

**4 İSVİÇRE VE ALMAN HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK
TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARININ İÇERİĞİNİN İNCELENMESİ**
(COMPARATIVE ANALYSIS OF CONTENT OF PREDIAL SERVITUDES WITH SWISS LAW
AND GERMAN LAW)

Dr. Öğr.Üyesi Nurten İNCE AKMAN**
Dr. Öğr. Üyesi Bahar ÖCAL APAYDIN****

ÖZ

Sınırlı bir aynı hak olan ve ihlal eden herkese karşı ileri sürülebilen taşınmaz lehine irtifak hakları, nispi etkisi olan sözleşmelerle kıyaslandığında büyük avantajları bünyesinde barındırmaktadır. Roma hukukunda ortaya çıkan ve o zamandan beri uygulama alanı bulan taşınmaz lehine irtifak hakları, günümüzde yalnızca tarım toplumlarında değil, sanayi toplumlarında da önemli bir rol oynamaktadır. Bunun nedeni, son yıllarda özellikle klasik anlayışın ötesinde farklı içeriklerde taşınmaz lehine irtifak haklarının söz konusu olmasıdır. Örneğin; enerji borularının geçirilmesi, garaj ve park yerlerinin verilmesi, belirli bir bölgede fabrikaların kurulmaması, rekabet etmeme gibi içeriklerde irtifak hakları kurulabilmektedir. Esasen anılan içeriklerde taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulabilmesi, İsviçre Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanunu ve Alman Medeni Kanunu'nda, taşınmaz lehine irtifak haklarının içeriğinin belirlenmesi hususunda, taşınmaz lehine irtifak hakkını kuran taşınmaz maliklerine tanınan serbesti sayesinde. Bu çalışmada Türk, İsviçre ve Alman hukukunda taşınmaz lehine irtifakların içeriği öğretideki görüşler ve mahkeme kararları çerçevesinde ele alınacaktır. Nitekim taşınmaz lehine irtifak haklarının içeriğinin belirlenmesi, bir taşınmaz lehine irtifak hakkının geçerli olarak kurulup kurulmadığı, tarafların hak ve yükümlülüklerinin tespiti ve taşınmaz lehine irtifak hakkının terkininin istenip istenmeyeceği gibi birçok hususun tespiti bakımından önemi arz etmektedir. Bu çalışmada ayrıca taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin belirlenmesi konusunda taraflara tanınan serbestinin sınırları tespit edilmek suretiyle, uygulamada ve öğretide tartışmalı olan rekabet etmeme irtifakı gibi irtifaklar inceleme konusu yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sınırlı aynı haklar, Taşınmaz lehine irtifak hakları, Taşınmaz lehine irtifak haklarının içeriği, Olumlu irtifaklar, Olumsuz irtifaklar

⁴ Eserin Dergimize geliş tarihi: 10.01.2020. İlk hakem raporu: 31.01.2020. İkinci hakem raporu: 04.02.2020. Onaylanma tarihi: 08.04.2021.

* Marmara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-8674-3221.

*** Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim

**** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-9106-8286.

Esere Atf Şekli: Nurten İnce Akman, Bahar Öcal Apaydın, "İsviçre ve Alman Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının İçeriğinin İncelenmesi", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.813-842.

ABSTRACT

Predial servitudes are limited rights in rem which have existed since Roman law. Given the fact that predial servitudes can be asserted against whom violates the right therefore they have great advantages in comparison with the contracts which have a relative effect. Nowadays predial servitudes play an important role not only in agricultural societies but also in industrial societies. The reason for this is that in recent years, predial servitudes have been established with different contents beyond the classical understanding. For example; easement rights are frequently encountered in the context of passing energy pipes, providing garages and parking spaces, not establishing factories in a certain region and not competing. Because of the fact that, according to the Swiss Civil Code, the Turkish Civil Code and the German Civil Code, contents of predial servitudes can be freely determined by the proprietors of the servient and dominant estates. In this study, the contents of predial servitudes will be discussed within the framework of the opinions in the doctrine and court decisions in comparison with Turkish, Swiss and German legal systems. The determination of the content of predial servitudes is important in terms of specifying whether the predial servitude is validly established or not; identifying the rights and obligations of the parties and also considering whether the cancellation of the predial servitude can be asked for or not. Moreover, another aim of this study is to analyse certain predial servitudes such as non-competition easement which are controversial not only in doctrine but also in practice examining the limits of the freedom of the parties in order to determine the content of predial servitudes.

Keywords: *Limited rights in rem, predial servitudes, contents of predial servitudes, affirmative predial servitudes, negative predial servitudes*

GİRİŞ

Taşınmaz lehine irtifak hakkı, bir taşınmaz üzerinde kullanma veya yararlanma sağlayan bir sınırlı ayni haktır. Bu hak yüklü taşınmaz malikini, mülkiyet hakkının sağladığı bazı yetkileri kullanmaktan kaçınmaya veya yararlanana taşınmaz malikinin yüklü taşınmazı belirli şekilde kullanmasına katlanmaya mecbur kılar.

Taşınmaz lehine irtifak hakları gerek sanayi gerekse de tarım toplumlarında son derece önemli bir rol oynamaktadır. Son yıllarda özellikle klasik anlayışın ötesinde farklı içeriklerde taşınmaz lehine irtifak hakları kurulmaktadır. Örneğin; enerji borularının geçirilmesi, garaj ve park yerlerinin verilmesi, belirli bir bölgede fabrikaların kurulmaması, rekabet etmeme gibi içeriklerde irtifak hakları kurulabilmektedir. Zira gerek Türk Medeni Kanunu ile İsviçre Medeni Kanunu'nda gerekse Alman Medeni Kanunu'nda, taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulurken bu hakkın içeriğinin belirlenmesi konusunda yararlanan taşınmaz maliki ile yüklü taşınmaz malikine bir serbesti tanınmıştır. Ne var ki, bu serbesti sınırsız değildir.

Taşınmaz lehine irtifakların yeniden önem kazanması sonucunda taşınmaz lehine irtifaklarının içeriğinin belirlenmesi de güncel bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, tarafların rekabet etmeme gibi bir konuda taşınmaz lehine irtifak hakkı kurup kuramayacağı hususunun ele alınıp incelenmesi gerekmektedir. Taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin belirlenmesi, ayrıca taşınmaz lehine irtifak hakkının nasıl kullanılacağı veya yüklü taşınmazdan nasıl yararlanılacağı belirlenmesi bakımından da önemlidir. Bu sayede yararlanan taşınmaz malikinin yetkileri ve yüklü taşınmaz malikinin yükümlülükleri somut-

laştırılabilir. Ayrıca yararlanan taşınmaz malikinin bir yararının kalmamış olması, taşınmaz lehine irtifak hakkının sona ermesine neden olabilmektedir. Bu kapsamda yararlanan taşınmaz malikinin bir yararının kalıp kalmadığının belirlenmesi için de taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin belirlenmesi önem arz eder.

Bu çalışmanın amacı, Alman, Türk ve İsviçre hukuk düzenlerinde taşınmaz lehine irtifak haklarının içeriğinin belirlenmesi bakımından taraflara tanınan serbestinin sınırlarını ve taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin uyumsuzluk konusu olması halinde içeriğinin belirlenmesi konusundaki kısıtları ortaya koymaktır.

I. Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkı Kavramı

Taşınmaz lehine irtifak hakkı, bir taşınmaz üzerinde kullanma veya yararlanma sağlayan bir sınırlı ayni hak¹. Türk Medeni Kanunu (TMK) m.779/f.1 ve İsviçre Medeni Kanunu (İsv.MK) m.730/f.1 hükmünde taşınmaz lehine irtifak hakkı, yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkı üzerindeki etkisi göz önüne alınarak ifade edilmiştir. Bu hükme göre taşınmaz lehine irtifak hakkı, *yüklü taşınmaz malikini, mülkiyet hakkının sağladığı bazı yetkileri kullanmaktan kaçınmaya veya yararlanılan 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 oluşturmaktadır².

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 almaktayken³ Almanca ve İtalyanca metninde "sınırlı ayni haklar" ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Buradaki "sınırlı" ifadesi, hakkın sınırlı olması anlamında değil; hakkın içeriğini oluşturan eşya üzerindeki hâkimiyetin sınırlı olması anlamındadır⁴. Örneğin, taşınmaz lehine irtifak hakları sahibine, yüklü taşınmaz üzerinde belirli ve sınırlı yetkiler sağlar⁵.

Alman Medeni Kanunu (Al.MK) § 1018 hükmünde, taşınmaz lehine irtifak hakkı içeriğindeki yetkiler üzerinden tanımlanmıştır. Bu hükme göre, *bir taşınmazın malikinin*

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

² Esener, Turhan/Güven, Kudret, Eşya Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 389.

³ Fransız hukukunda sınırlı ayni haklar kavramı yerine mülkiyeten farklı ayni hak yani diğer ayni haklar kavramının kullanıldığına dair bkz. Baetge, Dietmar, "Wettbewerbsbeschränkende Dienstbarkeiten in Europa. Ein rechtsvergleichender Überblick", RabelsZ (59) 1995, s. 649 vd.

⁴ Steinauer, N. 2134.

⁵ Bu yönüyle taşınmaz lehine irtifak hakları, intifa hakkından ayrılmaktadır. Zira intifa hakkı sahibine, hakka konu olan eşya üzerinde tam bir yararlanma ve kullanma yetkisi bahşetmektedir (Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim, Sınırlı Ayni Haklar, 2. Bası, İstanbul, Fakülter Matbaası, 1982-1983, s. 4; Steinauer, N. 2208; Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul, Beta Basım Yayın A.Ş. 2009, s. 621-622; Esener/Güven, s. 390; Ünal, Mehmet: Taşınmaza Bağlı İrtifak Kavramı ve Muhtevası, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, Ankara 2015, s. 1749 [Muhtevası]).

mülkiyetten doğan haklarının diğer bir taşınmazın malikinin yararına bu taşınmazdan belirli şekilde yararlanma ya da bu taşınmazda belirli davranışların yapılmasından kaçınma veya yüklü taşınmazın mülkiyetinin verdiği yetkilerin diğer taşınmaz lehine kullanılmasının kaldırılması şeklinde kısıtlanmalıdır (taşınmaz lehine irtifaklar). Alman Medeni Kanunu'nun üçüncü kitabının üçüncü kısmında mülkiyet düzenlenmiş olup mülkiyetten sonra gelen dördüncü kısımda irtifaklar düzenlenmiştir. Söz konusu irtifaklar düzenlenirken Roma hukukundaki ayırmadan yararlanılmıştır⁶. Eşya hukukundaki bu dördüncü kısımda taşınmaz lehine irtifaklar, intifa hakkı ve kişi lehine irtifaklar düzenlenmiştir. Alman kanun koyucusunun özellikle farklara vurgu yaparak sınırlı aynı hakları düzenlediği görülmektedir⁷. Örneğin, taşınmaz lehine irtifaklarda kanun koyucu yararlanan taşınmazın bir yararı olması kıstasını getirip taşınmaz lehine irtifakların devrine ve intikaline imkân tanımışken, intifa hakkının devrine (1059a hükmü dışında) ve mirasçılara intikaline imkân tanımamıştır⁸. Alman hukukunda taşınmaz lehine irtifak hakkının sınırlı aynı hak olduğu ve buradaki sınırlı kelimesinin eşya üzerindeki hâkimiyetin sınırlı olması anlamına geldiği kabul edilmektedir⁹.

İsviçre Medeni Kanunu m. 730, TMK m. 779 ve A1.MK § 1018 hükümlerinde açıkça yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkı kapsamındaki "bazı" yetkileri kullanmaktan kaçınması ya da yararlanan taşınmaz malikinin yüklü taşınmazı "belirli şekilde" kullanmasına katlanmasından bahsedilmektedir. Dolayısıyla yukarıda da ifade edildiği üzere, taşınmaz lehine irtifak hakkı sahibine sınırlı ve belirli yetkiler bahşetmek suretiyle taşınmazdan kısmi bir yararlanma sağlar¹⁰.

Taşınmaz lehine irtifak hakkı, yararlanan taşınmazın mülkiyetine ayrılmaz bir biçimde bağlıdır¹¹. O nedenle yararlanan taşınmazın mülkiyetinin nakli ile birlikte irtifak hakkı da yeni malike geçer¹². Dolayısıyla taşınmaz lehine irtifak hakkının, yararlanan taşınmazın mülkiyetinden ayrı olarak kazanılması mümkün değildir¹³.

II. Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının Türleri

Türk Medeni Kanunu m. 779/f.1 ve İsv.MK m. 730/f.1 hükümlerindeki tanımdan hareketle taşınmaz lehine irtifak hakları, olumlu ve olumsuz irtifak hakları şeklinde ikiye

⁶ Ulshöfer, Judith, Das sogenannte gesetzliche Begleitschuldverhältnis, Duncker & Humblot Berlin 2015, s. 31 vd.

⁷ Mugdan, Benno, Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich Band 3, Sachenrecht Neudruck der Ausgabe Berlin 1899, Aalen 1979, s. 265; Weber, Staundinger BGB, § 1018 N. 4.

⁸ Ulshöfer, s. 38; Weber, Staundinger BGB, § 1018 N. 4.

⁹ Ulshöfer, s. 52; Mugdan, s. 1 vd; Bormann, Jens, Wettbewerbsbeschränkungen durch Grundstücksrechte, C.F. Müller Verlag Heidelberg, 2003, s. 146 vd.

¹⁰ Wieland, Carl (Çev. Bovay, Henri), Les droits réels dans le Code Civil Suisse, C.I., Paris M. Girard & E. Brière Libraires-Éditeurs, 1993, s. 478-479; Steinauer, N. 2208; Argul, CR-CC, Art. 730, N. 8; Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018, N. 2772; Esener/Güven, s. 389-390.

¹¹ Steinauer, N. 2198-2199; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 13; Köprülü/Kaneti, s. 51; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2770; Sirmen, Lale, Eşya Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 517; Ünal, Muhtevası, s. 1744.

¹² Göksu, CHK-ZGB, Art. 730, N. 13; Ulshöfer, s. 38.

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

ayrılmaktadır¹⁴. Belirtmek gerekir ki, bu ayrım, irtifak hakkının içeriği dikkate alınarak yapılmaktadır¹⁵. Eğer irtifak hakkı sahibi, taşınmazı kullanmak suretiyle yüklü taşınmazdan yararlanma hakkına sahipse olumlu bir irtifak hakkı söz konusu olmaktadır¹⁶. Örneğin, geçit irtifakında hak sahibi, yüklü taşınmazdan geçerek taşınmazdan yararlanmaktadır. Bu suretle olumlu irtifaklarda yüklü taşınmaz maliki, yararlanan taşınmaz malikinin belirli faaliyetlerine katlanmaktadır¹⁷. Örneğin, geçit irtifakında yüklü taşınmaz maliki, kendi taşınmazından geçilmesine katlanmaktadır. Olumlu irtifaklar TMK m. 779/f.1 ve İsv.Mk m. 730/f.1 hükümlerinde ifadesini bulan ikinci ihtimale karşılık gelmektedir.

Olumsuz irtifak haklarında ise yüklü taşınmaz malikinin kendi taşınmazını belirli bir tarzda kullanmaması suretiyle, yararlanan taşınmaz maliki yüklü taşınmazdan yararlanmaktadır¹⁸. Bu halde yararlanan taşınmaz malikinin yüklü taşınmazdan yararlanması doğrudan değil dolaylı bir şekilde olmaktadır¹⁹. Böylece yüklü taşınmaz maliki mülkiyet hakkı kapsamında yapmaya yetkili olduğu belirli bazı faaliyetleri yapmaktan kaçınmaktadır²⁰. Örneğin, manzara irtifakında komşu taşınmazın manzarasını kapatacak şekilde inşaat yapmaktan, bina yükseltmeme irtifakında belirli yükseklikten fazla inşaat yapmaktan yüklü taşınmaz maliki kaçınmaktadır²¹. Olumsuz irtifaklar ise TMK m. 779/f.1 ve İsv.Mk m. 730/f.1 hükümlerinde ifadesini bulan ilk ihtimale karşılık gelmektedir.

