

TAŞINMAZA BAĞLI İRTİFAKIN KURULMASI

(Constitution of the Easement Connected to the Immovable)

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL*

ÖZET

Medeni Kanunda, kendisine bir “ayırım” açılan taşınmaza bağlı irtifakların gerek kurulması gerek sona ermesi ayrı ve ayrıntılı bir düzenlemeye tabi tutulmuş değildir. Her iki konuda da taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümlere genel olarak yapılmış bir atıfla yetinilmiştir (MK. m.780/II). Bununla birlikte, irtifak haklarına özgü bazı münferit düzenlemelere de yer verilmiştir. Bu bağlamda irtifak hakkının kurulması için tapu kütüğüne tescili şart kılan MK.m.780/I’i, zamanaşımı ile iktisabını öngören MK.m.780/III’ü, irtifak hakkının kurulmasına ilişkin sözleşmenin geçerliliğini resmî şekle tabi kılan MK.m.781’i, malik lehine irtifak hakkını düzenleyen MK.m.782’i, irtifak hakkının sona ermesine yol açan terkini ve taşınmazın yok olmasını düzenleyen MK.m.783’ü, yararlanan ve yüklü taşınmazların aynı kişiye ait olması halinde, irtifak hakkının sona ermeyeceğini hükme bağlayan MK.m.784’ü ve nihayet yüklü taşınmaz malikine mahkemeye başvurma ve bu suretle irtifak hakkını sona erdirmeye yetkisi veren MK.m.785’i zikretmek gerekir.

Anahtar kelimeler: Geçiş hakkı, irtifak hakkının kurulması, irtifak hakkının sona erdirilmesi, taşınmaza bağlı irtifak hakkı, taşınmaz.

Abstract

The Civil Code itself does not include separate and detailed provisions about constitution and termination of right of way. Therefore, reference is made to the general provisions in Civil Code. However, there are also some individual provisions about right of passage. These are; registration of right of passage (MK/780/I), prescription of right of passage (MK/780/III), official form for validity of right of passage (MK/781), right of passage for the benefit of the owner (MK/782), cancellation of right of passage and destruction of real property (MK/783), in case of beneficiary and encumbered real property’s owners are same, the right of passage shall not be terminated (MK/784) and the right of encumbered owner’s litigate and terminate the right of passage. (TMK/785)

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni ve Borçlar Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Keywords: Right of passage, constitution of servitude, termination of right of passage, easement connected to the immovable, immovable.

I. Genel Olarak (**,***)

Medeni Kanunda, kendisine bir “ayırım” açılan taşınmaza bağlı irtifakların¹ gerek kurulması gerek sona ermesi ayrı ve ayrıntılı bir düzenlemeye tabi tutulmuş değildir. Her iki konuda da taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümlere genel olarak yapılmış bir atıfla yetinilmiştir (MK. m.780/II)². Bununla birlikte, irtifak haklarına özgü bazı münferit düzenlemelere de yer verilmiştir. Bu bağlamda irtifak hakkının kurulması için tapu kütüğüne tescili şart kılan MK.m.780/I’i, zamanaşımı ile iktisabını öngören MK.m.780/III’ü, irtifak hakkının kurulmasına ilişkin sözleşmenin geçerliliğini resmî şekle tabi kılan MK.m.781’i, malik lehine irtifak hakkını düzenleyen MK.m.782’i, irtifak hakkının sona ermesine yol açan terkin ve taşınmazın yok olmasını düzenleyen MK.m.783’ü, yararlanan ve yüklü taşınmazların aynı kişiye ait

