

Hakemli

ROMA HUKUKU VE TÜRK HUKUKUNDA TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARININ ÖZELLİKLERİ

*The Characteristic of Predial Servitudes in Roman Law and
Turkish Law*

Bahar ÖCAL APAYDIN*

ÖZET

İsviçre ve Türk hukuk düzenlerinde taşınmaz lehine irtifak hakları, bir taşınmaz üzerinde kullanma yahut yararlanma sağlayan sınırlı ayni haklardandır. Taşınmaz lehine irtifak hakları Roma hukukunda eski çağlarda tarım toplumunun ihtiyaçlarını karşılamak üzere ortaya çıkmış ve zamanla toplumun değişen ihtiyaçları doğrultusunda çeşitlenmiştir. Taşınmaz lehine irtifak haklarının özellikleri bakımından belirleyici olan ilke ve ölçütler ise Romalı hukukçular tarafından geliştirilmiştir. Bu ilke ve ölçütler şu şekilde sıralanabilir: Taşınmaz lehine irtifak hakkı bakımından benimsenen objektif yarar ölçütü; malikin kendisine ait taşınmaz üzerinde irtifak hakkı kuramaması; irtifak hakkının içeriğinin bir yapma ediminden oluşmaması ve taşınmaz lehine irtifak hakkının bölünememesi. İsviçre Medeni Kanunu'nun ve Türk Medeni Kanunu'nun taşınmaz lehine irtifak haklarına ilişkin hükümlerinin bazıları, bu ilke ve koşulların esas alındığı bir anlayışla düzenlenmiştir. Örneğin, taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin bir yapma ediminden oluşamayacağı ilkesi her iki hukuk düzeninde de benimsenmiş ve bu doğrultuda gerek İsviçre Medeni Kanunu'nda gerekse Türk Medeni Kanunu'nda hüküm sevk edilmiştir. Ne var ki, söz konusu kanunlaştırmalarda farklı bir anlayışı yansıtan hükümlerle karşılaşmak da mümkündür. Örneğin, İsviçre ve Türk hukuk düzenlerinde malik kendi taşınmazı üzerinde bir başka taşınmaz lehine irtifak hakkı tesis edebilir. Bu çalışmanın amacı, taşınmaz

Makalenin Geliş Tarihi: 10.01.2020, **Makalenin Kabul Tarihi:** 24.06.2020

* Dr. Öğretim Üyesi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, bahar.ocalapaydin@ogu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9106-8286

-Bu makale, Roma Hukukundan Günümüze Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları isimli doktora tez çalışmasından türetilmiştir.

lehine irtifak haklarının özelliklerini İsviçre hukukunu da dikkate almak suretiyle, Roma hukuku ile Türk hukukunu karşılaştırarak incelemektir.

Anahtar Kelimeler: Taşınmaz lehine irtifak hakları; yarar ölçütü; nemini res sua servit; servitus in faciendo consistere nequit; servitutes dividi non possunt

ABSTRACT

Predial servitudes are limited rights in rem which provide usus on a land in Swiss and Turkish legal order. Predial servitudes had emerged in Roman law in order to meet the needs of agricultural society in ancient times and had been diversified in line with the changing needs of society. The principles and criteria which are decisive in terms of the predial servitudes had been developed by Roman jurists. These principles and criteria can be listed as follows: utilitas fundi; nemini res sua servit; servitus in faciendo consistere nequit and servitutes dividi non possunt. Some of the provisions of the Swiss Civil Code and the Turkish Civil Code on predial servitudes are regulated with a perspective on which these principles and criteria are based. For example, the principle of servitus in faciendo consistere nequit adopted in both legal systems and in this respect, the Swiss Civil Code and the Turkish Civil Code contains provisions regarding this principle. However, it is also possible to come across provisions that reflect a different perspective in these codifications. For example, in Swiss and Turkish legal systems, the owner may establish an easement on her/his land in favor of her/his another land. The aim of this study is to examine the characteristics of predial servitudes by comparing Roman law with Turkish law and also taking into account Swiss law.

Keywords: Predial servitudes; utilitas; nemini res sua servit; servitus in faciendo consistere nequit; servitutes dividi non possunt

GİRİŞ

Mülkiyet hakkı, bir eşya üzerinde en geniş yetkileri içeren aynı haktır. Bu kapsamda malik, o eşyayı kullanma, o eşyadan yararlanma ve o eşya üzerinde tasarrufta bulunma yetkilerine sahip olmaktadır. Ne var ki, bazı hallerde bir eşya, özellikle bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkından fayda elde etmek için bir başka taşınmazdan yararlanmak gerekebilir. Örneğin, ana yola çıkabilmek için komşu taşınmazdan geçmek bir zorunluluk olabilmektedir ya da binaların konumları nedeniyle bir binanın yükseltilmesi diğer binanın ışık ve manzarasını kapatabilmektedir. Bu gibi durumlarda,

birinci örnekte olduğu gibi, kişinin ana yola çıkabilmek için komşu taşınmazdan her geçişinde taşınmaz malikinden izin alması ve buna bir süreklilik kazandırılması söz konusu olmaktadır. İkinci örnekte ise binayı yükselten kişinin binayı yükseltmemesi ve bu suretle diğer bina malikinin ışığını kesmemesi ya da manzarasına engel olmaması için çeşitli düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır. Diğer bir deyişle bu hallerde, bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkından elde edilen fayda, başka bir taşınmazdan yararlanmayı gerektirmektedir. Romalılar da bahsi geçen ihtiyaçları karşılamak amacıyla, çeşitli yollara başvurmuşlardır ve bu sayede bugün “taşınmaz lehine irtifak hakları” olarak adlandırdığımız hukuki kurumunun temellerini atmışlardır.

Roma’da taşınmaz lehine irtifak haklarının ortaya çıkışı oldukça eski olmakla birlikte, taşınmaz lehine irtifak hakları kurumunun genel teorisi, Romalı Hukukçular tarafından geliştirilmiş ve modern kanunlaştırmalara yansımıştır. Romalı hukukçuların taşınmaz lehine irtifak haklarının özellikleri ile ilgili yapmış oldukları çalışmaların yansımalarına, belirli bir gelişim çizgisi izlemek suretiyle İsviçre ve Türk hukuk düzenlerinde rastlanmaktadır. Taşınmaz lehine irtifak haklarının özellikleri bakımından kimi zaman Romalı hukukçuların geliştirdiği ilkelerle benzerlikler görülmekteyken, kimi zaman çok farklı bir düzenleme ile karşılaşılmaktadır.

Bu çalışmanın amacı, öncelikle taşınmaz lehine irtifak haklarının özellikleri ile ilgili olarak Romalı hukukçuların yapmış oldukları tespitleri ve geliştirmiş oldukları ilkeleri ortaya koymak ve ardından İsviçre Medeni Kanunu ve Türk Medeni Kanunu sistematığı bakımından Roma hukukunda taşınmaz lehine irtifak haklarının özellikleri ile benzer ve farklı olan hususları inceleme konusu yapmaktır.

I- TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKKI KAVRAMI

A. ROMA HUKUKUNDA TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARI

Romalılar, taşınmaz lehine irtifak haklarını tanımlama ve sınıflandırma ihtiyacı duymamışlardır¹. Bunun nedeni, Roma Hukukunda genel bir taşınmaz lehine irtifak hakkı kavramı olmamasında aranmaktadır². Zira Roma’da belirli

¹ Grosso, G. (1969), *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, Giappichelli Editore, s. 11; Öcal Apaydın B. (2014), *Roma Hukukundan Günümüze Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları*, Yetkin Yayınları, s. 61 .

² Capogrossi Colognesi, L. (2004), *L’Invenzione dei diritti reali in diritto romano*, *Diritto romano e terzo millennio*, Radici e prospettive dell’esperienza giuridica contemporanea, Napoli, Jovene Editore, s. 259.

ihtiyaçları karşılamak amacıyla bugün genel olarak irtifak hakları şeklinde ifade ettiğimiz haklar, zaman içinde teker teker kabul edilmiş ve ortaya çıkan irtifak hakkı, içeriği dikkate alınarak, *iter*, *actus*, *aquae ductus* gibi adlandırılmıştır. Zamanla irtifak haklarının sayısının artması ile hepsine genel bir isim verilmesi ihtiyacı doğmuştur; ancak yine de Romalı hukukçular irtifak haklarını içeriklerini dikkate alarak tek tek ele almış ve genel bir kavram yaratma çabası içine girmemişlerdir³.

Taşınmaz lehine irtifak hakları için klasik hukuk döneminde *iura prediorum* ya da *servitutes* kavramları kullanılmaktadır⁴. İrtifak haklarının *iura prediorum* şeklinde ifade edilmesi, *servitutes* şeklinde ifade edilmesinden daha eski olmakla birlikte hukuki bir kavram olarak ortaya çıkmamıştır, daha çok hakkın bir taşınmazın lehine söz konusu olduğunu belirtme amacıyla kullanılmaktadır⁵. Diğer bir deyişle *iura prediorum* ifadesi, lehine irtifak hakkı kurulan taşınmazı yani aktif tarafı yansıtmaktadır⁶. *Servitutes* kavramı ise üzerinde irtifak hakkı kurulan taşınmazın yani yüklü taşınmazın, lehine irtifak hakkı kurulan yani yararlanan taşınmaza fayda sağlaması düşüncesinin ürünüdür⁷. Bu düşünce, Cumhuriyet Döneminin sonlarına doğru ortaya çıkmış ve taşınmaz lehine irtifak hakları ile bir taşınmazın bir başka taşınmaza tabi olduğu anlayışını doğurmuştur. Dolayısıyla *servitutes* ifadesi, irtifak hakkı ile yüklü taşınmazı yani pasif tarafı yansıtmaktadır⁸.

Gaius'un *Instituones*'inde ve *Digesta*'daki kimi metinlerde *iura praediorum* ifadesinin⁹ kimi metinlerde ise *servitutes* ifadesinin¹⁰ tercih edildiği görülür.

³ Bu durum Romalıların hukuki sorunları somut olarak ele almasından kaynaklanır. O nedenle soyut kavramlar oluşturmaktan kaçınmışlardır. Bkz. Biondi, B. (1954), *Le servitù prediali nel diritto romano*, Milano, Giuffrè Editore, s. 87 vd.; Grosso, 1969, s.77.

⁴ Burdese, A. (1970), *Servitù (Diritto Romano)*, Novissimo Digesto Italiano, Torino, UTET, s. 119; Öcal Apaydın, s. 61.

⁵ Karlowa, O: *Römische Rechtsgeschichte II*, Leipzig 1901, s. 405 (Naklen Biondi, 1954, s. 88).

⁶ Öcal Apaydın, s. 61.

⁷ Solazzi, S. (1947), *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli, Jovene Editore, s. 1; Grosso, G. (1944), *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana*, Torino, Giappichelli Editore., s. 27; Burdese, A. (2007), *Le servitù prediali, Linee teoriche e questioni pratiche*, Padova, CEDAM, s. 2; Öcal Apaydın, s. 61.

⁸ Öcal Apaydın, s. 61.

⁹ Gai.2.31; Gai.2.14; Gai.2.29; D.8.6.3; D.20.1.11.3.

¹⁰ Gai.2. 14a; Gai.2. 17.

D.1.8.1.1(Gaius 2 inst.)

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

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

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

Belirtmek gerekir ki, Romalılar her ne kadar taşınmaz lehine irtifak hakkını ifade etmek için “*ius*” kelimesinin çoğulu olan “*iura*” kelimesini kullansalar da taşınmaz lehine irtifak hakları bakımından *ius*, tam olarak bugün anladığımız anlamda “hak” kavramına karşılık gelmemektedir¹¹. Bu ifade, daha ziyade taşınmaz üzerindeki hâkimiyeti ve/veya yetkiyi işaret etmektedir.

Klasik sonrası hukuk döneminde, irtifak haklarının klasik dönemdeki anlam ve içeriği yavaş yavaş kaybolmaya başlamıştır¹². “*De servitutibus*” yani “İrtifaklara Dair” başlığı açıkça *Codex Theodosianus*¹³’da yer almamakla beraber *Lex Romana Visigothorum*’da¹⁴ da böyle bir başlığa rastlanmamaktadır¹⁵. Ancak *Codex Theodosianus* 2.23 ve 2.24. bölümüne

¹¹ Öcal Apaydın, s. 68.

¹² Corbino, A. (1990), *Servitù (Diritto Romano)*, Enciclopedia del Diritto, C.42, Milano, Giuffrè Editore, s. 257; C Caravale, M. (1970), *Servitù (Diritto Intermedio)*, Novissimo Digesto Ita-liano, Torino, UTET, s. 125; Levy, E. (1951), *West Roman Vulgar Law*, Philadelphia, The American Philosophical Society, s. 55-59; Öcal Apaydın, s. 62.

¹³ 313 yılından 438 yılına yani II *Theodosius*’e kadar Roma’da hüküm sürmüş olan imparatorlarca çıkartılan emirnamelerin derlemesidir (Pharr, s. XVII). 439 yılında Doğu Roma’da yürürlüğe girmiş ve Batı Roma hükümdarı III *Valentinianus*’un isteği ile batıya gönderilmiş ve senatonun onayına sunulmuştur. Doğuda 529 yılında *Codex Iustinianus*’un ilkinin ilanına kadar yürürlükte kalmıştır. Batıda ise imparatorluk yıkılana kadar yürürlükte kalmış; ancak daha sonra Roma topraklarında yaşayan kavimlerin kanunlarında yapılan alıntılarla yaşamaya devam etmiştir Talamanca, M. (1989), *Lineamenti di Storia del Diritto Romano*, 2. Bası, Milano, Giuffrè Editore, s. 613 vd.).

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

¹⁵ Levy, s. 55.

karşılık gelen *Codex Iustinianus*'un 3.34. bölümünün başlığı “*De servitutibus et de aqua*” yani “İrtifaklara ve Suya Dair” şeklindedir¹⁶.

Iustinianus'un *Institutiones*'inin 2.3 bölümünün başlığı da “*De Servitutibus*” yani “İrtifaklara Dair” şeklindedir ve metinde *servitutes praediorum* ifadesinin kullanıldığı açıkça görülmektedir¹⁷. *Iustinianus* döneminin kaynaklarında artık *servitutes* terimi yalnızca taşınmaz lehine irtifak haklarını ifade etmek için kullanılmamış ve fakat daha genel bir anlama kavuşmuştur¹⁸. Bu dönemde irtifak hakları, *servitutes praediorum* yani taşınmaz lehine irtifaklar ve *servitutes personarum* yani kişi lehine irtifak hakları şeklinde tasnif edilmiştir.

I. Ins. 2.3.3

“*Ideo autem hae servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt. nemo enim potest servitutem acquirere urbani vel rustici praedii, nisi qui habet praedium, nec quisquam debere, nisi qui habet praediam*”.

Bu irtifaklara taşınmaz lehine irtifak hakları-*servitutes praediorum*-denir, zira *praedia* yani taşınmaz yoksa <irtifak hakkı> kurulamaz. Nitekim bir taşınmaza malik olmayan kimse, köy veya şehir taşınmazları üzerinde irtifak hakkı kuramaz¹⁹.

Theophilus'un *Paraprasia Institutionum*²⁰ isimli eserinin üçüncü bölümünün başlığı, “*De servitutibus*” yani “Taşınmaz Lehine İrtifaklar Hakkında” şeklindedir ve 2.3.2'de yer alan metinde taşınmaz lehine irtifak haklarının şehir taşınmazı ya da köy taşınmazı lehine irtifaklar şeklinde adlandırıldığından bahsedilir. Zira bina ya da arazi olmadan irtifak hakkı söz

¹⁶ Ancak bu bölümde *Diocletianus*'dan *Iustinianus*'a kadar olan dönemdeki imparatorların emirnamelerine değinilmemiştir. Söz konusu dönemde geçerli olan emirnameler daha çok umama ait yollardan geçme (*via, iter, actus*) ve su yolu (*aquaeductus*) ile ilgilidir (Levy, s. 55). Çünkü *Diocletianus*'dan *Iustinianus* dönemine kadar, özel hukuk anlamında, taşınmaz lehine irtifak hakları ile ilgili emirnamelere rastlanmamaktadır (Corbino, 1990, s. 257).

¹⁷ Öcal Apaydın, s. 63.

¹⁸ Cantarella, E. (2010), *Diritto Romano, Istituzioni e Storia*, Milano, Mon-dadori Università Editore, s. 421.

¹⁹ Çeviride Umur, 1968, s. 93'den yararlanılmıştır.

²⁰ *Iustinianus*'un *Institutiones*'inin Yunanca çevirisi ve açıklaması. Eser doğrudan *Theophilus*'un derslerinin derlemesidir (Falcone, G. (2001), *Note historique sur la définition législative de la servi-tude* (art. 637 Code Napoléon- art. 1027 Codice civile italiano), *Revue historique de droit français et étranger* 79, s. 13-30, s. 21). Bu eserin M.S. 533/534 yıllarında yazıldığı tahmin edilmektedir Lokin, J.H.A/Meijering, R./Stolte, B.H./Van der Wal, N. (Çev.: Murison, A.F.) (2010), *Theophili Antecessoris Paraphrasis Institutionum*, Groningen, Chimaira, s. ix).

konusu olmaz. Hiç kimse arazisi ya da binası olmadıkça söz konusu irtifak haklarının sahibi olamaz²¹. Burada *Iustinianus Institutiones*'inden yukarıda alıntı yapılan metin, tekrar edilmektedir. Ayrıca *Theophilus*, eserin 2.3.1'de yer alan metninde şehir taşınmazları lehine irtifak haklarının niteliğinden söz etmektedir. Buna göre komşunun yüküne katlanma şeklinde bir hak söz konusudur²². Paraph. inst.'deki taşınmaz lehine irtifak haklarına ilişkin metinler birlikte incelendiğinde, taşınmaz lehine irtifak hakkının bir "yük" olarak değerlendirildiği görülmektedir²³.