Alman hukukunda ise § 1018 hükmündeki tanımdan yola çıkarak taşınmaz lehine irtifak hakları, üç gruba ayrılmaktadır. Yukarıda da ifade edilen bu tanıma göre, bir taşınmazın diğer bir taşınmazın malikinin yararına bu taşınmazdan belli şekilde yararlanması; bu taşınmazda belirli davranışların yapılmasından kaçınması veya yüklü taşınmaz mülkiyeti kapsamındaki yetkilerin yararlanan taşınmaz lehine kullanılmasının kaldırılması söz konusu olmaktadır²². Bu üç grup yüklü taşınmaz malikinin yetkilerini farklı şekillerde kısıtlayıp yararlanan taşınmaz malikine yüklü taşınmazdan farklı şekillerde yararlanma imkânı tanımaktadır. Konunun daha kolay anlaşılabilmesi bakımından bu üç grup aşağıdaki tabloda daha detaylı açıklanacaktır.

Dayanak	Kısıtlama/ Yüklenme Şekli	Kullanma Şekli
§ 1018 hükmündeki birinci hal	Yüklü taşınmazın belirli bir şekilde kullanılmasına izin verilmektedir.	Yararlanan taşınmazın maliki yüklü taşınmazı belirli bir şekilde kullanarak kendi taşınmazının sağlamış olduğu yetkileri genişletmektedir ²³ . Örneğin; yüklü taşınmazdan geçme, yüklü taşınmazı park yeri olarak kullanma gibi.

¹⁴ Gürsoy, Kemal T./Eren, Fikret/Cansel, Erol, Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1984, s. 752; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2771; Esener/Güven, s. 388; Sirmen, s. 515.

¹⁵ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 752.

¹⁶ Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 16.

¹⁷ Steinauer, N. 2203; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 16; Göksu, CHK, ZGB, Art. 730, N. 5.

¹⁸ Göksu, CHK, ZGB, Art. 730, N. 5.

¹⁹ Steinauer, N. 2204.

²⁰ Steinauer, N. 2204; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 17.

²¹ Piotet, s. 29; Steinauer, N. 2204.

²² Ulshöfer, s. 46 vd; Weber, Staundinger BGB, § 1018 N. 75.

²³ Ulshöfer, s. 44; Weber, N. 1, s. 270; Weber, Staundinger BGB, § 1018 N. 75.

§ 1018 hükmündeki ikinci hal	Yüklü taşınmazda belli davranışların yapılmasının yasaklanması şeklinde olmaktadır.	Yararlanan taşınmazın maliki doğrudan bir kullanıma sahip olmamaktadır; ancak yüklü taşınmazın maliki yüklü taşınmaz üzerinde bazı davranışlardan kaçınarak yararlanan taşınmazın malikinin yetkilerini genişletmektedir ²⁴ . Örneğin; duvar örmeme, yüklü taşınmazda fabrika vs. gibi bazı işletmelerin açılmamasını isteme gibi.
§ 1018 hükmündeki üçüncü hal	Yüklü taşınmaz malikinin yetkilerinin tanıdığı yetkilerden bazıları yararlanan taşınmaz lehine kısıtlanmakta, kaldırılmaktadır.	Yüklü taşınmaz malikinin yetkilerinin kısıtlanması ve bunun yararlanan taşınmaz malikine verilmesi söz konusudur. Bu da yararlanan taşınmazın malikinin yetkilerini doğrudan genişletmektedir ²⁵ . Örneğin komşuluk hukukundan doğan bazı haklarından yahut tazminat talebinden vazgeçme gibi.

Hemen belirtelim ki, Alman hukukunda bu üç çeşidin birleştirilerek bir araya getirilmesi mümkündür; başka bir ifadeyle bir taşınmaz lehine irtifak hakkı bu çeşitlerin bir araya getirilmesi ile oluşturulabilir²⁶.

III. Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkının Kazanılması

İsviçre hukuku ve Türk hukukunda kural, taşınmaz lehine irtifak hakkının tescille kazanılmasıdır (TMK m. 780/f.1; İsv.MK m. 731/f.1)²⁷.

²⁴ Ulshöfer, s. 45 vd; Göz, s. 44 vd; Weber, N. 1, s. 270, Möller, Cosmia, Die *Servituten*. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstückvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht. Mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB, Wallstein Verlag, Göttingen 2010, s. 387.

²⁵ Ulshöfer, s. 51; Weber, N. 1, s. 270; Möller, s. 389.

²⁶ Mohr, Jochen, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 7 Sachenrecht §§ 854-1296 WEG ErbbauRG (Herausgegeben von: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Betina Limperg) 7. Auflage Verlag C.H. Beck München, 2017, § 1018 BGB N. 27; Adamezyk, Silvia, "Dienstbarkeiten in der notariellen Praxis", MittRhNotK 1998, s. 113; Stürner, Rolf, "Dienstbarkeit heute", AcP 1994 (194), s. 266; Ertl, Rudolf, "Dienstbarkeit oder Nießbrauch- was ist zulässig?", MittBayNot 1988, s. 55.

²⁷ İnşaat yapmama ya da manzara kapatmama gibi olumsuz irtifak haklarının kurulması mümkündür. Ancak resmi şekilde yapılmış irtifak hakkı sözleşmesine yüklü taşınmaz malikinden borcunu yerine getirmesini isteyebilmek için irtifak hakkının kütük sayfasında ayrılan özel sütuna tescili zorunludur. Tescil sağlanıp, irtifak hakkı herkese karşı ileri sürülebilir hale gelmeden bu hakka dayanarak,

Türk Medeni Kanunu m. 780/f.2 ve İsv.MK m. 731/f.2 hükmü uyarınca, aksi öngörülmedikçe taşınmaz lehine irtifak haklarının kazanılmasında, taşınmaz mülkiyetinin kazanılması hakkındaki hükümler uygulanır. Buna göre tescille kazanma için geçerli bir kazanma nedeni, tescil talebi ve tescil gereklidir²⁸. Geçerli kazanma sebebi bakımından, taşınmaz malikine bir taşınmaz lehine irtifak hakkı kurma borcu yükleyen hukuki bir işlem söz konusudur²⁹. Bu hukuki işlem, irtifak hakkını kuran bir sözleşme ya da ölüme bağlı tasarruf³⁰ olabilir³¹. İrtifak hakkı kamulaştırma işlemine dayanılarak da kurulabilir³². TMK m. 781 hükmü uyarınca irtifak sözleşmesi resmi şekle bağlıdır³³ ve resmi senedin tapu memurunca düzenlenmesi gerekir³⁴. Usulüne uygun bir taşınmaz satım sözleşmesinde, satılan taşınmaz üzerinde satıcının bir başka taşınmazı lehine irtifak hakkı kurulacağına dair hüküm bulunması halinde irtifak hakkının kazanılması bakımından bu sözleşme hükmü tescil sebebi teşkil eder³⁵. Ayrıca satıcının kendi taşınmazı üzerinde sattığı diğer taşınmaz lehine irtifak

taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını kullanırken söz konusu hakkının sınırlandırılması mümkün değildir (Yarg. 14. HD., T. 19.11.2007, 2007/12924E.-2007/14519K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 02.05.2019).

²⁸ İsv.MK m. 968 ve TMK m. 1018 uyarınca taşınmaz lehine irtifakların tescil ve terkinin hem yüklü hem de yararlanan taşınmazların sayfalarına kaydedilir. Ancak öğretilde, taşınmaz lehine irtifak hakkının yüklü taşınmazın sayfasına yapılmasının kurucu etkiyi haiz olduğu; yararlanan taşınmazın sayfasındaki tescilin beyan hükmünde olduğu ittifakla kabul edilmektedir (Piotet, s. 48; Steinauer, N. 2234; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2794; Akipek/Akıntürk, s. 652; Esener/Güven, s. 392; Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 696; Ünal, Mehmet, “Taşınmaz Bağlı İrtifakın Kurulması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 22 (3), 2016, s. 2849-2850). Alman hukuku bakımından aynı yönde bkz. Mohr, Münchener Kommentar, § 1018 BGB N. 65 vd. Buna karşılık irtifak hakkının geçerli bir biçimde kurulması için hem yüklü hem de yararlanan taşınmazın sayfasına yapılacak kayıtların tescil niteliğinde olduğu yönünde bkz. Sirmen, s. 519-520.

²⁹ Köprülü/Kaneti, s. 58; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2790; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 696; Ünal, s. 2842; Sirmen, s. 519.

³⁰ Steinauer, N. 2224; Argul, CR-CC, Art. 731, N. 4; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2790; Ünal, s. 2842; Sirmen, s. 519; Esener/Güven, s. 390-391.

³¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2800 vd.; Ünal, s. 2860-2862; Esener/Güven, s. 394-395.

³² Yarg. HGK T. 9.2.2005, 2004/5-749E.-2005/44K.; Yarg. HGK T. 16.04.2008, 2008/18-316E.-2008/331K., (www.Lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.12. 2019) Tapuda kayıtlı olmayan taşınmazın kamulaştırmayı yapan idare adına tescili yasa düzenlenmiştir. Söz konusu yasa irtifak hakkının tesisi bakımından da uygulama alanı bulur. İrtifak hakkının tapuya tescil edilebilmesi için taşınmazın tapuya kayıtlı olması zorunludur. İrtifakla ilgili kamulaştırma, taşınmazın zemininin mülkiyetine ilişkin bulunmadığından idarenin zilyet adına hareketle mülkiyeti tapu siciline onun lehine tescil ettirip, üzerine irtifak hakkı tesisi imkânı da yoktur (Yarg. 18 HD. T. 28.06.2004, 2004/4406E.-2004/5461K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 02.05.2019). Kamulaştırma işlemi idari ve adli aşamadan oluşan karma bir işlem olarak tanımlanmaktadır (Kutlu Gürsel, Meltem: Kamulaştırma Hukuku, Ankara 2012, s. 23).

³³ 1907 İsviçre kanun koyucusu, irtifak hakkı kurulmasını kolaylaştırmak açısından irtifak sözleşmesinde yazılı şekli yeterli görmekteydi. 1 Ocak 2012’de yürürlüğe giren değişiklikle birlikte İsv.MK m. 731 hükmüne yapılan ekleme ile resmi şekil öngörülmüştür (Steinauer, N. 2231; Argul, CR-CC, Art. 732, N. 1).

³⁴ Yarg. 14. HD. 15.05.2012, 2012/6038 E.-2012/6967 K. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 02.05.2019); Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2792; Akipek/Akıntürk, s. 651; Ünal, s. 2844; Sirmen, s. 519; Esener/Güven, s. 391.

³⁵ BGE 93/1967 II 185=JdT 1968 I 191; BGE 122/1996 III 150/158=JdT 1997 I 665/672. Bu halde *deductio servitutibus* şeklinde taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulması söz konusudur (Steinauer, N. 2225; Ünal, s. 2842-2).

hakkı kuracağına dair hüküm bulunması halinde, söz konusu sözleşme hükmü tescilin sebebi oluşturur³⁶. Her iki halde de taşınmaz satış sözleşmesi ile irtifak sözleşmesi birleştirilmektedir. Birinci ihtimalde satılan taşınmaz satıcının bir başka taşınmazı lehine irtifak hakkı ile yüklü; ikinci ihtimalde ise satılan taşınmaz lehine satıcının başka bir taşınmazı irtifak hakkı ile yüklü olarak satış sözleşmesinde irtifak hakkı kurulması yönünde hüküm bulunmaktadır.

Taşınmaz lehine irtifak hakkını kuran sözleşmede yüklü ve yararlanan taşınmaz açık bir biçimde belirtilmeli; yüklü taşınmaz üzerindeki yük, diğer bir anlatımla irtifak hakkının içeriği, tüm unsurları ile tespit edilmelidir³⁷. Ayrıca geçit irtifakında olduğu gibi, irtifak hakkının taşınmazın belirli bir yerinde kullanılması söz konusu ise irtifak hakkı sözleşmesinde irtifak hakkının yüklü taşınmazın hangi kısmında kullanılacağı da belirtilmelidir³⁸. Şayet geçit açıkça belirtilmemişse o takdirde İsviçre hukukunda 2012 yılında yürürlüğe giren değişiklikle birlikte, irtifak sözleşmesinin ekinde yüklü taşınmaz üzerinde geçidin yerinin tespit edildiği planın tapu müdürlüğüne verilebileceği kabul edilmiştir³⁹. Eğer yüklü taşınmaz maliki bir yan yükümlülük altına sokulmuşsa, sözleşmede söz konusu yükümlülük açıkça tarif edilmelidir⁴⁰. Malikin kendi taşınmazı lehine malik olduğu diğer bir taşınmazı üzerinde irtifak hakkı kurması halinde, tescil talebi ve tescil yeterlidir⁴¹. Taşınmaz lehine irtifak hakkı genellikle belirsiz bir süre için söz konusu olmaktadır; ancak irtifak hakkı için belirli bir süre öngörülmesi de mümkündür⁴².

Alman hukukunda da taşınmaz lehine irtifak hakkı kural olarak, tescille kazanılmaktadır (Al. MK § 873, 1018)⁴³. Taraflar arasında taşınmaz lehine irtifaklar hususunda bir anlaşma yapılması ardından da tescil talebinde bulunulması gerekir. Bu aynı sözleşme herhangi bir şekle bağlı değildir⁴⁴. Alman hukukunda aynı hakkın kazanılması bakımından, sebepten mücerretlik (sebebe bağlı olmama) ilkesi taşınmazlar için de kabul edilmektedir⁴⁵. Dolayısıyla Alman hukukunda daha çok tescil talebi üzerinde durulmuştur⁴⁶. Tescil talebinin noterde ve noter tarafından onaylanmış bir formda olması gerekir. Buna göre tescil talebinde tarafların irtifak hakkının ne olduğunu belirtmesi gerekir, sadece taşınmaz lehine irtifak hakkı gibi genel bir ifade kullanılması doğru değildir⁴⁷. Örneğin geçit irtifakı⁴⁸, benzinlik irtifakı⁴⁹, park irtifakı⁵⁰ gibi açık ifadelerin tescil talebinde yer alması gerekir⁵¹. Yine

³⁶ Bu halde *additis servitutibus* söz konusu olur (Steinauer, N. 2225; Ünal, s. 2842).

³⁷ Steinauer, N. 2227; Liver, Peter, 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 1980 [ZK-ZGB], Art. 732, N. 16 vd.; Argul, CR-CC, Art. 732, N. 5 vd.; Kähr, OFK-ZGB, Art. 731, N. 5; Göksu, CHK-ZGB, Art. 732, N. 2; Akipek/Akıntürk, s. 651; Ünal, s. 2843; Sirmen, s. 519.

³⁸ Steinauer, N. 2228; Ünal, s. 2843.

³⁹ Steinauer, N. 2228; Argul, CR-CC, Art. 732, N. 12 vd.

⁴⁰ Steinauer, 2227; Piotet, s. 40; Argul, CR-CC, Art. 732, N. 9; Köprülü/Kaneti, s. 59; Sirmen, s. 519.

⁴¹ Steinauer, N. 2235; Ünal, s. 2850.

⁴² Steinauer, N. 2197.

⁴³ Weber, N. 8, s. 271.

⁴⁴ Weber, Staundinger BGB, § 1018 N. 13.

⁴⁵ Eschmann, s. 145 vd.

⁴⁶ Eschmann, s. 145.

⁴⁷ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 236; Eschmann, s. 145; Weber, Staundinger BGB, § 1018 N. 24.

⁴⁸ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 194.

