması ve bu hususta gerekli giderlere katılma borcu gösterilebilir. "Kaçınma yükümlülüğü" gereğince, malik, mülkiyet hakkını kullanırken bazı işleri ve eylemleri yapmaktan kaçınmalıdır. Örneğin, 737'inci madde gereğince, taşınmazını kullanırken komşusuna zarar verecek taşkınlıktan kaçınmalı; 738'inci madde gereğince kazı ve inşaat yaparken komşusunun taşınmazına zarar vermekten kaçınmalıdır. Katlanma yükümlülüğü ise, malikin mülkiyet hakkına diğer taşınmaz maliklerinin yapacağı müdahalelere tahammül etmesini ifade eder. Buna örnek olarak, 743'üncü maddede yer alan üst araziden doğal bir şekilde akan fazla suya katlanma yükümlülüğü verilebilir. Yine buna örnek olarak "zorunlu geçit hakkı" (MK. md. 747), "zorunlu mecra hakkı" (MK md.744) ve "zorunlu su hakkı (MK. md. 761)"⁹ verilebilir.

⁶ ÖZSUNAY, Geçit Hakkı, s. 165-166; ÇÖRTOĞLU, İ. S., s. 23.

⁷ ŞAHİNİZ, C. S., Türk Medeni Hukukunda Zaruri Mecra İrtifakı, İstanbul 2001, s. 107.

⁸ AKİPEK, G. , J., "Mülkiyet Kavramı Üzerinde Bir İnceleme", BATIDER, 1969, C. V., S.1, s. 12-13, OĞUZMAN, K./SELİÇİ, Ö., Eşya Hukuku, s.410; EREN, F., "Mülkiyet Kavramı", Dr. A. Recâi Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, s. 786-788.

⁹ Evi, arazisi veya işletmesi için gerekli olan suyu başka yolla sağlama imkânı olmayan taşınmaz malikinin, tam bir bedel karşılığında, komşusundan, onun ihtiyacından fazla olan suyunu bir irtifak hakkı kurulması suretiyle talep edebilmesini ifade eden bu hakka ilişkin

B. Roma Hukuku'ndaki Görünüm

Mülkiyet hakkının komşuluk hukukundan doğan sebeplerle sınırlanması Roma Hukuku döneminde de uygulanmaktadır. İlk kanunlaştırma hareketi niteliğindeki XII Levha Kanunu'a kadar izlerini takip edebildiğimiz bu çeşit sınırlamalar ile taşınmaz malikleri o dönemde de bazı yetkilerini komşular lehine kullanmaktan kaçınmak veya komşu maliklerin bazı fillerine katlanmak yükümlülüğü altına girebilmektedir.

Roma Hukuku'ndaki bu örnekleri ele alacak olursak¹⁰; a-) ağaç dallarının ya da köklerinin komşu araziye belli bir mesafeden fazla uzanması halinde bunları kesme hakkı veren "*actio de arboribus caedendis*" (ağaç kesme davaları), b-) Taşınmaz malikinin, komşu araziden düşen meyvalarını toplayabilmesi için onun arazisine girmesini sağlayan "*actio de glande legenda*" (palamutları toplama davası) c-) Taşınmaz malikinin taşınmazı üzerinde komşu taşınmazın zararına olacak şekilde yağmur suyunun doğal akışının bozulmasına yol açacak değişiklikleri yapamaması, aksi halde zarar görebilecek taşınmaz malikine tanınan "*actio aquae pluviae arcendae*", d-) Harman yerlerinde komşu taşınmaz malikine zarar verecek şekilde onun rüzgarını kesecek davranışlardan kaçınmasını öngören imparator *Iustinianus*'a ait hüküm (C.3,34,14,1), e-) Taşınmaz malikinin kendi arazisindeki kazılar ve tarım işletmeleri ile ilgili bazı faaliyetler nedeniyle komşusuna zarar vermesine engel olan ve aksi halde bu tehlikelere karşı *praetor*'lar tarafından tanınan bir takım koruyucu imkanlar¹¹, f-) Bir taşınmaza ait duvarın komşu taşınmaza belli bir mesafeden fazla taşmasına, taşan taşınmaz malikinin engel olabilmesi hali g-) Taşınmazını mutada uygun olmayan şekilde kullanarak (örneğin komşu taşınmazın duvarına onu rutubetlendiren gübrelerin yığılması ya da döşemelerin yıkanırken fazla su

daha geniş bilgi için bkz.: İMRE, Z., Kaynak-Yer altı suları ve Hukuki Durumları, İstanbul 1951, s. 119 vd.

¹⁰ Daha fazla bilgi için bkz. TAHİROĞLU, B., Roma Hukuku'nda Mülkiyet Hakkının Sınırları, İstanbul 2001, s. 74. vd., UMUR, Z., Roma Hukuku Ders Notları, 3.Baskı, İstanbul 1999, s. 421-422.

¹¹ Cumhuriyet döneminde şahıslar arasındaki hukuki ihtilafları çözmekle sorumlu *praetor*'lar, *ius civile*'nin himaye sağlamadığı hallerde ihtilaflı bir işi yasak ya da emretmek suretiyle hukukun gelişmesine katkıda bulunuyorlardı. *praetor*'ların en önemli himaye vasıtaları *interdictum*'lardı. UMUR, Z., Roma Hukuk Lügatı, İstanbul 1983 (Lügat), s. 90 ve 168. Örneğin arazisine inşaat yapanın sebep olabileceği zararlar nedeniyle komşu taşınmaz malikinin, inşaat yapandan *interdictum* yoluyla teminat isteyebilmesi mümkündür. TAHİROĞLU, B., Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları, İstanbul 2001, s. 89.

kullanılması¹²⁾ komşu taşınmaza zarar verilmesi hallerinde *praetor*'lar tarafından tanınan bir takım koruyucu imkanlar h-) Kamuya ait sular ya da nehirlerle komşu olan taşınmazların maliklerinin, bu sulara yapılan taşıma faaliyetleri nedeniyle tabi tutuldukları bir takım katlanma yükümlülükleri¹³ de bu çerçevededir.

Ayrıca komşu arazide bulunan mezarına gitmek için, mezar sahibine o taşınmazdan geçme imkânının tanınması suretiyle günümüzdeki MK. md. 747'de düzenlenen "zorunlu geçit hakkı"nın temelini teşkil eden durum ise kamu yararı nedeniyle kabul edilmiş bir imkândır¹⁴.

Burada Roma Hukuku'nda kullanılan *actio aquae pluviae arcendae* isimli davadan ve bu davanın kapsamından bahsetmek faydalı olacaktır. Bu dava Roma devletinin ilk kanunlaştırma hareketi olan XII Levha Kanunu'nda bile yer almaktaydı ve o dönemde coğrafi açıdan aşağıda bulunan taşınmazda yapılan tarımı olumsuz etkileyecek şekilde kendi arazisinde bulunan suyu çoğaltan taşınmaz malikine karşı açılırdı. Özellikle yamaçlarda bulunan arazilerdeki yağmur, sel ve dere sularının akışını değiştirecek kazılar veya setler yaparak diğer araziye su baskınına maruz bırakan taşınmaz maliklerinin bu faaliyetlerini engellemek için tanınmış bir davaydı¹⁵. Ancak söz konusu dava ve kıstasları, yeni sular rejimi getiren *Iustinianus*¹⁶ tarafından derin şekilde değiştirilmiştir.

¹² Hukukçu *Alfenus*'a ve *Paulus*'a ait bu konuya açıklık getiren metinler oldukça kazustik ve ilgi çekicidir: *D. 8,5,17,2; D. 8,2,19 pr.*

¹³ Bu hallere örnek olarak şunlar ifade edilebilir: Kamuya ait sayılan nehirler üzerinde herkes taşıma faaliyetlerinde bulunabilir, bu sulara avcılık yapabiliirdi. Herkes, balık ağlarını nehir üzerine serebilmek, taşıma faaliyetleri esnasında eşya indirebilmek ya da aracını sabitleyebilmek için, müdahalede buldukları taşınmaz maliki tarafından sorumlu tutulmaksızın, nehre kıyı olan taşınmazlardan ya da o arazilerdeki ağaçlardan faydalanabiliirdi. NOTES, "Water Rights In Roman Law", *The South African Law Journal*, s.267-268.

¹⁴ ÖZSUNAY, Geçit Hakkı , s. 7-8.

¹⁵ UMUR, Lügat, s. 2.