B. TÜRK HUKUKUNDA TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKKI KAVRAMI

İsviçre hukuku ve Türk hukukunda taşınmaz lehine irtifak hakkı, bir taşınmaz üzerinde kullanma veya yararlanma sağlayan sınırlı bir ayni hak olarak düzenlenmiştir²⁴. Türk Medeni Kanunu m.779/f.1 (İsv.MK m.730) hükmünde taşınmaz lehine irtifak hakkı, yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkı üzerindeki etkisi göz önüne alınarak ifade edilmiştir. Buna göre taşınmaz lehine irtifak hakkı, "yüklü taşınmaz malikini, mülkiyet hakkının sağladığı bazı yetkileri kullanmaktan kaçınmaya veya yararlanan taşınmaz malikinin yüklü taşınmazı belirli şekilde kullanmasına katlanmaya mecbur kılar". Taşınmaz lehine irtifak hakkı, yararlanan taşınmaz malikine ise yüklü taşınmazdan yararlanma ya da yüklü taşınmazı kullanma yetkisi vermektedir. İşte yararlanan taşınmaz malikine tanınan bu yetkiler, taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğini oluşturur. Diğer bir deyişle, taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğini, taşınmazdan yararlanma ya da taşınmazı kullanma oluşturmaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun dördüncü kitabının başlığını "ayni haklar" oluşturmaktadır. Dördüncü kitabın birinci kısmında "mülkiyet", ikinci kısmında ise "sınırlı ayni haklar" ele alınmıştır. İsviçre Medeni Kanunu'nun Fransızca metninde "diğer ayni haklar" ifadesi yer almaktayken Almanca ve İtalyanca metninde "sınırlı ayni haklar" ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Buradaki "sınırlı" ifadesi, hakkın sınırlı olması anlamında değil hakkın

²¹ Lokin/Meijering/Stolte/Van der Wal, s. 231; Öcal Apaydın, s. 63.

²² Lokin/Meijering-/Stolte/Van der Wal, s. 231.

²³ **Falcone**'ye göre burada I.Ins. 2.3.1'de *servitus oneris ferendi*'yi tarif eden "ut vicinus onera vicini sustineat" yani "komşu binanın komşu binaya yaslanması" şeklindeki ifade yanlış yorumlanmış ve diğer irtifak hakları bakımından genelleştirilmiştir. Bu yanlış tanımlama tarihsel gelişim sürecinde kavramların yanlış anlaşılmasına neden olmuş ve bu durum modern kanunlaştırmaları da etkilemiştir (Falcone, s. 25).

²⁴ Piotet, P. (1978), *Les droits réels limités en general, Les servitudes et Les charges foncières*, Fribourg, Editions Universitaires Fribourg Suisse, s. 29; Steinauer, P. H. (2012) *Les droits réels, C. II*, Bern, Editions Staempfli&Cie SA Bern, N. 2195; Göksu, T. (2016), *Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, [CHK-ZGB], Art. 730, 1*; Kähr, M. (2016), *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK - Orell Füssli Kommentar, 2016 [OFK-ZGB], Art. 730, N. 8*.

içeriğini oluşturan eşya üzerindeki hâkimiyetin sınırlı olması anlamındadır²⁵. Bu sınırlı hâkimiyet eşyadan yararlanma ya da eşyayı kullanma şeklinde ise taşınmaz lehine irtifak hakkı söz konusudur. İsv.MK m. 730 ve TMK m. 779 hükmünde açıkça yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkı kapsamındaki “bazı” yetkileri kullanmaktan kaçınması ya da yararlanan taşınmaz malikinin yüklü taşınmazı “belirli şekilde” kullanmasına katlanmasından bahsedilmektedir. Dolayısıyla taşınmaz lehine irtifak hakkı sahibine taşınmazdan kısmi bir yararlanma sağlar²⁶. Bu sayede taşınmaz lehine irtifak hakkı, sahibine kural olarak eşyadan tam bir yararlanma ya da kullanma sağlayan intifa hakkından ayrılır²⁷.

Taşınmaz lehine irtifak hakkı, yararlanan taşınmazın mülkiyetine ayrılmaz bir biçimde bağlıdır²⁸. Dolayısıyla yararlanan taşınmazın mülkiyetinin nakli ile birlikte yeni bir malike geçmesi mümkün olur. O nedenle taşınmaz lehine irtifak hakkının, yararlanan taşınmazın mülkiyetinden ayrı olarak kazanılamaz²⁹.

II. TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARININ ÖZELLİKLERİ

A. TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKKI BAKIMINDAN YARAR ÖLÇÜTÜ

1. Roma Hukukunda Benimsenen Ölçüt: Objektif Yarar (*Utilitas fundi*)

Roma hukukunda taşınmaz lehine irtifak hakkında, yüklü taşınmazdan bir yarar sağlanmaktadır³⁰. Bunun ölçütü ise lehine irtifak hakkı kurulan taşınmazın yararidir³¹. Dolayısıyla burada taşınmaza bağlı bir yarar yani *utilitas fundi* vardır³². Yararlanan taşınmazın maliki kim olursa olsun, yüklü

²⁵ Steinauer, N. 2134.

²⁶ Wieland, C. (Çev. Bovay, H.) (1913), Les droits réels dans le Code Civil Suisse, C.I, Paris M. Girard&E. Brière Libraires-Editeurs, s. 478-479; Steinauer, N.2208.

²⁷ Steinauer, N.2208; Esener, T./Güven, K. (2017) Eşya Hukuku, Ankara Yetkin Yayınları, s.390; Akipek, J./Akıntürk, T. (2009), Eşya Hukuku, İstanbul, Beta Basım Yayım A.Ş., s.621-622.

²⁸ Steinauer, N. 2198-2199; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N.13; Köprülü, B./Kaneti, S. (1982-1983), Sınırlı Ayni Haklar, 2. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, s. 51; Oğuzman K./Seliçi Ö./Oktay Özdemir, S. (2017), Eşya Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, N. 2770; Sirmen, L. (2017), Eşya Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 517.

²⁹ Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N.13; Akipek/Akıntürk, s. 651.

³⁰ Öcal Apaydın, s. 113.

³¹ Öcal Apaydın, s. 113.

³² Perozzi, S. (2002), Istituzioni di Diritto Romano, C. I, Aynı bası 1928, Roma, Cigno G.G. Edizioni, s. 760; Guarino, A. (2002), Ragguaglio di Diritto Privato Romano, Napoli, Jovene

bir taşınmaz aracılığı ile kendi taşınmazından daha çok fayda elde etmektedir³³. Roma Hukukunda taşınmaz lehine irtifak hakları tek tek ele alındığından “*utilitas*”, her irtifak hakkı kapsamında belirlenmiş bir yarara karşılık gelir³⁴. Ancak her zaman taşınmazın yararı söz konusudur³⁵. Diğer bir anlatımla taşınmaz lehine irtifak hakkı bakımından yararlanan taşınmaz malikinin yararı yani “sübjektif yarar” dikkate alınmaz³⁶ ve fakat örneğin; taşınmazdaki tarımsal faaliyetleri ya da binanın işlevini artırmaya³⁷ yani taşınmazın ekonomik değerini artırmaya yönelik yarar³⁸ gibi taşınmazın yararından yani objektif yarardan bahsedilir³⁹. Böylece yararlanan taşınmaz aracılığıyla malik, irtifak hakkının içeriğindeki faaliyetleri yerine getirerek ya da yüklü taşınmaz malikinin birtakım faaliyetleri yapmasından kaçınması sayesinde, fayda elde etmektedir⁴⁰.

Editore, 2002, s. 230; Grosso, 1969, s. 97 vd.; Corbino, 1990, s. 248; Biondi, 1954, s. 174 vd.; Burdese, 1970, s.121; Solazzi, 1947, s.21; Pugliese, G./Vacca, L./Sitzia F. (2007), Istituzioni di Diritto Romano, 3. Bası, Torino, Giappichelli Editore, s. 479; Salkowski, C. (Çev. Whitfields, E. E.) (2008), Institutes and History of Roman Private Law: With Catena of Texts, New Jersey, Lawbook Exchange, Ltd., s. 450; Marrone, M. (2006), Istituzioni di Diritto Romano, 3. Bası, Palermo, Palumbo & C. Editore, s. 352; Di Marzo, S. (Çev.: Umur, Ziya) (1954), Roma Hukuku, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 272; Robaye, R. (2005), Le droit romain, 3. Bası, Brüksel, Bruylant s. 173; Erdoğan, B. (2006), Roma Eşya Hukuku, İstanbul, Der Yayınları, s. 108. Talamanca, 1990, s. 457; Sanfilippo, C. (2002), Istituzioni di Diritto Romano, 10. Bası, Rubettino Editore, s. 230; Schulz, F. (1969), Classical Roman Law, 4. Bası, Oxford, Clarendon Press, s. 394; Buckland, W.W. (1963), A Text-Book of Roman Law From Augustus to Justinian, Cambridge, Cambridge University Press, s. 262. **Erişgin**, *utilitas*'ın Klasik Dönem Hukukçularının “imparator adına hukuki sorunlara cevap verme yetkileri” kapsamında somut olayları çözmeye faaliyetlerini yürütürken, belirledikleri bir “açık değer” olduğunu belirtir. Pozitif hukukta yer almayan bu değer, pozitif norm öncesi düzen ögesi olarak nitelendirilir (Erişgin, Ö. (2008), Klasik Dönem Hukukçularında Bir “Açık Değer” Ola-rak Utilitas Publica, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara, Tur-han Kitabevi, s. 375-376). **Capogrossi Colognesi**'ye göre *utilitas*, hukukçuların çalışmalarıyla ve *Praetor*'un müdahalesiyle şekillenmiştir. Ancak *utilitas*, taşınmaz lehine irtifak hakkının yapısını belirleyen temel unsuru teşkil eder (Capogrossi Colognesi, 2004, s. 260).

³³ Solazzi,1947, s. 21; Betti, E. (1947), Istituzioni di Diritto Romano, C. I, 2. Bası, Milano CEDAM, s. 446; Öcal Apaydın, s. 113.

³⁴ Solazzi,1947, s. 23; Biondi, 1954, s. 174; Grosso, 1969, s. 98; Öcal Apaydın, s. 114.

³⁵ Grosso, 1969, s. 98; ; Öcal Apaydın, s. 114.

³⁶ Arangio-Ruiz, V. (2002), Istituzioni di Diritto Romano, Napoli, Jovene Editore, s. 234-235; ; Öcal Apaydın, s. 114.

³⁷ Burdese, 1970, s. 121.

³⁸ Corbino, 1990, s. 248.

³⁹ Girard, P. F. (2003), Droit Romain, 8. Bası, Paris, Edition Dalloz, s. 386; Guarino, A. (2006), Istituzioni di Diritto Romano, Napoli, Jovene Editore,s. 230; Pichonnaz, P. (2008), Les fondements romains du droit privé, Genève, Zurich, Bâle, Schulthess, s. 308; ; Öcal Apaydın, s. 114.

⁴⁰ Grosso, 1969, 101; Öcal Apaydın, s. 114.

D.8.1.8 pr. (Paulus 15 ad plaut.)

“*Ut pomum decerpere liceat et ut spatari et ut cenare in alieno possimus, servitus imponi non potest*”.

Başkasının taşınmazında meyve toplayabilmek, gezinebilmek ya da yemek yiyebilmek için taşınmazın, irtifak hakkı ile yüklü olması mümkün değildir.

Alıntı yapılan bu metinde genel bir değerlendirme yapılmıştır. Buna göre başkasının taşınmazında meyve toplamak, gezinmek, yemek yemek amacıyla irtifak hakkı kurulamaz. Çünkü bu eylemler bir kişinin menfaati içindir⁴¹. Burada taşınmazın yararından bahsedilemez.

Aşağıdaki metinde *servitus altius non tollendi* (bina yükseltmeme irtifakı) kapsamında yarar ele alınmıştır.

D.8.5.5 (Paulus 21 ad ed.)

“*Et ideo si inter meas et titii aedes tuae aedes intercedant, possum titii aedibus servitutem imponere, ne liceat ei altius tollere, licet tuis non imponatur: quia donec tu non extollis, est utilitas servitutis*”.

Dolayısıyla eğer benim binam ve *Titius*'un binası arasında senin binan bulunuyorsa, senin binanın yerinde olmasa dahi, *Titius*'un binası üzerinde binanın yükseltilmeyeceğine dair irtifak hakkı kurabilirim, çünkü sen binanı yükseltmediğin müddetçe, irtifak hakkına ilişkin yarar vardır.

Metinde açıkça “*utilitas servitutis*” ibaresi geçmektedir⁴². Burada birbirinin ardı sıra bulunan üç bina söz konusudur. İrtifak hakkı aradaki bina üzerinde değil de üçüncü bina üzerinde kurulmaktadır. *Paulus*, aradaki bina yükseltilmedikçe üçüncü bina üzerinde kurulan irtifak hakkı nedeniyle yarar koşulunun sağlandığını ifade etmektedir.

Aquae ductus (su yolu irtifakı) kapsamında yarar koşuluna çeşitli metinlerde değinilmiştir.

D.43.20.1.11 (Ulpianus 70 ad ed.)

“*Illud quaeritur, utrum ea tantum aqua his interdictis contineatur, quae ad agrum irrigandum pertinet, an vero omnis, etiam ea, quae ad usum quoque et commodum nostrum. et hoc iure utimur, ut haec quoque contineatur.*”

⁴¹ Solazzi,1947, s. 23; Öcal Apaydın, s. 114.

⁴² **Grosso**, bu ibarenin orijinal olduğu kanaatindedir (Grosso, 1969, s. 101). **Solazzi** de yazarla hemfikirdir (Solazzi,1947, s. 23).

propter quod etiam si in urbana praedia quis aquam ducere velit, hoc interdictum locum habere potest".

Yalnızca söz konusu suyun *interdictum* kapsamına, arazilerin sulanması ya da yalnızca bizim kullanmamız ve bizim için elverişli olması amacına bağlı olarak, alınıp alınmadığı sorulmuştur. Bizim takip ettiğimiz hukuka göre her ikisini de içermektedir. Bu yüzden eğer bir kimse şehir taşınmazından su geçirmek isterse bu *interdictum* uygulanabilir.

Yukarıdaki metinde su yolu irtifakının arazinin sulanması ya da yararlanan taşınmazdaki kimselerin kullanması için kurulması arasında fark gözetilmemiş, her ikisi de yarar kapsamında değerlendirilmiştir.

D.43.20.3pr. (Pomponius 34 ad sab.)

"Hoc iure utimur, ut etiam non ad irrigandum, sed pecoris causa vel amoenitatis aqua duci possit."

Kullandığımız bu hakkı her zaman sulama için değil aynı zamanda sürü için ya da güzelleştirme için de kullanabiliriz.

Alıntı yapılan bu metinde *aquae ductus* yani su yolu irtifakının su geçirmeye yönelik olduğu; ancak suyun somut olarak ulaştığı yerin öneminin olmadığı vurgulanmaktadır. Suyun taşınması yararlanan taşınmazın yararına olmalıdır. Ancak su taşıma, sulama amaçlı olabilir, sürülerin su ihtiyacını karşılamak için olabilir ya da yararlanan taşınmazı güzelleştirmek amaçlı olabilir⁴³. Metinde bu amaçlar arasında fark gözetilmemiştir.

Servitus calcis coquendae e cretae eximendae yani başkasının taşınmazında kireç söndürme ve başkasının taşınmazından alçı alma hakkı ile ilgili olarak yararlanan taşınmazın ihtiyacı dikkate alınmalıdır.

D.8.3.6 pr. (Paulus 15 ad plaut.)

"Veluti si figlinas haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus eius fundi exportarentur (sicut in quibusdam fit, ut amphoris vinum evehatur aut ut dolina fiant), vel tegulae vel ad villam aedificandam. sed si, ut vasa venirent, figlinae exercerentur, usus fructus erit."

Bir kimsenin alçı işleme imalathanesi (fabrikası) vardı ve vazo üretip, bu şekilde taşınmazın semerelerini alıp götürüyordu (benzer şekilde bazı taşınmazlarda şu şekilde meydana gelir: Şarap küplerle başka yere taşınır ya da saklamak için şişelenir) ya da kiremit yapıyordu ve köyde bir villa

⁴³ Biondi, 1954, s. 176; ; Öcal Apaydın, s. 116.

inşasında kullanılıyordu. Ancak ticari amaçla vazoları satmak için bir alçı işleme imalathanesi (fabrikası) varsa <o durumda kurulmuş olan hak> intifa hakkı olacaktır.

Metinde irtifak hakkından bahsedebilmek için yararlanan taşınmazın yararı açıkça vurgulanmıştır. Buna göre alçı alma hakkı, örneğin; bir villanın yapımı için söz konusu olabilir. Ancak bir ticari faaliyet için, örneğin; vazo yapıp satmak için, bahsi geçen irtifak hakkı kurulamaz. O takdirde intifa hakkından söz edilebilir.

D.8.1.19 (Labeo 4 post. a iav. epit.)