** Yararlanılan eserler : PIOTET, Paul: Les Droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières, Traité de droit privé Suisse, Tome V, 3, Fribourg 1978; GÜRSOY, K.T./ EREN, F./ CANSEL, E.: Türk Eşya Hukuku, 2.Bası, Ankara 1984; STEINAUER, Paul-Henri: Les droits Droits réels, Tome II, troisième édition, Bern 2002(Stainauer, II).; EREN, F.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015; AKİPEK, Jale G.: Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), 3.Kitap, Mahdut Ayni Haklar, Ankara 1974(Akipek, III); ESMER, G.: Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, Ankara 1984; LIVER, P.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch IV/2a/1, 3.éd. Das Sachenrecht, Die Dienstbarkeiten, Zürich 1980; WIELAND, C.: Les droits reel dans le code civil suisse (Traité par Henry, BOVAY et M. QUILIOUARD) I, II, Paris (5e) 1913; LEEMANN, H.: Sachenrecht, Das Eigentum II, Arteilung, Bern 1925; HOMBERGER, A./MARTI, H.: FJS, N.564,7; OSERTAG, F.: Das Sachenrecht, Besitz und Grundbuch, Berner Kommentar Bd. IV/3, 2. Auf. Zurich 1914; REY, H.: Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 2. Auf. Bern 2000; KILIÇ H.: Gayrimenkul Davaları, Teori- Açıklamalar- Kararlar, C.II, 2. Baskı, Ankara 2001; REİSOĞLU, Safa:La prescription extraordinaire et le transfert des immeubles non immatriculés en droit suisse et endroit turc, Lausanne 1956 (la Prescription); SUNGUR-BEY, İ.: Türk Hukukuna göre İktisabi Müruru Zaman, İstanbul 1956(İktisabi); OKTAY, S.: Türk Hukukunda Tapuda Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Zamanaşımı İle Kazanılması, İstanbul 1990; ATAY, E. E.: İdare Hukuku; 4. Bası, Ankara 2014; CANSEL, E.: Tapu siciline İtimat Prensibi, Ankara 1964; ÜNAL, M.: Orman Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2010 (Orman); ÜNAL, M./ BAŞPINAR, V.: Şekli Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2015; KÖPRÜLÜ, B./KANETİ, S.: Sınırlı Ayni Haklar, 2. Bası, İstanbul 1982-1983; DESCHENAUX, H.: Le registre foncier, Traité de droit privé suisse, Volume V., T.II,2, Fribourg 1983; OĞUZMAN, M.K./ SELİÇİ, Ö./ OKTAY- ÖZDEMİR, S.: Eşya Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2014; BETAN, S.: Ayni Haklar, MK.’nun 618-674. Maddelerinin şerhi, C.II. MK. 703-767, Ankara 1976; TUOR/SCNYDER/ SCHMID: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11.Aufl., Zürich 1985. ÜNAL M.: Taşınmaza Bağlı İrtifak Kavramı ve Muhtevası, Prof. Dr. Ramazan ARSLAN’a Armağan, C.2, Ankara 2015, sh. 1743-1754 (Taşınmaza Bağlı İrtifak); SCHILLER, M.: Die unrichtigkeit des Grundbuches, 1928.

*** Yararlanılan eserler yazarlarının soyadı ile anılmıştır. Önünde işaret olmayan rakamlar sayfa numaralarını göstermektedir.

¹ Bkz. Taşınmaza bağlı irtifak kavramı için ÜNAL (Taşınmaza Bağlı İrtifak) 1743 vd.

² STEINAUER, II, N.2221, 2224.

olması halinde, irtifak hakkının sona ermeyeceğini hükme bağlayan MK.m.784'ü ve nihayet yüklü taşınmaz malikine mahkemeye başvurma ve bu suretle irtifak hakkını sona erdirmeye yetkisi veren MK.m.785'i zikretmek gerekir.

II. Taşınmaza Bağlı İrtifak Hakkının Kurulması

Bilindiği üzere taşınmaz mülkiyetinin kazanılması bir yandan tescille ve tescilsiz; diğer yandan aslen ve devren olmak üzere kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrımlara uyarak taşınmaza bağlı irtifakların kurulmasını öncelikle tescille ve tescilsiz kazanma olarak iki başlık altında ele alıp incelemek gerekir. Ancak belirtmek gerekir ki, buradaki “kazanma” (iktisap) sözcüğü taşınmaza bağlı irtifaklar yönünden aynı zamanda bu irtifak türünün kurulmasını da ifade etmektedir. Zira sözkonusu irtifaklar kuruldukları anda yararlanan taşınmaz malikleri tarafından kazanılmaktadır. Böylece taşınmaza bağlı irtifakların kurulmaları ile kazanılmaları aynı anda gerçekleşmektedir. Ayrıca taşınmaza bağlı irtifakların devren kazanılmaları da sözkonusu olmaz. Daha açık ifadeyle bu tür irtifaklar, taşınmaza bağlı oldukları için başlı başına ayrı bir devir işlemi konusu oluşturmazlar; onların devirleri ancak bağlı buldukları yararlanan taşınmazların devri ile mümkün olur. Böyle bir devir işlemi sonucu yararlanan taşınmazın maliki kim ise, irtifak hakkının sahibi de o'dur. Bu yüzden aslen ve devren ayırımına gidilmemiştir. Bu durum dikkate alınarak taşınmaza bağlı irtifakların kurulması “tescille” ve “tescilsiz” olmak üzere iki alt başlık altında ele alınmıştır.