¹⁶ 527-565 yılları arasında Doğu Roma İmparatoru olan devlet adamıdır. Dünyanın en büyük kanun koyucularından birisidir. Klasik devrin büyük Roma İmparatorluğunu ihya etmek amacı ile 529-534 yılları arasında, sonradan *Corpus Iuris Civilis* ismi ile anılan hukuk külliyatını meydana getirdi. *Iustinianus*. Roma Hukuku'nun büyüklüğü üzerinde fazla bir rol oynamış değildir fakat bu hukuku kaybolmaktan kurtarıp, kodifikasyon şeklinde bir tek büyük eser halinde, sonraki nesillere intikal ettirmiş olması, yalnız hukuk tarihinde değil bütün insanlık tarihinde, kendisine eşsiz bir yer edinmesine yetmektedir. TAHIROĞLU, B./ERDOĞMUŞ, B., Roma Hukuku Dersleri. Tarihi Giriş-Hukuk Tarihi-Genel Kavramlar-Usul Hukuku, İstanbul 2005, (Roma Hukuku), s. 80-81; UMUR, Z., Roma Hukuku, Tarihi

Bu rejimin yeni kuralı yağmur ve kaynak sularını kendi taşınmazının menfaati nispetinde kullanmaktı. *Iustinianus* Hukuku'na göre yüksekte olan bir araziye sahip olan kişiler, kendi arazilerinden çıkıp alçaktaki arazilere akan suları topraklarının ihtiyaçlarından fazla kullanamazlardı ve aşağıdaki arazilere akmasını engelleyen tertibat kuramazlardı¹⁷. Aksi halde bu durumdan zarar gören kişilerin açılabilirdiği *actio aquae pluviae arcendae* isimli dava, günümüzdeki “zorunlu su hakkı” ismi altında Medeni Kanun'unuzun 761'inci maddesindeki düzenlemenin temelini teşkil etmektedir.

Medeni Kanunu'muzun 744 ile 746'ıncı maddeleri arasında yer alan suyunun geçirilmesine katlanma yükümlülüğü ve zorunluluğu Roma Hukuku döneminde bulunmamaktadır. Bunun nedeni ise, Roma'da arazilerin sınırlarının planlı bir şekilde çizilmiş olması ve daha çok ekstantif tarım¹⁸ uygulanmasıdır. Gerçekten Roma devletinde arazilerin arasında bilinçli olarak bırakılan geçitler ve ara yollar nedeniyle “zorunlu geçit irtifakı” ve uygulanan tarımın özelliği nedeniyle “zorunlu mecra irtifakı” kurumuna ihtiyaç duyulmadığını görüyoruz¹⁹. Ancak Müşterek Hukuk döneminde entansif tarıma²⁰ geçilmesi ve özellikle kış aylarında devamlı yeşil ot sağlanabilen bölgelerde sulama suyunun önemi bu kuruma ihtiyaç doğurmuştur. Önceleri suyunun yapılması için gerekli olan toprak şeridinin istimlak edilmesi yoluyla sorun giderilmeye çalışılsa da sonraları istimlakın mahsurların ortadan kaldırmak maksadıyla zorunlu mecra hakkı için irtifak hakkı tesis edilmesi kabul edilmiştir²¹. Günümüzde bir başkasının mülkiyetinden, onun zararını tazmin etmek şartıyla, zorunlu ihtiyaçlar sebebiyle tesisat geçirebilmek suretiyle yararlanmak ve bu tesisatı tapu siciline kaydettirme imkânı bu gelişmelerin bir sonucudur.

Giriş- Kaynaklar -Umumi Mefhumlar- Hakların Himayesi, İstanbul 1984, (Tarihi Giriş), s. 256 vd.

¹⁷ DI MARZO, Roma Hukuku, s. 292.

¹⁸ Teknolojinin gelişmediği dönemlerde doğal şartlara uygun olarak yapılan ve toprakların daha ziyade nadasa bırakıldığı ilkel tarım şekli. ÖZGÜVEN, A., İktisat İlimine Giriş, İstanbul 1975, s. 20.

¹⁹ DI MARZO, S., Roma Hukuku (çev: UMUR, Z.), İstanbul 1954, s. 291.

²⁰ Küçük toprak alanı üzerinde daha fazla emek ve sermaye harcanarak; teknik teçhizat, su, gübre, kimyasal maddeler kullanılarak daha iyi ve randımanlı ürün alınmasını sağlayan tarım yöntemi. ÖZGÜVEN, İktisat İlimine Giriş, İstanbul 1975, s. 19 vd.

²¹ TAHİROĞLU, B., Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları, İstanbul 2001, s. 83.

“Zorunlu mecra irtifakı” yukarıda açıkladığımız sebeplerle Roma Hukuku'nda uygulama alanı bulmasa da, bir başkasının malik olduğu taşınmazda bulunan su kaynağından (özellikle sıcak su kaynakları) yararlanmak için anlaşmadan doğan bir irtifak hakkı ile mecra kurulması mümkündür. Böyle bir anlaşma yaparak bir başkasına hak tanıyan taşınmaz maliki, irtifak hakkına sahip olan kişinin kendi arazisinden su arkları yaparak su temin etmesine katlanmak zorunda kalırdı²². Yani bir katlanma mükellefiyeti söz konusudur. Sulara ilişkin olan ve bir taşınmaz malikinin sahip olduğu mülkiyet hakkını diğer bir taşınmaz maliki lehine sınırlayarak, katlanma mükellefiyeti getiren diğer irtifaklar ise o taşınmazdan irtifak hakkı sahibinin yaya olarak ya da hayvanlarla su alabilmesini ve hayvanlarını su içmek için güdebilmesini kapsamaktaydı²³. Anlaşılacağı gibi bu irtifak çeşitleri bizim konumuz dışında kalmaktadır.

II. MECRA KAVRAMI ve KAPSAMI

Medeni Kanunu'muzda zorunlu mecra hakkını düzenleyen hükümlere (MK. md. 744-746) ve “mecralar” başlığını taşıyan (MK. md. 727) hükme bakılınca mecraların ne olduğunun açıklanmadığını görüyoruz. Ancak ilgili maddeler suyolu, kurutma kanalı, gaz gibi şeyleri ileten boru ve elektrik hat ve kablolarına ait tesisattan bahsetmektedir. İlgili maddelerde mecranın tanımı yapılmamakla birlikte, nelerin mecraya konu olabileceği anlaşılmaktadır²⁴. Kanunda sayılanlar anlaşılacağı üzere tahdidi değildir, bu hükmün düzenleme amacı, komşular arasındaki ilişkiler nedeniyle, bir taşınmazın üzerindeki mülkiyet hakkının komşu taşınmazdaki zorunlu ihtiyaç sebebi ile sınırlandırılmasıdır²⁵.

²² NOTES, s.268. Ayrıca bu hususu ifade eden ilgili metin için bkz. *D. 39,3,1,23*.

²³ Roma Hukuku'nda tanınan bu irtifaklar dönemlerine göre köy ya da şehir irtifakları olarak adlandırılmaktadır. KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., *Roma Eşya Hukuku*, Ankara 2005, s. 244-245, ERDOĞMUŞ, B., *Roma Eşya Hukuku*, İstanbul 2006, (Eşya Hukuku), s. 107-108

²⁴ Eski Medeni Kanun'umuzda “mecralar” başlığını taşıyan (EMK. md. 653) hükme bakılınca mecraların “elektrik, su, gaz gibi şeylerin” iletilmesini sağlayan tesisatı ifade ettiği anlaşılmaktadır. Zorunlu mecra hakkını düzenleyen hükümlerine (EMK. md. 668-671) bakılınca ise, “elektrik, su, gaz borularının” geçirilmesinden bahsetmekteydi. Yani EMK. md. 653'ün aksine “gibi” kelimesi ya da bu sayılanların birer örnek olduğunu ifade eden bir ibare yer almıyordu. Yürürlükte olan Medeni Kanun'da “ve benzerleri” ifadesiyle yeknesaklık sağlandığını görüyoruz.

²⁵ Aynı şekilde Yargıtay Öndördüncü Hukuk Dairesi bir kararında “...suyolu, elektrik ve gaz borusundan söz edilmesi tahdidi değildir. Güdülen amaç bunlar gibi medeni ve zorunlu bir

Mecranın doktrinde tanımı “enerji ve maddelerin nakil ve dağıtımına hizmet eden teknik tesisat” olarak yapılmaktadır²⁶. Mecra kavramının²⁷ tanımının yapılması, kapsamının çizilmesi açısından faydalı olacağı gibi, diğer irtifak haklarının kapsamına giren bir hak tesisi için zorunlu mecra irtifakı kurulması hususunda taleplerin de önünü kesecektir. Ancak mecra irtifakına konu olabilecek madde veya şeylerin kanunda tahdidi olarak sayılmayışı bazı görüş ayrılıklarına yol açmıştır.