“*Ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, et si non utilis sit, posse existimo: veluti si aquam alicui dedere ducere non expediret, nihilo minus constitui ea servitus possit: quaedam enim debere habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt*”⁴⁴.

Bana göre ona yararı olmasa bile birisinin sattığı taşınmaz irtifak hakkı ile yüklü olabilir. Örneğin, bir kimse için su yolu irtifakının (*aquae ductus*) olması amacına uygun olmasa bile söz konusu irtifak hakkını kurabilir: nitekim yararı olmasa da birtakım şeylere sahip olabiliriz.

Alıntı yaptığımız metinde *Labeo*, bir kimsenin yararı olmasa bile irtifak hakkı kurabileceğini savunmaktadır. Zira taşınmaz lehine irtifak hakkı bir kimsenin yararı için değil; bir taşınmazın yararı için söz konusu olmaktadır⁴⁵.

2- Türk Hukukunda Benimsenen Ölçüt: Sübjektif Yarar

Usus Modernus geleneğinde taşınmaz lehine irtifak haklarının daha esnek bir şekilde ele alınmakta ve buna göre taşınmaz malikinin kişisel ihtiyaçlarına yönelik irtifak hakkı kurulabilmektedir⁴⁶. Bu doğrultuda Roma Hukukundaki ölçütlere uymayan, başkasının taşınmazında balık tutma ve avlanma hakkı gibi daha çok örf ve adet yoluyla uygulanan türlerden

⁴⁴ Metnin orijinaliği konusu Roma Hukuku doktrininde oldukça tartışmalıdır. **Perozzi**, metinde geçen “*quidem ... sunt*” ibaresinin *interpolatio* olduğunu savunmaktadır (Perozzi, 2002, s. 760, dipnot 4). **Solazzi** ise bunun bir *glossema* (açıklama) olduğunu ileri sürmektedir (Solazzi,1947, s. 24). Ayrıca **Mommsen** ve **Lenel** de metindeki bazı sözcüklerin silinmesi, bazılarının da başka sözcüklerle değiştirilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir (ayrıntılı bilgi için bkz. Solazzi,1947, s. 24).

⁴⁵ Metin Roma Hukuku doktrininde tartışmalara neden olmuştur. **Biondi**'ye göre *deductio* ile kurulan irtifak hakkı için yarar koşulu aranmamaktadır (Biondi, 1954, s. 149). **Solazzi**'ye göre ise metnin *interpolatio*'ya uğradığı *Basilicum*'la karşılaştırınca açıkça ortaya çıkmaktadır. O nedenle *Labeo*'nun bu konudaki gerçek görüşünü bilmek oldukça zordur (Solazzi,1947, s. 25).

⁴⁶ Bkz. Öcal Apaydın, s. 218-219.

bahsedilmektedir⁴⁷. Her ne kadar bu anlayış Alman Medeni Kanuna yansımamış olsa⁴⁸ da İsviçre Medeni Kanunu ve Türk Medeni Kanunu sistematüğinde taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulması bakımından *utilitas fundi* yani yararlanan taşınmazın yüklü taşınmazdan bir yararının olması kuralı terk edilmiştir. Bu şekilde taşınmaz lehine irtifak hakkının uygulama alanını genişletmek amaçlanmıştır⁴⁹. İçeriği elverdiği ölçüde taşınmaz lehine irtifak hakkı ile taşınmaz malikinin bir ihtiyacının ya da isteğinin karşılanması da mümkündür⁵⁰. Burada sübjektif yarar söz konusudur⁵¹.

Bu sayede yarar ölçütü bakımından, taşınmaz lehine irtifak hakkı ve kişi lehine irtifak hakkı arasındaki fark azalmıştır. Taşınmaz lehine irtifak hakkı, taşınmaz malikinin kendi yararı için de kurulabilir. Diğer bir deyişle, İsviçre ve Türk hukuk düzenlerinde taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriği, taraflardan birinin yahut yalnızca yararlanan taşınmaz malikinin ihtiyacına göre belirlenebilmektedir⁵². Taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin yararlanan taşınmazın hâlihazırdaki ihtiyacı yahut ileride ortaya çıkması muhtemel ihtiyacı dikkate alınarak da belirlenmesi mümkündür⁵³. Ne var ki, yararın makul olması gerektiği öğretide ifade edilmiştir⁵⁴. Buna karşılık hukuki açıdan korunmaya değer bir yararın, irtifak hakkının kurulması bakımından yeterli olduğu da ileri sürülmüştür⁵⁵. Diğer yandan taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulması bakımından, irtifak hakkı sahibinin haklı menfaatinin dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir⁵⁶. Dolayısıyla taşınmaz

⁴⁷ Comporti, M. (1990), Servitù (Diritto Intermedio), Enciclopedia del Diritto, C.42, Milano, Giuffrè Editore, s. 271.

⁴⁸ Ancak BGB § 1019'da yararlanan taşınmazın yararı (*utilitas fundi*) düzenlenmektedir. Bu düzenleme, günümüzde taşınmaz lehine irtifak hakkının taşınmaz malikinin ailevi ve mesleki ihtiyaçları dikkate alınarak, yarar koşulunun belirlenmesi gerektiği şeklinde eleştirilmiştir (Yiannopoulos, A. N. (1968), Predial Servitudes; General Principles: Louisiana and Comparative Law, Louisiana Law Review C. 29, Sa. 1, s. 1-45, s. 25, dipnot 130). Kaldı ki estetik açıdan bakarak hareket edilmesi, manzaranın bozulmaması için belirli yüksekliği aşan duvarın yapılmayacak olması, daha sakin bir yerde oturma isteğiyle yüklü taşınmazda belirli faaliyetlerin yapılmasının yasaklanmasının da objektif bir yarar sağladığı bu nedenle bu hallerde de taşınmaz lehine irtifakların kurulabileceği ileri sürülmüştür (Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1019 N. 40 vd.).

⁴⁹ Piotet, s. 31.

⁵⁰ Rossel, V./Mentha, F.H. (1922), Manuel du Droit Civil Suisse, C.II, Lo-zan, Librairie Payot&Cie, s. 112; Piotet, s. 31; Gürsoy, K. /Eren F./Cansel, E. (1984), Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, s. 753-754.

⁵¹ Steinauer, N. 2214.

⁵² Steinauer, N. 2210a.

⁵³ Steinauer, N. 2210a.

⁵⁴ Piotet, s. 36; Steinauer, N. 2214.

⁵⁵ Wieland, s. 478; BGE 78 II 21 E 11.

⁵⁶ Liver, ZK-ZGB, Art. 730, N. 87-88; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N.22.

lehine irtifak hakkının içeriği, taşınmaz lehine irtifak hakkı ile taşınmaz malikinin bir ihtiyacının ya da isteğinin karşılanması amacıyla yönelik olması mümkündür⁵⁷. Burada subjektif bir değerlendirme söz konusudur. Taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulma anında yararlanan taşınmaz malikinin kişisel ihtiyacını karşılamaya yönelik bir yararının bulunması, irtifak hakkının kurulması için yeterli kabul edilmektedir⁵⁸. Ne var ki, farazi veya hayali bir menfaat için irtifak hakkının kurulması mümkün değildir⁵⁹. Örneğin, maddi olarak suyu olmayan bir taşınmaz üzerinde kaynak irtifakı kurulması mümkün değildir⁶⁰. Ayrıca gelecekteki bir yarar için taşınmaz lehine irtifak kurabileceği kabul edilmektedir⁶¹. Örneğin yararlanacak taşınmaz üzerinde bir fabrika kurulacak olması ve şimdiden fabrika için faydalı olacak bir taşınmaz lehine irtifak kurulması mümkündür.

İsviçre Hukukunda yargı kararları ve doktrin tarafından, makul yarar konusunda iki önemli ölçüt getirilmiştir. Birinci ölçüte göre yararlanan taşınmaz malikinin irtifak hakkı kurmaktaki yararı, bir kereye mahsus olmamalı ve fakat devamlılığı olmalıdır⁶². İkinci ölçüte göre ise kanundan kaynaklanan bir kısıtlama olduğu takdirde, yararlanan taşınmazın makul yararı olduğu gerekçesi ile taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulamaz⁶³. Örneğin, komşuluk hukukundan kaynaklanan belirli bir mesafede yapılaşma için yasal düzenleme varsa, artık bu konuda taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulmasına ihtiyaç yoktur⁶⁴. Ancak yasal değişiklikler göz önüne alınarak, bu konu değerlendirilmelidir⁶⁵.

İsviçre ve Türk hukuk öğretisinde irtifak hakkı sahibinin keyfi bir menfaatinin olması halinde irtifak hakkının kurulması kabul edilse dahi bu

⁵⁷ Rossel, V./Mentha, F.H., Manuel du Droit Civil Suisse, C.II, Lozan, Librairie Payot&Cie, 1922, s. 112; Piotet, s. 31; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 753-754.

⁵⁸ Köprülü/Kaneti, s. 53; ATF 108/1982 II 39=JdT 1985 I 190.

⁵⁹ Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N.22; Tek, G. S. (2017), Yararı Kalmayan ya da Azalan İrtifak Haklarının Sona Ermesi (MK m. 785), İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, s. 166.

⁶⁰ Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N.22; Tek, s. 166.

⁶¹ BGH, NJW 1984, s. 2158; Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1019 N. 58.

⁶² Piotet, s. 36. Gürsoy/Eren/Cansel'e göre bu sonuç aynı hakkın özündeki mutlak yetkiden yani herkese karşı ileri sürülebilmesinden kaynaklanmaktadır. Bir kereye mahsus olmak üzere yararlanma için irtifak hakkı kurulmasını mutlak olarak yasaklayan bir yasa hükmü yoktur. Dolayısıyla taşınmazdan bir kereye mahsus yararlanma amacıyla da irtifak hakkı kurulabilir. Bu durumda irtifak hakkı bir kez kullanıldıktan sonra yüklü taşınmaz maliki, yararlanan taşınmaz malikinin yararı kalmadığı gerekçesiyle irtifak hakkının terkinini talep edebilir (Gürsoy/Eren/Cansel, s. 762).

⁶³ Steinauer, N. 2214.

⁶⁴ ATF 106/1980 II 315=JdT 1981 I 306; 99/1973 II 28/33=JdT 1973 I 581/582.

⁶⁵ Piotet, s. 36.

durumla uygulamada pek karşılaşılma ihtimali olmadığı ifade edilmektedir⁶⁶. Dolayısıyla yararlanan taşınmaz malikinin korunmaya değer bir menfaati bulunduğu takdirde, irtifak hakkının kullanım tarzı ile bağdaşan her türlü yararlanma, taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğini teşkil edebilir⁶⁷. Bu kapsamda irtifak hakkından bir yararın kalmaması halinde yüklü taşınmaz maliki, mahkemeden irtifak hakkının terkinini talep edebilecektir (İsv.MK m. 736).

Belirtmek gerekir ki, gerek İsviçre gerekse Türk Medeni Kanunu sistematığında subjektif yarar ölçütü benimsenmiş olmasına karşın taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin tescilden yahut tescilin dayanağı olan kazanma sebebinden anlaşılması halinde yararlanan taşınmaza hizmet etmek amacıyla (*utilitas fundi*) taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulduğu kabul edilmektedir (TMK m. 781/f.1)⁶⁸.

B. MALİKİN KENDİ TAŞINMAZI ÜZERİNDE İRTİFAK HAKKI KURUP KURAMAMASI MESELESİ

1. Roma Hukukundaki İlke: Malikin Kendi Taşınması Üzerinde İrtifak Hakkı Kuramaması (*Nemini res sua servit*)

Bu ilke, bir irtifak hakkının aynı malike ait iki taşınmaz üzerinde söz konusu olamayacağını ifade etmektedir⁶⁹. Diğer bir deyişle, bir kimse hem irtifak hakkının sahibi hem de yüklü taşınmazın maliki olamaz⁷⁰. Taşınmaz lehine irtifak hakkı ancak iki farklı malike ait taşınmazlar üzerinde söz konusu olabilir. İki taşınmazın da maliki olan kimse bir taşınmazı için diğer taşınmazından geçmek, su almak gibi amaçlarla yararlanabilir ve bu yararlanma irtifak hakkı görüntüsü arz edebilir. Ancak yine de bu yararlanma

⁶⁶ Tek, s. 168.

⁶⁷ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 760-761.

⁶⁸ Liver, P. (1980), Die Grunddienstbarkeiten Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten (Art. 730-792) ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/2a/1, Schulthess Polygraphischer Verlag AG [ZK-ZGB], Art. 738, N. 52; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2843; Tek, Gülen Sinem, Yararı Kalmayan ya da Azalan İrtifak Haklarının Sona Ermesi (MK m. 785), İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2017, s. 195.

⁶⁹ Pugliese/Vacca/Sitzia, s. 479; Burdese, 1970, s. 121; Guarino, 2002, s. 230; Salkowski, s. 447; Guarino, 2006, s. 230; Sanfilippo, s. 229; Koschaker, P./Ayiter, K. (1993), Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 167; Buckland, s. 260. Bu ilke *ususfructus* yani intifa hakkı için de söz konusu olmaktadır. D.7.6.5 Ayrıntılı bilgi için bkz. Küçükgüngör, E. (1998), Roma Hukukunda İntifa Hakkı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, s. 132; Öcal Apaydın, s. 91.

⁷⁰ Perozzi, 2002, s. 759; Marrone, s. 352; Pichonnaz, 2008, s. 309; Öcal Apaydın, s. 91.

irtifak hakkı kapsamında değil; mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilir: *iure domini, non iure servitutis*⁷¹. Ayrıca bu ilkenin bir başka yorumu, bir taşınmaz üzerinde kendi yararına irtifak hakkı kurulamayacağı yani bir taşınmazın kendi kendisine tabi olamayacağı şeklindedir⁷².

D.8.2.26 (Paulus 15 ad sab.)

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

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

Yukarıda alıntı yapılan metindeki temel düşünce, bir taşınmazın kendi lehine irtifak hakkı ile yüklü olamayacağıdır. Metinde, öncelikle maliklerden birinin müşterek mülkiyete konu taşınmaz üzerinde olumlu ya da olumsuz bir irtifak hakkı kuramayacağı hususu belirtilmektedir. Çünkü müşterek taşınmaz paylaşılmadan önce bir bütün halinde irtifak hakkı ile yüklüdür. Dolayısıyla *Paulus*, bir taşınmaz kendi lehine irtifak hakkı ile yüklü olamayacağından, taşınmazın bir parçası üzerinde diğer parçası lehine irtifak hakkının kurulmasının mümkün olmadığını vurgulamaktadır⁷³.

D.8.3.33.1 (Africanus 9 quaest.)

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

⁷¹ Biondi, 1954, s. 105.

⁷² **Solazzi**'ye göre Klasik Hukukçular, “*nemini res sua servit*” ilkesi ile bir taşınmazın kendi kendisine hizmet edemeyeceğini kastetmektedir (Solazzi,1947, s. 15). Aynı doğrultuda Honig, R. (Çev.: Talip, Ş.) (1938), Roma Hukuku, 2. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 341.

⁷³ Öcal Apaydın, s. 92.

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

Yukarıdaki metinde de bir taşınmazın kendi lehine irtifak hakkı ile yüklü olamayacağı vurgusu yapılmaktadır⁷⁴.

D.8.3.31 (Iulianus 2 ex minic.)

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

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

⁷⁴ Aynı doğrultuda: D.39.3.17.3; D.8.4.10.

Alıntı yapılan bu metinde ise bir taşınmaz üzerinde diğer taşınmaz lehine irtifak hakkı ile yüklüken, taşınmazların malikinin aynı kişi olması durumunda, irtifak hakkının sona erip ermeyeceği hususu ele alınmıştır. İlk görüşe göre aynı kişinin hem yararlanan taşınmazın hem de yüklü taşınmazın maliki olması, irtifak hakkını sona erdiren bir neden yani *confusio* olarak görülmektedir⁷⁵. Ancak somut olayda üçüncü bir taşınmaz bulunmaktadır ve yararlanan taşınmaz ile yüklü taşınmazın arasında yer aldığı için üzerinden su geçirilmektedir. Metinde bir başka hukukçunun daha görüşü aktarılmıştır. Buna göre ortadaki taşınmazın üzerinden su geçirilmeye devam ediliyorsa ya da o taşınmazın da maliki aynı kişi değilse irtifak hakkı devam eder. Metinde ortadaki taşınmaz malikinin rızasının alındığı belirtilmektedir. Ancak taraflar arasındaki ilişkinin niteliği anlaşılammamaktadır. Dolayısıyla ilk görüşten hareketle yararlanan ve yüklü taşınmazın maliki belirli bir süreliğine aynı kişi olduğundan, irtifak hakkı sona ermektedir⁷⁶.