A. Taşınmaza Bağlı İrtifakın Tescille Kurulması

Medeni Kanun'da taşınmaza bağlı irtifakın kurulması kural olarak tapu kütüğüne yapılacak tescile tabi tutulmuştur (MK.m.780/I). Burada mutlak tescil ilkesi benimsenmiştir. Tapu kütüğüne yapılan tescil kurucu etkiye sahiptir; o yüzden taşınmaza bağlı irtifak ancak bu nitelikte bir tescille kurulabilir. Aksine bir ifade ile tapu kütüğüne böyle bir tescil yapılmadıkça taşınmaza bağlı irtifak kurulamaz³.

Taşınmaza bağlı irtifakların tescil ile kurulmasında üç ayrı durum sözkonusudur. Bunlardan ilki taşınmaza bağlı irtifakların hukukî işlemle kurulması; ikincisi, malik lehine kurulması; üçüncüsü, iyiniyetli üçüncü kişi tarafından kazanılmasıdır⁴.

1. Taşınmaza Bağlı İrtifakın Üçüncü Kişi ile Yapılan Hukukî İşlem Sonucu Kurulması

Taşınmaza bağlı irtifakların kurulması, taşınmaz mülkiyetinin tescille edinilmesine ilişkin hükümlere tabi tutulmuştur (MK.m.780/II, 705/I, 706/I). Bu hükümler

³ STEİNAUER, II, N.2222.

⁴ STEİNAUER, II, N.2222.

uyarınca sözkonusu türden bir irtifak hakkının kurulabilmesi için önce bir iktisap sebebinin bulunması, sonra da bu sebebe dayanan bir tescil talebinde bulunulması ve tescil işleminin yerine getirilmesi gerekir.

a. İktisap Sebebi (Le titre d'acquisition)

İktisap sebebinden maksat, içinde müstakbel yüklü taşınmaz maliki tarafından taşınmazı üzerinde müstakbel yararlanan taşınmaz maliki lehine taşınmaza bağlı bir irtifak kurma taahhüdünün bulunduğu hukukî işlemdir⁵. Bu anlamdaki hukukî işlem ya bir sözleşmedir ya da belirli mal vasiyeti içeren ölüme bağlı bir tasarruftur. Hemen belirtmek gerekir ki, mirasçı nasbı tarzındaki ölüme bağlı tasarrufun bu tür irtifakın kurulmasında iktisap sebebi oluşturması sözkonusu değildir. Belirli mal vasiyeti bir vasiyet konusu olabileceği gibi, bir miras sözleşmesi konusu da olabilir. Sağlar arası bir işlem olan sözleşmeler ile ölüme bağlı bir işlem olan miras sözleşmesi iki taraflı; vasiyet ise tek taraflı bir hukukî işlemdir. İster iki taraflı, ister tek taraflı olsun sözkonusu sözleşmelerin yapılması veya mirasın açılmasıyla birlikte irtifak kurulmuş olmaz. Zira anılan işlemler, hak sahibine sadece işlem konusu taşınmaz üzerinde lehine irtifakın kurulmasını talep etme yetkisini veren, taşınmaz malikini de bunu yerine getirmekle yükümlü kılan borçlandırıcı işlemlerdir. İrtifak bu hukukî işlemlerden biri ile onu kurma taahhüdü altına girmiş bulunan taşınmaz malikinin tescil talebinde bulunması üzerine tapu kütüğüne yapılacak tescille kurulmuş olur⁶.

İrtifak hakkı kurma taahhüdünde bulunan taşınmaz maliki, taşınmazı üzerinde sınırlı aynı hak sahibi olanların iznini almak zorunda değildir. Zira onların sıra düzeni içinde sahip oldukları öncelik derecesi haklarının korunması için yeterlidir⁷. Ancak taşınmazın cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi halinde hakkının terkinin riskine karşı tedbir almak isterse, bunun için irtifak hakkı sahibinin sırada kendinden önce gelen rehin hakkı sahiplerinin iznini alması gerekir⁸. Aksi takdirde bu riski üstlenmiş olur.

İrtifak kurma taahhüdü ayrı ve bağımsız bir sözleşme konusu yapılabileceği gibi, başka bir amaçla yapılmış sözleşmede yer alan buna ilişkin bir hüküm ile de yapılabilir. Meselâ, sıkça görüldüğü üzere, aynı malike ait iki taşınmazdan birine ilişkin satım sözleşmesinde taraflar aynı zamanda o taşınmaza bağlı diğeri üzerinde bir irtifakın kurulmasını da kararlaştırabilirler. Böyle bir durumda satıcı, çoğunlukla kendisinde kalan taşınmazı üzerinde sattığı taşınmaza bağlı bir irtifak kurmayı taahhüt eder. Bu suretle taşınmaz, kendisine bağlı irtifakla birlikte satım konusu yapılmış olur (aditus servitutibus). Buna karşılık, satıcı önce satım konusu yapacağı taşınmazı üzerinde

⁵ PİOTET, 41.