⁴⁹ BayObLGZ 1973, s.184.

bu talepte yüklü taşınmaz ve yararlanan taşınmazın, taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin ve varsa eğer, bu taşınmaz lehine irtifak hakkına ilişkin şart ya da sürenin belirtilmesi gerekir⁵².

İsviçre ve Türk hukuklarında, tescil dışında mahkeme kararıyla ya da kazandırıcı zamanışı yoluyla taşınmaz lehine irtifak hakkı kazanılabilir. İrtifak hakkı kurma borcu doğuran geçerli bir kazanma sebebine rağmen yüklü taşınmaz maliki borcunu yerine getirmiyorsa, diğer bir deyişle tescil gerçekleşmediyse, irtifak hakkı sahibi mahkemeden kendi lehine irtifak hakkının kurulmasını talep edebilir⁵³. Bu durumda mahkeme kararı ile irtifak hakkı kurulmuş olur ve tescilin işlevi kurucu değil açıklayıcıdır⁵⁴.

Taşınmaz lehine irtifak hakkının zamanışı ile kazanılması, mülkiyetinin bu yolla kazanılması mümkün olan taşınmazlarda⁵⁵ söz konusudur (TMK m. 780/f.3; İsv.MK m. 731/f.3). Taşınmaz lehine irtifak hakkının olağan zamanışı yoluyla kazanılması bakımından İsv.MK m. 661 ve TMK m.712 hükümleri kıyasen uygulama alanı bulacaktır. Bu doğrultuda lehine yolsuz olarak irtifak hakkı tescilli yapılan taşınmazın hâlihazırdaki maliki tarafından⁵⁶, gerek olumlu irtifaklar bakımından gerekse olumsuz irtifaklar bakımından, irtifak hakkı davasız, aralıksız ve iyiniyetle on yıl süre ile yüklü taşınmaz üzerinde kullanılırsa, yararlanan taşınmaz lehine irtifak hakkı kazanılır⁵⁷. İrtifak hakkının yolsuz olarak tescilli durumunda, yüklü taşınmaz maliki, kural olarak, *actio negatoria* yani el atmanın önlenmesi davası yoluyla mülkiyet hakkına yapılan saldırıya son verilmesini ya da tescilin düzeltilmesi davası yoluyla taşınmaz lehine irtifak hakkının terkinini talep edebilecektir⁵⁸. Ancak söz konusu davalar ile yolsuz tescil düzeltilmediyse ya da irtifak hakkı terkin edilmediyse olağan zamanışı yolu ile irtifak hakkı kazanılabilecektir. Dolayısıyla taşınmaz lehine irtifak hakkının, bu yolla kazanılabilmesi için, on yıllık süre içinde davasız ve aralıksız olarak yüklü taşınmaz üzerinde kullanılması gerekmektedir⁵⁹.

⁵⁰ LG München II, MittBayNot 2006, s. 503.

⁵¹ Tapu Sicil Uygulama Yönetmeliği'nin (GBV) 10. maddesi uyarınca yüklü taşınmazın tapu kütüğünde ve Tapu Sicil Tüzüğü'nün 9. maddesi uyarınca yararlanan taşınmazın tapu kütüğüne taşınmaz lehine irtifak tescil edilir (Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 214-217). Yararlanan taşınmazın tapu kütüğünde taşınmaz lehine irtifaka yer verilmesi açıklayıcı bir nitelik taşır. Başka bir deyişle yararlanan taşınmazın tapu kütüğünde bu tescile yer verilmese de taşınmaz lehine irtifaklar kurulmuş olur (Mohr, Münchener Kommentar, § 1018 BGB N. 69).

⁵² Weber, N. 8, s. 272; Weber, Staundinger BGB, § 1018 N. 33.

⁵³ Steinauer, N. 2243e; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2803; Ünal, s. 2862-2863; Sirmen, s. 520; Esener/Güven, s. 394.

⁵⁴ Köprülü/Kaneti, s. 64; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2803; Aybay, Aydın/Hatemi, Hüseyin, Eşya Hukuku, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 258; Ünal, s. 2863; Sirmen, s. 520; Esener/Güven, s. 394.

⁵⁵ Taşınmazın tapuya kayıtlı olması gereklidir (Steinauer, N. 2241a; Argul, CR-CC, Art. 731, N. 12; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 347).

⁵⁶ Hâlihazırdaki malikin yanı sıra intifa hakkı sahibi, üst hakkı sahibi yahut kiracı gibi bir ayni yahut şahsi hakka dayanarak, yararlanan taşınmazı kullanma yetkisi olan kişi tarafından da taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanılması mümkündür (Argul, CC-CR, Art. 730, N. 5; Göksu, CHK-ZGB, Art. 730, N. 13).

⁵⁷ Steinauer, N. 2241a-2241e; Argul, CR-CC, Art. 731, N. 12; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2807; Akipek/Akıntürk, s. 653; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 698; Esener/Güven, s. 395; Ünal, s. 2853-2854.; Sirmen, s. 521.

⁵⁸ Steinauer, N. 2241c.

⁵⁹ Akipek/Akıntürk, s. 653.

Taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanılmasının, kazandırıcı zamanaşımı ile kazanma bakımından zilyetliğe karşılık geldiği kabul edilmektedir⁶⁰. Diğer bir deyişle, taşınmaz lehine irtifak hakları bakımından hak zilyetliği söz konusu olmaktadır. Bu doğrultuda, eşya üzerinde fiili hâkimiyet hakkın fiilen kullanılmasına karşılık gelir (TMK m. 973/f.2 ve İsv.MK m. 919/f.2). Olumlu irtifak hakkının kullanılmasına karşılık için, yüklü taşınmaz üzerinde fiili hâkimiyet söz konusu olmaktadır⁶¹. Örneğin geçit irtifakında, yüklü taşınmaz üzerinde geçme faaliyetinin gerçekleştirilmesi için yüklü taşınmazın belirli bir bölümünde fiili hâkimiyet kurulmaktadır. Olumsuz irtifak hakları bakımından ise hakkın kullanımı, yüklü taşınmaz üzerinde fiili bir hâkimiyet gerektirmez⁶². Örneğin manzara irtifakında yüklü taşınmaz üzerinde fiili bir hâkimiyetten söz edilemez. Bu halde zilyetlik, hakka ilişkin tapuda görünen tescil yahut tescile kaynaklık eden geçerli kazanma sebebi ile söz konusu olmaktadır⁶³. Dolayısıyla yolsuz olarak tescil edilmiş olumlu bir irtifak hakkının kazandırıcı zamanaşımı ile kazanılmasında zilyetlik unsuru bakımından, irtifak hakkı olumlu bir faaliyetle gerçekleştiğinden söz konusu faaliyetin sürdürülmesi yeterlidir⁶⁴. Olumsuz irtifaklar bakımından ise yolsuz tescil zilyetlik unsuru olarak kabul edilerek, on yıllık süre içerisinde yolsuz olarak tescil edilmiş olan irtifak hakkının engellenmemiş olması halinde, irtifak hakkı kullanılmış olmaktadır⁶⁵. Bu sayede zilyetlik koşulu sağlanmış olur⁶⁶.

Taşınmaz lehine irtifak hakkının olağanüstü zamanaşımı ile kazanılması bakımından İsv.MK m. 663 ile TMK m.713 hükümleri kıyasen uygulanacaktır. Bu doğrultuda taşınmaz lehine irtifak hakkının olağanüstü zamanaşımı ile kazanılabilmesi için olağanüstü zamanaşımı ile kazanmaya elverişli bir taşınmaz söz konusu olmalıdır⁶⁷. İsviçre Hukukunda, taşınmaz lehine irtifak hakkının davasız ve aralıksız otuz yıl fiilen kullanılması gerekmektedir⁶⁸. Ancak bu kazanma yolunda, taşınmaz lehine irtifak hakkının iyiniyetle kullanılması koşulu aranmaz⁶⁹. Tüm koşulların sağlanması halinde taşınmaz lehine irtifak hakkının tapuya tescilli mahkemeden talep edilebilir⁷⁰. Türk hukukunda ise olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılmaya elverişli bir taşınmaz üzerinde davasız, aralıksız yirmi yıl süreyle irtifak hakkını fiilen kullanan kişi, mahkemeden söz konusu taşınmazda kullanmakta olduğu irtifak hakkını tescilini talep edebilir⁷¹.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, yararlanan taşınmazın zamanaşımı yoluyla kazanılması halinde taşınmaz mülkiyetinin kazanılması anında irtifak hakkı kayıtlı ise taşınmaz bu hakla

⁶⁰ Steinauer, N. 2241d.; Ünal, s. 2853; Sirmen, s. 520.

⁶¹ Piotet, s. 74.

⁶² Köprülü/Kaneti, s. 46.

⁶³ Piotet, s. 74.

⁶⁴ Steinauer, N. 2241d; Ünal, s. 2853.

⁶⁵ Ünal, s. 2853-2854.

⁶⁶ Steinauer, N. 2241d.

⁶⁷ Ünal, s. 2856.

⁶⁸ Steinauer, N. 2242d; Taşınmaz lehine irtifak hakkının aralıksız kullanılması ile ilgili olağan zamanaşımına ilişkin açıklamalar burada da geçerlidir.

⁶⁹ Steinauer, N. 2242d.

⁷⁰ Steinauer, N. 2242e.

⁷¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2809; Ünal, s. 2857; 2858; Sirmen, s. 521; Esener/Güven, s. 395. Olumsuz irtifakların da olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılabileceği öğretide kabul edilmektedir bkz. Köprülü/Kaneti, s. 63; Ünal, s. 2857. Ne var ki benimsediğimiz görüş uyarınca olumsuz irtifaklar bakımından olağanüstü zamanaşımı yoluyla irtifak hakkının kazanılması mümkün değildir. Zira olumsuz irtifaklarda zilyetlik, tapuda görünen kayıt yahut geçerli bir kazanma sebebi ile gerçekleşmektedir (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2810; Sirmen, s. 521).

birlikte kazanılmaktadır⁷². Yüklü taşınmazın zamanaşımı yoluyla kazanılması halinde ise taşınmaz mevcut irtifak hakkı ile yüklü olmaya devam eder⁷³.

Alman hukukunda taşınmaz lehine irtifakların zamanaşımıyla kazanılması da mümkündür. Taşınmaz lehine irtifak hakkının zamanaşımı ile kazanılması bakımından Al.MK § 900 hükmünün 2. fıkrası uygulama alanı bulacaktır. Bu madde uyarınca kişi tapuda taşınmaz lehine irtifak hakkının sahibi olarak görünmelidir. Ayrıca irtifak hakkının davasız, aralıksız ve iyiniyetle otuz yıl süre ile irtifak hakkı sahibi tarafından kullanılması durumunda irtifak hakkı kazanılmış olur. Al.MK §1029 hükmü uyarınca, zamanaşımıyla bir irtifakın kazanılabilmesi için irtifak hakkının kullanımına bir yıldan fazla ara verilmemelidir⁷⁴.

Alman hukukunda kanunda düzenlenmiş olan zamanaşımı dışında “ezelden beri zamanaşımı (*unvordenkliche Verjährung*)” kurumu bulunmaktadır. “Ezelden beri zamanaşımı (*unvordenkliche Verjährung*)⁷⁵” Alman Medeni Kanunu’nda düzenlenmemiş olsa da gerek doktrin⁷⁶ gerekse mahkeme kararları⁷⁷ tarafından kabul edilmiştir. “Ezelden beri zamanaşımı” kurumuyla nasıl ve ne zaman kurulduğu bilinmeyen bir hakkın uzun süre kullanımla⁷⁸ varlığı kabul edilmektedir⁷⁹. Bu durumda bir hakkın uzun bir süreden beri doğduğu hususu, aksi ispat edilebilir bir karinedir. Bu yolla ancak çok istisnai durumlarda taşınmaz lehine irtifakların kullanılacağı kabul edilmektedir⁸⁰. Frankfurt Yüksek Eyalet Mahkemesi 1854 yılından beri geçit hakkının kullanılması durumunda “ezelden beri zamanaşımıyla” bu hakkın kazanıldığını kabul etmiştir⁸¹.

Alman hukukunda idari bir işlemle (örneğin kamulaştırmayla) taşınmaz lehine irtifakların kurulabileceği kabul edilmektedir⁸². İdari işlemler bir idare için taşınmaz lehine irtifakların kurulması halinde, taşınmaz lehine irtifak haklarının içeriğinin belirlenmesi bakımından söz konusu olan sınırlamalara dikkat edilmesi gerekmektedir. İdare lehine kurulmuş olan bir taşınmaz lehine irtifak hakkı bakımından Medeni Kanun’daki hükümler ve tipe bağlılığın aşamayacağı kabul edilmektedir⁸³.

⁷² Bu durum, taşınmaz lehine irtifak hakkının, yararlanılan taşınmazın mülkiyetine ayrılmaz bir şekilde bağlı olmasının sonucudur.

⁷³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 1585 ve N. 1675.

⁷⁴ OLG Zweibrücken, MittRhNotK 2000, s. 119; Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 259.

⁷⁵ Türkçesi için bkz: Köbler, Gerhard, Rechtstürkisch - Deutsch-türkisches und türkisch-deutsches Rechtswörterbuch für jedermann, Vahlen, Franz Verlag, 2. Auflage, <http://www.koeblergerhard.de/rechtstuerkisch2-deutsch-tuerkisch.pdf>, (Erişim: 29.02.2020).

⁷⁶ Sözlük anlamı için bkz. Fuchs, Julian, Creifelds Rechtswörterbuch, 23. Edition C.H. Beck, München, 2019. Konuya dair detaylı bilgi için bkz: Pützenbacher, Stefan/Potstada, Lukas, “Alte Wege: Das Rechtsinstitut der unvordenklichen Verjährung im Straßenrecht” NVwZ 2016, s. 1615 vd; Weichsel, F. F., *Die erwerbende Verjährung*. Magdeburg, 1825, s. 126 vd.

⁷⁷ VGH Mannheim, Urteil vom 30.04.2008 - 5 S 2858/06, BeckRS 2008, 35742; OLG Frankfurt, OLGZ 1989, s. 91; OLG Hamm (5. Zivilsenat), Urteil vom 19.06.2017 - 5 U 20/16 BeckRS 2017, 126663; BVerfG, NVwZ 2009, s. 1158.

⁷⁸ Uzun sürenin 40 yıl olarak değerlendirilmesi hususunda bkz. Pützenbacher/ Potstada, NVwZ 2016, s. 1616.

⁷⁹ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 261.

⁸⁰ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 262.

⁸¹ OLG Frankfurt, OLGZ 1989, s. 91.

⁸² Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 265.

⁸³ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 266.