İncelediğimiz metinlerde iki farklı durum karşımıza çıkmaktadır. Birincisi bir taşınmazın kendi lehine irtifak hakkı ile yüklü olamayacağıdır. D.8.2.26'da *Paulus*, paylı mülkiyete konu bir taşınmazda ortaklık giderilmeden önce, paydaşlardan birinin taşınmaz üzerinde irtifak hakkı kurmasının mümkün olamayacağını belirtmiştir. Çünkü henüz taşınmaz parsellere ayrılmadan, bir parsel üzerinde başka bir parsel lehine irtifak hakkı kurulamaz. O durumda tüm taşınmazın kendi lehine irtifak hakkı ile yüklü olması söz konusu olacaktır ki; hukukçu bunun mümkün olmadığını belirtmiştir: "*nulli enim res sua servit*". İkinci durum ise yararlanan ve yüklü taşınmazın malikinin aynı kişi olması halinde irtifak hakkının sona ermesidir. D.8.3.33.1'de *Africanus*, iki farklı kişiye ait iki taşınmazın birinin diğeri lehine irtifak hakkı ile yüklü olması durumunda sonradan iki taşınmazın da aynı malike ait olmasının irtifak hakkını sona erdiren bir durum olduğunu ileri sürmüştür⁷⁷. Yalnız her iki metinde de dikkati çeken husus, her ne kadar taşınmaz lehine irtifak hakkı taşınmaz lehine kurulsa da kullanılan ifadelerin malikleri esas almasıdır. Metinlerde bir kimsenin kendi lehine irtifak hakkı sahibi olamayacağı belirtilmektedir. Diğer bir deyişle, taşınmaz lehine irtifak hakkı farklı maliklere ait taşınmazlar üzerinde söz konusu olmaktadır; dolayısıyla her iki taşınmaz aynı malike ait olamaz. Çünkü Romalılara göre bir taşınmazın kendi kendine hizmet etmesi söz konusu olamaz. Benzer şekilde aynı kimsenin hem yararlanan hem de yüklü taşınmazın maliki olması

⁷⁵ Bu görüş **Solazzi** tarafından *aquae ductus* yani su yolu irtifakının bütün olarak algılandığı ve birden fazla taşınmazdan geçse dahi tek bir irtifak hakkının söz konusu olduğu şeklinde açıklanmıştır (Solazzi, S. (1952), Sul principio 'nemini res sua servit', SDHI 18, 223-226, s. 225 vd.)

⁷⁶ Öcal Apaydın, s. 93.

⁷⁷ *Confusio* yoluyla irtifak hakkının sona ermesi ile ilgili bkz. Öcal Apaydın, s176-178.

mümkün değildir. Mülkiyet hakkı daha geniştir ve tüm yetkileri kapsar. Bir kimse yararlanan taşınmazın malikiyken yüklü taşınmazın da maliki olmuşsa o takdirde zaten mülkiyet hakkına dayanarak, yüklü taşınmazdan yararlanacaktır⁷⁸. Daha geniş bir hakka sahipken, daha sınırlı bir hakkın kullanması Romalılara göre mümkün değildir⁷⁹.

2. Türk Hukukunda Malikin Kendi Taşınmazı Üzerinde İrtifak Hakkı Kurabilmesi

Malikin kendi taşınmazı üzerinde irtifak hakkı sahibi olabilmesi Cermen Hukukunda kabul edilmiştir⁸⁰. Buna göre derebeyin taşınmaz üzerinde tasarruf ayrıcalığı vardı. Bu ayrıcalık, kimi zaman kendisine ait ve farklı vasallara toprağı işleme yetkisi verdiği taşınmazlardan biri üzerinde diğeri lehine irtifak hakkı kurmasına izin veriyordu⁸¹. Bu durum, irtifak hakları bakımından Roma Hukuku karşısında Cermen Hukukunun garipliğı olarak değerlendirilmesine karşın sicil sisteminin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktaydı⁸². Cermen Hukukunda taşınmaz lehine irtifak hakları genel olarak mahkeme kararı ile kazanılmaktaydı; ancak şehirlerde tutulan bir sicile de kaydedilmekteydi⁸³.

İsviçre ve Türk Medeni Kanunu sistematüğinde malikin kendi taşınmazı üzerinde irtifak hakkı kuramayacağına ilişkin *nemini res sua servit* ilkesi terk edilmiştir⁸⁴. Bu hukuk düzenlerinde bir kimsenin hem yararlanan taşınmazın maliki hem de yüklü taşınmazın maliki olması iki şekilde olabilir: Birincisi yararlanan taşınmaz malikinin, sonradan yüklü taşınmazın da mülkiyetini elde

⁷⁸ Erdoğan, 2006, s. 106; Öcal Apaydın, s. 94.

⁷⁹ Betti, s. 440; Burdese, A. (1993), *Manuale di Diritto Privato Romano*, Torino, UTET, s. 358; Öcal Apaydın, s. 94.

⁸⁰ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 694. Cermen Hukukunda mülkiyet, diğer aynı haklardan öz ve nitelik yönünden değil ve fakat kapsamının daha geniş olması yani nicelik yönünden ayrılır. Mülkiyetin kapsamı da değişmez biçimde belirlenmemiş olduğundan malikin kendi mülkiyet hakkını sınırlandırmasına, mülkiyet hakkına ilişkin bazı yetkileri ayırarak mülkiyetin yanında onlara bağımsız hak niteliğı vermesine ve mülkiyet hakkının yanı sıra bu hakları elinde tutmasına bir engel yoktur. Böylece malik kendi eşyası üzerinde sınırlı aynı hak sahibi olabilecektir (Köprülü/Kaneti, s. 15). Alman Medeni Kanununda da aynen benimsenmiştir (BGB § 889).

⁸¹ Hübner, Rudolf (Çev.: Philbrick, F. S.) (2000), *A History of Germanic Private Law*, New Jersey, The Lawbook Exchange Ltd., s. 350; Watkin, T. G. (1999), *An Historical Introduction to Modern Civil Law*, Dartmouth, Ashgate Publishing, s. 259; Öcal Apaydın, s. 263.

⁸² Hübner, s. 350; Watkin, s. 259; Öcal Apaydın, s. 263.

⁸³ Hübner, s. 352. Burada hak, resmi bir makamın, çoğunlukla mahkemenin, önünde ya da katılımıyla yapılan bir işlem sonucu doğmaktadır. Defter ya da sicile kayıt işlemi ispat kolaylığı sağlamaktadır (Akipek/Akıntürk, s.226).

⁸⁴ Rossel/Mentha, s. 117; Esener/Güven, s. 390.

etmesi; ikincisi ise malikin, kendisine ait iki taşınmazdan biri üzerinde diğeri lehine irtifak hakkı kurmasıdır⁸⁵. Birinci durum İsv.MK m. 735 ve TMK m. 784 hükümlerinde ele alınmıştır. Buna göre yararlanan taşınmaz maliki yüklü taşınmazın da maliki olursa bu hakkı terkin ettirebilir; ancak terkin ettirmedikçe taşınmaz lehine irtifak hakkı aynı hak olarak varlığını sürdürmektedir. İsv.MK m. 733 ve TMK m. 782 hükümlerinde ise ikinci durum düzenlenmiştir. Buna göre, bir taşınmaz maliki kendisine ait bir başka taşınmaz üzerinde irtifak hakkı kurabilmektedir. Dolayısıyla İsviçre ve Türk Medeni Kanununa göre bir kimsenin hem yararlanan taşınmazın maliki hem de yüklü taşınmazın maliki olması (*confusio*), irtifak hakkını doğrudan sona erdiren bir neden olarak görülmemiştir⁸⁶.

Bir kimsenin hem yararlanan hem de yüklü taşınmazın maliki olması, irtifak hakkı nedeniyle “taşınmazdan yararlanma” bakımından bir etki yaratmamaktadır⁸⁷. Zira malik, taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkının sağladığı kullanma ve tasarruf yetkisine zaten sahiptir⁸⁸. Buna karşılık malikin kendisine ait bir taşınmazı lehine bir başka taşınmazı üzerinde irtifak hakkı kurması halinde, yüklü taşınmazın mülkiyetinin üçüncü kişilere geçmesi üzerine, taşınmazın irtifak hakkı ile yüklü olarak elde edilmesi söz konusu olacaktır⁸⁹. Bir de aynı hakların kurulması ancak tescil ile mümkün olduğundan ve aynı hakların sıraları ve tarihleri tescile göre belirlendiğinden (TMK m. 1021 ve 1022; İsv.MK m. 971 ve 972) taşınmaz üzerindeki diğer aynı haklar bakımından irtifak hakkının kurulduğu zaman önem taşımaktadır⁹⁰. Dolayısıyla bu iki durum, malikin kendi taşınmazı üzerinde irtifak hakkı kurması ya da yararlanan taşınmazın malikin yüklü taşınmazın da maliki olması halinde, irtifak hakkı bakımından bir avantaj sağlamaktadır⁹¹.

C. TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKKININ İÇERİĞİNİN BİR YAPMA EDİMİNDEN OLUŞMAMASI

1. Roma Hukukunda Benimsenen İlke: *Servitus in faciendo consistere nequit*

Taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğini, yüklü taşınmaz üzerinde yararlanan taşınmaz malikin birtakım faaliyetlerine yüklü taşınmaz malikin katlanması yani “*pati*”⁹² ya da yüklü taşınmaz malikin kendi

⁸⁵ Öcal Apaydın, s. 263.

⁸⁶ Öcal Apaydın, s. 263-264.

⁸⁷ Öcal Apaydın, s. 264.

⁸⁸ Sirmen, s. 506; Öcal Apaydın, s. 264.

⁸⁹ Öcal Apaydın, s. 264.

⁹⁰ Piotet, s. 21; Sirmen, s. 506.

⁹¹ Steinauer, N. 2236; Köprülü/Kaneti, s. 18; Akipek/Akıntürk, s. 624-625; Öcal Apaydın, s. 264.

⁹² Katlanmak anlamına gelen “*patior*” fiilinin isim halidir.

taşınmazında birtakım faaliyetleri yapmaktan kaçınması yani *non facere* oluşturmaktadır⁹³. Ancak irtifak hakkı nedeniyle yüklü taşınmaz maliki, bir yapma edimi yani “*facere*” altına sokulamaz⁹⁴.

D.8.1.15.1 (Pomponius 33 ad sab.)

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

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

Pomponius, bu metinde irtifak hakkı nedeniyle yüklü taşınmaz malikinin bir başkasının eylemine katlanması ya da kendisinin bir eylemi yapmaktan kaçınmasının söz konusu olabileceğini; ancak bir faaliyette bulunmak gibi olumlu bir davranışı yerine getirme yükümlüğü altına sokulamayacağını belirtmiştir. Hukukçu bu konuda bitkileri kesmek ya da bitkilerin daha iyi görünmesini sağlamak ya da bir binayı boyamak gibi örnekler vererek, irtifak hakkının yüklü taşınmaz malikine bir yapma borcu yani “*facere*” yükleyemeyeceğini ifade etmiştir⁹⁵.

D.33.1.12 (Paulus 13 resp.)

“*Gaius seius praedia diversis pagis maeviae et seiae legavit et ita cavit: "praestari autem volo ex praediis potitianis praediis lutatianis annua harundinis milia trecena et salicis mundaie annua librarum singula milia": quaero, an id legatum defuncta legataria extinctum sit. paulus respondit servitutem iure constitutam non videri neque in personam neque in rem: sed*

⁹³ Perozzi, 2002, s. 759; Burdese, 1970, s. 121; Salkowski, s.446; Guarino, 2002, s. 232; Marrone, s. 353; Öcal Apaydın, s. 94-95.

⁹⁴ Arangio-Ruiz, 2002, s. 236; Pugliese/Vacca/Sitzia, s. 480; Guarino, 2002, s. 232; Sanfilippo, s. 229; Talamanca, 1990, s. 458; Erdoğan, 2006, s. 105; Pichonnaz, 2008, s. 309; Honig, s. 341. Koschaker/Ayiter, s. 168; Schulz, s. 384; Buckland, s. 259; Öcal Apaydın, s. 95. **Bonfante**, bu ilkenin *Iustinianus* Döneminde ortaya çıktığını ileri sürmektedir (Bonfante, P. (1972), Corso di Diritto Romano, C. III: Diritti Reali, Milano, Giuffrè Editore, s. 30). **Biondi** ise özellikle D.8.5.6.2’den hareketle daha Cumhuriyet Döneminde bu ilkenin var olduğunu ileri sürerek, **Bonfante**’nin görüşünü eleştirmektedir (Biondi, 1954, s. 119 vd.). **Grosso**’ya göre bu ilke, aynı hakların bir eşya üzerinde doğrudan hâkimiyet sağlayan ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilen haklar olması nedeniyle, aynı hakları şahsi haklardan ayırmaktadır ve tüm aynı haklar için geçerlidir (Grosso, 1969, s. 81 vd.).

⁹⁵ Öcal Apaydın, s. 95.

fideicommissi petitionem competisse ei, cui praedia lutatiana legata sunt, et ideo, cum annua legata fuerint, mortua legataria finitum legatum videri.”

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

Metinde bazı taşınmazların vasiyetname yoluyla miras bırakılması söz konusudur. Buna göre *Potitianus* taşınmazı *Lutatianus* taşınmazına yıllık üç yüz bin kamış ve bin terazi söğüt vermekle yükümlü olmak üzere, her iki taşınmaz farklı kişilere miras bırakılmaktadır. Miras bırakanın ölmesi halinde bu hukuki ilişki nasıl nitelendirilecektir? *Paulus*, burada irtifak hakkının söz konusu olmayacağına karar vermiştir. Hukukçuya göre, taşınmaz lehine irtifak hakkında da taşınmazlar arasında bir bağ meydana gelse dahi metinde bahsi geçen olayda bir yapma edimi söz konusu olduğundan irtifak hakkından bahsedilemez. Nitekim vasiyetname bir kimsenin taşınmazdan yararlanması şeklinde de yorumlanamaz. O nedenle *ususfructus* yani intifa hakkı da söz konusu olmaz. Vasiyetnamede bir taşınmazın bir başka taşınmaz yararına yıllık bir borcun yerine getirilmesi koşulu ile iki taşınmaz farklı kimselere miras bırakılmıştır. Hukukçu, bu durumda *fideicommissum*'a⁹⁶ başvurularak, sorunun çözümleneceğini belirtmiştir⁹⁷.

Taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin bir yapma ediminden ilkesi bakımından *servitus oneris ferendi* yani kendi inşaatını komşu inşaata yaslama hakkı veren irtifak hakkının durumu, gerek Romalı Hukukçular arasında gerekse çağdaş Roma Hukuku öğretisinde tartışmalıdır. Tartışma, kendi inşaatını komşu inşaata yaslama hakkı veren bu irtifak hakkı kapsamında

⁹⁶ İlk İmparatorluk Döneminde ortaya çıkmış bir kurumdur. Bu işlemle mirasbırakan, kanuni mirasçıdan veya mirasçı atanan ya da kendisine belirli bir mal bırakılan kişiden ölümünden sonra bir arzusunu yerine getirmesini istemektedir. Burada mirasbırakanın bir ricası söz konusu olduğundan önceleri, *fideicommissum* işlemi nedeniyle bir dava öngörülmemiştir. Ancak *Augustus* tarafından Sistem Dışı Yargılama Usulünde uygulanmak üzere bir dava (*persecutio fideicommissoria*) tanınmıştır (Küçükgüngör, E. (2007), Roma Hukukunda Vasiyet (*Testamentum*), Ankara, Yetkin Yayınları, s. 230).

⁹⁷ Öcal Apaydın, s. 96.

yüklü taşınmaz malikinin inşaatın yaslandığı duvarı iyi durumda tutmakla yükümlü olması şeklindeki yapma ediminin, *servitus in faciendo consistere nequit* ilkesi karşısında söz konusu irtifak hakkı bakımından etkisi üzerinde yoğunlaşmaktadır.

D.8.5.6.2 (Ulpianus 17 ad ed.)

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

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

Metinden anlaşıldığı üzere *servitus oneris ferendi*, Cumhuriyet Döneminin hukukçuları arasında da tartışmaya neden olmuştur. Tartışmanın çıkış noktası, bu irtifak hakkı kapsamında yüklü taşınmaz malikine bir yapma ediminin yüklenmiş olmasıdır⁹⁸. *Aquilius Gallus*⁹⁹, yüklü taşınmaz malikine bir yapma edimi yüklenemeyeceğinden hareketle böyle bir irtifak hakkının mümkün olmadığını belirtmiştir. Buna karşılık, *Servius Sulpicius*’un *servitus oneris ferendi* kapsamında yüklü taşınmaz malikinin duvarı onarmaya zorlanabileceğine ilişkin görüşü, bu tartışmada galip gelmiştir.

⁹⁸ Öcal Apaydın, s. 97.

⁹⁹ *Q. Mucius Scaevola*’nın yetiştirdiği M.Ö. 1. yy.’da yaşamış hukukçu (Gruppo Editoriale (2006), Dizionario Giuridico Romano, 4. Bası, Napoli, Edizione Simone, s. 61).

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

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

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

Alıntı yaptığımız bu metinde *Paulus*, yararlanan taşınmaz malikinin değil; yüklü taşınmaz malikinin *servitus oneris ferendi* nedeniyle duvarı ya da kolonu onarma yükümlülüğü altında olduğunu belirtmektedir. Bu yükümlülük irtifak hakkı kurulurken ortaya çıkmaktadır¹⁰⁰. Buna göre, irtifak hakkı kurulduğunda inşaat duvara nasıl yaslanmışsa hep öyle olmalıdır. Diğer bir deyişle, irtifak hakkı devam ettikçe, inşaat duvara yaslanmaya devam edecektir. Bu amaçla yüklü taşınmaz maliki, duvarı inşaatın yaslanmasını sağlayacak durumda tutmakla yükümlüdür¹⁰¹. Dolayısıyla onarmak ya da onarma masraflarını karşılamak durumundadır¹⁰².