⁶ STEİNAUER, II, N.2224.

⁷ PİOTET, 41; STEİNAUER, II, N.2226 b.

⁸ STEİNAUER, II, N.2226 b.

kendinde kalacak taşınmazına bağlı bir irtifak kurar, sonra da onu satabilir. Bu takdirde de taşınmaz irtifakla yüklü olarak satılmış olur (deductis servitutibus)⁹.

Pratik hayatta taşınmaza bağlı irtifak kurma taahhüdü çoğunlukla sözleşme ile; nadiren de olsa, belirli mal vasiyeti tarzındaki ölüme bağlı tasarruf ile yapılmaktadır. Hangisi ile yapılırsa yapılsın, irtifak kurma taahhüdüne ilişkin hukukî işlemin, kurulmak istenen irtifakın bütün unsurlarını içermesi gerekir. Bu unsurların başında müstakbel yüklü taşınmaz malikinin taşınmazı üzerinde irtifak kurma taahhüdü gelmektedir. Ayrıca kurulacak irtifakın niteliği ve içeriği, yüklü ve yararlanan taşınmazın ada parsel numaraları, taraf iradeleriyle verilen yetkilere aleniyet kazandırılması, yüklü taşınmaz malikinin üstlendiği olumlu bir yan edim yükümü varsa, bunun mahiyeti ve şeklinin de sözkonusu hukukî işlemde yer alması gerekir. Eğer somut olayda bir zorunlu irtifakın kurulması sözkonusu ise bu husus da hukukî işlemde belirtilmelidir¹⁰. Keza irtifak, yüklü taşınmazın belli bir kısmı üzerinde kullanılacaksa, o kısmın da plan ve benzeri belgelerle hukukî işlemde açıklığa kavuşturulması zorunludur. Sözkonusu hukukî işlemlerde bulunması gereken unsurlara yeterli şekil ve açıklıkta yer verilmemişse tapu sicil müdürü, bu konuda kendisine yöneltilmiş olan tescil talebini reddetmelidir¹¹.

İrtifakın kurulması veya uygulanması için ödenmesi gereken bir bedel varsa, bu bedelin hukukî işlemde gösterilmesi zorunlu değildir¹². Bununla birlikte müstakbel irtifak hakkı sahibi bir bedel ödeme taahhüdünde bulunmuşsa hukukî işlem bu taahhüde dayanılarak satım sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Çünkü böyle bir durumda belli bir bedel karşılığında mülkiyet hakkının devri taahhüt edilmediğinden TBK.m.207'de tanımlanan satım sözleşmesi sözkonusu olmaz; dolayısıyla burada ancak kendine özgü yapısı olan (sui generis) isimsiz bir sözleşme bahis konusu olur. Bununla birlikte satım sözleşmesindeki tekeffüle ilişkin hükümler (TBK.m.219 vd.) burada, doğrudan doğruya olmasa bile, dolayısıyla, yani kıyas yoluyla uygulanabilir. Eğer irtifak kurma taahhüdü, bir karşı edim, özellikle bir bedel olmaksızın yapılmışsa, o takdirde bu taahhüt bir bağış sözü (hibe vaadi) (TBK.m.288/II) olarak kabul edilmeli ve bağış sözüne ilişkin hükümler (TBK.m.288 vd.) kıyasen uygulanmalıdır¹³.

Hukukî işlemin tabi olduğu geçerlilik şekline gelince, bu konuda irtifak kurma taahhüdü içeren işlemin ölüme bağlı veya sağlar arası olmasına göre bir ayırım yapmak gerekir. Eğer irtifak kurma taahhüdü ölüme bağlı bir tasarruf konusu yapılmış-

⁹ STEİNAUER, II, N.2225; ATF 122 III 150-158=JdT 1997 I 665-672.

¹⁰ STEİNAUER, II, N.2226; PİOTET, 42.

¹¹ PİOTET, 42; STEİNAUER, II, N.2226, dn.64; KÖPRÜLÜ/KANETİ, 59.

¹² STEİNAUER, II, N.2226 a; aksi görüşte PİOTET, 42.