IV. Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkının İçeriği

A. Aynı Hakların Sınırlı Sayıda ve Tipe Bağlı Olması İlkesi Karşısında Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının İçeriğinin Serbestçe Belirlenmesi

İsviçre Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanunu ve Alman Medeni Kanunu'nda, aynı hakların sınırlı sayıda (*numerus clausus*) ve tipe bağlı olması ilkesi benimsenmiştir. Türk Medeni Kanunu ve İsviçre Medeni Kanunu'nda intifa hakkı, oturma hakkı, üst hakkı ve kaynak hakkı içerik yönünden ayrıntılı olarak düzenlenmiştir⁸⁴. Buna karşılık taşınmaz lehine irtifak hakları ve diğer irtifakların içeriği bakımından kanunda bir sınırlama getirilmemiştir⁸⁵. Diğer bir deyişle, taşınmaz lehine irtifak hakkından tarafların ne şekilde yararlanacağına belirlenmesi taraflara bırakılmıştır⁸⁶. Bu suretle, taşınmaz lehine irtifak haklarının içeriğinin belirlenmesi konusunda taraflara bir serbesti tanınmıştır⁸⁷. O nedenle taşınmaz lehine irtifak haklarının yalnız tip bakımından sınırlı olduğu ve fakat içerik yönünden sınırlı sayıda olmadıkları kabul edilmektedir⁸⁸. Alman hukukunda ise bu durum, “eşya hukukunun borçlar hukukuna yaklaşması” olarak değerlendirilmektedir⁸⁹. Buna karşılık Alman hukuk öğretisinde, taraflara taşınmaz lehine irtifakların içeriğini belirleme hususunda daha geniş yetki verilmesinin yanlış yorumlanmaması gerektiği ve taşınmaz lehine irtifakların sınırlı sayıda olduğu ileri sürülmüştür⁹⁰. Ayrıca eşya hukukunda yer alan tipe bağlılık sebebiyle tarafların kanunda yer alan sınırlı aynı hakları birleştiremeyeceği kabul edilmektedir⁹¹. Örneğin Münih Yüksek Eyalet Mahkemesi, önüne gelen uyuşmazlıkta, yüklü taşınmaz maliki olan kardeşin yararlanan taşınmaz maliki olan kardeşine üst ve çatı katında yer alan iki odanın kullanım hakkını vermesini taşınmaz lehine irtifak olarak değerlendirmemiştir. Mahkemeye göre, yüklü taşınmazın bir bölümünün örneğin odanın, balkonun kullanılması her ne kadar mümkünse de burada kullanmanın somutlaştırılması gerekmektedir. Söz konusu odaların hobi odası mı, spor odası mı, büro vs. mi olarak kullanıldığının belirlenmemesi halinde, tarafların eşya hukukunda yer alan tipe bağlılığı ortadan kaldırdığını ve oturma hakkı ile taşınmaz lehine irtifakları birbiriyle birleştirdiği sonucuna varmıştır. Mahkeme, taşınmaz lehine irtifakın sınırlı bir aynı hak olduğu ve malikler değişse de bu sınırlı hakkın devam edeceğine vurgu yaparak özellikle kullanımın somutlaştırılmasının doğru olacağını

⁸⁴ Köprülü/Kaneti, s. 14; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 711; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2719.

⁸⁵ Köprülü/Kaneti, s. 14.

⁸⁶ Köprülü/Kaneti, s. 14; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2719.

⁸⁷ Steinauer, N. 2209; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 19; Argul, CC-CR, Art. 730, N. 7; Liver, ZK-ZGB, Art. 730, N. 167vd.; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 712; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2838; Sirmen, s. 510; Ünal, Muhtevası, s. 1750; Ulshöfer, s. 72 vd.

⁸⁸ Düzensiz irtifaklar (diğer irtifaklar) bakımından da aynı yaklaşım kabul edilmektedir (bkz. Köprülü/Kaneti, s. 14; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 712).

⁸⁹ Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Weber, Johannes, J. von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 3 Sachenrecht ErbbauRG §§ 1018-1112 (Erbbaurecht, Dienstbarkeiten, Vorkaufsrecht, Reallasten) Berlin Sellier de Gruyter 2017, § 1018 N. 2 ve 3.

⁹⁰ Weber, Staudinger BGB, § 1018 N. 4.

⁹¹ Weber, Staudinger BGB, § 1018 N. 4. Hemen belirtelim ki tipe bağlılık ve taşınmaz lehine irtifakların sınırlı sayıda olması öğretide eleştirilmiştir. Bu görüşe göre, gelişen toplumlarda ekonomik ihtiyaçların karşılanabilmesi için eşya hukukundaki “sınırlı sayı” ilkesinde değişiklik yapılmalıdır (bkz. Schmolke, Klaus Ulrich, “Das Servitutenrecht des BGB aus rechtsökonomischer Sicht” WM 2010, s. 742 vd.).

belirtmiştir⁹². Görülüyor ki, mahkeme tarafından Alman hukukunda bir diğer sınırlı ayni hak olan oturma hakkı ile taşınmaz lehine irtifak hakkının taraf iradeleri ile birleştirilemeyeceği, bu suretle tipe bağlılık ilkesinin aşılamayacağı sonucuna varılmıştır.

Taşınmaz lehine irtifak haklarının içeriğinin belirlenmesi bakımından taraflara tanınan serbesti sayesinde, yüklü taşınmaz malikinin kaçınması yahut katlanması gereken ve taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğini oluşturan ve yararlanan taşınmaz malikine tanınan yetkiler yüklü taşınmaz maliki ile yararlanan taşınmaz maliki tarafından serbestçe kararlaştırılabilir. Örneğin yürüyerek yahut araçla geçme, hayvan otlatma, su geçirme; balık tutma, su, elektrik, gaz vb. hat geçirme; kısmen ya da tamamen inşaat yapmayı yasaklama, bitki dikmeyi yasaklama, araç park etme, restoran işletilmesinin yasaklanması, fabrika işletilmesinin yasaklanması, güdültü yapılmaması, bazı maddelere ilişkin emisyon salınımlarının yasaklanması şeklinde taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulması mümkündür⁹³.

B. Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının İçeriğinin Belirlenmesi Bakımından Taraflara Tanınan Serbestinin Sınırları

1. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu, İsviçre Medeni Kanunu ve Alman Medeni Kanunu'nda her ne kadar yüklü ve yararlanan taşınmaz maliklerine taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğini belirleme konusunda bir serbesti tanınmış olsa da bu serbesti sınırsız değildir. Nitekim tarafların, yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkından doğan yetkilerini tamamen ortadan kaldıracak şekilde bir taşınmaz lehine irtifak kuramayacağı kabul edilmektedir⁹⁴. Federal Alman Mahkemesi, 2015 yılında önüne gelen uyuşmazlıkta yüklü taşınmazın A, B, C, D, olarak bölümlere ayrıldığını ve söz konusu yüklü taşınmazın D ve C bölümünde yararlanan taşınmaz lehine “D ve C bölümleri oyun alanı, yeşil alan, park alanı ya da idarenin ve kanunların uygun gördüğü her şekilde kullanılabilmesi” şeklinde kurulmuş olan taşınmaz lehine irtifak hakkını kabul etmemiştir. Mahkemeye göre, taşınmaz lehine irtifakın içeriği belirlenirken, tarafların tescil talebi dikkate alınır. Taraflara taşınmaz lehine irtifakın içeriğini belirleme hususunda serbesti tanınmış olsa da yüklü taşınmazın tamamı ya da bir kısmı üzerinde yüklü taşınmaz malikine mülkiyet hakkının verdiği yetkileri ortadan kaldıracak şekilde, yararlanan taşınmaz malikine belirlenmemiş ve somutlaştırılmamış bir kullanma hakkı verilemez⁹⁵.

⁹² OLG München, Beschluss vom 22.2.2010 - 34 Wx 3/10. Bu karar değerlendirmesi için Demharter, Johann, “Zulässiger Inhalt von Benutzungsdienstbarkeiten“, Anmerkung OLG München, MittBayNot 2010, s. 390 vd.

⁹³ Steinauer, N. 2210; Liver, ZK-ZGB, Art. 730, N. 167 vd.; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 9; Ulshöfer, s. 76 vd; Möller, s. 389.

⁹⁴ Liver, ZK-ZGB, Art. 730, N. 7; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 28; Göksu, CHK, ZGB, Art. 730, N. 9; BGE 116 II 281 E. 4.c; BGE 116 II 275 E. 3.b; Kazele, Nobert, Beckonline Grosskommentar, (Herausgegeben von: Beate Gsell/ Wolfgang Krüger/Stephan Lorenz/Christoph Reymann) Verlag C.H München, 2019, § 1018 N. 279; BGH, DNotZ 2015, s. 113 Nr. 14; Köprülü/Kaneti, s. 57.

⁹⁵ BGH, DNotZ 2015, s. 113 Nr. 14. Benzer yönde mahkeme kararları için. Bkz. BayObLG, BayObLGZ 1989, s. 442; KG, DNotZ 1992, s. 674; OLG Celle, NJW-RR 2005, s. 102; Lemke, Reiner, “Zur Abgrenzung von eingeschränktem Grundstücksnießbrauch und Benutzungsdienstbarkeit“, Festschrift für Joachim Wenzel Herausgegeben von: Werner Merle/Wolfgang Krüger/Achim Krämer/Heinrich Kreuzer) Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 2005, s. 398.

Taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriği hukuka, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olamaz⁹⁶. Bu kapsamda, tarafların anlaşması ile kamu hukukundan kaynaklanan mülkiyet hakkı kısıtlamaları değiştirilemez ve kaldırılmaz. Mülkiyet hakkının kanuni kısıtlamalarından yarar sağlayan çevrenin belirsiz olduğu hallerde, taraf iradeleri ile söz konusu kısıtlamalar değiştirilemez ve kaldırılmaz⁹⁷. Diğer bir deyişle, kanuni düzenlemeler nedeniyle malikin kullanamayacağı yetkiler taşınmaz lehine irtifakın konusu olamayacağı gibi zaten komşuluk hukukundan doğan katlanma vb. yükümlülükler de taşınmaz lehine irtifak hakkının konusu olamaz⁹⁸. Ayrıca kanunda aynı haklarla ilgili olarak benimsenen ilkeler taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin belirlenmesi bakımından taraflara tanınan serbesti ile aşmaz⁹⁹. Örneğin, taraflar taşınmazdan bağımsız olarak irtifak hakkının devredilebileceğini yahut miras bırakılabileceğini kararlaştıramaz.

Türk Medeni Kanunu'nda ve İsviçre Medeni Kanunu'nda mülkiyet hakkının kısıtlanması şeklinde ele alınan irtifaklar mecra, su hakkı ve geçit hakkı olarak sayılmıştır. Bu irtifakların içeriği, kanun tarafından belirlenmiştir¹⁰⁰. Ne var ki, tarafların kanuna dayalı mecra, su hakkı ya da geçit hakkı irtifaklarından birini iradi irtifak olarak kurabilmesi mümkündür¹⁰¹. Bu halde zorunluluk unsurunun ortadan kalkması sonucunda irtifak hakkının kendiliğinden sona erme riski, aynı içerikte iradi irtifak hakkı tesis edilmek suretiyle aşılmaktadır¹⁰².

Alman hukukunda bir bölgedeki imar planına rağmen tarafların, imar planının konusunu teşkil eden hususları taşınmaz lehine irtifak hakkının konusu yapabileceği kabul edilmektedir¹⁰³. Zira söz konusu planların ileride değişmesi mümkündür. Örneğin, imar planında yer alan bir yerde dört kattan fazla bina yapılmayacağı hususu taşınmaz lehine irtifak hakkının konusu olabilir¹⁰⁴. Daha sonra imar planının değişmesi halinde, mağduriyet yaşanmaması için taraflar taşınmaz lehine irtifak kurulmasını kararlaştırabilir.

2. Yarar Ölçütü ile Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkının İçeriğinin Serbestçe Belirlenmesinin Sınırlandırılması

a) İsviçre Hukuku ve Türk Hukukunda Benimsenen Sübjektif Yarar Ölçütü ile Serbestinin Sınırlandırılması

İsviçre ve Türk hukuk düzenlerinde taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriği, taraflardan birinin yahut yalnızca yararlanan taşınmaz malikinin ihtiyacına göre belirlenebilir¹⁰⁵.

⁹⁶ Steinauer, N. 2212; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 21; Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 286; Ünal, Muhtevası, s. 1750.

⁹⁷ Tek, Gülen Sinem, Yararı Kalmayan ya da Azalan İrtifak Haklarının Sona Ermesi (MK m. 785), İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2017, s. 178; Kazele, Beckonline Grosskommentar 1018 N. 286.

⁹⁸ Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 21; BGE 99 II 28 E. 4; Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 284; Köprülü/Kaneti, s. 56; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 762. Bu yöndeki karar örnekleri için bkz. BayObLG, NJW1982, s. 1056; BayObLGZ, BAYOBLGZ 1980, s. 239.

⁹⁹ Göksu, CHK-ZGB, Art. 730, N. 10; Argul, CR-CC, Art. 730, N. 9.

¹⁰⁰ Bu değerlendirme Alman Hukuku kökenlidir. Alman hukukunda irtifak hakları iradidir. Bunun yanı sıra mülkiyet hakkını kısıtlayan haller söz konusudur (Möller, s. 376 vd.).

¹⁰¹ Liver, ZK-ZGB, Art. 732, N. 39-40; Akipek/Akıntürk, s. 657; Tek, s. 173 vd.

¹⁰² Tek, s. 17.

¹⁰³ OLG Hamm, MittBayNot 1996, s. 379; Stürner, AcP 1994 (194), s. 267. Türk hukuku bakımından mümkün olmadığı yönünde bkz. Gürsoy/Eren/Cansel, s. 762.

¹⁰⁴ OLG Hamm, MittBayNot 1996, s. 379; Stürner, AcP 1994 (194), s. 267.

¹⁰⁵ Steinauer, N. 2210a.

Taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin, yararlanan taşınmazın hâlihazırdaki ihtiyacı yahut ileride ortaya çıkması muhtemel ihtiyacı dikkate alınarak da belirlenmesi mümkündür¹⁰⁶. Ne var ki, yararın makul olması gerektiği öğretisi ve uygulamada ifade edilmiştir¹⁰⁷. Buna karşılık hukuki açıdan korunmaya değer bir yararın, irtifak hakkının kurulması bakımından yeterli olduğu da ileri sürülmüştür¹⁰⁸. Diğer yandan taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulması bakımından, irtifak hakkı sahibinin haklı menfaatinin dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir¹⁰⁹. Dolayısıyla taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin, taşınmaz lehine irtifak hakkı ile taşınmaz malikinin bir ihtiyacının ya da isteğinin karşılanması amacıyla yönelik olması mümkündür¹¹⁰. Burada subjektif bir değerlendirme söz konusudur¹¹¹. Taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulma anında yararlanan taşınmaz malikinin kişisel ihtiyacını karşılamaya yönelik bir yararının bulunması, irtifak hakkının kurulması için yeterlidir¹¹². Ne var ki, farazi veya hayali bir menfaat için irtifak hakkının kurulması mümkün değildir¹¹³. Örneğin, maddi olarak suyu olmayan ve su çıkması mümkün olmayan bir taşınmaz üzerinde kaynak irtifakı kurulması mümkün değildir¹¹⁴. Ancak gelecekteki bir yarar için taşınmaz lehine irtifak kurabileceği kabul edilmektedir¹¹⁵. Örneğin, yararlanacak taşınmaz üzerinde bir fabrika kurulacak olması ve şimdiden fabrika için faydalı olacak bir taşınmaz lehine irtifak kurulması mümkündür.

İsviçre ve Türk hukuk öğretisinde irtifak hakkı sahibinin keyfi bir menfaatinin olması halinde irtifak hakkının kurulması kabul edilse dahi, bu durumla uygulamada pek karşılaşılma ihtimali olmadığı ifade edilmektedir¹¹⁶. Dolayısıyla benimsediğimiz görüş uyarınca, irtifak hakkı sahibinin korunmaya değer bir menfaati bulunduğu takdirde irtifak hakkının kullanım tarzı ile bağdaşan her türlü yararlanma, taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğini teşkil edebilir¹¹⁷. Bu kapsamda irtifak hakkından bir yararın kalmaması halinde yüklü taşınmaz maliki, mahkmeden irtifak hakkının terkinini talep edebilecektir (TMK m.785/f.1).

Öğretide ve uygulamada, irtifak hakkı sahibinin menfaati bakımından iki önemli ölçüt getirilmiştir. Birinci ölçüte göre, yararlanan taşınmaz malikinin irtifak hakkı kurmakta

¹⁰⁶ Steinauer, N. 2210a; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2777.

¹⁰⁷ Piotet, s. 36; Steinauer, N. 2214; Göksu, CHK-ZGB, Art. 730, N. 10; Ünal, Muhtevası, s. 1751; BGE 123 III 337 E. 4.b; BGE 121 III 52 E. 2.a; BGE 108 II 39 E. 3.