D.8.5.6.2 ve D.8.2.33'deki metinlerden yüklü taşınmaz malikinin, inşaatın yaslandığı duvarı iyi durumda tutma yükümlülüğü altında olmasına rağmen, Romalı hukukçular arasında *servitus oneris ferendi*'nin irtifak hakkı olduğuna dair görüşün kabul edildiği anlaşılmaktadır¹⁰³. Bu durumda söz konusu irtifak hakkı bakımından inşaatın yaslandığı duvarın yüklü taşınmaz malikince onarılması yükümlülüğünün, irtifak hakkının içeriğinin bir yapma

¹⁰⁰ Öcal Apaydın, s. 98.

¹⁰¹ Öcal Apaydın, s. 98.

¹⁰² Öcal Apaydın, s. 98.

¹⁰³ Öcal Apaydın, s. 98.

ediminden oluşamayacağına ilişkin ilkeye bir istisna teşkil edip etmediği sorusu gündeme gelmektedir.

Beseler'e göre *refectio parietis* (duvarın onarımı) ibaresinin geçtiği tüm metinler *interpolatio*'ya uğramıştır¹⁰⁴. Yazarın bu görüşü, D. 8.5.6.2'de Cumhuriyet Döneminin hukukçuları *Gallus* ve *Servius*'un görüşlerine yer verilmesinin o dönemde dahi bu sorunun tartışıldığını gösterdiği, dolayısıyla *refectio parietis*'in *interpolatio* olamayacağı şeklinde eleştirilmiştir¹⁰⁵.

Scialoia ise irtifak hakkının asıl kapsamının ve yan yükümlülüklerin belirlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Yazara göre, *servitus oneris ferendi* yani kendi inşaatını komşunun inşaatına yaslama hakkının içeriğini, bir yapma borcu oluşturmaz; aksine bir katlanma (*pati*) yükümlülüğü oluşturur. Buna göre yüklü taşınmaz maliki, yararlanan inşaatın kendi inşaatına yaslanmasına katlanmak zorundadır. Duvarın onarılması yükümlülüğü ise *servitus oneris ferendi*'nin asıl içeriğini oluşturmaz; ancak ona bağlı bir yan yükümlülüktür¹⁰⁶. Bu yükümlülük, başlarda ihtiyari iken zamanla zorunlu hale gelmiştir. Dolayısıyla *servitus oneris ferendi* bakımından, irtifak hakkının yüklü taşınmaz malikine bir yapma borcu yükleyemeyeceği kuralı ihlal edilmiş olmaz¹⁰⁷. **Arangio-Ruiz** ise bu yükümlülüğün hem yan yükümlülük olması hem de onarılacak duvarın yüklü taşınmaz malikinin hâkimiyet alanında bulunması sebebiyle, söz konusu irtifak hakkının *servitus in faciendo consistere nequit* ilkesinin istisnasını oluşturduğu görüşündedir¹⁰⁸. **Corbino** da duvarı onarma yükümlülüğünün, yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkından kaynaklandığı görüşündedir. Dolayısıyla bu yükümlülük, *servitus oneris ferendi*'nin irtifak hakkı olması bakımından karakterini değiştirmez. Burada yüklü taşınmaz malikinin *facere* yani yapma yükümlülüğünün kaynağı irtifak hakkı değil; mülkiyet hakkıdır¹⁰⁹.

Segrè ise D.8.5.6.2'de bahsi geçen *servitus oneris ferendi*'ye ilişkin *vindicatio* yani irtifak hakkını koruyan dava *formula*'sında *refectio parietis*'e

¹⁰⁴ Beseler Von, G.: Postliminium und Cornelia, in Miscellanea, ZSS 45, 1925, s. 231 vd. (Naklen Biondi, 1954, s. 117). **Bonfante** de bu metinlerin *interpolatio*'ya uğradığı görüşündedir. Ancak yazar *Digesta*'yı derleyenlerin neden sadece *servitus oneris ferendi* ile ilgili olarak böyle bir ekleme yaptıklarını neden *servitus tigni immitendi* ile ilgili benzer bir *interpolatio*'ya rastlanmadığını anlamının mümkün olmadığını belirtmiştir (Bonfante, 1972, s. 31 vd.).

¹⁰⁵ Biondi, 1954, s. 117.

¹⁰⁶ Aynı doğrultuda Küçükgüngör, 1998a, s. 16; Pichonnaz, 2008, s. 309-310.

¹⁰⁷ Scialoia, V.: Sulla Servitus Oneris Ferendi, AG 27, 1881 s. 145 vd. (Naklen Biondi, 1954, s. 117). Aynı görüşte Biondi, 1954, s. 117 vd.; Talamanca, 1990, 459.

¹⁰⁸ Arangio-Ruiz, 2002, s. 236.

¹⁰⁹ Corbino, A. (1999), Servitus oneris ferendi e refectio parietis, in Mélanges en L'honneur de C.A. Cannata I. Genève, Helbing et Lichtenhahn, s. 34.

rastlanmadığından, bu metnin *Digesta*'yı derleyenler tarafından değiştirildiğini ileri sürmektedir. Yazara göre *Gallus* ve *Servius* arasında fikir ayrılığına neden olan olaydaki mesele, irtifak hakkının korunmasına ilişkin davanın *formula*'sında *restitutio* hükmünün bulunup bulunmadığına ilişkindir. Benzer şekilde D.8.2.33'de de bahsi geçen olayda *paries* yani inşaatın yaslandığı duvar, irtifak hakkının konusunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu duvarın ortadan kalkması *servitus oneris ferendi*'nin sona ermesine neden olmaz; ancak irtifak hakkının devamlılığını engeller¹¹⁰. **Grosso, Segrè** ile aynı görüşte olmakla beraber yazara göre Klasik Dönemde *servitus oneris ferendi* kapsamında inşaatın yaslandığı duvarın belirli koşullarda muhafaza edilmemesi, başkasının aynı hakkının ihlal edildiği anlamına gelmekteydi ve bu nedenle irtifak hakkını koruyan *formula* ile talep edilmekteydi. Dolayısıyla *servitus in faciendo consistere nequit* ilkesinin esnekliğinin sınırını oluşturmaktaydı¹¹¹.

Kanaatimizce *servitus oneris ferendi* kapsamında inşaatın yaslandığı duvarın onarım yükümlülüğünü yüklü taşınmaz malikinin taşımasının sebebi, inşaatın yaslandığı duvarın yüklü taşınmaz malikinin hâkimiyet alanında olmasından kaynaklanmaktadır¹¹². Aşağıda alıntı yaptığımız metin ve D.8.2.33 birlikte değerlendirildiğinde duvarı inşaat yaslamaya uygun bir şekilde tutma yükümlülüğünü irtifak hakkı kurulurken, yüklü taşınmaz malikinin üstlendiği anlaşılmaktadır. Yüklü taşınmaz malikinin irtifak hakkı kurulurken, söz konusu yükümlülüğün altına sokulması da bu yükümlülüğün bir yan yükümlülük olduğunu göstermektedir¹¹³. Bu yan yükümlülük, eşyaya bağlı borç kavramının ilk oluşumudur¹¹⁴. Dolayısıyla yüklü taşınmaz malikinin kendi hakimiyet alanında bulunan duvarın onarımı yükümlülüğü nedeniyle *servitus oneris ferendi*, *servitus in faciendo consistere nequit* ilkesine bir istisna teşkil etmez¹¹⁵. Yüklü taşınmaz malikinin hakimiyet alanındaki duvarın her zaman yaslanmaya uygun tutulması, buna ilişkin bakım ve onarım masraflarının yüklü taşınmazdan talep edilebilmesini sağlayan dava Romalılar tarafından bir aynı dava olarak öngörülmüştür¹¹⁶. Aşağıdaki metinden de anlaşıldığı üzere bunun dayanağı irtifak hakkını kuran işlemdir:

¹¹⁰ Segrè, G. (1933), La clausola restitutiva nelle azioni "de servitutibus", e le formule delle azioni relative alla "servitus oneris ferendi", BIDR 41, s. 17-7, s. 52 vd.

¹¹¹ Grosso, 1969, s. 86.

¹¹² Öcal Apaydın, s. 100.

¹¹³ Öcal Apaydın, s. 100.

¹¹⁴ Öcal Apaydın, s. 100.

¹¹⁵ Öcal Apaydın, s. 100.

¹¹⁶ Öcal Apaydın, s. 100.

D.8.5.6.5 (Ulpianus 17 ad ed.)

“*Modus autem refectiois in hac actione ad eum modum pertinet, qui in servitute imposita continetur: forte ut reficiat lapide quadrato vel lapide structili vel quovis alio opere, quod in servitute dictum est*”.

Bu dava kapsamında talep edilen onarımın şekli, irtifak hakkının kurulmasıyla belirlenen şekille ilgilidir. Örneğin; irtifak hakkı kurulurken belirtilen kare taş, kırma taş ya da diğer herhangi bir yapı ile onarımı yaparsın.

2. Türk Hukukunda Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkının İçeriğinin Yapma Ediminden Oluşmaması

İsviçre ve Türk Hukuk düzenlerinde taşınmaz lehine irtifak haklarının, yüklü taşınmaz malikinın irtifak hakkı sahibinin taşınmaz üzerindeki birtakım faaliyetlerine katlanması (*servitutes quae in patiando consistunt*) veya yüklü taşınmaz malikinın kendi mülkiyet hakkından kaynaklanan birtakım yetkileri kullanmaktan kaçınması (*servitutes quae in non faciendo consistunt*) şeklinde olabileceği kabul edilmektedir¹¹⁷. Dolayısıyla yüklü taşınmaz maliki kendi taşınmazından su alınmasına katlanmak durumundadır, ne var ki yüklü taşınmaz malikinın kendisinin suyu taşıması söz konusu olmaz¹¹⁸.

İsviçre Medeni Kanunu m. 730/f.2 ve TMK m. 779/f.2 hükümlerine göre irtifak hakkı bir yapma borcundan oluşamaz; ancak yapma borçları irtifak hakkının yerine getirilmesini kolaylaştırmak ya da teminat altına almak amacıyla bir yan yükümlülük teşkil edebilir¹¹⁹. Yoksa yüklü taşınmaz malikine irtifak hakkından daha ağır bir yük getiremez¹²⁰. Diğer bir deyişle yüklü taşınmaz maliki, irtifak hakkının yerine getirilmesi için zorunlu olan hallerde bir yapma borcu altına sokulabilir¹²¹. 11 Aralık 2009 tarih FF 2007/4845 sayılı yasa ile ve 1 Ocak 2012’de yürürlüğe girmek üzere İsv.MK m.730/f.2 hükmüne yeni bir cümle eklenmiştir. Buna göre söz konusu yan yükümlülük, yalnızca Tapu Kütüğüne tescil edilmişse, yüklü ve yararlanan taşınmaz maliklerini bağlar. Bu düzenlemeden kasıt, söz konusu yükümlülüğün ancak tapuya tescil edilmesi halinde eşyaya bağlı borç olma özelliği göstereceğidir¹²². Taşınmaz lehine irtifak hakkından feragat edilirse,

¹¹⁷ Wieland, s. 479. Alman hukukunda da aynı ilke benimsenmiştir (bkz. Baetge, Dietmar, “Wettbewerbsbeschränkende Dienstbarkeiten in Europa. Ein rechtsvergleichender Überblick, RabelsZ (59) 1995, RabelsZ (59) 1995, s. 665).

¹¹⁸ Bu halde koşulları varsa taşınmaz yükü söz konusu olabilir (bkz. ATF 131/2005 I 321/326; ATF 93/1967 II 290; Piotet, s. 40; Steinauer, N. 2218; Sirmen, s. 514).

¹¹⁹ Wieland, s. 481.

¹²⁰ ATF 106/1980 II 315=JdT 1981 I 306/310.

¹²¹ Söz konusu yapma yükümlülüğü, taşınmaz yükü olarak da kurulabilir (Piotet, s. 40; Steinauer, N. 2218).

¹²² Steinauer, N. 2220.

irtifak hakkına bağlı bu borç da sona erecektir¹²³. Bu durumda söz konusu yan yükümlülüğün eşyaya bağlı borç olma özelliğini yitireceği; ancak taraflar arasında aynı içerikte normal bir borca dönüşebileceği kabul edilmektedir¹²⁴.

Türk Medeni Kanunu m. 779 hükmünde de aynı yaklaşım benimsenmiştir. Söz konusu madde hükmünce yapma borçları, başlı başına irtifak hakkının konusu olamaz; ancak ona yan edim olarak bağlanabilir. Kanunda bahsi geçen bu yan edim borcu irtifak hakkına bağlı bir borç olmasının¹²⁵ yanı sıra eşyaya bağlı bir borç niteliğindedir. Örneğin, irtifak hakkı kurulurken yüklü taşınmaz malikine bir yapma borcu yüklenmişse, yüklü taşınmaz el değiştirdikçe bu borç yeni malike geçecektir. Ancak irtifak hakkı sona erdiği takdirde, bu yan borç da sona erecektir. Benzer şekilde yan edim borcunun, irtifak hakkından bağımsız olarak el değiştirmesi de mümkün değildir¹²⁶.

İsviçre Medeni Kanunu m. 741 ve TMK m. 790 hükümlerinde ise özel olarak bu durum düzenlenmiştir. Buna göre irtifak hakkının kullanımı için bir yapıya ihtiyaç varsa irtifak hakkı sahibi, bu yapının bakımını üstlenmektedir. Ancak yüklü taşınmaz maliki de söz konusu yapıdan düzenli bir şekilde yararlanıyorsa, bakım giderlerine yararı oranında katlanacaktır. Örneğin, taşınmaz lehine irtifak hakkını kuran sözleşmeye geçit hakkının kullanıldığı yolun bakımına¹²⁷ ya da kaynak irtifakında suyun tutulması için gerekli boru ya da tankların bakım giderlerine yüklü taşınmaz malikin de katlanması¹²⁸ şeklinde hüküm konulması mümkündür¹²⁹.

D. TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARININ PAYLARA BÖLÜNEMEMESİ

1. Roma Hukukunda Benimsenen İlke: *Servitutes dividi non possunt*

Taşınmaz lehine irtifak haklarının paylara bölünemeyeceği kabul edilmektedir¹³⁰. İrtifak haklarının bölünemeyeceği ifadesi ile neyin kast edildiği modern Roma hukuku öğretisinde tartışmalıdır.

¹²³ Piotet, s. 40.

¹²⁴ ATF 50 II 234 ss=JdT 1924 I 549; ATF 85 I 261 ss=JdT 1960 I 76 ss.

¹²⁵ Bu yükümlülüğün amacı irtifak hakkının kullanılmasını kolaylaştırmak olmalı, irtifaka bağlı ve ikinci derecede olma özelliğini aşmamalıdır (Ayiter, N. (1983), Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara Savaş Yayınları, s. 159; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2774).

¹²⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2773.

¹²⁷ Steinauer, N. 2219.

¹²⁸ ATF 93/1967 II 290=JdT 1968 I 565.

¹²⁹ Piotet, s. 40.

¹³⁰ Longo, A. (1890), La Teoria dell'indivisibilità delle servitù prediali in diritto romano, Palermo, Edizione del Boccone del Povero, s. 3; Solazzi, 1947, s. 64 vd.; Grosso, 1969, s. 151 vd.; Biondi, 1954, 160 vd.; Burdese, 1993, s. 360; Guarino, 2006, s. 231; Sanfilippo, s.

Bir görüşe göre, taşınmaz lehine irtifak hakları paylara bölünemez¹³¹. Çünkü irtifak hakkının taşınmazın yalnızca bir parçası üzerinde doğması ve varlığını sürdürmesi mümkün değildir. Bir kölenin bir kısmının özgür bir kısmının köle olması nasıl mümkün değilse, bir taşınmazın da bir kısmının irtifak hakkı ile yüklü bir kısmının irtifak hakkından bağımsız olması mümkün değildir¹³².

Bir diğer görüş savunanlar ise irtifak hakkının kullanımın paylara bölünmesinin mümkün olmadığını; o nedenle irtifak haklarının bölünemeyeceğini ileri sürmektedirler¹³³.

Klasik dönemde semerelerin (*fructus*) paylara bölünebileceği; ancak kullanmanın (*usus*) bölünemeyeceği kabul ediliyordu¹³⁴.

D.7.8.19 (Paulus 3 ad vitell.)

“Usus pars legari non potest: nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus.”

Kullanma (*usus*) paylara ayrılarak, miras bırakılamaz. Nitekim paylara ayrılarak semerelerden yararlanabiliriz; ancak paylara ayrılarak kullanamayız.

Kanaatimizce irtifak haklarının paylara bölünemeyeceği ifadesi ile, gerek irtifak hakkının kendisinin paylara bölünemeyeceği gerekse taşınmaz payı üzerinde irtifak hakkının mümkün olamayacağı kast edilmektedir¹³⁵. İrtifak hakkının taşınmaz payı üzerinde mümkün olmaması, taşınmazın bütününe irtifak hakkı ile yüklü olmasından kaynaklanır ve o nedenle taşınmazın tümü üzerinde irtifak hakkı söz konusu olmaktadır¹³⁶. Taşınmaz payı üzerinde irtifak hakkının söz konusu olamamasına karşın, taşınmazın sınırları belli bir şekilde parsellere ayrılması halinde, her parsel ayrı bir taşınmaz olarak

230; Di Marzo, s. 273; Robaye, s. 174; Girard, 2003, s. 386-387; Erdoğan, 2006, s. 108-109; Oğuzoğlu, C. (1959), Roma Hukuku, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 180; Buckland, s. 262.

¹³¹ Biondi, 1954, s. 161.

¹³² Biondi, 1954, s. 161.