Bazı yazarlar²⁸ kanunun ilgili hükümlerinde sayılan maddelerin tahdidi olmadığını bu nedenle bu maddelerin ve niteliği ne olursa olsun buna benzer maddelerin naklini sağlayan tesisat için de mecra irtifakı kurulabileceği görüşündedirler. Örneğin havadan gerilmiş hatlarla taşımayı sağlayan teleferikler, diğer hava taşıma hatları, yük ve yolcu taşımak için kullanılan demiryolları, finüküler tesisatı, meyve-hububat gibi yiyecek maddelerinin ya da kum-çakıl gibi inşaat malzemelerinin akıtılırcasına taşınmasına yarayan boru ya da yataklar da mecra hakkına konu olabileceklerdir. Bu yazarlar görüşlerini, hükmün düzenlenme amacına dayandırmaktadırlar. Kanunda sayılan maddelerin komşu taşınmazdan geçirilmesindeki yarar, niteliği ne olursa olsun her türlü malın geçirilmesi için de söz konusudur.

Diğer ve hâkim görüş ise²⁹, niteliği ne olursa olsun her türlü malın nakledilmesine yarayan her türlü tesisatın mecra hakkının kapsamına girmeyeceği kanaatindedir. Bu görüşte olanlar, kanunda sayılan maddelerin ve şeylerin tahdidi olmadığını kabul etmekle birlikte, verilen örneklerin nitelik

ihtiyacın karşılanmasıdır. O halde kanalizasyon bağlantısı dahi anılan kanun hükmü kapsamında anlaşılmalıdır. Yasa hükmünün dar şekilde kabulünde isabet bulunmamıştır ” demektedir. 22.11.1973 T., 574 E., 433 K., Karar için bkz. ŞAHİNİZ, s. 3.

²⁶ TEKİNAY, S., S./ AKMAN, S./ BURCUOĞLU, H./ ALTOP, A.: Tekinay Eşya Hukuku, İstanbul 1989, s. 882; TEKİNAY, s. 87-88; OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 426, İMRE, Z., s. 127, ÖZAKMAN, s. 5-6, ESENER/GÜVEN, s. 180, TANDOĞAN, s. 142, WIELAND, C. Kanunî Medenide Ayni Haklar (Çev: KARAFİKİ, İ.H.), Ankara 1946, s. 316; GÜRZUMAR, O.B., Üst Hakkı, İstanbul 1988, s. 87.

²⁷ Karahasan, mecra kavramı yerine akımlıklar terimini kullanmaktadır. Kanaatimce, “mecra kavramı” kanundaki ifade olduğu için kullanılması daha uygun olan terimdir. KARAHASAN, M. R., Yeni Türk Medeni Kanunu, Eşya Hukuku, Birinci Cilt, İstanbul 2007, s. 1013.

²⁸ İMRE, Z., s. 127, ÖZAKMAN, s. 4 dn.4’de adı geçen yazarlar (Naklen ÖZAKMAN).

²⁹ AKİPEK, J.G., Türk Eşya Hukuku, II. Kitap, Ankara 1971, s. 199; OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 426; ÖZAKMAN, S.4-5; TANDOĞAN, s.144-145, KNAAP, C., Note De Jurisprudence, 1945, s. 518-520 (Naklen ŞAHİNİZ, s.4)

bakımından tahdidi olduğunu ifade etmektedirler. Kanunda sayılan örnekler (su, gaz, elektrik gibi) kayıcı ve akıcı bir niteliğe sahip olan maddelerdir. Ancak bu tür maddelerin nakline hizmet eden tesisatlar zorunlu mecra irtifakına konu olabilirler. Bu maddeler için kurulacak tesisat sabit bir gövdeye sahiptir. Yani, bu gövdenin üstünün açık olması önemli değilse de, akıcı bir kıvama sahip maddeleri nakletmeye yarayan ileri geri gidip gelmek suretiyle hareket etmeyen bir tesisat içinde akmaları esastır. Amaçlanan işlem gerçekleştirilirken yükümlü taşınmaz maliki çoğu zaman bundan haberdar dahi olmamaktadır. Bu nedenle katı maddelerin nakledilmesine hizmet eden tesisatlar için mecra irtifakı kurulamayacağı gibi; teleferik veya finüküler gibi tekerlekli bir araç üzerinde kayan araçlar ya da demiryollarında kullanılan araçlar, gövdenin sabit olmaması nedeniyle mecra hakkına konu olamazlar³⁰.

Kanaatimizce, mecra hakkı kurulması hususundaki ilgili maddelerde sayılanlar göz önünde alınacak olursa, bu örneklerin maddelerin ya da şeylerin niteliği dikkate alınmak suretiyle verildiği aşikârdır. Bu maddeleri iletecek tesisatın taşınmazı üzerinde kurulmasına katlanmakla yükümlü olan mülkiyet hakkı sahibinden, bir de bu tesisatın hareket etmesine ve bundan doğan rahatsızlığa katlanması beklenemez. Ayrıca tesisatın hareket etmesi suretiyle taşıyacağı nesnelere geçişi için "zorunlu geçit irtifakı" kurulması imkânı varken, mecra kavramının kapsamını zorlama yoluyla bu kadar genişletmek doğru değildir. Ancak ilgili hükümlerde sayılan maddelerle aynı niteliğe sahip katı maddeler için mecra irtifakı kurulmayacağını söylemek çok sert bir tutum olacaktır. Eğer bu katı cisimlerin nakline hizmet eden tesisat sabit ise ve nakil işlemi esnasında yükümlü taşınmaz malikinin rahatsızlığına yol açmayacaksa, bu maddeler için de mecra irtifakı kurulabilmelidir.

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir nokta da suların iletilmesine hizmet eden mecralar bakımındandır. Uygulamada örneklerine bakacak olursak su mecralarının çok çeşitli amaçlar için kurulması mümkündür. İçme suyu temini, pis suların ya da lağımaların akıtılması, su ile işleyen makinelerin ya da su değirmenin ihtiyacı olan suyun getirilmesi, tarım arazilerini sulamak ya da

³⁰ Bu konuda eski bir Federal Mahkeme kararı bulunmaktadır. Teleferik ile ulaşım sağlamak üzere kurulan hattın mecra kapsamında olduğunu iddia edilerek açılan davayı "mecralarda yükümlü taşınmaz malikinin sabit bir tesisatın kurulmasına katlanma yükümlülüğü bulunduğunu, tesisat kurulduktan sonra kullanılmasının verdiği rahatsızlığa katlanmasının beklenemeyeceğini, bu hususun mecraların ayırıcı özelliğini teşkil ettiğini" ifade ederek reddetmiştir. JDT 1945 I 515. Karar için bkz: ÖZAKMAN, s. 7.

kurutmak amacıyla kurulan çeşitli yapılar³¹ mecra olarak değerlendirilebilir. Ancak yine burada da akla su mecrası kurmak suretiyle kanunun ilgili hükümlerinde sayılan niteliğe sahip olmayan maddelerin de nakline izin verilip verilemeyeceği sorusu akla gelecektir. Örneğin üzerindeki araçlarla yük ya da insan taşımının mümkün olduğu büyüklükte su mecrası kurulabilir mi? Nasıl ki mecra irtifakı kurmak suretiyle katı maddelerin hareket eden bir gövde üzerinde taşınmasına ilgili kanun hükümleri ile ulaşmak mümkün değilse, ulaşılmak istenen amaç açısından bu şekilde bir su mecrası da kurmak mümkün değildir³².

Komşu taşınmazda su biriktirmek için kurulan havuzlar ve su depolarının da, mecra irtifakının hizmet ettiği amaç göz önüne alınırsa, böyle bir irtifak hakkına konu olamayacakları açıktır. Çünkü tesisat kurmak suretiyle amaçlanan şey, söz konusu maddelerin iletilmesidir³³. Aynı esas su taşkınları önlemek için tesis edilen su bentleri ve su barajları için de söz konusudur. Maddelerin uzun aralıklarla daha iyi iletilmesini sağlayan araçlar açısından mecra kavramına dâhil olup olmadıkları sorusu akla gelebilir. Örneğin uzak bir kaynaktan su sağlamak ya da elektrik sağlamak mecburiyeti varsa, belirli aralıklarla kurulan su arıkları ya da elektrik direkleri bir bütünlük arz ettiği ölçüde tesisat olarak ele alınmalıdır. Bunlar tek başına maddelerin iletilmesine olanak veremeyeceği için tesisat sayılmazlar ve mecra kavramına dâhil olmazlar³⁴.