¹⁰⁸ Wieland, s. 478; BGE 78 II 21 E 11.

¹⁰⁹ Liver, ZK-ZGB, Art. 730, N. 87-88; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 22.

¹¹⁰ Rossel, Virgile/Mentha, Fritz Henri, Manuel du Droit Civil Suisse, C.II, Lozan, Librairie Payot & Cie, 1922, s. 112; Piotet, s. 31; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 753-754; Ünal, Muhtevası, s. 1751; BGE 70 II 96 E. 3.

¹¹¹ Galland, Cyril, Le contenu des servitudes foncières, Schulthess Juristische Medien AG, 2013, N. 202, s. 58; Göksu, CHK-ZGB, Art. 730, N. 10; Ünal, Muhtevası, s. 1751. İsviçre kanun koyucusu, Roma hukukundan beri süregelen objektif yarar esasından ayrılmayı tercih etmiştir (bkz. Öcal-Apaydın, Bahar, Roma Hukukundan Günümüze Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 264-265; Tek, 142 vd.).

¹¹² Liver, ZK-ZGB, Art. 730, N. 7 vd.; Köprülü/Kaneti, s. 53; BGE 108/1982 II 39=JdT 1985 I 190.

¹¹³ Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 22; Tek, s. 166.

¹¹⁴ Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 22; Tek, s. 166.

¹¹⁵ BGH, NJW 1984, s. 2158; Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1019 N. 58.

¹¹⁶ Tek, s. 168.

¹¹⁷ Yarg. 14. HD. 27.09.2004, 2004/6343 E., 2004/6310 K. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim Tarihi: 02.05.2019); Gürsoy/Eren/Cansel, s. 760-761; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2777.

menfaati bir kereye mahsus olmamalı ve devamlılığı olmalıdır¹¹⁸. İkinci ölçüte göre ise kanun gereği mevcut bir kısıtlamanın, yararlanan taşınmaz malikinin menfaati olduğu gerekçesi ile taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğini oluşturması mümkün değildir¹¹⁹. Örneğin, belirli bir mesafede yapılaşma için kanuni bir düzenleme varsa, artık bu konuda taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulmasına ihtiyaç yoktur¹²⁰. Ancak bu değerlendirme yapılırken kanuni düzenlemenin açık olup olmadığı dikkate alınmalıdır. Şayet genel nitelikli ve belirsiz bir kısıtlama söz konusu ise, kısıtlama ile aynı içerikte irtifak hakkı kurulmasında irtifak hakkı sahibinin menfaati olduğu kabul edilmelidir¹²¹. Ayrıca kanun değişiklikleri göz önüne alınarak, bu konu değerlendirilmelidir¹²².

b) Alman Hukukunda Benimsenen Objektif Yarar Ölçütü ile Serbestinin Sınırlandırılması

Alman Medeni Kanunu § 1019 hükmünde taşınmaz lehine irtifak hakkının, ancak yararlanan taşınmazın kullanımı için bir yarar sağladığında kurulabileceği açıkça kaleme alınmıştır¹²³. Bu düzenlemenin emredici olduğu ve taraflarca aksinin kararlaştırılamayacağı savunulmaktadır¹²⁴. Başka bir deyişle, taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulması bakımından yararlanan taşınmazın bir yararının olmasına gerek olmadığı ya da yararlanan taşınmazın yararının ortadan kalkmasına rağmen taşınmaz lehine irtifakların devam edeceği hususunda taraflar anlaşma yapamazlar¹²⁵.

Federal Alman Yüksek Mahkemesi, vermiş olduğu kararlarda taşınmaz lehine irtifak hakkı bakımından yararın doğrudan ya da dolaylı olarak ekonomik bir değer olması gerektiğini kabul etmiştir¹²⁶. Örneğin, mahkeme yerleşme alanı olan bir yerde yapılaşmanın kısıtlanmasına ilişkin taşınmaz lehine irtifak hakkının yararlanan taşınmazın ekonomik değerini artırdığını kabul etmiştir. Mahkemeye göre, bir bölgede yapılaşmanın olmaması ya da orada sınai faaliyetlerin yasaklanması yararlanan taşınmaza ekonomik bir menfaat sağlamaktadır¹²⁷. Ancak öğretilde, bu kararlar eleştirilmiştir. Yararın her halde, yararlanan taşınmazın

¹¹⁸ Piotet, s. 36; Steinauer, N. 2214a; Ünal, Muhtevası, s. 1751; Tek, s. 190. Öğretilde bir görüşe göre, bu sonuç aynı hakkın özündeki mutlak yetkiden yani herkese karşı ileri sürülebilmesinden kaynaklanmaktadır. Bir defaya mahsus olmak üzere yararlanma için irtifak hakkı kurulmasını mutlak olarak yasaklayan bir kanun hükmü yoktur. Dolayısıyla taşınmazdan bir defaya 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).

¹¹⁹ Steinauer, N. 2214a; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 29; Liver, ZK-ZGB, Art. 730, N. 94; Göksu, CHK-ZGB, Art. 730, N. 10; Ünal, Muhtevası, s. 1751; BGE 99 II 28 E 4.

¹²⁰ BGE 106/1980 II 315=JdT 1981 I 306; 99/1973 II 28/33=JdT 1973 I 581/582.

¹²¹ BGE 106 II 315 E. 2.c; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 29; Göksu, CHK-ZGB, Art. 730, N. 10; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 763; Ünal, Muhtevası, s. 1751; Tek, s. 172.

¹²² Piotet, s. 36; Steinauer, N. 2214a.

¹²³ Ulshöfer, s. 59 vd; Berger, Christian, Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch: mit Rom-I-, Rom-II-VO, EuUnthVO/HUntProt und EuErbVO, Herausgegeben von Prof. Dr. Des. h.c. Rolf Stürner, 17. Auflage, C. H. Beck, München 2018; § 1019 N. 1; Weber, Staundinger BGB, § 1019 N. 4.

¹²⁴ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1019 N. 14.

¹²⁵ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1019 N. 14; Ulshöfer, s. 64; Weber, N. 4, s. 272.

¹²⁶ BGH, NJW 1983, s. 116.

¹²⁷ BGH, NJW 1983, s. 116 benzer yönde kararlar için bkz. BGH, WM 1967, s. 584. Daha eski kararlar için RGZ 61, s. 341.

ekonomik değerini artırma şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir¹²⁸. Öncelikle yararlanan taşınmazın bir yararı olması gerektiğini düzenleyen Al.MK §1019 hükmünde, kanun koyucunun sadece yarardan bahsettiği buna karşılık ekonomik bir yarardan bahsetmediği belirtilmiştir¹²⁹. Ayrıca taşınmaz lehine irtifak haklarını düzenleyen diğer hükümlerde de yüklü taşınmazın kullanımından bahsedildiği; ancak bu kullanma kavramının geniş yorumlanması gerektiği ileri sürülmüştür¹³⁰. Mahkemenin bir yandan ekonomik yarar arayıp diğer yandan ekonomik yarar kavramını geniş yorumlaması ve dolaylı ekonomik yararı kabul etmesinin de çelişkili olduğu ifade edilmiştir¹³¹. Diğer yandan, taşınmaz lehine irtifak haklarının amacının yola çıktığında yararın sadece ekonomik olarak değerlendirilmesinin doğru olmadığı ileri sürülmüştür¹³². Ne var ki, aslında mahkemenin sadece ekonomik değerden bahsedip sonra bunu geniş yorumlamasının öğretideki eleştirilerin kabul edilmesi anlamına geldiği ve uygulamada bir farklılık yaratmadığı ileri sürülmüştür¹³³.

Alman hukuk öğretisinde, eşyaya bağlı irtifakların kişisel irtifaklardan farklı olduğu ve bu nedenle yararın olup olmadığına taşınmaz malikinin kişisel ihtiyaçlarından bağımsız bir şekilde karar verilmesi gerektiği vurgulanmıştır¹³⁴. Bu doğrultuda yararın objektif olması gerektiği kabul edilmiştir. Söz konusu yararın objektif olup olmadığının tespitinde tarafların anlaşması, taşınmazların yeri ve taşınmazların özellikleri gibi hususların dikkate alınacağı ifade edilmektedir¹³⁵.

Bu hukuk düzeninde objektif yarar ölçütü kabul edilmekle birlikte, estetik açıdan hareket edilmesi, manzaranın bozulmaması için belirli yüksekliği aşan duvarın yapılmaması, daha sakin bir yerde oturma isteğiyle yüklü taşınmazda belirli faaliyetlerin yapılmasının yasaklanmasının da objektif bir yarar sağladığı, dolayısıyla bu hallerde de taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulabileceği ileri sürülmüştür¹³⁶. Ayrıca yararlanan taşınmazın yararının her zaman doğrudan olmayacağı, o nedenle dolaylı yarar sağlanan hallerde de taşınmaz lehine irtifakların kurulabileceği kabul edilmiştir¹³⁷. Taşınmazın kendisinin kullanılması doğrudan yarar olarak nitelendirilirken taşınmaz üzerinde bulunan garaj vb. yapılardan yararlanılması dolaylı yarar olarak nitelendirilmiştir¹³⁸.

Yararlanan taşınmazın yararını kabul eden Alman hukukunda, Frankfurt Yüksek Eyalet Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda, söz konusu yararın devamlı olmasını aramış ancak bu devamlılığın kesintisiz olmasına gerek olmadığını belirtmiştir¹³⁹. Federal Alman Mahkemesi de su, elektrik ve telefon hattı çekmek için kurulan taşınmaz lehine irtifak hakkı bakımından yararlanan taşınmaz malikinin elektrik ve telefon kablolarını kamu arazisinden geçirdiği ve suyun da yararlanan taşınmazdan çıkarılması halinde taşınmaz lehine irtifakın terkin talebini incelemiştir. Mahkemeye göre, irtifakın uzun süre kullanılmaması yararın

¹²⁸ Mohr, Münchener Kommentar, § 1019 N. 2; Weber, Staundinger BGB, § 1019 N. 4.

¹²⁹ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1019 N. 36; Berger, Jauernig, § 1019 N. 4.

¹³⁰ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1019 N. 36; Weber, Staundinger BGB, § 1019 N. 4.

¹³¹ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1019 N. 36.

¹³² Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1019 N. 36; Weber, Staundinger BGB, § 1019 N. 4.

¹³³ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1019 N. 37; Weber, Staundinger BGB, § 1019 N. 4.

¹³⁴ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1019 N. 36; Ulshöfer, s. 64 vd; Berger, Jauernig, § 1019 N. 2.

¹³⁵ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1019 N. 36.

¹³⁶ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1019 N. 40 vd.; Weber, Staundinger BGB, § 1019 N. 4

¹³⁷ BGH, WM 1967, s. 584; BGH, DNotZ 1956, s. 41 OLG Nürnberg, NJOZ 2013, s. 2085; Reimann, *Wolfgang*, "Zulässiger Inhalt von Unterlassungsdienstbarkeiten", MittBayNot 1972, s. 66; Mohr, Münchener Kommentar, § 1019 N. 3.

¹³⁸ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1019 N. 51.

¹³⁹ OLG Frankfurt, FGPrax 2009, s. 254.

ortadan kalktığını göstermez. Kaldı ki, taşınmaz lehine irtifak gelecekteki bir yarar için de kurulabilir. Ne var ki, mahkeme tarafından bu menfaatin ne olduğunun ve kullanma imkânının yeniden ortaya çıkacağına somut olarak davalı olan yararlanan taşınmaz maliki tarafından ispat edilmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁴⁰. Nitekim gelecekteki bir fayda için taşınmaz lehine irtifak kurulması mümkünse de bu beklentilerin de farazi ve hayal olmaması gerekir¹⁴¹. Objektif ve hayatın olağan akışına göre gerçekleşmesi beklenen bir yarar bulunmalıdır. Gelecekteki yararın gerçekleşmesinin kesin olmasına gerek yoktur, somut olaylar değerlendirildiğinde gerçekleşmesinin muhtemel olması yeterlidir¹⁴².

3. Yüklü Taşınmazda Ticari veya Sınai Bir Faaliyetin Yasaklanmasının Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkının İçeriğini Oluşturup Oluşturamayacağı Meselesi

Taşınmaz lehine irtifak hakkının, yüklü taşınmaz malikinin kendisinin fiil ve davranış serbestisini ortadan kaldıracak ya da sınırlandıracak şekilde olamayacağı kabul edilmektedir¹⁴³. Bu ölçüt, özellikle olumsuz irtifaklar bakımından önem arz etmektedir. Zira olumsuz irtifaklarda yüklü taşınmaz maliki, kendi taşınmazını mülkiyet hakkı kapsamında olmasına rağmen belirli bir tarzda kullanmaktan kaçınmaktadır.

İsviçre ve Türk hukuk düzenlerinde yüklü taşınmaz malikinin, taşınmazının fiziksel durumunu ya da ekonomik değerini etkileyecek şekilde herhangi bir faaliyeti yerine getirmekten kaçınması şeklinde irtifak hakkı kurulabileceği kabul edilmektedir¹⁴⁴. Bina yükseltmeme yahut garaj yapmama, depo yapmama gibi belirli bir amaca yönelik inşaat yapmama irtifakları bakımından bu ölçütü belirlemek zorluk arz etmez¹⁴⁵. Zira söz konusu irtifaklar, yüklü taşınmazın fiziksel durumu ya da ekonomik değeri üzerinde etkisini göstermektedir. Ne var ki, yüklü taşınmaz üzerinde belirli bir ticari ya da sınai faaliyetin yürütülmesinin yasaklanması şeklinde bir irtifak hakkı kurulması bakımından bu ölçütü tespit etmek zorlaşır¹⁴⁶. Bu halde rekabet etmeme irtifakının söz konusu olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁷. Rekabet etmeme irtifakı bakımından ise yüklü taşınmazın fiziksel durumunu, dış görünüşünü ya da ekonomik yahut içtimai yönden niteliğini değiştirmeyi amaçlayan taşınmaz lehine irtifak haklarının kurulabileceği ifade edilmektedir¹⁴⁸. Diğer bir deyişle irtifak hakkının içeriği olarak belirlenen ticari yahut sınai faaliyeti yasaklama, aynı zamanda yüklü taşınmazın fiziksel, ekonomik, içtimai özellikleri üzerinde etkisini gösteriyorsa taşınmaz lehine irtifak

¹⁴⁰ BGH, NJW 1984, s. 2158.

¹⁴¹ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1019 N. 59.

¹⁴² OLG München, RNotZ 2012, s. 123; Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1019 N. 59; Weber, Staundinger BGB, § 1019 N. 10-11; Mohr, Münchener Kommentar, § 1019 N. 3.

¹⁴³ Piotet, s. 34; Steinauer, N. 2216; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 24; Göksu, CHK, ZGB, Art. 730, N. 7; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 739; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 692; Ünal, Muhtevası, s. 1751; BGE 131 III 414 E. 2.3; BGE 123 III 337 E. 2.c; BGE 108 II 39 E. 3; BGE 106 II 315 E. 2. d.

¹⁴⁴ Steinauer, N. 2216; Liver, ZK-ZGB, Art. 730, N. 110; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 25; Stürner, AcP 1994 (194), s. 267; Esener/Güven, s. 388; Ünal, Muhtevası, s. 1751; Tek, s. 43 ve 57-78.

¹⁴⁵ Steinauer, N. 2216.

¹⁴⁶ Steinauer, N. 2217.

¹⁴⁷ Galland, Cyril: Les servitudes de concurrence – un instrument à manier avec précaution, Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (ZBGR), 95/2014, s. 149; Akipek/Akıntürk, s. 649; Tek, s. 157.

¹⁴⁸ Piotet, s. 34; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 24; Argül, CR-CC, Art. 730, N. 15; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 769.

hakkı olarak kabul edilebilir¹⁴⁹. Zira rekabet etmeme irtifaklarında amaç, rekabetin önlenmesi olmamalı ve fakat taşınmazdan yararlanma olmalıdır¹⁵⁰.