¹³³ Segré, G. (1931), Corso di Diritto Romano, La comproprietà e la comunione degli altri diritti reali, Torino, Giappichelli Editore, s.26-27; Solazzi, 1947, s. 65; Grosso, 1969, s. 152. Capogrossi Colognesi, L. (1972), Una Servitus, Studi in Onore di Giuseppe Grosso, C.V, Torino Giappichelli Editore, s. 208. **Capogrossi Colognesi**, D.8.6.2 ve D.8.6.17’de görüşlerine yer verilen hukukçular, *Sabinianus* ve *Labeo*’nun irtifak hakkının paylı olarak kullanılmasının mümkün olmadığı kuralından hareket etmektedir (Capogrossi Colognesi, 1972, s. 208.

¹³⁴ Grosso, 1969, s. 152.

¹³⁵ D.8.1.11.

¹³⁶ Öcal Apaydın, s. 102.

nitelendirileceğinden bir parselin irtifak hakkı ile yüklü olması mümkündür¹³⁷.

İrtifak hakkının paylara bölünmesinin mümkün olmaması¹³⁸ ise irtifak hakkının kullanımının bölünememesi¹³⁹, diğer bir deyişle yüklü taşınmaz üzerinde yerine getirilen eylemlerin paylara bölünememesi anlamına gelmektedir¹⁴⁰. Örneğin, *aquae ductus* yani su geçirme irtifakının bölünemez olması, geçirilen su miktarı ile ilgili değildir. Bu irtifak hakkının kullanılması suyun bir taşınmazdan bir başka taşınmaza taşınması şeklinde olmaktadır, diğer bir deyişle su yüklü taşınmaz üzerinden geçirilmektedir. Taşınan suyun birden fazla kişi tarafından kullanılması mümkündür. Su geçirme irtifakının kullanılması bakımından yerine getirilen eylemlerin bölünememesi ile kast edilen, suyun taşınması işleminin bir bütün halinde yerine getirilmesidir¹⁴¹. Benzer şekilde yüklü taşınmazdan geçme hakkı birden fazla kimse tarafından kullanılıyorsa bile, bu kimselerden her biri tek başına geçme hakkını bir bütün olarak kullanmaktadır. Kendi aralarında geçme eyleminin paylara bölünerek, kullanılması söz konusu olamaz¹⁴².

Pomp.Reg.

*“Et servitutes dividi non possunt: nam earum usus ita connexus est, ut qui eum partiatur, naturam eius corrumpat”*¹⁴³.

Ayrıca irtifak hakları <paylara> bölünemez: çünkü onların kullanımı öylesine ayrılmazdır ki; bir kimse onu¹⁴⁴ <paylara> bölerse esası bozulur.

Yukarıda alıntı yaptığımız metinde taşınmaz lehine irtifak hakkının paylara bölünemeyeceği ifadesi, irtifak hakkının kullanımı ile açıklanmıştır. Buna göre, eğer irtifak hakkının kullanımı paylara bölünürse irtifak hakkının özüne zarar verilmiş olacaktır¹⁴⁵.

Yüklü taşınmazın paylara ayrılması durumu aşağıdaki metinde ele alınmıştır:

¹³⁷ D.8.4.6.1.

¹³⁸ D.8.5.4.3.

¹³⁹ D.8.1.17.

¹⁴⁰ Öcal Apaydın, s. 102.

¹⁴¹ Öcal Apaydın, s. 102.

¹⁴² Öcal Apaydın, s. 102.

¹⁴³ Riccobono, S./Baviera, G.- Ferrini, C.- Furlani, G. (1940), FIRA, Floransa, S. a. G. Barbèra, s. 449.

¹⁴⁴ Metnin Latince aslında “onun” anlamına gelen “*eum*” kelimesi tekil ve eril olduğundan kanımızca tekil ve eril olan “*usus*” yani kullanım kelimesini işaret etmektedir.

¹⁴⁵ Öcal Apaydın, s. 102.

D.8.6.6.1a (Celsus 5 dig.)

“Sed si is fundus qui servierit ita divisus est, plusculum dubitationis ea res habet: nam si certus ac finitus viae locus est, tunc, si per longitudinem eius fundus divisus est, eadem omnia servanda erunt, quae si initio constituendae eius servitutis similiter hic duo fundi fuissent: si vero per latitudinem viae fundus divisus est (nec multum refert, aequaliter id factus est an inaequaliter), tunc manet idem ius servitutis, quod fundo indiviso fuerat, nec aut usu detineri aut non utendo deperire nisi tota via poterit: nec si forte inciderit, ut semita, quae per alterum dumtaxat fundum erit, uteretur, idcirco alter fundus liberabitur, quoniam unum atque eo modo individuum viae ius est”.

Diğer yandan yüklü taşınmaz paylara ayrılırsa, sorun biraz belirsizlik arz eder. Gerçekten eğer *via*'nın (geçit irtifakı) yeri kesin bir biçimde belirlenmişse ve iki parsel arasındaki sınır söz konusu yer boyunca ise o takdirde, irtifak hakkı kurulduğu zaman iki ayrı taşınmazın olduğu kabul edilir. Ancak eğer taşınmaz, geçit irtifakının kullanıldığı yeri enine kesecek biçimde bölünmüşse (bölünen parçaların eşit olup olmadığı önemli değildir) o zaman irtifak hakkı sanki taşınmaz bölünmemiş gibi devam eder, tüm geçit irtifakı için olmadıkça ne kullanma ile korunur ne de kullanılmamakla sona erer. Ayrıca taşınmazın bir bölümünde geçit irtifakı kullanılırsa bu, taşınmazın diğer kısmının irtifak hakkından kurtulduğu anlamına gelmez. Çünkü geçit irtifakı, bir bütündür ve bölünemez.

Alıntı yaptığımız bu metinde çeşitli ihtimaller değerlendirilmiştir. Birinci halde geçit irtifakının taşınmazın neresinde kullanılacağı kesin biçimde belirlenmişse ve geçilen yer sınırları belirli iki parsel arasında sınır oluşturacak şekilde iki parsel ayrılırsa, iki ayrı taşınmaz söz konusu olacaktır. Ne var ki, metinde bu taşınmazlardan hangisinin irtifak hakkı ile yüklü olduğu aydınlatılmamıştır. İkinci halde geçidin yeri belirli ise ve taşınmaz geçidi de enine kesecek biçimde parsellere ayrılırsa, bu iki parsel de irtifak hakkı ile yüklü olmaya devam edecektir. Son olarak metinde genel bir değerlendirme yapılmaktadır. Buna göre, geçit irtifakı taşınmazın belirli bir kısmında kullanılsa dahi taşınmazın tümü irtifak hakkı ile yüküldür. Zira hakkın kendisi bölünemez¹⁴⁶.

Yararlanan taşınmazın paylara ayrılması durumunda ise her pay lehine irtifak hakkı söz konusu olacaktır:

D.8.3.23.3 (Paulus 15 ad sab.)

¹⁴⁶ Öcal Apaydın, s. 104.

“*Quaecumque servitus fundo debetur, omnibus eius partibus debetur: et ideo quamvis particulatim venierit, omnes partes servitus sequitur et ita, ut singuli recte agant ius sibi esse eundi. si tamen fundus, cui servitus debetur, certis regionibus inter plures dominos divisus est, quamvis omnibus partibus servitus debeatur, tamen opus est, ut hi, qui non proximas partes servienti fundo habebunt, transitum per reliquas partes fundi divisi iure habeant aut, si proximi patiantur, transeant*”.

Bir taşınmaz lehine herhangi bir irtifak hakkı kurulmuş olsun, her parçası için irtifak hakkı söz konusu olur. Dolayısıyla <söz konusu yararlanan> taşınmaz paylara ayrılmak suretiyle satılırsa, irtifak hakkı her bir payı takip eder. Bu suretle her biri doğru olarak taşınmazdan geçmek (*iter*) hakkı olduğunu iddia ederek dava açabilir. Ayrıca yararlanan taşınmaz sınırları belli olarak paylara bölündüyse, taşınmazın her bir parseli lehine irtifak hakkı söz konusudur. Yüklü taşınmaza yakın olmayan parsel sahiplerinin, bölünmüş olan taşınmazın diğer kısımlarından geçme hakkı olup olmadığı ya da <yüklü taşınmaza> yakın olan parsel sahiplerinin rızası ile geçip geçemeyeceği konusu hala önemlidir.

Yukarıdaki metinde ise konu iki farklı şekilde ele alınmıştır. Öncelikle, bir taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulmuşsa, irtifak hakkı taşınmazın tamamı için söz konusu olmaktadır. Eğer yararlanan taşınmaz paylara bölünürse, irtifak hakkı her pay lehine devam edecektir. İkinci olarak eğer yararlanan taşınmaz sınırları belli olacak şekilde parsellere ayrılmışsa, her bir parsel için irtifak hakkı devam edecektir. Belirtmek gerekir ki *Paulus*, bir yandan da ayrılmış parselleri ayrı birer taşınmaz olarak kabul etmektedir. Bu doğrultuda yüklü taşınmaza uzak olan parsel sahiplerinin yüklü taşınmaza ulaşmak için diğer parsellerden de geçmesi gerekmektedir. Bunun mümkün olup olmadığının çözümlenmesi gereken bir mesele olduğuna değinen hukukçu, bu meseleyle ilişkin açık bir cevap vermemiştir¹⁴⁷.

İrtifak haklarının paylara bölünmemesinin sonuçları metinlerde karşımıza şu şekilde çıkmaktadır:

i.) İrtifak hakkının taşınmaz payı üzerinde (*pro parte*) kurulması mümkün değildir¹⁴⁸.

D.8.4.6.1 (Ulpianus 28 ad sab.)

“*Si quis partem aedium tradet vel partem fundi, non potest servitutem imponere, quia per partes servitus imponi non potest, sed nec adquiri. plane*

¹⁴⁷ Öcal Apaydın, s. 105.

¹⁴⁸ Bonfante, 1972, s. 39; Solazzi, 1947, s. 65; Grosso, 1969, s. 151 vd.; Burdese, 1993, s. 360.

si divisit fundum regionibus et sic partem tradidit pro diviso, potest alterutri servitutem imponere, quia non est pars fundi, sed fundus. Quod et in aedibus potest dici, si dominus pariete medio aedificato unam domum in duas dividerit, ut plerique faciunt: nam et hic pro duabus domibus accipi debet.”

Eğer bir kimse bir binadaki ya da arazideki payını devir ve teslim ederse, payı irtifak hakkı ile yüklü olmaz. Çünkü ne bir pay irtifak hakkı ile yüklü olabilir ne de bir pay üzerinde irtifak hakkı kazanılabilir. Şüphesiz bir taşınmaz parsellere ayrılmış ve devredilmişse, bireysel olarak bir parsel belirlenmişse, bir parsel ya da diğeri irtifak hakkı ile yüklü olabilir. Çünkü bu durumda <irtifak hakkı> taşınmaz payı üzerinde söz konusu olmamaktadır; taşınmazın kendisi üzerinde söz konusu olmaktadır. Bina için de aynı gerekçelere başvurulabilir. Eğer malik binanın ortasına bir duvar inşa ederse, birçoklarının yaptığı gibi, evi ikiye bölmüş olur. Nitekim bu durumda iki evden bahsedilir.

Yukarıda alıntı yaptığımız metinde paylı mülkiyete konu pay üzerinde irtifak hakkının kurulmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir. Ancak taşınmaz sınırları belli olacak şekilde parsellere ayrılmışsa, artık taşınmaz payı söz konusu olmamaktadır. Her parsel, ayrı bir taşınmaz olarak nitelendirilmektedir. Dolayısıyla taşınmaz parsellere ayrılmadan, paylı mülkiyet söz konusu ise mülkiyet payı üzerinde irtifak hakkının kurulması mümkün değildir. Diğer bir deyişle paylı mülkiyete konu pay, irtifak hakkı ile yüklü olamaz. Ne var ki, taşınmaz parsellere ayrıldıktan sonra parsel üzerinde irtifak hakkı kurulması mümkündür. Zira parsel artık bağımsız bir taşınmazdır ve irtifak hakkı ile yüklü olabilmektedir¹⁴⁹.

D.8.3.32 (Africanus 6 quaest.)

“Fundus mihi tecum communis est: partem tuam mihi tradidisti et ad eundem viam per vicinum tuum proprium. recte eo modo servitutem constitutam ait neque quod dici soleat per partes nec adquiri nec imponi servitutes posse isto casu locum habere: hic enim non per partem servitutem adquiri, utpote cum in id tempus adquiratur, quo proprius meus fundus futurus sit”.

Sen ve ben bir taşınmazın müşterek malikleriyiz. Sen kendi payını, sana komşu taşınmaz lehine *via* (geçit irtifakı) kurarak, bana devir ve teslim ediyorsun. <Iulianus¹⁵⁰> bu şekilde irtifak hakkının doğru bir biçimde

¹⁴⁹ Öcal Apaydın, s. 105-106.

¹⁵⁰ Digesti o Pandette dell’Imperatore Giustiniano, (Çev.: Schipani, S.) (2005), Milano, Giuffrè Editore, C.II, s. 204.

kurulduğunu belirtmektedir. Bu durumda pay üzerine irtifak hakkı yüklenemeyeceği ya da pay üzerinde irtifak hakkı kurulamayacağı kuralı uygulama alanı bulmaz. Nitekim burada pay üzerinde irtifak hakkı kurulmamıştır. Kurulma anında taşınmazın tamamı benim olmuştur.

Yukarıdaki metinde de pay üzerinde irtifak hakkı kurulamayacağı kuralı vurgulanmıştır. Ayrıca iki kişinin müşterek malik olduğu taşınmaz payı, ancak bir başka taşınmaz lehine irtifak hakkı kurularak, diğer malike devredilirse bu durumda pay üzerinde değil taşınmazın tamamı üzerinde irtifak hakkının kurulduğu ifade edilmektedir¹⁵¹.

İncelediğimiz metinlerden çıkan sonuca göre, paylı mülkiyete konu pay üzerinde irtifak hakkı kurulması mümkün değildir. Ancak müşterek taşınmazın tümü üzerinde irtifak hakkı kurulabilmektedir. Bu halde paylı mülkiyete konu taşınmaz üzerinde irtifak hakkının nasıl kurulacağı da aydınlatılması gereken bir meseledir.

D.8.3.11 (Celsus 27 dig.)

“Per fundum, qui plurium est, ius mihi esse eundi agendi potest separatim cedi. ergo sup tili ratione non aliter meum fiet ius, quam si omnes cedant et novissima demum cessione superiores omnes confirmabuntur: benignius tamen dicitur et antequam novissimus cesserit, eos, qui antea cesserunt, vetare uti cesso iure non posse”.

Bir taşınmazın birden fazla maliki varsa, *iter* (yürüyerek geçme irtifakı) ya da *actus*'un (sürüyle geçme irtifakı) kurulması için her bir malik tarafından *in iure cessio* işlemi ayrı ayrı yapılır. Katı bir yoruma göre bu durumda, tüm paydaşlar *<in iure cessio>* işlemini gerçekleştirmezse irtifak hakkı kurulamayacak ve son *in iure cessio* işlemi ile öncekiler onaylanmış olacaktır. Ancak en serbest yoruma göre son malik *in iure cessio* işlemi yapmadan önce dahi ondan önce işlemi yapanlar, benim irtifak hakkını kullanmamı engelleyemezler.

Alıntı yapılan metinden anlaşıldığı üzere, müşterek mülkiyete konu taşınmaz üzerinde irtifak hakkının kurulması için *in iure cessio*, tek bir paydaş tarafından yapılırsa hüküm ve sonuç doğurmaz. Her paydaşın söz konusu işleme katılması gerekmektedir. Şayet paydaşlar işlemi ayrı ayrı yapıyorsa, tüm paydaşlar tarafından işlemin yapılması ile irtifak hakkının kurulacaktır. Diğer bir deyişle irtifak hakkının kurulması işlemi, tüm paydaşlar tarafından *in iure cessio* yapıldığında tamamlanmaktadır. Metinde dikkat çeken bir diğer

¹⁵¹ Öcal Apaydın, s. 106.

husus, irtifak hakkını kurmak için *in iure cessio* işlemini gerçekleştirmiş olan paydaşın, henüz tüm paydaşlar söz konusu işlemi gerçekleştirmeden yani işlem tamamlanmadan irtifak hakkının kullanılması halinde, buna itiraz edemeyeceğinin belirtilmesidir. Bu durumda *in iure cessio*'yu yerine getiren paydaş bakımından irtifak hakkının hüküm doğurduğu kabul edilmektedir¹⁵².

ii.) Taşınmaz payı üzerinde (*pro parte*) irtifak hakkı kurulmasına ilişkin borçlandırıcı işlemler hükümsüzdür¹⁵³.

D.8.1.11 (Modestinus 6 diff.)

“Pro parte dominii servitutem adquire non posse volgo traditur: et ideo si quis fundum habens viam stipuletur et partem fundi sui postea alienet, corrumpit stipulationem in eum casum deducendo, a quo stipulatio incipere non possit. pro parte quoque neque legari neque adimi via potest et, si id factum est, neque legatum neque ademptio valet”.

Genellikle irtifak hakkının bir taşınmazın mülkiyet payı üzerinde kazanılamayacağı söylenir. Dolayısıyla eğer taşınmaz sahibi bir kimse *via* (geçit irtifakı) kuracağı şeklinde *stipulatio* ile taahhüt altına sokulur, sonra da onun taşınmazının payı devralınırsa, konusu olan taşınmazın içinde bulunduğu koşullar nedeniyle *stipulatio*, baştan itibaren hüküm doğuramayacağından geçersiz sayılır. Kaldı ki, mülkiyet payına ilişkin geçit irtifakı vasiyetname yoluyla da miras bırakılamaz ya da <bu haktan> feragat edilemez. Şayet bu şekilde yapıldıysa ne vasiyetname ne de feragat <işlemi> geçerlidir.