III. ZORUNLU MECRA İRTİFAKININ KURULMASI İÇİN GEREKLİ OLAN ŞARTLAR

A. Mecra Geçirilmesinin Zorunlu Olması

Bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının, komşu taşınmazın ihtiyacı olan maddeleri sağlayacak tesisatı geçirmek suretiyle sınırlandırılması, ancak komşu taşınmazın gerçekten ihtiyaç halinde bulunması durumunda kabul edilmiştir. Yani mecra geçirilmeden komşu taşınmazın söz konusu maddelere ulaşmasının imkânsız olması gerekir. Dolayısıyla, bir taşınmazın maliki, su, gaz ve elektrik gibi akıcı maddelerin iletilmesi açısından, başka bir taşınmazdan

³¹ Bu yapıların son derece ilkel olması da mümkündür ve mutlaka toprak ile bağlantılı olmaları gerekmez. ÖZAKMAN, s. 8.

³² TANDOĞAN, s. 146.

³³ ÖZAKMAN, s. 9, TANDOĞAN, s. 146.

³⁴ WIELAND, s. 283; ÖZAKMAN, s. 10, TANDOĞAN, s. 146.

mecra geçirme ihtiyacı ve zorunluluğu içinde bulunduğu durumlarda, bu malik açısından bir “mecra zorunluluğu” nun varlığından bahsedilecektir³⁵.

Her ne kadar kanunda “zorunlu mecra irtifakı” açısından bu şart açıkça ifade edilmese de, tüm zorunlu irtifak hakları³⁶ (MK. md. 725/II: taşkın inşaat zorunluluğu; MK. md. 744: zorunlu mecra irtifakı; MK. md. 747: zorunlu geçit irtifakı; MK. md. 761: zorunlu su irtifakı)³⁷ açısından söz konusu irtifakların kurulabilmesi için aslında ilk şart; bu irtifaktan yararlanacak taşınmazın zorunlu bir ihtiyaç halinde bulunmasıdır³⁸. Bu zorunluluk ihtiyacının karşılanması amaçlandığı için bu irtifak hakları “zorunlu irtifaklar” olarak adlandırılmaktadır³⁹. Aslında bu zorunluluk, bir irtifak hakkından faydalanmak isteyen taşınmaz malikinin taşınmazından en uygun ve en üst derecede yararlanmak istemesinden doğmaktadır⁴⁰.

³⁵ ÖZAKMAN, s. 167.

³⁶ Kanun hükümlerinde ifade edilen şartlar gerçekleştiği takdirde, ihtiyaç sahibi olan taşınmaz malikinin talebi ile, malikinin rızasına başvurulmaksızın komşu taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak kurma yetkisi verdiğinden, bu irtifaklar aynı zamanda kanuni irtifaklardır. Daha fazla bilgi için bkz. ARAL, V., “Kanunî İrtifaklar”, İÜHFİM, 1964, C.XXIX, S. 4, s. 1039 vd.

³⁷ Ancak bu noktada şuna değinmek gerekir. “Zorunluluk” hususu “taşkın inşaat zorunluluğu” ve “zorunlu su hakkı” açısından özellik arz etmektedir. Diğer zorunluluk halleri, taşınmazdan en iyi şekilde yararlanmak için mecra ihtiyacı ya da su ihtiyacı ya da geçit ihtiyacından doğmaktadır. Taşkın inşaat zorunluluğunda ise, korunma talep eden malikin kendi yarattığı bir yapı dolayısıyla ortaya çıkan ekonomik değerini korunması ihtiyacı vardır. SERMET, G., Taşkın İnşaat, İstanbul 1982, s. 79-80, SEROZAN, R., “Komşusunun Arsasına Taşan Yapı”, İÜHFİM, 1977, C. XLII, S. 1-4, s. 373; “Zorunlu su hakkı” açısından zorunluluğun tespitinde hakkın tanınmasını talep eden taşınmaz malikinin, taşınmazını konut veya tarımsal faaliyetler için kullanması esas alınmıştır. Yani eğer taşınmaz maliki taşınmazını sınıflama amaçla kullanıyorsa söz konusu zorunluluğun doğduğu söylenemeyecektir. İMRE, s. 111.

³⁸ Federal mahkeme 1958 tarihli bir kararında, köy yoluna çıkmak için yeterli bir geçidi bulunduğu halde, sonradan taşınmazının arkasına inşa ettirdiği bir garaja girip çıkmak gayesiyle, komşu taşınmazdan zorunlu geçit irtifakı isteyen malikin talebini, özel bir otomobilin taşınmazdan yararlanma bakımından zorunlu olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Zira olayda gıda ve yakıt taşıyan arabalar ve taksii ile ambulans binanın önüne kadar gelmektedir. Karar için bkz. ÖZSUNAY, Geçit Hakkı, s. 61.

³⁹ ÖZSUNAY, Geçit Hakkı, s.193, ÖZAKMAN, s. 154.

⁴⁰ Bu durumu taşınmazdan “rasyonel yararlanma” ihtiyacı olarak tanımlayan ve İsviçre ve Alman doktrininden bu kavramı ithal eden ÖZSUNAY, Türk Hukuku'nda yazarların “taşınmazdan rasyonel yararlanma bakımından” geçit yoksunluğu üzerinde durduklarını ancak geçit yetersizliği kavramının çok az işlendiğini ifade etmektedir. Geçit Hakkı, s. 63.

Uygulamaya baktığımızda, Yargıtay'ın da eski tarihlerden beri “zorunluluk” şartını aradığını görmekteyiz. Yargıtay II. HD.'nin 24. 10.1944 tarihli bir kararında⁴¹ bu hususu, “.....mecra hakkında zaruret şartı gerçekleşmediği takdirde komşu gayrimenkulden mecra geçirilmesi MK. md. 668'e aykırıdır” şeklinde ifade etmiştir. Yine Yargıtay 24.11.1936 tarihli bir kararında⁴², bahçesindeki havuza su getirmek için EMK 668. maddesi hükmünden yararlanmak isteyen şahsın talebini “...zaruretin vücudu ispat edilmemiş olması” gerekçesiyle reddederek gerçek ihtiyacın zorunlu mecra hakkını oluşturan şartlardan biri olduğu yolundaki görüşü benimsediğini göstermiştir. Aynı şekilde 14. HD., 22.11.1973 tarihli bir kararında⁴³, “ güdülen amaç bunlar gibi medeni ve zorunlu bir ihtiyacın karşılanmasıdır” şeklinde ifadeler kullanarak “zorunluluk” şartını aradığını açıkça ifade etmiştir. Yargıtay 14. HD., 6.3.1980 tarihli bir kararında⁴⁴; “...Davacılar bu plan ve projeye aykırı biçimde bina inşaa etmişlerse, sonradan zorunluluk halinden söz ederek başkasına ait taşınmazdan pis suların geçirilmesini isteyemezler” şeklinde görüşünü açıklamıştır.

Yine Yargıtay'ın 1997 tarihinde incelemesine konu olan bir dava, EMK. 668. maddesi uyarınca mecra hakkı kurulması isteğine ilişkindir: “.... Hâkim taşınmazın alt yapı tesisi açımı ve yapımı ruhsatına göre kanalizasyon bağlantısının motopompla olacağı belirtildiği halde, davacılar bu sistemin çalıştırılmasının verimli olmayacağı gerekçesiyle kanal sisteminin davalı taşınmazı üzerinden Yumak Sokaktaki ana kanala bağlanmasını istemişler”, mahkeme davayı kabul etmiş, bir kısım davalıların temyizi üzerine, verilen karar sonuç olarak “...motopomplu sistemin hâkim taşınmaza özgü nedenlerle sakıncalı bulunduğu saptanmadan, bilirkişi raporunda yer alan genel sakıncalar nedeniyle kullanılamayacağı düşüncesi, belediyece verilen ruhsat da göz önüne alındığında gerçeğe uygun düşmeyeceği ve zorunluluk halinin doğduğunun kabulünü gerektirmeyeceği...” gerekçesiyle davanın reddine karar vermek gerektiği yönünde bozulmuştur⁴⁵.

⁴¹ Karar için bkz: ÖZSUNAY, Geçit Hakkı, s. 196.