Rekabet etmeme irtifakı farklı şekillerde karşımıza çıkabilir¹⁵¹ ve her somut olayın ayrı ayrı değerlendirilerek böyle bir irtifakın kurulup kurulmayacağına karar verilmesi gerekir.¹⁵² Öncelikle yüklü taşınmazın bir ticari işletme olarak kullanılmasının tamamen yasaklanması ve bu yönde bir taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulması mümkündür¹⁵³. Örneğin, bir coğrafi bölgenin tamamen oturma ve yerleşmeye inhisar edilmesi ile o bölgede ses, gürültü ve hava kirliliğinin önlenmesinin yanı sıra çeşitli atıklardan o bölgenin korunması istenebilir. Böyle durumlarda yüklü taşınmaz üzerinde fabrika kurulamayacağı şeklinde irtifak hakkı kurulması halinde, yararlanan taşınmaz malikinin o bölgenin sırf yerleşim yeri olarak kalmasını menfaati bulunmaktadır. Bu halde bir bölgenin sadece oturma alanı olarak kalmasının dışında o bölgede daha önce bulunan ya da o bölgeye yakın bulunan ticari işletmeler dışında işletmelerin kurulmaması da geniş açıdan bakıldığında rekabet etmeme olarak değerlendirilmektedir¹⁵⁴.

Rekabet etmeme yasağının bir diğer halinde ise yüklü taşınmazın bir işletme olarak kullanılması yasaklanmamakta; ancak yüklü taşınmaz üzerinde bazı faaliyetlerin yerine getirilmesi yasaklanmaktadır. Örneğin, yararlanan taşınmazda bir fırın olması nedeniyle yüklü taşınmazda bir fırın kurulmaması hususunda bir taşınmaz lehine irtifak kurulması mümkündür¹⁵⁵. Ne var ki, tarafların yüklü taşınmazdan yararlanma amacı ile içeriği belirlediği hallerde taşınmaz lehine irtifak hakkının söz konusu olduğu; buna karşılık rekabet hukuku kurallarını dolanmak amacıyla içeriği belirlediği hallerde taşınmaz lehine irtifak hakkından söz edilemeyeceği kabul edilmelidir¹⁵⁶. Bu kapsamda yüklü taşınmazda fırın yahut pastane işletilmemesi yahut tütün ürünü satan herhangi bir işletme açılmayacağı şeklinde taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulabileceği kabul edilmektedir¹⁵⁷. Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi, yüklü taşınmazda marangozhane haricinde bir işletmenin açılmayacağı şeklinde taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin belirlenmesinin mümkün olduğuna da hükmetmiştir¹⁵⁸. Bu içerikte bir irtifak hakkının yüklü taşınmazın fiziksel, ekonomik ve içtimai niteliğini etkilemeye yönelik olduğu gerekçesiyle öğretide de böyle bir irtifak hakkının kurulabileceği kabul edilmiştir¹⁵⁹. İsviçre Federal Mahkemesi ayrıca, bir taşınmaz

¹⁴⁹ Liver, ZK-ZGB, Art. 730, N. 110; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 25; Göksu, CHK, ZGB, Art. 730, N. 7; Argül, CR-CC, Art. 730, N. 15; Ünal, Muhtevası, s. 1751; Tek, s. 158; BGE 123 III 337 E. 2.c; BGE 114 II 314 E. 3.

¹⁵⁰ Tek, s. 157.

¹⁵¹ Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Baetge, Dietmar, "Wettbewerbsbeschränkende Dienstbarkeiten in Europa. Ein rechtsvergleichender Überblick", *RabelsZ* (59) 1995, s. 647 vd; Stürner, *AcP* 1994 (194), s. 267; Bormann, s. 153 vd; Göz, s. 57-78.

¹⁵² Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 411-417 vd; Stürner, *AcP* 1994 (194), s. 267; Freudling, Gabriele, "Die Reichweite wettbewerbsbeschränkender Dienstbarkeiten am Beispiel eines Wettbewerbsverbots über „Baustoffe“", *BB* 1990, s. 940 vd.

¹⁵³ Taşınmazın fiziksel, ekonomik ve içtimai özelliklerini etkilediğinden, yüklü taşınmazda pastane ve fırın işletilmemesi şeklinde irtifak hakkı kurulabileceği kabul edilmiştir (BGE 114 II 314 E. 3).

¹⁵⁴ Grziwotz, Herbert, "Risiken bei der zivilrechtlichen Lösung von Immissionskonflikten", *KommJur* 2008 Heft 5, s. 174; Weber, Staundinger BGB, § 1018 N. 108.

¹⁵⁵ Bormann, s. 169 vd; Weber, Staundinger BGB, § 1018 N. 108.

¹⁵⁶ Tek, s. 158; Walter/Maier, *NJW* 1988, s. 388.

¹⁵⁷ Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 26; Tek, s. 161; Baetge, *RabelsZ* (59) 1995, s. 663; Stürner, *AcP* 1994 (194), s. 267.

¹⁵⁸ BGE 123 III 337.

¹⁵⁹ Steinauer, N. 2217a; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 26.

üzerinde mesleki bir faaliyetin yürütülmesinin yahut bir ticari işletme açılmasının yasaklanmasının her somut olaya göre, taşınmazın ekonomik ve içtimai niteliğini etkileyip etkilememesi yönünden, değerlendirilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir¹⁶⁰.

Dolaylı olarak rekabeti etkilemeye yönelik bir amaçla irtifak hakkının kurulması, yüklü taşınmaz malikinin kendi mülkiyet hakkı kapsamında sahip olduğu taşınmazı üzerinde yürüteceği ekonomik faaliyeti seçme özgürlüğünü etkilemektedir¹⁶¹. O nedenle bu içerikte bir irtifak hakkı kurulmasının, yalnızca yüklü taşınmaz malikinin kendisini etkilediği ve fakat taşınmazın durumunu etkilemediği hallerde kabul etmemek gerektiği belirtilmektedir¹⁶². Yüklü taşınmazda yalnızca yararlanan taşınmaz malikinin ürettiği biranın satılacağı¹⁶³; diğerlerinin satılmayacağı yahut yüklü taşınmazda yalnızca belirli marka otomatın koyulabileceği diğerlerinin koyulamayacağı şeklinde irtifak hakkı kurulmasının mümkün olduğu İsviçre’de kabul edilmektedir¹⁶⁴. Buna karşılık öğretilde, taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin bu şekilde belirlenmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmektedir¹⁶⁵. Taşınmazda hangi biranın tüketileceğine yahut hangi otomatın bulunacağına ilişkin yapılan belirlemenin taşınmazın haricinde bir durum olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca akaryakıt istasyonunda belirli bir akaryakıt firmasının ürününün satılacağı şeklinde irtifak hakkı kurulmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir¹⁶⁶. Zira belirli bir ürünün satılması yahut satılmaması şeklindeki kısıtlamaların; taşınmazın fiziksel, ekonomik ve içtimai özellikleri yahut taşınmazın dış görünüşü bakımından bir etkiye sahip olmadığı ifade edilmektedir¹⁶⁷. Buna karşılık komşuların rahatsızlığını engelleme amacı taşıdığı takdirde, yüklü taşınmazda alkol satılmasının yasaklanması şeklinde irtifak hakkının kurulmasının mümkün olduğu ileri sürülmektedir¹⁶⁸.

Alman hukukunda Türk ve İsviçre hukukundan farklı olarak, yararlanan taşınmazın yararı, Al. MK. § 1019 hükmünde açıkça aranan bir koşuldur. Bu nedenle taşınmazların niteliği ekonomik ve içtimai özelliğiyle ilgili olmayan rekabet etmeme irtifaklarının kurulmasının mümkün olmadığı görülmektedir¹⁶⁹. Yeni kurulan bir işletmenin örneğin benzinliğin belirli bir firmanın ürünlerini satacağına ilişkin taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulup kurulmayacağı Alman hukukunda daha sıklıkla tartışılan bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Federal Alman Mahkemesi, bir benzinlikte belirli marka benzinin satışının yapılacağı hususunda yapılan anlaşmanın taşınmaz lehine irtifak hakkının konusu olamayacağına hükmetmiştir. Zira mahkeme, söz konusu yasaklamanın taşınmazın durumuyla ilgili

¹⁶⁰ BGE 123/1197 III 337/341; Bormann, s. 169.

¹⁶¹ Steinauer, N. 2217a.

¹⁶² Steinauer, N. 2217a.

¹⁶³ Steinauer, N. 2217a; Tek, s. 160.

¹⁶⁴ Tapu Sicili Denetim Makamı’nın 07/06/2000 Tarihli kararı, RFJ 2000 257/259.

¹⁶⁵ Steinauer, N. 2217a; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 25; Baetge, RabelsZ (59) 1995, s. 659; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 765; Ünal, Muhtevası, s. 1752. Öğretilerdeki görüşlere uygun bir karar Federal Alman Mahkemesi tarafından da verilmiştir (bkz. BGH, NJW 1959, s. 671).

¹⁶⁶ Steinauer, N. 2217a; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 25; Ünal, Muhtevası, s. 1753.

¹⁶⁷ Galland, Contenu, N. 283-284, s. 82-83; Gürzumar, Osman Berat, İrtifak Hakları ve Rekabet Hukuku, Medeni Kanunu’nun ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Sempozyumu, C. I, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 602.

¹⁶⁸ Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 25.

¹⁶⁹ Göz, s. 78.

olmadığı gibi yüklü taşınmaz malikinin tasarruf ve hareket özgürlüğünü kısıtladığını ifade etmektedir¹⁷⁰.

Alman hukukunda öğretilerde ve mahkeme kararlarında belirli bir marka içeceği veya ürünün yüklü taşınmazda satılamayacağı yönünde taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulamayacağı kabul edilmektedir¹⁷¹. Bu tarzda kısıtlamaların taşınmazın fiziksel, ekonomik ve içtimai özellikleri yahut taşınmazın dış görünüşü bakımından bir etkiye sahip olmadığı¹⁷², ayrıca Eşit Davranma Kanunu ve Federal Alman Anayasası'nın eşitlik ilkesini düzenleyen normlara aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmüştür¹⁷³. Keza Avrupa Birliği'nin üyesi olan Almanya'nın Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma'nın 101. maddesini¹⁷⁴ dikkate alması gerektiği ve bu maddeye aykırı taşınmaz lehine irtifak haklarının kurulamayacağı, kurulması halinde bu irtifakların hükümsüz olacağı kabul edilmektedir¹⁷⁵.

4. Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkının İçeriğinin Yapma Borcundan Oluşması

Türk Medeni Kanunu m. 779/f.2 ve İsviçre Medeni Kanunu m. 730/f.2 ve Al. MK. § 1018 hükümleri uyarınca yapma borçları, başlı başına irtifak hakkını konusu olamaz; ancak ona bir yan edim olarak bağlanabilir¹⁷⁶. Dolayısıyla yüklü taşınmaz malikinin olumlu

¹⁷⁰ BGH, NJW 1959, s. 671; Bormann, s. 171 vd; Weber, Staundinger BGB, § 1018 N. 77.

¹⁷¹ Joost, Detlev, "Sachenrechtliche Zulässigkeit wettbewerbsbeschränkender Dienstbarkeiten.," NJW 1981, s. 309 vd; Adamczyk, MittRhNotK 1998, s. 1113; Amann, Hermann, "Steuerung des Bierab-satzes durch Dienstbarkeiten. Ein Beitrag zur Lehre von der Sicherungsdienstbarkeit", DNotZ 1986, s. 578 vd; Baetge, RabelsZ (59) 1995, s. 663 vd; Stürner, AcP 1994 (194), s. 267; Walter/Maier" NJW 1988, s. 383; Weber, Staundinger BGB, § 1018 N. 111, 113; BGH, DNotZ 1972, s. 350; BGH, DNotZ 1959, s. 191; Baetge, RabelsZ (59) 1995, s. 663 vd; Stürner, AcP 1994 (194), s. 267.

¹⁷² Ushöfer, s. 48; Bormann, s. 168 ve 171; Weber, Staundinger BGB, § 1018 N. 113.

¹⁷³ Alman hukukunda yüklü taşınmazın sadece Alman'a satılacağına dair ya da o köyedeki kişilere ya da o şirkette çalışanlara, kamu çalışanı (KG, NJW 1954 s. 1245) satılacağına dair taşınmaz lehine irtifakların geçerli olup olmayacağı Alman Mahkemelerine konu olmuştur. Başlangıçta mahkemeler bu tarz taşınmaz lehine irtifakları geçerli kabul edip bu tür irtifaklarda yararlanan taşınmazın yararı olduğu kabul edilirken (RGZ 111, s. 387; RGZ 117, s. 323 KG, NJW 1954, s. 1245; OLG Stuttgart, MDR 1956, s. 679) daha sonraki kararlarda bu gibi konuların taşınmaz lehine irtifakın konusu olmayacağı belirtilmiştir. Örneğin bir dairenin ücretsiz olarak sadece kapıcı dairesi olacağı şekilde bir taşınmaz lehine irtifak kurulamayacağı kabul edilmiştir (BayObLG, BayObLGZ 1979, s. 444). Doktrininde de taşınmazın özellikleriyle ilgili olmayan bu gibi hususların irtifakın konusu olmayacağı belirtilmiştir Walter/Maier, NJW 1988, s. 383.

¹⁷⁴ 1. Üye devletler arasındaki ticareti etkileyebilecek nitelikte olan ve amacı veya etkisi iç pazardaki rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulması olan ve özellikle aşağıdaki nitelikleri taşıyan tüm teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliklerinin kararları ve uyumlu eylemler iç pazarla bağdaşmaz ve yasaktır: a) doğrudan veya dolaylı olarak, alış veya satış fiyatlarını veya diğer ticaret koşullarını belirleyen, b) üretimi, piyasaları, teknik gelişmeyi veya yatırımları sınırlandıran veya kontrol eden, c) piyasaları veya arz kaynaklarını paylaştıran, d) ticari ilişkinin diğer taraflarına eşdeğer işlemler için farklı koşullar uygulayarak, onları rekabet edebilirlik açısından dezavantajlı duruma sokan, e) sözleşmelerin yapılmasını, nitelikleri gereği veya ticari teamüllere göre bu sözleşmelerin konusuyla ilgili olmayan ek yükümlülüklerin sözleşmenin diğer taraflarınca kabulü şartına bağlayan. 2. Bu madde uyarınca yasaklanan anlaşmalar veya kararlar kendiliğinden geçersizdir.

¹⁷⁵ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 423; Weber, Staundinger BGB, § 1018 N. 119a.

¹⁷⁶ Türk hukuk öğretisinde Arpacı, kat irtifakını yeni ve özel bir irtifak hakkı olarak kabul etmektedir. Kat irtifakının içeriği ise yapılmakta olan ya da ileride yapılacak yapı bakımından yapının inşa edilmesi ve yapı tamamlandıktan sonra kat mülkiyetine geçme şeklinde bir yapma ediminden oluşmaktadır (Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 220). Bir başka görüşe göre kat irtifakı, kendine özgü bir ku-

bir davranışının, diğer bir deyişle yapma ya da verme ediminin, başlı başına taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğini oluşturması mümkün değildir¹⁷⁷. Zira taşınmaz lehine irtifak hakkı, yüklü taşınmaz malikinin “katlanma” ya da “kaçınma” şeklinde pasif bir davranışta bulunmasını gerektirir¹⁷⁸. Dolayısıyla yüklü taşınmaz maliki kendi taşınmazından su alınmasına katlanmak durumundadır, ne var ki yüklü taşınmaz malikinin kendisinin suyu taşıması söz konusu olmaz¹⁷⁹. Ne var ki, yapma borçları irtifak hakkının kullanılmasını kolaylaştırmak ya da teminat altına almak amacıyla bir yan edim olarak irtifak hakkına bağlanabilir; yoksa yüklü taşınmaz malikine irtifak hakkından daha ağır bir yük getiremez¹⁸⁰. Diğer bir deyişle yüklü taşınmaz maliki, irtifak hakkının yerine getirilmesi için zorunlu olan hallerde bir yapma borcu altına sokulabilir. TMK m. 779/f.2 hükmünde bahsi geçen bu yan edim borcu irtifak hakkına bağlı bir borç olmasının yanı sıra eşyaya bağlı bir borç niteliğindedir¹⁸¹. 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 değildir¹⁸².