Yukarıdaki metin genel kuralı ortaya koymaktadır. Buna göre taşınmaz payı üzerinde irtifak hakkı kurulamaz. Dolayısıyla taşınmaz payı üzerinde irtifak hakkı kurulacağına ilişkin yapılan *stipulatio* 'nun kesin hükümsüz olduğu ifade edilmektedir. Metinde ayrıca taşınmaz payı üzerinde vasiyetname yoluyla da irtifak hakkı kurulamayacağı belirtilmiştir¹⁵⁴.

D.8.3.19 (Paulus 6 ad sab.)

“Si unus ex sociis stipuletur iter ad communem fundum, inutilis est stipulatio, quia nec dari ei potest: sed si omnes stipulentur sive communis servus, singuli ex sociis sibi dari oportere petere possunt, quia ita dari eis potest: ne, si stipulator viae plures heredes reliquerit, inutilis stipulatio fiat”.

Eğer paydaşlardan biri <kendi lehine> *stipulatio* ile müşterek taşınmaza ulaşmak için *iter* (yürüyerek geçme irtifakı) kurmuşsa, *stipulatio* geçersizdir.

¹⁵² Öcal Apaydın, s. 107.

¹⁵³ Solazzi, 1947, s. 65; Biondi, 1954, s. 169; Grosso, 1969, s. 154.

¹⁵⁴ Öcal Apaydın, s. 108.

Çünkü <münhasıran> kendi yararına <irtifak hakkı> kuramaz. Ancak hepsi, ya da ortak köleleri, *stipulatio* ile <irtifak hakkını kurmayı> taahhüt ederse paydaşlardan her biri geçit irtifakının kurulmasını hukuken talep edebilir. Çünkü bu durumda irtifak hakkı hepsi için kurulacaktır. Benzer şekilde bir kimsenin *stipulatio* ile *via* kuracağını taahhüt etmesi, sonra ölmesi ve belirli sayıda mirasçı bırakması halinde, onun *stipulatio*'su da geçersiz sayılacaktır.

Alıntı yapılan bu metinde paydaşlardan birinin, kendi taşınmaz payı lehine ortak taşınmaza ulaşmak için irtifak hakkı kurulacağına dair yaptığı *stipulatio*'nun geçersiz olduğu belirtilmiştir. Ancak paydaşların hepsi *stipulatio* yaparsa, o takdirde hepsi irtifak hakkının kurulmasını talep edebilecektir. Zira ikinci durumda, tüm paydaşlar işleme katılmış olduğundan irtifak hakkı müşterek taşınmaz lehine söz konusu olacaktır. Metindeki bir diğer ihtimal ise bir kimsenin geçit irtifakı kuracağını *stipulatio* ile taahhüt etmesi ve ardından ölmesi halinde de söz konusu *stipulatio*'nun geçersiz sayılacağıdır¹⁵⁵.

D.8.1.17 (Pomponius lib.sing. reg.)

“*Viae itineris actus aquae ductus pars in obligationem deduci non potest, quia usus eorum indivisus est: ...*”.

Pay üzerinde *via* (geçit irtifakı), *iter* (yürüyerek geçme irtifakı), *actus* (yük ve çeki hayvanı ile geçme irtifakı) ve *aquae ductus* (su yolu irtifakı) borç konusu yapılamaz. Çünkü bu irtifak haklarının kullanımı <paylara> bölünemez...

Taşınmaz payı üzerinde irtifak hakkı kurulacağına dair borçlandırıcı bir işlem yapılmışsa, metindeki somut olaydan hareketle pay üzerinde irtifak hakkı kurulacağı *stipulatio* ile taahhüt edilmişse, bu işlem geçersizdir¹⁵⁶.

iii.) Taşınmazın paylara bölünmesi (*pro parte*), irtifak hakkını ortadan kaldırmaz¹⁵⁷.

Eğer yüklü taşınmaz maliki yararlanan taşınmaz üzerinde paylı mülkiyette pay sahibi olursa ya da yararlanan taşınmaz maliki yüklü taşınmaz üzerinde paylı mülkiyette pay sahibi olursa, irtifak hakkı sona ermez ve devam eder¹⁵⁸. Her iki ihtimal bakımından da yüklü ve yararlanan taşınmaz malikinin aynı kişi olmasından söz edilemez¹⁵⁹:

¹⁵⁵ Öcal Apaydın, s. 108-109.

¹⁵⁶ Benzer yaklaşım için bkz. D.45.1.2.1.

¹⁵⁷ Biondi, 1954, s. 167 vd.; Burdese, 1993, s. 360.

¹⁵⁸ Bonfante, 1972, s. 39; Solazzi, 1947, s. 66.

¹⁵⁹ Perozzi, 2002, s. 762; Grosso, 1969, s. 154.

D.8.2.30.1 (Paulus 15 ad sab.)

“Si partem praedii nactus sim, quod mihi aut cui ego serviam, non confundi servitutem placet, quia pro parte servitus retinetur. itaque si praedia mea praediis tuis serviant et tuorum partem mihi et ego meorum partem tibi tradidero, manebit servitus. item usus fructus in alterutris praediis adquisitus non interrumpit servitutem”.

Eğer benim taşınmazım lehine irtifak hakkı ile yüklü ya da benim taşınmazım üzerinde irtifak hakkından yararlanan taşınmazın payını elde edersem, irtifak hakkının birleşme (*confusio*) yoluyla ortadan kalkmayacağı kabul edilir, payla ilgili olarak irtifak hakkı devam eder. Dolayısıyla eğer benim taşınmazım senin taşınmazın lehine irtifak hakkı ile yüklüyse ve sen taşınmazından bir payı bana devir ve teslim edersen ve ben de benimkinden bir payı sana devir ve teslim edersem, irtifak hakkı devam eder. Benzer şekilde, iki taşınmazdan biri üzerinde intifa hakkının elde edilmesi irtifak hakkını etkilemez.

Yukarıdaki metinde ele alınan örnekte, yararlanan taşınmaz malikinin yüklü taşınmaz payı kazanması ya da yüklü taşınmaz malikinin yararlanan taşınmaz payını kazanması halinde, irtifak hakkının birleşme nedeniyle sona erdiğinden bahsedilemeyeceği belirtilmiştir. Benzer şekilde yüklü ve yararlanan taşınmaz maliklerinin birbirlerinin taşınmazının payını kazanması da irtifak hakkını sona erdirmez¹⁶⁰.

D.8.3.34 pr. (Papinianus 7 quaest.)

“... quoniam servitutes pro parte retineri placet, ab altero servitus alteri remitti non potest: quamvis enim unusquisque sociorum solus sit, cui servitus debetur, tamen quoniam non personae, sed praedia deberent, neque adquiri libertas neque remitti servitus per partem poterit”.

....Paylar üzerinde irtifak hakkının korunacağı kuralı gereği maliklerden biri diğeri için irtifak hakkını kaldıramaz. Her müşterek malik, tek başına, irtifak hakkından yararlanma hakkına sahip olsa dahi irtifak hakkı bireyler üzerinde değil taşınmaz üzerinde bir yüküdür. Taşınmazın paylara ayrılması ile yüklü taşınmaz irtifaktan bağımsız hale getirilemeyeceği (*usucapio libertatis*) gibi irtifak hakkı da ortadan kalkmaz.

Alıntı yapılan bu metinde ise taşınmaz payı sahibinin tek başına irtifak hakkından feragat edemeyeceği ifade edilmiştir. Yararlanan taşınmaz üzerindeki her pay sahibi yüklü taşınmazda irtifak hakkını tek başına

¹⁶⁰ Öcal Apaydın, s. 110.

kullanabilmektedir¹⁶¹. Ayrıca yararlanılan taşınmazın paylara ayrılması tek başına *usucapio liberatatis* yani belirli bir süre irtifak hakkının kullanılmamış olması ve yüklü taşınmaz malikinin de irtifak hakkının kullanılmasını engelleyen bir faaliyette bulunmayı nedeniyle irtifak hakkının ortadan kalkması sonucunu doğurmaz¹⁶².

iv.) *Non usus* yani kullanmama nedeniyle irtifak hakkının sona ermesini engellemek için müşterek maliklerden yalnızca birinin irtifak hakkını kullanması yeterlidir¹⁶³:

D.8.6.16 (Proculus 1 epist.)

“Aquam, quae oriebatur in fundo vicini, plures per eundem rivum iure ducere soliti sunt, ita ut suo quisque die a capite duceret, primo per eundem rivum eumque communem, deinde ut quisque inferior erat, suo quisque proprio rivo, et unus statuto tempore, quo servitus amittitur, non duxit. existimo eum ius ducendae aquae amisisse nec per ceteros qui duxerunt eius ius usurpatum esse: proprium enim cuiusque eorum ius fuit neque per alium usurpari potuit. quod si plurium fundo iter aquae debitum esset, per unum eorum omnibus his, inter quos is fundus communis fuisset, usurpari potuisset. item si quis eorum, quibus aquae ductus servitus debebatur et per eundem rivum aquam ducebant, ius aquae ducendae non ducendo eam amisit, nihil iuris eo nomine ceteris, qui rivo utebantur, adcrevit idque commodum eius est, per cuius fundum id iter aquae, quod non utendo pro parte unius amissum est: libertate enim huius partis servitutis fruitur”.

Birden fazla kimse, irtifak hakkına dayanarak, komşu taşınmazda bulunan kaynaktaki suyu, aynı su kanalından geçirmektedir. Böylece her biri kendisi için belirlenen günde öncelikle kendi aralarında müşterek olan söz konusu kanaldan ve sonra kendi taşınmazının kaynağa olan uzaklığına bağlı olarak, kanalın kendine ait kısmından su geçirmektedir. Bunlardan birisi <zamanaşımının> belirlediği süre içinde su geçirmezse, onun için irtifak hakkı sona erer. Bana göre irtifak hakkını kaybetmiştir ve diğerleri su geçirmeye devam ettikleri için onun hakkı da muhafaza edilmez. Nitekim her birinin, kendi mülkiyetindeki taşınmaza ait ayrı su geçirme hakkı vardır ve bir diğeri aracılığıyla bu hak kullanılamaz. Ancak eğer müşterek mülkiyete konu bir taşınmaz lehine su geçirme irtifakı söz konusu olsaydı, o takdirde paydaşlardan yalnızca biri aracılığıyla taşınmazın tüm diğer malikleri yararına

¹⁶¹ Öcal Apaydın, s. 110.

¹⁶² İrtifak hakkının sona ermesine neden olan *usucapio libertatis* kavramı ile ilgili olarak bkz.

Öcal Apaydın, s. 178 vd.

¹⁶³ Grosso, 1969, s. 155.

irtifak hakkı kullanılabilir. Benzer şekilde, eğer kanaldan su geçirme hakkı olanlardan biri, aynı kanaldan su geçiriyorsa ve kullanmamakla hakkını kaybetmişse, kanalı kullanan diğerlerinin hakkında bir genişleme olmaz. Bu durumda yaralanma, irtifak hakkı ile yüklü taşınmaz malikine geri döner ve malik irtifak hakkının kaybı kadar serbestiye kavuşur.

Yukarıdaki metinde bir su kanalının birden fazla kişi tarafından kullanılması halinde, irtifak hakkının zamanışı ile sona ermesi bakımından belirlenen süre içinde, bir kimsenin su geçirmemesi halinde o kimse bakımından irtifak hakkının sona ereceği ifade edilmiştir. Zira bu halde kanalı ortak kullananlardan her birinin, kendi taşınmazı lehine ayrı su geçirme irtifakları vardır. Dolayısıyla belirlenen süre içinde bu kimselerden biri, su geçirme irtifakını kullanmadıysa onun taşınmazı lehine söz konusu olan irtifak hakkı sona erer. Söz konusu sürede diğerlerinin su geçirmiş olması yani irtifak hakkını kullanmış olmasından, kendisi bakımından irtifak hakkı sona ermiş olan kimse yararlanamaz. Ancak eğer su geçirme irtifakı müşterek mülkiyete konu bir taşınmaz lehine söz konusu ise paydaşlardan biri, irtifak hakkını belirlenen sürede kullanmasa dahi irtifak hakkı sona ermez. Diğer paydaşlar ve hatta yalnızca bir paydaş irtifak hakkını kullanmaya devam ettiği sürece irtifak hakkı varlığını sürdürür¹⁶⁴.

v.) Paylı mülkiyette pay sahipleri tek başına (*in solidum*) irtifak hakkına sahip olurlar ve her biri tek başına (*in solidum*) irtifak hakkı talebi ile dava açabilir ya da irtifak hakkı talepli dava paydaşlardan her birine karşı açılabilir¹⁶⁵.

D.8.5.4.3 (Ulpianus 17 ad ed.)

“*Si fundus, cui iter debetur, plurium sit, unicuique in solidum competit actio, et ita et pomponius libro quadragesimo primo scribit: sed in aestimationem id quod interest veniet, scilicet quod eius interest, qui experietur. itaque de iure quidem ipso singuli experientur et victoria et aliis proderit, aestimatio autem ad quod eius interest revocabitur, quamvis per unum adquiri servitus non possit. 4. Sed et si duorum fundus sit qui servit, adversus unumquemque poterit ita agi et, ut pomponius libro eodem scribit, quisquis defendit, solidum debet restituere, quia divisionem haec res non recipit*”.

Eğer *iter*'den (yürüyerek ya da atla geçme irtifakı) yararlanan taşınmazın birden fazla maliki varsa, her biri dava açabilir. 41. kitabında <*Edictum*

¹⁶⁴ Öcal Apaydın, s. 111.

¹⁶⁵ Solazzi, 1947, s. 66; Grosso, 1969, s. 155.

hakkında¹⁶⁶>Pomponius da bu şekilde yazmıştır. Ancak *aestimatio*¹⁶⁷ yapılırken menfaat dikkate alınacaktır, diğer bir deyişle dava açanın menfaati dikkate alınacaktır. Dolayısıyla her malik kendi hakkı için dava açar ve davayı kazanırsa bundan diğerleri de yararlanır. Ancak irtifak hakkı müşterek maliklerden yalnızca biri tarafından kazanılamasa da *aestimatio* her birinin menfaatine göre belirlenir. 4. Eğer yüklü taşınmaz iki kişinin mülkiyetindeyse, benzer şekilde her birine karşı dava açılabilir. Pomponius'un aynı kitabında yazdığı üzere, paydaşlardan hangisi savunma yaptıysa tek başına *restitutio*¹⁶⁸ hükmünü yerine getirir. Çünkü irtifak hakkının paylara bölünmesi mümkün değildir.

Yukarıdaki metinde hem yararlanan taşınmazın hem de yüklü taşınmazın paylı mülkiyete konu olması durumu ele alınmıştır. Yararlanan taşınmaz müşterek mülkiyete konu ise her bir pay sahibi irtifak hakkı talebi ile dava açma hakkına sahip olacaktır. Ancak dava sırasında uyuşmazlık konusu üzerinden mahkûmiyet miktarının tayini (*aestimatio*), her pay sahibinin menfaati dikkate alınarak tespit edilecektir. Eğer yüklü taşınmaz paylı mülkiyete konu ise her bir pay sahibine karşı irtifak hakkı talebi ile dava açılacaktır. Ancak davada savunma yapan diğer paydaşlar da *restitutio* hükmünü yerine getirecektir. Çünkü *restitutio* irtifak hakkının kullanılmasının yeniden sağlanmasına yöneliktir¹⁶⁹ ve irtifak hakkı paylara bölünemeyeceğinden paydaşlardan biri tüm taşınmaz üzerinde *restitutio* hükmünün gereğini yerine getirecektir¹⁷⁰.

2. Türk Hukukunda Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkının Paylara Bölünememesi

İsviçre ve Türk Hukukunda irtifak hakkının paylara bölünemeyen bir hak olduğu kabul edilmektedir¹⁷¹. İrtifak hakkı fiilen yüklü taşınmazın bir

¹⁶⁶ Schipani, 2005, C.II, s. 215.

¹⁶⁷ Uyuşmazlık konusunun takdiri. Özellikle *Formula* Yargılaması'nda mahkûmiyete daima para miktarı üzerinden karar verildiğinden hakimin onu paraya tahvil edecek şekilde kıymetini takdir etmesi gerekiyordu: Umur, 1983a, s.128; Berger, s. 355.

¹⁶⁸ *Formula*'da *clausola arbitraria* bulunan davalarda *intentio* ile *condemnatio* arasına koyulan ve hakimin dava konusunun geri verilmesine ya da eski haline getirilmesine karar vermesini sağlayan emir. Bkz. Umur, Z. (1983a.), Roma Hukuku Lügatı, İstanbul, Fakülteler Matbaası, s. 26 ve 187

¹⁶⁹ Konu ile ilgili ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Öcal, B. (2010), Roma Hukukunda Taşınmaz Lehine İrtifaklara İlişkin Davalardaki (*Actio Confessoria* ve *Actio Negatoria*) Temel Sorunlar, AÜHFD, C. 59, Sa. 3, s. 501 vd.

¹⁷⁰ Öcal Apaydın, s. 113..

¹⁷¹ Wieland, s. 485; Piotet, s. 62; Steinauer, N. 2310; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 755.

kısmında kullanılsa dahi taşınmazın tamamı, irtifak hakkı ile yüküdür¹⁷². Benzer şekilde irtifak hakkı, yararlanılan taşınmazın tümü lehine kurulmuştur¹⁷³.