⁴² Karar için bkz: TEPECİ, K., Notlu ve izahlı Türk Kanunu Medenisi, C. II, Ayni Haklar, Ankara 1955, s. 258.

⁴³ Yarg., 14.HD., 22.11.1973 T., 574 E., 433 K.; KARAHASAN, s. 1337.

⁴⁴ Yarg., 14.HD., 6.3.1980 T., 1032 E., 1263 K.; YKD, 1980 Temmuz, s. 1008.

⁴⁵ Yarg., 14.HD., 09.10.1997 T., 6449 E., 6706 K.; Yasa Hukuk ve Mevzuat Dergisi, C. XVII, Ocak 1996, s. 1545.

Zorunlu irtifak hakları düzenlenirken kanun koyucu da “taşınmazlardan azami ölçüde faydalanılması” düşüncesinden hareket etmiştir⁴⁶. Ancak diğer yandan yükümlü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkı sınırlandırıldığı için söz konusu “zorunluluk” halinin son derece titizlikle tespit edilmesi gerekir. Aksi halde taşınmazların irtifak hakları ile aşırı şekilde ve gereksizce sınırlanması söz konusu olur. Zorunluluk kavramı göreceli bir kavram olmasına ve çoğu zaman taşınmazdan yararlanılma biçimine ve hatta iklime göre değişkenlik gösterse de⁴⁷, söz konusu taşınmazın rasyonel bir şekilde işletilmesi ve taşınmazdan iktisadî açıdan en elverişli şekilde yararlanılabilmesi ihtiyacından doğmaktadır.

Bu açıklamalar çerçevesinde taşınmazın gerçek ihtiyacını tespit edebilmek son derece önemlidir. Bu kapsamda taşınmazdan hangi amaçla yararlanıldığı da göz önüne alınmalıdır. Taşınmaz konut olarak kullanılabilirliği gibi tarımsal gayelerle veya sınaî veya ticari gayelerle kullanılabilir. Bu nedenle MK. m.744'de yer almamakla birlikte varlığını kurumun düzenleniş gayesi ve bünyesinden çıkardığımız zorunluluğun ölçüsü hususunda kesin bir kural saptayabilmek mümkün değildir. Bu konuda örnek vermek gerekirse; spor faaliyetlerinin yapılması için inşa edilecek yüzme havuzuna su sağlamak amacıyla, komşu taşınmazdan su mecrası geçirilmesi için MK. md. 744 hükmünden yararlanılabilecek iken, bir süs havuzuna su getirilmek istendiğinde, bir zorunluluktan söz edilemeyeceği için, söz konusu maddeden yararlanılması mümkün olmayacaktır. Aynı şekilde, el tezgâhlarında halı dokunan bir atölye için, yüksek voltajlı elektrik enerjisi zorunlu olmadığından, ihtiyaç duyulan enerjinin iletilmesini sağlayacak mecranın geçirilmesi için, zorunlu mecra hakkına ilişkin MK. md. 744'e başvurulamayacak iken, makineler ile halı dokunan bir fabrikanın duyduğu elektrik ihtiyacı için söz konusu hükme başvurulabilecektir⁴⁸. Yani taşınmazdan mümkün olan en üst yararlanmayı sağlama açısından, iktisadî ihtiyaçlar tereddüt halinde dar olarak değil, fakat taşınmazın kullanılma şekline göre o taşınmazdan en elverişli şekilde yararlanma sağlanmak üzere, geniş olarak yorumlanmalıdır⁴⁹.

⁴⁶ ULUSAN, s. 127.

⁴⁷ Örneğin bir taşınmazın tarım faaliyeti için kullanılması halinde iklim şartlarına göre yeterli suyu yağmur suları ile sağlaması halinde zorunlu su irtifakı kurulması için “zorunluluk” şartının oluştuğundan bahsedemeyiz ancak aynı taşınmazın barınma amacıyla kullanılması ve içme suyuna ihtiyaç duyulması halinde artık bu şartın mevcut olduğunu söyleyebiliriz.

⁴⁸ Bu örnekler için bkz. ÖZAKMAN, s. 169-170.

⁴⁹ ÖZSUNAY, Geçit Hakkı, s. 60.

Zorunluluk hali tespit edilirken dikkate alınması gereken bir başka nokta ise, taşınmazın eskiden beri kullanılma gayelerinin yanında, taşınmazın bulunduğu çevresel faktörlerin değişimine ya da teknik gelişmelere bağlı olarak, taşınmazdan yeni yararlanma şekillerine göre ihtiyaçların da değişebileceğidir. Burada önemli olan yeni ihtiyaçların taşınmazın gerçek ihtiyaçları olarak doğmasıdır. Örneğin taşınmazda yeni bir işletme tipi seçilmiş olabilir⁵⁰. Burada taşınmazdan yeni yararlanma biçiminin ve dolayısıyla doğan yeni ihtiyaçların taşınmazın iktisadî ihtiyaçları çerçevesinde, objektif ve makul ölçüler içinde değerlendirilmesi gerekir. Kanaatimce aksi bir durum, irtifak hakkı tesis edilmesini isteyen taşınmaz malikinin lüks ihtiyaçlarını ve kaprislerini dikkate almak ve komşu taşınmazı keyfi bir şekilde aşırı ölçüde sınırlandırmak olur.

B. Mecranın Başka Yerden Geçirilmesinin “Olanaksız” veya “Aşırı Ölçüde Masraflı” Olması

Bir taşınmazın, malikinin rızası dışında mecra geçirilmek suretiyle kısıtlanabilmesi için, “mecra geçirilmesinin zorunlu olması” dışında, MK. md. 744’te açık olarak ifade edildiği üzere ayrıca bu mecranın başka yerden geçirilmesinin “olanaksız” veya olanaksız olmasa bile “aşırı ölçüde masraflı” olması gerekir.

Bu koşul açısından inceleyeceğimiz “olanaksızlık” kavramı, bir önceki koşul olarak incelediğimiz “zorunluluk” kavramı ile karıştırılabilecek kavramlardır. Mecranın komşu taşınmazdan geçirilmesinin zorunlu olması, mecra ihtiyacı olan taşınmaz sahibinin taşınmazından en uygun ve en üst derecede yararlanabilmesi için gerekliliği ifade eder. Buradaki “olanaksızlık” ise, mecra ihtiyacının komşu bir taşınmazın kısıtlanmadan karşılanamayacağını ifade eder⁵¹. Yani mecra geçirmek isteyen taşınmazın ihtiyacının “zorunluluk” olduğu tespit edildikten sonra, mecranın başka bir yerden geçirilmesinin olanaksız olduğu tespit edilmelidir⁵².

⁵⁰ ŞAHİNİZ, s. 15.

⁵¹ ÖZAKMAN, s.173.

⁵² Bu olanaksızlık, maddi olabileceği gibi hukuki bir olanaksızlık da olabilir. Örneğin, üstünden veya altından mecra geçirilmek istenilen taşınmazdaki toprak kayması veya sıcak su damarları, mecranın gerek yer altından gerekse üstünden geçirilmesine engel teşkil ediyorsa, “maddi olanaksızlık”tan, buna karşılık bir taşınmazdan pis suların akıtılmasına çevre sağlığına ilişkin hukuk kuralları engel oluyorsa, hukuki olanaksızlık”tan söz edilir. ÖZAKMAN, 172.