11 Aralık 2009 tarih FF 2007/4845 sayılı kanun 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 göstereceğidir¹⁸³. Taşınmaz lehine irtifak hakkından feragat edilirse, irtifak hakkına bağlı bu borç da sona erecektir¹⁸⁴. Bu durumda

rum ve aynı haktır (Köprülü/Kaneti, s. 196). Bir diğer görüş ise kat irtifakını kendine özgü bir taşınmaz lehine irtifak hakkı olarak kabul etmektedir (Gürsoy/Eren/Cansel, s. 917). Buna karşılık öğretilde, kat irtifakının irtifak hakkı olmadığı ve fakat eşyaya bağlı bir borç olduğu ileri sürülmektedir (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2150 vd.; Eren, Fikret, Mülkiyet Hukuku, Ankara 2017, s. 185; Sirmen, s. 455; Özmen, Etem Sabâ/Vardar-Hamamcıoğlu, Kat İrtifakı, İstanbul 2015, s. 202 vd.).

¹⁷⁷ Piotet, s. 40; Steinauer, N. 2218; Köprülü/Kaneti, s. 55; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 745; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2773; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 687; Sirmen, s. 514; Ünal, Muhtevası, s. 1753; BGE 108 II 39 E. 3; BGE 106 II 315 E. 2.e; Joost, NJW 1981, s. 313; Kazele, Beckon-line Grosskommentar, § 1018 N. 305 vd; Baetge, RabelsZ (59) 1995, s. 665; Stürner, AcP 1994 (194), s. 271 vd; BGH, NJW 1985, s. 2474; Weber, N. 2, s. 271; Möller, s. 391 vd. Aslında bu prensibin Roma hukukundan geldiği ve bu prensibin çok dar yorumlanmaması gerektiğine dair bkz. Walter/Maier, NJW 1988, s. 388.

¹⁷⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2773; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 691; Ünal, Muhtevası, s. 1748.

¹⁷⁹ Bu halde koşulları varsa taşınmaz yükü söz konusu olabilir (bkz. BGE 131/2005 I 321/326; BGE 93/1967 II 290; Piotet, s. 40; Steinauer, N. 2218; Köprülü/Kaneti, s. 55-56; Sirmen, s. 514).

¹⁸⁰ BGE 122 III 10 E. 1; BGE 108 II 39 E. 3; BGE 106 II 315 E. 2.e; Wieland, s. 481; Piotet, s. 40; Steinauer, N. 2219a; Liver, ZK-ZGB, Art. 730, N. 203 vd.; Argul, CR-CC, Art. 730, N. 11; Kähr, OFK-ZGB, Art. 730, N. 32; Ayiter, s. 159; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 746; Köprülü/Kaneti, s. 56; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2774; Ünal, Muhtevası, s. 1753; Tek, s. 65-66; Kazele, Beckon-line Grosskommentar, § 1018 N. 302; Weber, Staundinger BGB, § 1018 N. 80.

¹⁸¹ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 746; Köprülü/Kaneti, s. 56; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2774; Ünal, Muhtevası, s. 1753.

¹⁸² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2773.

¹⁸³ Steinauer, N. 2220; Revizyona ilişkin tartışmalar için bkz. Tek, s. 68 vd.

¹⁸⁴ Piotet, s. 40.

söz konusu yan yükümlülüğün eşyaya bağlı borç olma özelliğini yitireceği; ancak taraflar arasında aynı içerikte normal bir borca dönüşebileceği kabul edilmektedir¹⁸⁵.

Almanya Federal Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında yan edim borcunun sadece yüklü taşınmazın maliki açısından söz konusu olmayacağını Alman Medeni Kanunu'nun § 1020 ve devamı maddeleri uyarınca yararlanan taşınmaz malikinin de yan edim borcu altına girebileceğini belirtmiştir. Mahkemenin önüne gelen uyuşmazlıkta, bir taşınmaz üzerinden teleferik geçirilmesi hususunda taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulmuştur. Taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulduğunda yüklü taşınmaz kısmen tarım arazisi kısmen de çorak bir alan olmakla birlikte, daha sonra yüklü taşınmazdan yol geçmiştir. Yüklü taşınmazın maliki teleferikten yola bir şeyler düşüp kazaya sebebiyet verilmesinin önüne geçilmesi için yararlanan taşınmaz malikinden koruyucu köprülerin yapılmasını istemiştir, böylelikle teleferikten düşecek eşyaların kazaya sebebiyet vermesinin önüne geçilecektir. Alman Federal Mahkemesi de Alman Medeni Kanunu'nun § 1020 ve dürüstlük kuralını düzenleyen § 242 hükümleri uyarınca yararlanan taşınmazın malikinin masrafları kendisine ait olmakla birlikte koruyucu köprüleri yapmasına karar vermiştir¹⁸⁶.

C. Taşınmaz Lehine İrtifak Hakkının İçeriğinin Tespiti

Taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin tespiti önem arz eder. Zira bu sayede irtifak hakkından doğan yetki ve yükümlülükler belirlenmiş olur¹⁸⁷.

İsviçre ve Türk ve Alman hukuklarında Taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriği tapu sicilindeki kayda göre belirlenir (TMK m. 787/f.1; İsv.MK m. 738/f.1 Al. MK. § 873/f.1). Dolayısıyla taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin belirlenmesi bakımından tapu kütüğüne yapılan tescilin önceliği vardır¹⁸⁸. Bu kayıt geçit irtifakı, kaynak irtifakı gibi genel bir isimden ibaret olabilir¹⁸⁹. Diğer bir deyişle tescilde irtifak hakkının kapsamı, genel hatları ile ortaya koyulmuş olabilir. Buna karşılık, tescilden taşınmaz lehine irtifak hakkının kullanım tarzını, irtifak hakkından doğan hak ve yükümlülükleri belirleme konusunda yeterli açıklığa sahipse, taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin belirlenmesi bakımından tescil ile yetinilir¹⁹⁰. Örneğin, yürüyerek geçme hakkı yahut motosikletle geçme hakkı şeklinde tapu sicilinde ifade edilen irtifak haklarının içeriği açıktır¹⁹¹. Bu hallerde TMK m.787/f.2 ve İsv.MK m. 738/f.2 hükümlerinde ifade edilen yollara başvurulmaz¹⁹².

Tescilden taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriği yeterli açıklıkta anlaşılabilir ise TMK m. 787/f.2 ve İsv.MK m. 738/f.2 hükümleri uyarınca diğer tamamlayıcı unsurlara başvurmak suretiyle yorum yapılmalıdır¹⁹³. Buna göre öncelikle tescilin sınırları içinde, kazanma sebebine bakılmalıdır¹⁹⁴. Zira kazanma sebebine ancak tescilin aydınlatılması

¹⁸⁵ ATF 50 II 234 ss=JdT 1924 I 549; ATF 85 I 261 ss=JdT 1960 I 76 ss.

¹⁸⁶ BGH, DNotZ 1959, s. 240 Benzer kararlar için bkz. BGH, NJW 1989, s. 1608.

¹⁸⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2840; Mohr, Münchener Kommentar, § 1018 N. 65.

¹⁸⁸ Steinauer, N. 2289; Pellascio, OFK-ZGB, Art. 738, N. 8.

¹⁸⁹ Steinauer, N. 2290; Pellascio, OFK-ZGB, Art. 738, N. 10; Göksu, CHK, ZGB, Art. 738, N. 2; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2840; Esener/Güven, s. 396.

¹⁹⁰ Steinauer, N. 2291; Pellascio, OFK-ZGB, Art. 738, N. 8; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2840; Eschmann, s. 27 vd.

¹⁹¹ BGE 123 III 461; BGE 107 II 331; BGE 86 II 243.

¹⁹² Steinauer, N. 2291.

¹⁹³ Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 699; Eschmann, s. 21 vd.

¹⁹⁴ Steinauer, N. 2291; Argul, CC-CR, Art. 738, N.7-8; Pellascio, OFK-ZGB, Art. 738, N. 12; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2841; Sirmen, s. 525; Esener/Güven, s. 397.

bakımından başvurulabilir¹⁹⁵. Kazanma sebebi tapu sicilinin unsurlarındandır ve tescilin dayanağı olan belgeler arasında saklanır¹⁹⁶. Kazanma sebebinin yorumunda, tarafların irtifak hakkının tesisi ile izlediği amaç dikkate alınmalıdır¹⁹⁷. Zira taşınmaz lehine irtifak hakkının, kuruluşundaki amaçtan başka bir amaca hizmet edemeyeceği kabul edilmektedir¹⁹⁸. Kuruluştaki amacın tespit edilebilmesi için kazanma sebebi bir sözleşme ise sözleşme taraflarının, bir vasiyetname ise düzenleyenin gerçek iradesi araştırılmalıdır¹⁹⁹. Bu araştırma, taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriği bakımından yarar unsurunun tespitine yöneliktir. Bu kapsamda irtifak hakkı sahibinin yararı ortaya çıkarılabilir ve taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriği buna göre belirlenir. Ne var ki, kazanma sebebinden taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulma amacı tespit edilemiyorsa o takdirde, taşınmaz lehine irtifak hakkının yararlanan taşınmazın ihtiyaçlarına hizmet etmek amacıyla (*utilitas fundi*) kurulduğu kabul edilmektedir²⁰⁰.

Taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriği kazanma sebebinden de yeterli açıklıkta anlaşılamiyorsa o takdirde, irtifak hakkı uzun süreden beri davasız bir biçimde ve iyiniyetle ne şekilde kullanılmaktaysa ona göre içeriği belirlenmelidir²⁰¹. Bu suretle taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulmasından sonra, irtifak hakkı sahibinin yahut yüklü taşınmaz malikinin davranışlarının yorumu ile taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriği tayin edilmektedir. Olumlu irtifaklar bakımından irtifak hakkı sahibinin belirli bir tarzda irtifak hakkını kullanmasına yüklü taşınmaz malikinin katlanması söz konusu olur. Bu şekilde irtifak hakkını iyiniyetle kullanan irtifak hakkı sahibinde bir güven yaratılmışsa, irtifak hakkının içeriği bu kullanım tarzına göre belirlenir²⁰². Olumsuz irtifaklar bakımından ise yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkı kapsamında sahip olduğu bir yetkiyi kullanmaması ve bu suretle iyiniyetli irtifak hakkı sahibinde güven uyandırması gerekir. Her halde tescille sınırlı olarak değerlendirme yapılmalıdır²⁰³.

TMK m. 789 hükmü uyarınca içeriğin belirlenmesinde tarafların anlaşması yahut kanun hükmü yoksa yerel âdete bakılır.

Taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin uyumsuzluk konusu olması halinde İsviçre Federal Mahkemesi, İsviçre Medeni Kanunu (İsv.MK) m. 738/f. 2 hükmündeki sıralamadan hareketle standart bir çözüm şekli belirlemiştir²⁰⁴.

Yukarıda ifade edildiği üzere, Türk ve İsviçre hukukunda tescilden taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriği yeterli açıklıkta anlaşılamiyor ise TMK m. 787/f.2 ve İsv.MK m. 738/f.2 hükümleri uyarınca diğer tamamlayıcı unsurlara başvurmak suretiyle irtifak hakkının içeriği belirlenmektedir. Alman hukukunda kanunda irtifakların nasıl yorumlanacağına

¹⁹⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2841.

¹⁹⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2841.

¹⁹⁷ Steinauer, N. 2292; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2841; Tek, s. 194.

¹⁹⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2843.

¹⁹⁹ Tek, s. 194.

²⁰⁰ Liver, ZK-ZGB, Art. 738, N. 52; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2843; Tek, s. 195.

²⁰¹ Steinauer, N. 2295; Argul, CC-CR, Art. 738, N. 14; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2844; Esener/Güven, s. 397; Eschmann, s. 62 vd.

²⁰² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2845; Esener/Güven, s. 397; Eschmann, s. 65 vd.

²⁰³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2845.

²⁰⁴ BGE 5C.137/2004; BGE 5C.282/2005; BGE 131/2005 III 345/347 (JdT 2005 I 567/569); BGE 130/2004 III 554 /556 (JdT 2004 I 245/247); TF 5C.240/2004; TF 5C.199/2002; TF 5C.82/2002; BGE 128/2002 III 169/172(JdT 2003 I 118/121); TF 5C.38/2001 (RFJ 2002/53/54; 5C.107/2001); TF 5C.21/2001.

dair açık bir hükme rastlanmamaktadır²⁰⁵. Ancak Alman hukukunda taşınmaz lehine irtifaklar yorumlanırken, tapu sicilinin öncelikle dikkate alınacağı kabul edilmektedir²⁰⁶. Mahkeme kararları²⁰⁷ da dikkate alındığında taşınmaz lehine irtifakların yorumlanmasında tapu sicili ve tescile dayanak olan belgelere büyük bir önem atfedildiği görülmektedir. Tescile dayanak olan belgeler dışındaki unsurlar herkes için açık ve belirli ise ancak taşınmaz lehine irtifakların içeriğinin yorumlanmasında dikkate alınır²⁰⁸. Taşınmaz lehine irtifakların içeriği yorumlanırken bu irtifakın kullanım şekli²⁰⁹, kullanım zamanı²¹⁰ gibi objektif durumlara dikkate alınır. Taraflar arasındaki yazışmalar²¹¹, taşınmaz lehine irtifakın tescil belgelerinde anlaşılmayan kurulma gerekçeleri dikkate alınmaz²¹². Taşınmaz lehine irtifak hakkı yorumlanırken taşınmaz lehine irtifakın uygulamada kullanılması gibi hususlar da dikkate alınır²¹³. Taşınmaz lehine irtifaklar Alman hukukunda idari bir işlem de kurulabileceği için bu durum da yine aynı kıstaslar taşınmaz lehine irtifakların içeriği yorumlanır²¹⁴. Alman hukukunda tescile sebebiyet veren aynı nitelikte anlaşma şekle bağlı olmadan yapılabildiği için taşınmaz lehine irtifak sözleşmesinin ne kadar dikkate alınacağı, bu sözleşmenin taşınmaz lehine irtifakın içeriğini yorumlamada yeterince yardımcı olup olmayacağı hususu tartışmalıdır²¹⁵.

SONUÇ

Taşınmaz lehine irtifak hakları, nüfusa oranla taşınmaz sayısının az olduğu İsviçre gibi ülkelerde etkin bir şekilde kullanılmaktadır. Almanya'da ise tabiri caizse, ikinci baharını yaşamakta ve yeniden gündeme gelmektedir. İmkân olduğu ölçüde taraflar, nispi bir borç ilişkisi doğuran işlemlerden ziyade sınırlı bir aynı hak olan taşınmaz lehine irtifak hakları tesisini tercih etmektedirler.

İnceleme konusu yapılan Alman, İsviçre ve Türk hukuk düzenleri arasında taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriği bakımından birtakım benzerlikler olduğu gibi birtakım farklılıklar da bulunmaktadır. İncelenen hukuk düzenlerinde, aynı haklar bakımından sınırlı sayıda olma ve tipe bağlılık ilkesi benimsenmiş olmasına karşın, taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin belirlenmesi konusunda taraflara serbesti tanınmıştır. Bu suretle taşınmaz lehine irtifak hakları bakımından tip bakımından sınırlı sayıda olma ilkesi varlığını korurken, içerik bakımından önemini yitirmiştir.