Türk Medeni Kanunu m. 792/f.1 (İsv.MK m. 743/f.1) hükmünde yararlanılan taşınmazın parsellere ayrılması halinde kural olarak, tüm parseller için irtifak hakkının varlığını sürdüreceği düzenlenmiştir. Bu halde her bir parsel lehine irtifak hakkına ilişkin düzeltme, tapu memuru tarafından yapılır¹⁷⁴. Eğer irtifak hakkının kullanım şekli belirlenebiliyor ise ve paylara bölünebiliyorsa- örneğin, bir kaynaktan dakikada 50 litre su alınacağına dair bir irtifak hakkı varsa- her yeni parsel alanı ile orantılı olarak irtifak hakkından yararlanacaktır¹⁷⁵. Ne var ki, irtifak hakkının kullanım şekli belirli değilse ve paylara da bölünemiyorsa- örneğin, geçit irtifakı söz konusu ise- o takdirde her yeni parsel maliki irtifak hakkını diğerinden bağımsız olarak kullanabilecektir¹⁷⁶. İkinci durumda, yeni ihtiyaçlar nedeniyle yüklü taşınmaz üzerindeki yükün ağırlaştırılmayacağına ilişkin kural saklıdır¹⁷⁷. Buna karşılık bazı hallerde, parsellerden biri ya da birkaçının yararına irtifak hakkı kullanılmaz¹⁷⁸. Durum ve koşullara göre irtifak hakkı yalnız bir parselin yararına kullanılması söz konusu olabilir, o takdirde yüklü taşınmaz maliki, söz konusu parseller bakımından irtifak hakkının terkin edilmesini talep edebilir (TMK m. 792/f.2; İsv.MK m. 743/f.2).

Türk Medeni Kanunu m. 793/f.1 (İsv.MK m. 743/f.1) hükmü uyarınca yüklü taşınmazın parsellere ayrılması durumunda, kural olarak her yeni parsel irtifak hakkı ile yüklü olacaktır. Bu halde tapu memuru, her yeni parsel üzerinde irtifak hakkına ilişkin düzeltme yapacaktır¹⁷⁹. Eğer irtifak hakkının kullanım şekli belirli ise ve paylara bölünebiliyorsa- örneğin, hayvan otlatma irtifakında on baş hayvanın otlatılacağı belirlenmişse ya da yıllık belli bir metreküp kum alınmasına ilişkin irtifak hakkı söz konusu ise- genel kural yüksün her parselin alanı ile orantılı olarak paylaşılmasıdır¹⁸⁰. İrtifak hakkının kullanım şekli miktar bakımından belirlenemiyor ve paylara bölünemiyorsa- örneğin, geçit irtifakı, manzara irtifakı gibi- irtifak hakkı sahibi her bir parsel üzerinde hakkını kullanabilecektir¹⁸¹. Ancak yeni parsellerden biri ya da birkaçı üzerinde irtifak hakkı kullanılmıyor hatta kullanılmıyorsa- örneğin,

¹⁷² Akipek/Akıntürk, s. 659; Esener/Güven, s. 387.

¹⁷³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2779.

¹⁷⁴ Steinauer, N. 2311.

¹⁷⁵ Steinauer, N. 2311.

¹⁷⁶ Steinauer, N. 2311.

¹⁷⁷ Bu kural ile ilgili olarak bkz. Öcal Apaydın, s. 281-282.

¹⁷⁸ Esener/Güven, s. 404.

¹⁷⁹ Steinauer, N. 2311e.

¹⁸⁰ Steinauer, N. 2311e.

¹⁸¹ Steinauer, N. 2311e; Esener/Güven, s. 403.

geçit irtifakı için tahsis edilmiş yol planda işaretlenmiş ya da taşınmazın üzerinde yeri belli edilmişse ve yol yeni oluşan parsellerden biri ya da birkaçından geçmiyorsa- o takdirde o parsel ya da parseller bakımından irtifak hakkının terkinini talep edilebilir(TMK m. 792/f.2; İsv.MK m. 743/f.2)¹⁸².

Paylı mülkiyet ya da elbirliği ile mülkiyete konu taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulmuş ise maliklerin irtifak hakkını birlikte kullanmaları ya da maliklerden birinin irtifak hakkını kullanması, irtifak hakkının tamamının kullanıldığı anlamına gelmektedir¹⁸³.

SONUÇ

Günümüzde taşınmaz lehine irtifak hakkı olarak nitelendirilen kurum, tarım toplumunun ihtiyaçlarını gidermek amacıyla Roma'da eski çağlardan itibaren zaman içinde ortaya çıkmıştır. Taşınmaz lehine irtifak hakkı kurumunun gelişmesine en önemli katkıyı ise Romalı hukukçular vermiştir. Buna karşılık Romalı hukukçular, taşınmaz lehine irtifak hakkını tanımlama ve kavramsallaştırma ihtiyacı duymamışlardır. Ne var ki *Gaius*, gerek *Institutiones*'inde gerekse *Digesta*'ya alınmış metinlerinde, taşınmaz lehine irtifak haklarının *iura praediorum* ya da *servitutes* şeklinde ifade edildiğine değinmiştir. *Iura praediorum* taşınmaz lehine irtifak hakkından yararlanan taşınmaz bakımından; *servitutes* ise yüklü taşınmaz bakımından taşınmaz lehine irtifak hakkını niteleyen bir ifade tarzıdır. Buna karşılık, Roma hukukunun gelişim çizgisi içinde zamanla ortaya çıkan ihtiyaçlara göre taşınmaz lehine irtifak hakları ortaya çıktığından tekil olarak taşınmaz lehine irtifak hakkından değil; çoğul olarak taşınmaz lehine irtifak haklarından bahsedilmektedir.

Roma hukukunda, taşınmaz lehine irtifak hakları için yararlanan taşınmazın fiziksel olarak işlevini ya da ekonomik değerini artırmaya yönelik objektif yarar yani *utilitas fundi* ölçütü kabul edilmektedir. Ayrıca taşınmaz lehine irtifak haklarına ilişkin iki önemli ilke söz konusudur. Bunlardan birincisi malikin kendi taşınmazı üzerinde irtifak hakkı sahibi olamaması yani "*nemini res sua servit*"tir. İkincisi ise taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin bir yapma ediminden oluşmaması yani "*servitus in faciendo consistere nequit*"tir. Roma hukukunda taşınmaz lehine irtifak hakları ile ilgili benimsenen bir diğer özellik ise taşınmaz lehine irtifak haklarının paylara bölünemeyeceğidir.

¹⁸² Salt ifraz ve taksim nedeniyle irtifak hakkı son bulmaz. Terkin talep edilmedikçe ortaya çıkan parsellerin üzerinde fiili olarak kullanılmasa dahi bu parseller irtifak hakkı ile yüklü olmaya devam eder (Yargıtay HGK 2008/18-316E.-2008/331K.T. 16.04.2008; Yargıtay HGK, 2011/5-580 E.-2012/7 K, T. 18.01.2012).

¹⁸³ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 756-757.

İsviçre ve Türk Medeni Kanun sistematüğinde taşınmaz lehine irtifak hakları, sınırlı aynı haklar olarak ele alınmaktadır. İsviçre-Türk Hukukunda Cermen Hukukunun etkisiyle daha liberal bir yaklaşım kabul edilmiş ve taşınmaz lehine irtifak hakları bakımından subjektif yarar, yani irtifak hakkı sahibinin yararı ölçütü benimsenmiştir. Bu doğrultuda yararlanan taşınmaz malikinin korunmaya değer bir menfaati bulunması halinde, irtifak hakkının kullanım tarzı ile bağdaşan her türlü yararlanma irtifak hakkı için yeterli kabul edilmektedir. İsviçre ve Türk hukuk düzenlerinde, Cermen Hukukunun etkisi ve özellikle tapu sicili sistemi nedeniyle, yararlanan taşınmaz ve yüklü taşınmazın malikinin aynı kişi olması mümkündür. Dolayısıyla yüklü ve yararlanan taşınmazın mülkiyetinin aynı kişide birleşmesi, kendiliğinden irtifak hakkını sona erdiren bir neden olarak kabul edilmemiştir. Ne var ki, yararlanan taşınmaz maliki, sonradan yüklü taşınmazın mülkiyetini kazanırsa irtifak hakkını terkin ettirebilir. İrtifak hakkı terkin ettirilinceye kadar, yüklü taşınmaz üzerinde bir aynı hak olarak varlığını sürdürür. İsviçre ve Türk hukuk düzenlerinde de irtifak hakkının İsviçre ve Türk hukuk düzenlerinde, irtifak hakkının paylara bölünemeyen bir hak olduğu kabul edilmektedir. Buna göre irtifak hakkı fiilen yüklü taşınmazın bir kısmında kullanılsa dahi taşınmazın tamamı, irtifak hakkı ile yüküldür. Ayrıca irtifak hakkı, yararlanan taşınmazın tümü lehine kurulmuştur.

KAYNAKÇA

- Akipek, J./Akıntürk, T. (2009), Eşya Hukuku, İstanbul, Beta Basım Yayım A.Ş.
- Arangio-Ruiz, V. (2002), Istituzioni di Diritto Romano, Napoli, Jovene Editore.
- Ayiter, N. (1983), Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara Savaş Yayınları.
- Betti, E. (1947), Istituzioni di Diritto Romano, C. I, 2. Bası, Milano CEDAM.
- Biondi, B. (1954), Le servitù prediali nel diritto romano, Milano, Giuffrè Editore.
- Bonfante, P. (1972), Corso di Diritto Romano, C. III: Diritti Reali, Milano, Giuffrè Editore.
- Buckland, W.W. (1963), A Text-Book of Roman Law From Augustus to Justinian, Cambridge, Cambridge University Press.
- Burdese, A. (1970), Servitù (Diritto Romano), Novissimo Digesto Italiano, Torino, UTET.
- Burdese, A. (1993), Manuale di Diritto Privato Romano, Torino, UTET.
- Burdese, A. (2007), Le servitù prediali, Linee teoriche e questioni pratiche, Padova, CEDAM.
- Cantarella, E. (2010), Diritto Romano, Istituzioni e Storia, Milano, Mon-dadori Università Editore.
- Capogrossi Colognesi, L. (1972), Una Servitus, Studi in Onore di Giuseppe Grosso, C.V, Torino Giappichelli Editore.
- Capogrossi Colognesi, L. (2004), L'Invenzione dei diritti reali in diritto romano, Diritto romano e terzo millennio, Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea, Napoli, Jovene Editore.
- Caravale, M. (1970), Servitù (Diritto Intermedio), Novissimo Digesto Italiano, Torino, UTET.
- Comporti, M. (1990), Servitù (Diritto Intermedio), Enciclopedia del Diritto, C.42, Milano, Giuffrè Editore.
- Corbino, A. (1990), Servitù (Diritto Romano), Enciclopedia del Diritto, C.42, Milano, Giuffrè Editore.
- Corbino, A. (1999), Servitus oneris ferendi e reffectio parietis, in Mélanges en L'honneur de C.A. Cannata I. Genève, Helbing et Lichtenhahn.
- Di Marzo, S. (Çev.: Umur, Ziya) (1954), Roma Hukuku, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- Digesti o Pandette dell'Imperatore Giustiniano, (Çev.: Schipani, S.) (2005), Milano, Giuffrè Editore, C. II.

- Erdoğan, B. (2006), Roma Eşya Hukuku, İstanbul, Der Yayınları.
- Erişgin, Ö. (2008), Klasik Dönem Hukukçularında Bir “Açık Değer” Olarak Utilitas Publica, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Esener, T./Güven, K. (2017) Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları.
- Girard, P. F. (2003), Droit Romain, 8. Bası, Paris, Edition Dalloz.
- Grosso, G. (1944), I problemi dei diritti reali nell’impostazione romana, Torino, Giappichelli Editore.
- Grosso, G. (1969), Le servitù prediali nel diritto romano, Torino, Giappichelli Editore.
- Gruppo Editoriale (2006), Dizionario Giuridico Romano, 4. Bası, Napoli, Edizione Simone.
- Göksu, T. (2016), Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, [CHK-ZGB].
- Guarino, A. (2002), Raguaglio di Diritto Privato Romano, Napoli, Jovene Editore, 2002.
- Guarino, A. (2006), Istituzioni di Diritto Romano, Napoli, Jovene Editore.
- Gürsoy, K. /Eren F./Cansel, E. (1984), Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi.
- Honig, R. (Çev.: Talip, Ş.) (1938), Roma Hukuku, 2. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Hübner, R. (Çev.: Philbrick, F. S.) (2000), A History of Germanic Private Law, New Jersey, The Lawbook Exchange Ltd.
- Karlowa, O: Römische Rechtsgeschichte II, Leipzig 1901.
- Kähr, M. (2016), ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK - Orell Füssli Kommentar, 2016 [OFK-ZGB].
- Koschaker, P./Ayiter, K. (1993), Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Köprülü, B./Kaneti, S. (1982-1983), Sınırlı Ayni Haklar, 2. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası.
- Küçükgüngör, E. (1998), Roma Hukukunda İntifa Hakkı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.
- Küçükgüngör, E. (2007), Roma Hukukunda Vasiyet (*Testamentum*), Ankara, Yetkin Yayınları.
- Levy, E. (1951), West Roman Vulgar Law, Philadelphia, The American Philosophical Society.

- Liver, P. (1980), Die Grunddienstbarkeiten Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten (Art. 730-792) ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/2a/1, Schulthess Polygraphischer Verlag AG [ZK-ZGB].
- Lokin, J.H.A/Meijering, R./Stolte, B.H./Van der Wal, N. (Çev.: Murison, A.F.) (2010), Theophili Antecessoris Paraphrasis Institutionum, Groningen.
- Longo, A. (1890), La Teoria dell'indivisibilità delle servitù prediali in diritto romano, Palermo, Edizione del Boccone del Povero.
- Marrone, M. (2006), Istituzioni di Diritto Romano, 3. Bası, Palermo, Palumbo & C. Editore.
- Oğuzman K./Seliçi Ö./Oktay Özdemir, S. (2017), Eşya Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Oğuzoğlu, C. (1959), Roma Hukuku, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Öcal, B. (2010), Roma Hukukunda Taşınmaz Lehine İrtifaklara İlişkin Davalardaki (*Actio Confessoria* ve *Actio Negatoria*) Temel Sorunlar, AÜHF, C. 59, Sa. 3.
- Öcal Apaydın B. (2014), Roma Hukukundan Günümüze Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları, Yetkin Yayınları.
- Perozzi, S. (2002), Istituzioni di Diritto Romano, C. I, Aynı bası 1928, Roma, Cigno G.G. Edizioni.
- Pichonnaz, P. (2008), Les fondements romains du droit privé, Genève, Zurich, Bâle, Schulthess.
- Piotet, P. (1978), Les droits réels limités en general, Les servitudes et Les charges foncières, Fribourg, Editions Universitaires Fribourg Suisse.
- Pugliese, G./Vacca, L./Sitzia F. (2007), Istituzioni di Diritto Romano, 3. Bası, Torino, Giappichelli Editore.
- Riccobono, S./Baviera, G.- Ferrini, C.- Furlani, G. (1940), FIRA, Floransa, S. a. G. Barbèra.
- Robaye, R. (2005), Le droit romain, 3. Bası, Brüksel, Bruylant.
- Rossel, V./Mentha, F.H. (1922), Manuel du Droit Civil Suisse, C.II, Lozan, Librairie Payot&Cie.
- Salkowski, C. (Çev. Whitfields, E. E.) (2008), Institutes and History of Roman Private Law: With Catena of Texts, New Jersey, Lawbook Exchange, Ltd.
- Sanfilippo, C. (2002), Istituzioni di Diritto Romano, 10. Bası, Rubettino Editore.
- Schulz, F. (1969), Classical Roman Law, 4. Bası, Oxford, Clarendon Press.

- Segré, G. (1931), *Corso di Diritto Romano, La comproprietà e la comunione degli altri diritti reali*, Torino, Giappichelli Editore.
- Segré, G. (1933), *La clausola restitutoria nelle azioni “de servitutibus”, e le formule delle azioni relative alla “servitus oneris ferendi”*, BIDR 41.
- Sirmen, L. (2017), *Eşya Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Solazzi, S. (1947), *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli, Jovene Editore.
- Solazzi, S. (1952), *Sul principio 'nemini res sua servit'*, SDHI 18, s. 223-226.
- Steinauer, P. H. (2012) *Les droits réels, C. II*, Bern, Editions Staempfli&Cie SA Bern.
- Talamanca, M. (1989), *Lineamenti di Storia del Diritto Romano, 2. Bası*, Milano, Giuffrè Editore.
- Tek, G. S. (2017), *Yararı Kalmayan ya da Azalan İrtifak Haklarının Sona Ermesi* (MK m. 785), İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık.
- Umur, Z. (1983a.), *Roma Hukuku Lügati*, İstanbul, Fakülteler Matbaası.
- Watkin, T. G. (1999), *An Historical Introduction to Modern Civil Law*, Dartmouth, Ashgate Publishing.
- Wieland, C. (Çev. Bovay, H.) (1913), *Les droits réels dans le Code Civil Suisse, C.I*, Paris M. Girard&E. Brière Libraires-Editeurs.
- Yiannopoulos, A. N. (1968), *Predial Servitudes; General Principles: Louisiana and Comparative Law*, Louisiana Law Review C. 29, Sa. 1, s. 1-45.