Komşu taşınmaz katlanma yükümlülüğüne mecbur bırakılmaksızın söz konusu ihtiyaç giderilebilecekse artık olanaksızlıktan bahsedilemez. Nitekim Yargıtay'ın da aynı yönde kararları mevcuttur: Yargıtay 5. HD. 10.5.1955 tarihli bir kararında⁵³, "...değirmene eskiden beri su getiren harkın dolmuş ve temizlenmesinin fazla masraf getirmesi sebebiyle, komşu taşınmazdan mecra geçirilmesinin talep edilemeyeceğine" karar verilmiştir. Yargıtay 14. HD. 9.1.1975 tarihli bir kararında⁵⁴, " taşınmazın bir cephesinde kanalizasyon kanalı bulunmakta olup, pis suların boruyla akıtılması imkanı varken başka bir kanaldan yararlanmak için yandaki taşınmazdan kanalizasyon boruları geçirmek için zaruri mecra hakkına başvurulamaz" demektedir. Yine Yargıtay 14. HD., 8.3.1976 tarihli bir kararında⁵⁵, " Taşınmazını sulamak için komşu taşınmazdan mecra geçirilmesini talep eden malikin taşınmazının sulanmasına hizmet eden kadim su yolu mevcut bulunduğundan MK md. 668'e dayanmayacağına..." karar vermiştir. Daha yeni tarihli bir kararında ise⁵⁶ Yargıtay "...davacı, 101 parsel sayılı taşınmazını mevcut kuyudan elektrik motoru ile çıkaracağı su ile sulayabilmek için, ihtiyacı olan elektriği sağlayabilmek amacı ile enerji nakil hattı için, komşu taşınmazlardan mecra irtifakı kurulmasını istemektedir. Mahkemece mahallinde yapılan keşif sonucu alına bilirkişi raporlarından ve tanık ve tarafların aşamalarda verdikleri beyanlardan, davacının daha önceleri taşınmazını tarlasında bulunan kuyudan traktör yardımıyla çıkardığı su ile suladığı anlaşılmaktadır. Her ne kadar bu şekilde sulamanın davacıya getirdiği külfet bilirkişiye hesaplatılmış olsa da, davacının taşınmazını bu şekilde sulama imkanı var iken zorunluluk halinin bulunmadığı dikkate alınarak davacının talebinin reddi gerekirken kabulü doğru görülmediğinden hükmün bozulmasına..." şeklinde karar vermiştir.

Aslında komşu taşınmazın sınırlanması için bu koşulun aranmaması, mecra ihtiyacı içinde olan taşınmaz malikine, mecra geçireceği komşu taşınmazı kendi isteği doğrultusunda seçme keyfiyetini vermek anlamına gelirdi. Oysa zorunluluk nedeniyle böyle bir ihtiyaç halinde olan taşınmaz malikine sağlanan yetkinin karşılığında mülkiyet hakkı kısıtlanan taşınmaz açısından da menfaatler dengesini gözetmek gerekir.

⁵³ Yarg. 5. HD., 10.5.1955 T. 3663 E., 3050 K.; TİK., 1956, C. I-II, N. 120, s. 71.

⁵⁴ Yarg. 14 HD., 9.1.1975 T., 3669 E., 85 K.; YKD. 1975, S .5, s. 112.

⁵⁵ Yarg. 14. HD., 8.3.1976 T., 1112 E., 1278 K; Karar için bkz: KARAHASAN, s. 1346.

⁵⁶ Yarg. 14. HD., 10.4.2003 T., 9071 E., 2900 K; YKD. 2004, S .12, C. 30, s. 1112.

Bu hususta akla gelebilecek bir başka konu ise, mecra geçirmek isteyen taşınmaz malikinin seçebileceği yani gerekli koşulları karşılayan birden fazla taşınmaz bulunursa, bunlardan hangisinin seçileceği ve kısıtlanacağıdır. Eğer komşu taşınmazlardan sadece bir tanesi koşulları karşılıyorsa esasen sorun yoktur. Artık bu taşınmazın söz konusu mecraya katlanma açısından yükünün ağırlığı ve mecra ile tecek tesisat için yapılacak masrafı araştırmaya gerek yoktur. Ancak birden fazla taşınmaz varsa, hangisinden mecranın en az masrafla geçirilmesi mümkün olacaksa, bu taşınmaz üzerinde mecranın tesis edilmesi gerekir⁵⁷. Bu durum kanunun ifadesinden açıkça anlaşılrsa da, “aşırı ölçüde masraflı” teriminden ne aşılması gerektiği ise açık değildir. Doktrinde bu husus, taşınmazından mecra geçirilmek istenilen malikin katlanmak durumunda kalacağı fedakârlık ile mecra geçirmek isteyen malikin başka bir taşınmazdan mecra geçirmesi halinde yapacağı masraflar arasındaki oran olarak anlaşılmaktadır. Yani eğer ki, taşınmazından mecra geçirilmek istenilen malikin katlanmak durumunda kalacağı fedakârlık, mecranın başka yerden geçirilmesi halinde yapılacak masraflara oranlara daha ağır bir yük teşkil ediyorsa, bu durumda zorunlu mecra irtifakı kurulması için gerekli şart gerçekleşmemiş demektir⁵⁸.

Yargıtayın da zorunlu mecra irtifakının geçirilebileceği birden fazla taşınmaz bulunması durumunda hangisinin tercih edilmesi gerektiği hususunda aynı ölçüyü kullandığını görüyoruz⁵⁹. Nitekim Yargıtay 14. HD.’nin 24.09.1985 tarihli bir kararında⁶⁰ davacı, taşınmazı lehine ve davalı taşınmazı aleyhine olmak üzere 579 ada 9 parselden kanalizasyon geçirilmek suretiyle zorunlu mecra hakkı kurulmasını talep etmiştir. Davacının pis sularının akıtılması ve uyumsuzluğunun çözümü için, üç farklı sistem önerilmiştir. Birinci sistem, davacıya ait birinci ve zemin kattaki pis suların kendi kendine, bodrum kattaki suların ise,

⁵⁷ ŞAHİNİZ, s. 26.

⁵⁸ SAYMEN/ELBİR, s. 351; TANDOĞAN, s. 625; OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 437, ÖZAKMAN, s.172, ÖZSUNAY, Geçit Hakkı, s. 193, dp. 56.

⁵⁹ Yargıtay 1975 tarihli bir kararında, “...davacının talep ettiği lağım yolunun, çıkmaz sokaktan geçirilerek daha kolay ve az masrafla ana kanalizasyona bağlanabileceği ve davalının başka kişilerin mülkü altından geçerek ana kanalizasyona bağlanan kendi lağım kanalı ile davacının istediği lağım yolunun birleştirilmesi durumu nazarı itibare alındığında ortaya çıkacak sakıncalara dair savunma üzerinde gereği gibi durulmamış olduğu...” gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Yarg. 14. HD. 20.12.1975 T., 5517 E., 570 K.; Karar için bkz: KARAHASAN, s. 1346.

⁶⁰ Yarg. 14. HD., 24.09.1985 T., 3461 E., 5698 K; YKD. 1986, S.4, C. 12, s. 555.

tulumba ile, Nisbetiye Caddesindeki ana kanalizasyona akıtılmasıdır. Ancak bu sistemin pahalı ve kullanılmasının zor olacağı belirtilmiştir. İkinci sistem, Nisbetiye ve Hürriyet Mücahitleri Caddesi'nde yeniden kanal açılarak büz döşenmesi ve Hürriyet Mücahitleri Caddesi'ndeki ana kanalizasyona bağlanmasıdır. Üçüncü sistem ise, davacı ve davalının binalarının arka bahçelerine büz döşenerek, Hürriyet Mücahitleri Caddesi'ndeki ana kanalizasyon ile bağlantı sağlanması ve pis suların buraya akıtılmasıdır. Bu son iki sistemde kirli sular kendi kendilerine akacak olmakla birlikte, ikinci sistemin davalıya zarar vermeyeceği ve üçüncü sisteme oranla 1/2.7 oranında pahalı olacağı, buna karşılık, üçüncü sistemin uygun ve ekonomik olup, tercihi gerekeceği belirtilmiştir. İkinci sistemin ise, 1.230.000TL'ye mal olacağı bildirilmiştir. Uzman bilirkişiler tarafından üçüncü sistemin projesi hazırlanmış ve zaruri mecra hakkı için 690.000-TL tazminat ödenmesi gerekeceği açıklanmıştır. Projeyi hazırlayan bilirkişiler, kendilerinden önce düzenlenen rapordaki tazminat hesabında yanlışlık yapıldığını bildirmişlerdir. Bu durumda, davalının bahçesinde büz döşenerek, Hürriyet Mücahitleri Caddesi'ndeki ana kanalizasyona bağlanması için "yapılacak masraf ve tazminatın" toplamından oluşacak bedel ile, ikinci sistemin maliyeti arasında leh ve aleyhte pek az bir fark olacağını anlaşılmakta olduğu ve tarafların sosyal durumları, bugünkü hayat koşulları ve paranın alım gücü karşısında, bu farkın fazla masraf olarak kabul edilemeyeceği, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü için en uygun sistemin ikinci sistem olduğu kabul edilmiştir. Ayrıca bu durumda, davalı taşınmazın yükümlülük altına girmemiş olacağı da belirtilmiştir. Bütün bu hususları göz önünde bulunduran Yargıtay; "... davacının, 579 ada 8 parsel sayılı taşınmazında mevcut binasının pis sularını, Nisbetiye ve Hürriyet Mücahitleri Caddelerinde, yeni kanal açmak, büz döşemek ve bu kanal ile, Hürriyet Mücahitleri Caddesindeki ana kanalizasyona bağlamak suretiyle akıtılmak olanağına sahip olduğu, bu sistemin, davalının taşınmazından geçirilecek kanala nazaran pek fazla masrafı gerektirmediği anlaşıldığı ve Medeni Kanun'un 668. maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmediği" ne karar vermiştir.