Taşınmaz lehine irtifak haklarının içeriğinin belirlenmesi bakımından taraflara tanıyan bu serbesti sayesinde, birçok konuda taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulması mümkün hale gelmiştir. Örneğin yürüyerek yahut araçla geçme, hayvan otlatma, balık tutma, inşaat yapmama, su geçirme gibi tarihsel süreçte ortaya çıkmış ve uygulama alanı bulmuş klasik

²⁰⁵ Eschmann, s. 146.

²⁰⁶ Eschmann, s. 147; Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 320 vd.

²⁰⁷ BGH, DNotZ 2015, s. 113; BGH, NJW 2014, s. 311.

²⁰⁸ Eschmann, s. 147; Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 318 vd.

²⁰⁹ BGH, NJW-RR 1988, s. 1230; Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 324; Eschmann, s. 147.

²¹⁰ BGH NJW-RR 2003, s. 1236; BGH, NJW 2002, s. 1798; Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 324; Eschmann, s. 147.

²¹¹ BGH, WM 1962, s. 628; Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 325.

²¹² BGH, WM 1978, s. 1131; Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 325.

²¹³ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 328.

²¹⁴ Kazele, Beckonline Grosskommentar, § 1018 N. 333.

²¹⁵ Eschmann, s. 148.

irtifak hakları kurulabilir. Bunların yanı sıra elektrik, gaz vb. hat geçirme, araç park etme, restoran işletilmesinin yasaklanması, fabrika işletilmesinin yasaklanması, gürültü yapılması, bazı maddelere ilişkin emisyon salınımlarının yasaklanması şeklinde de irtifak hakları kurulabilmektedir.

Alman hukuk düzeninin yanı sıra İsviçre ve Türk hukuk düzenlerinde taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğinin belirlenmesi hususunda taraflara tanınan bu serbesti sınırsız değildir. Her şeyden önce kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı içerikte bir taşınmaz lehine irtifak hakkı kurulamaz. Ayrıca yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerini tamamen ortadan kaldıracak içerikte bir taşınma lehine irtifak hakkı söz konusu olamaz.

İsviçre kanun koyucusu ve Türk kanun koyucusu, taşınmaz lehine irtifak haklarına tekrar işlerlik kazandırmak adına objektif yarar ölçünü benimsememiştir. Bu doğrultuda yararlanan taşınmaz malikin ihtiyaçları ve menfaatleri esas alınarak, subjektif bir değerlendirme yapılması irtifak hakkı bakımından yeterli görülmüştür. Türk ve İsviçre hukuk düzenlerinde yararlanan taşınmazın değil de yararlanan taşınmaz malikinin korunmaya değer menfaatinin aranması, klasik irtifak haklarından farklı irtifak haklarının kurulmasını kolaylaştırmaktadır.

Türk hukuku ve İsviçre hukukundan farklı olarak Alman hukukunda yararlanan taşınmazın bir yararının olması gerektiği Alman Medeni Kanunu'nun § 1019 hükmünde açıkça düzenlenmiştir. Başka bir deyişle, Alman Hukukunda taşınmaz lehine irtifak hakları bakımından Romalıların *utilitas fundi* yani objektif yarar ölçütü varlığını korumaktadır. Ancak taşınmazın yararı kavramı, Alman hukukunda geniş yorumlanmaktadır. Örneğin, estetik amaçlarla bir manzara kapatmama irtifakının kurulması mümkündür. Bu doğrultuda Alman hukukunda da klasik irtifaklardan farklı irtifak hakları kurulabilmektedir.

Gerek Türk ve İsviçre hukukunda gerekse Alman hukukunda, yüklü taşınmazda ticari veya sınıai bir faaliyetin yasaklanması şeklinde irtifak hakkının kurulabileceği kabul edilmektedir. Bu irtifaklar, rekabet etmeme irtifakı olarak ifade edilmektedir. İsviçre ve Alman hukuk düzenlerinde, rekabet etmeme tarzında irtifak hakkı kurulup kurulamayacağı meselesi yalnızca öğretiyi değil; aynı zamanda uygulamayı da meşgul etmektedir. Tarafların rekabet yasağını, sözleşmenin değil de taşınmaz lehine irtifak hakkının konusu etmeleri çok daha avantajlıdır. Zira taşınmaz lehine irtifak hakkı bir sınırlı aynı olduğundan, herkese karşı ve özellikle yüklü taşınmazın malikinin değişmesi halinde yeni malike karşı da ileri sürülebilmektedir. Bu avantajları nedeniyle Türk hukukunda da rekabet etmeme irtifakı kurulması gündeme gelebilir. Rekabet etmeme irtifakı bakımından Alman ve İsviçre hukuk düzenlerinin öğretisi ve uygulamadaki birikimleri, Türk hukuku bakımından da yol gösterici olabilir.

Öncelikle rekabet etmeme içeriğine sahip bir taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulup kurulamayacağına tespitinde, somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır. İkinci olarak, tarafların yüklü taşınmazdan yararlanma amacı ile içeriği belirlediği hallerde taşınmaz lehine irtifak hakkının söz konusu olduğu; buna karşılık rekabet hukuku kurallarını dolanmak amacıyla içeriği belirlediği hallerde taşınmaz lehine irtifak hakkından söz edilemeyeceği kabul edilmelidir. Ayrıca bu içerikte taşınmaz lehine irtifak hakları, taşınmazın fiziksel, ekonomik ve içtimai özellikleri yahut taşınmazın dış görünüşü bakımından bir etkiye sahip olması halinde kurulabilmelidir. Son olarak, tarafların taşınmazın özelliğiyle ilgili olmayan kendi aralarında yapmış olduğu sözleşmelerin (sadece belirli bir marka ürünün satılması, satılmaması gibi) etki alanını genişletmek adına, yüklü taşınmaz malikinin kendisinin fiil ve davranış özgürlüğünü ortadan kaldıracak nitelikte taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulması mümkün olmamalıdır.

İsviçre Medeni Kanunu ile Türk Medeni Kanunu'nun yanı sıra Alman Medeni Kanunu'nda da, yapma ediminin başlı başına taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğini teşkil edemeyeceği yönünde açık hükümler sevk edilmiştir. Dolayısıyla yüklü taşınmaz malikinin olumlu bir davranışta bulunması, diğer bir deyişle yapma edimi, taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğini oluşturamaz. Her ne kadar yapma ediminin başlı başına taşınmaz lehine irtifak hakkının içeriğini oluşturamayacağı düzenlenmiş olsa da yapma ediminin taşınmaz lehine irtifak hakkına bağlı bir borç olarak kararlaştırılabileceği incelenen hukuk düzenlerinde kabul edilmektedir. Örneğin, geçit irtifakında yararlanan taşınmaz malikinin geçilen yeri temiz tutması, yine yüklü taşınmaz malikinin irtifak hakkı sahibine taşınmaza girme imkânını örneğin taşınmaza girmesi için kapının anahtarını vermesi bu kapsamda değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

Adamczyk, Silvia, "Dienstbarkeiten in der notariellen Praxis", MittRhNotK 1998, s. 105-117.

Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul, Beta Basım Yayım A.Ş. 2009.

Amann, Hermann, "Leistungspflichten und Leistungsansprüche aus Dienstbarkeiten. Ein Beitrag zur Lehre vom Begleitschuldverhältnis", DNotZ 1989, s. 531-562.

Amann, Hermann, "Steuerung des Bierabsatzes durch Dienstbarkeiten. Ein Beitrag zur Lehre von der Sicherungsdienstbarkeit", DNotZ 1986, s. 578 -596.

Aybay, Aydın/Hatemi, Hüseyin, Eşya Hukuku, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

Baetge, Dietmar, "Wettbewerbsbeschränkende Dienstbarkeiten in Europa. Ein rechtsvergleichender Überblick", RabelsZ (59) 1995, s. 645-669.

Berger, Christian, Bürgerliches Gesetzbuch: mit Rom-I-, Rom-II-VO, Eu-UnthVO/HUntProt und EuErbVO, Herausgegeben von Prof. Dr. Des. h.c. Rolf Stürner, 17. Auflage, C. H. Beck, München 2018.

Bormann, Jens, Wettbewerbsbeschränkungen durch Grundstücksrechte, C.F. Müller Verlag Heidelberg, 2003.

Demharter, Johann, "Zulässiger Inhalt von Benutzungsdienstbarkeiten", Anmerkung OLG München, MittBayNot 2010, s. 388-392.

Eren, Fikret, Mülkiyet Hukuku, Ankara 201.

Ertl, Rudolf, "Dienstbarkeit oder Nießbrauch- was ist zulässig?", MittBayNot 1988, s. 53-64.

Esener, Turhan/Güven, Kudret, Eşya Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.

Eschmann, Beat, Auslegung und Ergänzung von Dienstbarkeiten, Schulthess Zürich, Basel, Genf, 2005.

Farian, Matthias, Dingliche Nutzungsrechte an fremden Grundstücken im russischen Recht, Peter Lang u. a. Frankfurt am Main 2010.

Freudling, Gabriele, "Die Reichweite wettbewerbsbeschränkender Dienstbarkeiten am Beispiel eines Wettbewerbsverbots über „Baustoffe"", BB 1990, s. 940-943.

Fuchs, Julian, Creifelds Rechtswörterbuch, 23. Edition C.H. Beck, München, 2019.

Galland, Cyril, Le contenu des servitudes foncières, Schulthess Juristische Medien AG, 2013 [Contenu].

Galland, Cyril, Les servitudes de concurrence – un instrument à manier avec précaution, Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (ZBGR), 95/2014, s. 145-156.

Germann, Martin, Der Vertrag zur Errichtung einer Grunddienstbarkeit, Stämpfli Verlag AG Bern, 2008.

Göz, Philipp, Die beschränkte persönliche Verbotsdienstbarkeit, Peter Lang u. a Frankfurt am Main 1997.

Göksu, Tarkan, Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2016 [CHK-ZGB].

Grziwotz, Herbert, “Risiken bei der zivilrechtlichen Lösung von Immissionskonflikten”, KommJur 20 08 Heft 5, s. 172-176.

Grziwotz, Herbert, Erman Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar mit AGG EGBGB ErbbauRG LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VBVG, VersAusglG und WEG herausgegeben von Harm Peter Westermann/ Barbara Grunewald/ Georg Maier- Reimer 13. Neu bearbeitete Auflage 2011.

Gürsoy, Kemal T./Eren, Fikret/Cansel, Erol, Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara, 1980.

Gürzumar, Osman Berat, İrtifak Hakları ve Rekabet Hukuku, Medeni Kanunu'nun ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Sempozyumu, C. I, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.

Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul 1991.

Joost, Detlev, “Sachenrechtliche Zulässigkeit wettbewerbsbeschränkender Dienstbarkeiten“, NJW 1981, s. 308-313.

Joost, Detlev, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7 Sachenrecht §§ 854-1296 WEG ErbbauRG (Herausgegeben von: Franz Jürgen Säcker/ Roland Rixecker/ Hartmut Oetker/ Betina Limperg), 6. Auflage, Verlag C.H. Beck München, 2012.

Kazele, Nobert, Beckonline Grosskommentar, (Herausgegeben von: Beate Gsell/ Wolfgang Krüger/Stephan Lorenz/Christoph Reymann), Verlag C.H München, 2019.

Kähr, Michel, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK - Orell Füssli Kommentar, Orell Füssli Verlag AG 2016 (OFK-ZGB).

Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim, Sınırlı Ayni Haklar, 2. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982-1983.

Kuntze, Joachim/Ertl, Rudolf/Hermann, Hans/Eickmann, Dieter, Grundbuchrecht Kommentar 6. Auflage, Berlin 2006.

Kutlu Gürsel, Meltem, Kamulaştırma Hukuku, Ankara 2012.

Lemke, Reiner, “Zur Abgrenzung von eingeschränktem Grundstücksnießbrauch und Benutzungsdienstbarkeit“, Festschrift für Joachim Wenzel Herausgegeben von: Werner Merle/ Wolfgang Krüger/ Achim Krämer/ Heinrich Kreuzer) Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 2005, s. 391-408.

Mohr, Jochen, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 7 Sachenrecht §§ 854-1296 WEG ErbbauRG (Herausgegeben von: Franz Jürgen Säcker/ Roland Rixecker/ Hartmut Oetker/ Betina Limperg) 7. Auflage Verlag C.H. Beck München, 2017.

Möller, Cosima, Die Servituten. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstückvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht. Mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB, Wallstein Verlag, Göttingen 2010.

Liver, Peter, 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 1980 [ZK-ZGB].

Lühmann, Tobias B., “Der Anspruch auf Verlegung der Ausübung einer Grunddienstbarkeit“ NJW 2016, s. 2454-2459.

Mugdan, Benno, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 3, Sachenrecht Neudruck der Ausgabe Berlin 1899, Aalen 1979.

Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, 12. bası, İstanbul, Filiz Kitabevi 2018.

Öcal-Apaydın, Bahar, Roma Hukukundan Günümüze Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

Özmen, Etem Sabâ/Vardar-Hamamcıoğlu, Kat İrtifakı, İstanbul 2015.

Pellascio, Michel, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar Orell Füssli Verlag AG 2016 [OFK-ZGB].

Piotet, Paul, Les droits réels limités en général, Les servitudes et Les charges foncières, Fribourg, Editions Universitaires Fribourg Suisse 1978.

Pützenbacher, Stefan/Potstada, Lukas, “Alte Wege: Das Rechtsinstitut der unvorzählbaren Verjährung im Straßenrecht” NVwZ 2016, s. 1615-1617.

Rothe, Gerhard, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes. Kommentar, herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes. Berlin und New York. De Gruyter 12. Neubearbeitete Auflage 1974.

Rossel, Virgile/Mentha, Fritz Henri, Manuel du Droit Civil Suisse, C.II, Lozan, Librairie Payot & Cie, 1922.

Schmolke, Klaus Ulrich, “Das Servitutenrecht des BGB aus rechtsökonomischer Sicht” WM 2010, s. 740-748.

Sirmen, Lale, Eşya Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.

Steinauer, Paul-Henri, Les droits réels, C. II, Bern, Editions Staempfli & Cie SA Bern 2012.

Stürner, Rolf, “Dienstbarkeit heute“, AcP 1994 (194), s. 265-294.

Tek, Gülen Sinem, Yararı Kalmayan ya da Azalan İrtifak Haklarının Sona Ermesi (MK m. 785), İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2017.

Ulhöfer, Judith, Das sogenannte gesetzliche Begleitschuldverhältnis, Duncker § Humblot Berlin 2015.

Ünal, Mehmet, Taşınmaza Bağlı İrtifakın Kurulması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 22 (3), 2016, s. 2839-2865.

Ünal, Mehmet, Taşınmaza Bağlı İrtifak Kavramı ve Muhtevası, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, Ankara 2015, s. 1743-1754 [Muhtevası].

Walter, Gerhard/Maier, Axel, “Die Sicherung von Bezugs- und Abnahmeverpflichtungen durch Dienstbarkeiten” NJW 1988, s. 377-388.

Weber, Johannes, J. von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3, Sachenrecht ErbbauRG §§ 1018-1112 (Erbbaurecht, Dienstbarkeiten, Vorkaufsrecht, Reallasten), Berlin, Sellier de Gruyter 2017.

Weber, Ralph, Sachenrecht II, 2. Auflage Nomos Verlag, Baden-Baden 2008.

Wechsel, F. F., *Die erwerbende Verjährung*. Magdeburg, 1825.

Wieland, Carl (Çev. Bovay, Henri), *Les droits réels dans le Code Civil Suisse*, C.I, Paris M. Girard & E. Brière Libraires-Editeurs, 1993.