Bu açıklamalardan sonra akla gelebilecek bir soru da fayda-menfaat terazisinde eğer mecra geçirilebilecek taşınmazların birinden mecra geçirilmesi, diğerinden geçirilmesine göre eşit düzeyde kalıyorsa ne olacaktır. Böyle bir durumda mecra geçirmek isteyen taşınmaz malikine tercih hakkı imkânı verilmelidir. Aksi bir düşünce, tüm taşınmaz sahiplerinin, mecra ihtiyacı içinde

olan taşınmaz sahibini, diğer taşınmaz sahibine başvurması gerekçesi ile reddetme imkânı vermek olur⁶¹.

C. Mecranın Geçirileceği Taşınmazın “Komşu Taşınmaz” Olması

Mecra irtifakından yararlanacak taşınmaz lehine, tesisatın komşu taşınmazdan geçirilmesi gerektiği hususundaki şart aslında kanun hükümlerinde açıkça yer almamaktadır. Mecra geçirilmesinin “zorunlu olması” şartında olduğu gibi, varlığını hukuki kurumun düzenlenme gayesinden ve ilgili hükümlerin komşuluk hukukunu düzenleyen hükümler arasında yer almasından anladığımız bir şarttır⁶². Yargıtay da zorunlu mecra hakkına ilişkin hükümlerin (EMK. md. 668 vd.) komşuluk hukuku ilişkilerini düzenleyen hükümler arasında yer aldığını açıkça ifade etmektedir⁶³.

Bununla birlikte komşu kavramının tanımı yapılmadığı için hangi taşınmazların komşu sayılabileceği ve zorunlu mecra ihtiyacı nedeniyle kısıtlanabileceği hususunda farklı görüşler vardır. Bu görüşlerden bazıları komşuluk sınırını çizmenin mümkün olmadığı ve şartları gerçekleştiği takdirde diğer bütün taşınmazların sınırlanabileceği yönündedir⁶⁴. Diğer bir görüş ise, komşuluk tanımı yapmanın ve bu konuda bütün olaylara uygulanabilecek genel kurallar koymanın mümkün olmadığını ancak bazı kıstaslar ile komşu kavramının sınırlarının çizilmesi gerektiği yönündedir⁶⁵.

Kanaatimizce, komşu taşınmaz sınırını suni çizgiler ile çizmek ve hâkimin önüne gelen her olayda uygulayacağı kesin bir tanımlama yapmak, incelediğimiz kurumun tesis edilme gayesi ile uyuşmayacaktır. Aksi takdirde bu sınırlar dışında kalan bir komşu taşınmazın sınırlanması mümkün olmayacak ve

⁶¹ ÖZAKMAN, s.173.

⁶² Aynı yönde görüşler için WIELAND, s. 283; OĞUZMAN/SELİÇİ, s.424–425; ÖZAKMAN, s.178; TANDOĞAN, s. 619.

⁶³ “..... MK’ nun 668.maddesi komşuluk hukuku ile ilgilidir ...”. Yarg.İ. HD., 3.3.1986 T., 1246 E., 1392 K., YKD. 1986/7, s. 1016.

⁶⁴ Örneğin TANDOĞAN, özellikle sanayi ve teknolojinin gelişmesinin önemini vurgulayarak, mecralardan mümkün olabildiği kadar çok yararlanmanın gerektiğini belirtmiştir. TANDOĞAN, s. 629.

⁶⁵ WIELAND “komşu” kavramına, sadece aynı bölge veya mahallede bulunan taşınmazların girdiğini kabul etmekte ve daha uzakta bulunan taşınmazların ise bu kavramın dışında kalacağını belirtmektedir. WIELAND, s. 283. Bazı yazarlar ise bu konuda sınırı arazinin yapısının çizeceğini söylemektedir. Yani oluşum açısından aynı bölgede olanlar için komşu denilebilir. ÖZAKMAN, s. 178, dp. 68’deki yazarlar.

mecra ihtiyacı içinde olan taşınmaz maliki, taşınmazından elverişli şekilde yararlanamayacaktır. Ancak ilgili hükümlerin diğer taşınmazları aşırı bir şekilde sınırlandırmanın önüne geçmek istediği hususu da göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle, her somut olayda hangi taşınmazların komşu olduğu ve dolayısıyla hangilerinin sınırlandırılabilceği ayrı ayrı değerlendirilmelidir⁶⁶.

Bu konuda şunu da tespit etmek gerekir ki, taşınmazların komşu sayılmaları için bitişik olmalarına gerek yoktur. Yargıtay'ın kararlarına baktığımız zaman bu konuda daha ziyade mesafeyi ölçü olarak kullandığını görüyoruz. Nitekim Yargıtay 14. HD., 3.3.1986 tarihli başka bir kararında⁶⁷, "...kilometreyi aşan uzaklıktaki taşınmazlardan geçen teller hakkında MK. md.668'in uygulama olanağının bulunup bulunmadığının tartışılması gerekirken, bu husus tartışılmadan karar verilmesinin isabetsiz olduğu ..." şeklinde ifade etmiştir.

D. Mecranın Geçirileceği Taşınmaz Malikinin "Zararının Peşin Olarak ve Tamamen Tazmini"

Mülkiyetin dolayısıyla kanundan doğan sınırlamaları arasında yer alan zorunlu irtifak haklarında ihtiyaç içinde bulunan ve kendisine zorunlu irtifak hakkının tanınmasını talep eden taşınmaz maliki, taşınmazından en elverişli şekilde yararlanmasını sağlayacak olan zorunlu irtifak hakkının karşılığını, kendisine bu hakkı tanıyan komşu taşınmazın malikine ödemek zorundadır. Medeni Kanun'da bu husus tüm zorunlu irtifaklar için açıkça belirtilmiştir⁶⁸.

Zorunlu mecra irtifakının doğması için, MK. md. 744'de açıkça ifade edildiği gibi, şartlardan biri de mecranın geçirileceği taşınmaz malikinin uğrayacağı zararın tamamen ve peşin olarak ödenmesidir. Çünkü tüm zorunlu irtifak halleri gibi, zorunlu mera irtifakında da, komşu taşınmazın mülkiyet hakkına hukuka uygun bir fiil ile zorunluluk nedeniyle müdahale söz konusudur. Bu müdahale nedeniyle komşu taşınmazda oluşan zarar, zarar gören malike tanınan bir "tam tazminat" talebi ile denkleştirilmeye çalışılmıştır. İhtiyaç halinde olan taşınmazdan sahibinin "en elverişli" şekilde yararlanabilmesine

⁶⁶ Aynı yönde ŞAHİNİZ, s. 32.

⁶⁷ Yarg. 14. HD., 3.3. 1986 T. 1246 E. 1392 K.; YKD., 1986/7, s. 1016.

⁶⁸ Taşkın inşaat zorunluluğu için kanun (MK. md. 725/II) her ne kadar "uygun bir bedel"den söz ediyorsa da, bunu tam bir tazminat şeklinde anlamak gerekir. SEROZAN, s. 372.

ilişkin menfaati, komşu taşınmaz maliki için katlanma yükümlülüğüne neden olmakta ve ağır bir fedakârlık doğurmaktadır⁶⁹.

Zaruri mecra irtifakı karşılığında, katlanma yükümlülüğü altına giren komşu taşınmaz malikine ödenecek tazminat, taşınmazından mecra geçirilmesine katlanmak durumunda olan malikin mecranın geçirilmesinden önceki mal varlığı durumu ile sonraki mal varlığı durumu arasındaki farkın giderilmesi anlamına gelir. Bu nedenle tazminat miktarının, mecra geçirilmesine katlanma yükümlülüğü altındaki malikin, mecranın geçirilmesi sebebi ile mal varlığında meydana gelen bütün azalmayı karşılaması gerekir. Örneğin, mecranın geçirilmesi dolayısıyla yükümlü gayrimenkulün değerinde bir azalma meydana gelmiş olabilir ya da mecranın geçirilmesi yükümlü taşınmazın bir bölümünü kullanılamaz hale getirebilir. Bu gibi hallerde mecranın geçirileceği arazi parçasının değer kaybı ve mecra yükümlüsü malik tarafından artık kullanılamamasından doğan zarar, tazminat hesaplanırken dikkate alınmalıdır⁷⁰.

Tazminat hesaplanırken yükümlü taşınmaz malikin katlandığı masraflar ve yapmış olduğu harcamalar da dikkate alınmalıdır. Örneğin mecranın geçirilmesi için yükümlü taşınmazda bulunan ekinler veya bitkiler telef olmuşsa, bunlar da tazmin edilmelidir. Ayrıca mecra geçiren irtifak sahibinin, yükümlü taşınmaz üzerinde tesis ettiği mecranın bakımı, onarılması, kontrolü gibi nedenlerle, yapacağı birtakım faaliyetlerin verebileceği zararlar da göz önüne alınmalıdır. Yükümlü taşınmaz maliki açısından dikkate alınması gereken bir diğer zarar ise, gelecekte gerçekleşmesi muhtemel kazanç kaybıdır. Çünkü mecranın yükümlü taşınmazdan geçirilmesi, o taşınmazın ileride daha karlı bir şekilde değerlendirilme imkânını ortadan kaldıracaktır. Ancak böyle bir kazanç kaybından bahsedebilmek için kazanç kaybının gerçekleşme ihtimalinin, her somut olayda ciddi bir şekilde değerlendirilmesi gerekir⁷¹.

⁶⁹ Aslında bu "fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin" komşuluk hukukundaki somut görünüm şeklidir yani bir uygulama biçimidir. ÖZSUNAY, "Zaruri Geçit Hakkında Tazminat Meselesi", İBD 1962, C. XXXVI, S. 11-12, s. 306-307; ULUSAN, s. 127.

⁷⁰ Örneğin yükümlü taşınmaz üzerinde tesis edilen enerji hattı, o taşınmaz üzerinde belli bir yükseklikten daha fazla inşaat yapılmasını engellemişse, bu durum taşınmazın değerinin düşmesine neden olacaktır. Dolayısıyla söz konusu tazminat, bu değer azalmasını kapsamalıdır. TANDOĞAN, s. 626; ÖZAKMAN, s. 175.

⁷¹ Örneğin yükümlü taşınmaz maliki, taşınmazı üzerinde inşaat yapmayı tasarlamış ancak mecranın geçirilmesi yüzünden inşaat işine girişmemiş olması veya karşı tarafın böyle bir sınırlamanın var olmasından dolayı malik için karlı olan bir sözleşmeyi yapmaktan vazgeçmiş olması gibi. Örnekler için bkz. ŞAHİNİZ, s. 112.

Uygulamada Yargıtay da mecra geçirilmesi nedeniyle, yükümlü taşınmaz malikinin mal varlığında meydana gelen değer kaybının ve bütün zararların karşılanması gerektiğine karar vermiştir. Yargıtay 14. HD., 22.06.1987 tarihli bir kararında⁷² “.....yalnız mecra tesis edilecek yer için değil, bu taşınmazın böyle bir külfetle yükümlü tutulması sonucu taşınmazın tümünde hasıl olacak değer kaybının ve bu yüzden uğranılacak zararın göz önünde tutulması ve bu hususta muhdesat bakımından da değerlendirme yapılması icap eder” demektedir.

Zorunlu mecra irtifakını düzenleyen kanun hükümlerinde tazminatın bir defada mı yoksa belirli aralıklarla irat şeklinde mi ödeneceği konusunda bir açıklık yoktur. Ancak kanaatimizce kanunda kullanılan ifadenin açıklığı ve kesinliği karşısında tazminatın bir defada ödenmesine karar verilmelidir. Ancak ileride zorunluluk halinin ortadan kalkması ya da değişmesi halinde tazminatın iadesi gündeme gelebileceği için, irat şeklinde ödenmesini uygun gören yazarlar da mevcuttur⁷³.

Mecra geçirmek isteyen taşınmaz maliki yenilik doğuran hak niteliğindeki tescil talebinde bulunabilmesi için, yükümlü taşınmaz malikine tazminatı ödemiş olması ya da ödemeyi teklif etmesi gerekir. Aksi bir durum, kanunda sayılan şartın yerine gelmemiş olması nedeniyle zorunlu mecra irtifakının doğumuna engel olur⁷⁴.

SONUÇ

Mülkiyet hakkı Roma Hukuku'ndan beri çeşitli amaçlarla bir takım sınırlamalara maruz kalmaktadır. Bunlardan en önemlisi de komşuluk hukuku nedeniyle yapılan sınırlamalardır.

⁷² Yarg. 14.HD. .. 22.06. 1987 T., 3955 E., 5412 K.; YKD. 1987/11, s. 1682.

⁷³ ÖZSUNAY, s. 130-131. Yazara göre, tazminatın irat olarak ödenmesine karar verilmesi halinde, sonraki ödemeleri teminat altına almak için aynı bir teminat sağlanması doğru bir çözüm olacaktır.

⁷⁴ Özakman, MK. md. 731/2'ye dayanarak, zorunlu mecra irtifakının tesis edilebilmesi için gerekli bir diğer şartın ise mecra geçirmek isteyen şahsın bu husustaki hakkından tapuya gerekli bir diğer şartın ile feragat etmemesine bağlı olduğunu yazmaktadır. (İlgili eser s. 181). Bu hususun ayrı bir şart olarak değerlendirilmesi kanaatimizce uygun değildir. Çünkü zorunlu mecra irtifakına ilişkin özel bir düzenlemenin bulunmadığı hususlarda zaten mülkiyetin sınırlandırılmasına ve rızai mecra irtifakına ilişkin düzenlemeler kıyasen geçerli olacaktır.

Komşuluk ilişkileri nedeniyle yapılan sınırlamaların somutlaştığı zorunlu irtifak hakları, taşınmazlardan en üst seviyede yararlanma düşüncesinden kaynaklanır. Zorunlu irtifakların bir çeşidi olarak, Medeni Kanunu'muzun 744 ile 746'ıncı maddeleri arasında karşımıza çıkan “zorunlu mecra irtifakı” da mecra geçirmek isteyen taşınmaz malikine, kanunda sayılan şartlar gerçekleştiği takdirde, komşu taşınmazdan mecra geçirebilmesi için bir talep hakkı vermekte ve bu yolla komşu taşınmaz maliki katlanma yükümlülüğü altına girmektedir. Roma Hukuku'nda yükümlü taşınmazın maliki ile anlaşarak mecra geçirilmesi (özellikle komşu taşınmazda bulunan sıcak sulardan ya da o arazide kaynağı çıkan ancak kamuya ait sayılan sulardan yararlanmak amacıyla, onun arazisine ihtiyaç zorunluluğu halinde olan taşınmaz malikinin su arki tesis etmesi suretiyle) mümkün ise de yükümlü taşınmazın malikinin rızası dışında, onun taşınmazından mecra geçirilebilmesi usulüne rastlanmamıştır.

Zorunlu mecra irtifakının doğması için gerekli olan bazı şartlar kanunda açıkça yer almaktadır. Bazıları ise açıkça yer almamakla birlikte kurumun düzenlenme amacından veya mahiyetinden anlaşılmaktadır. Bu şartlar “mecra geçirilmesinin zorunlu olması”, “mecranın başka yerden geçirilmesinin olanaksız veya aşırı ölçüde masraflı olması”, “mecranın geçirileceği taşınmazın komşu taşınmaz olması”, “mecranın geçirileceği taşınmaz malikinin zararının peşin olarak ve tamamen tazmin edilmesi”dir. Yani bu son şart ile karşılıklı çatışan iki menfaatten “ekonomik yönden değerli” olanına ağırlık verilmekte ve hangi menfaat iktisadi açıdan taşınmazdan en üstün derecede yararlanılmasını sağlayacaksa, bu menfaate uygun müdahalelere izin verilmektedir. Menfaatlerden birinin diğerine feda edilmesi halinde, ağır bir fedakârlığa katlanmak yükümlülüğü altına sokulan malikin bundan doğan zararı, üstün menfaat tarafından ödenecek tazminat ile denkleştirilmektedir.

Medeni Kanunumuzda sayılan şartların doğması halinde mecra geçirmek zorunluluğu içinde olan taşınmazın maliki, komşu taşınmazın iradesi göz önüne alınmaksızın, kendi taşınmazı lehine aynı bir mecra hakkının kurulması için kanuni talep hakkına sahip olacaktır. Anlaşılabileceği gibi inceleme konumuz olan “zorunlu mecra irtifakı”, komşuluk ilişkileri nedeniyle doğabilecek önemli bir ihtiyacı karşılamaktadır.