¹³ PİOTET, 41 vd., 45 vd.; STEİNAUER, II, N.2226 c; KÖPRÜLÜ/KANETİ, 58 vd.

sa, uygulanması gereken geçerlilik şekli, bu tür tasarrufların tabi olduğu kendilerine özgü geçerlilik şeklidir (MK.m.531 vd.)¹⁴. Meselâ içinde irtifak kurma taahhüdü bulunan ölüme bağlı tasarruf bir vasiyetname ise ya resmî (MK.m.532 vd.) ya el yazısı ile (MK.m.538) ya da sözlü (MK.m.539 vd.); bir miras sözleşmesi ise resmî vasiyetname şeklinde (MK.m.545 vd.) yapılması gerekir. Buna karşılık irtifak kurma taahhüdü, sağlar arası bir işlem konusu yapılmışsa, o takdirde bu işlemin geçerliliği resmî şekilde düzenlenmiş olmasına bağlıdır (MK.m.781)¹⁵. Sağlar arası bu tür işlemlere “irtifak sözleşmeleri” (le contrat de servitude) denilmektedir¹⁶. Bu anlamdaki irtifak sözleşmelerine resmiyet vermeye tapu sicil müdür veya memurları yetkilidir (Tapu K.m.26/I). Yetkili tapu sicil müdürü veya memuru irtifak kurma taahhüdü veya vaadine ilişkin resmî senedi, kısaca irtifak sözleşmesini taraflarla birlikte hazırlayıp imza altına alır (Tapu K. m.26/III). Bu suretle düzenlenen resmî senet eğer irtifak kurma vaadi içeriyorsa, o takdirde yetkili tapu sicil müdür veya memurunun bunu tapu siciline re’sen şerh ettirmesi gerekir (Tapu K.m.26/IV). Görülüyor ki, yetkili tapu sicil müdür veya memurları irtifak sözleşmesini re’sen düzenlemekle görevli ve yükümlüdürler. Aksi takdirde, yani onama biçiminde düzenlenmiş bu tür resmi senetler taşınmaza bağlı irtifakın kurulması bakımından geçersizdir; dolayısıyla böyle bir senede dayanılarak tapu kütüğünde yapılmış irtifak tescili de yolsuzdur.

İrtifak sözleşmelerinin tabi olduğu geçerlilik şekli konusunda Türk Hukuku ile İsviçre Hukuku arasında bir farklılaşma oluşmuştur. Zira İsviçre Hukuku’nda irtifak sözleşmelerinin geçerliliği için yazılı şekil yeterli görülmektedir (İMK.m.732)¹⁷. Yazılı şekil şartı, zorunlu irtifaklar için de aynen geçerlidir¹⁸. Ancak taraflar isterlerse, geçerliliği yazılı şekle tabi kılınmış bu tür sözleşmeleri, kanunun öngördüğünden daha sıkı bir şekle, meselâ özellikle resmî bir şekle tabi tutabilirler¹⁹. Buna karşılık, taşınmaz üzerinde sürekli ve bağımsız üst hakkı (İMK.m.779 a), rehin ve taşınmaz yükü (İMK.m.783/III) kurma taahhüdü, taşınmaz üzerinde intifa ve oturma hakkı tanıma taahhüdü (İMK.m.746/II ve 776/III), ivazsız bir irtifak kurma vaadi (İBK.m.243/II), keza mülkiyet hakkının kanundan doğan takyitlerinin değiştirilmesine veya kaldırılmasına ilişkin sözleşmeler (İMK.m.680/II) resmî şekle tabi tutulmuştur²⁰. İsviçre Hukukunda irtifak sözleşmelerinin geçerlilik şekli konusundaki bu farklı düzenleme ve tutumlar, pratik hayatta çıkaracağı zorluklar dolayısıyla isabetli bulunmamaktadır²¹. Her iki ülkede yapılan düzenlemelerden İsviçre kanun koyucu-

¹⁴ STEİNAUER, II, N.2227 vd.; KÖPRÜLÜ/KANETİ, 59.

¹⁵ Ayrıca bkz. KÖPRÜLÜ/KANETİ, 58.

¹⁶ KÖPRÜLÜ/KANETİ, 58; PİOTET, 41 vd.

¹⁷ Ayrıca bkz. PİOTET, 43; STEİNAUER, II, N.2228 vd.; KÖPRÜLÜ/KANETİ, 58 dn.1.

¹⁸ PİOTET, 43 vd.; STEİNAUER, II, N.2229 a.

¹⁹ PİOTET, 44.

²⁰ PİOTET, 43 vd.; STEİNAUER, II, N.2230 vd.

²¹ STEİNAUER, II, N.2232.

sunun irtifakların kurulmasını kolaylaştırmak²², Türk kanun koyucusunun iş güvenliğini sağlamak istediği anlaşılmaktadır.

b. İktisap İşlemi (L'operation d'acquisition).

İktisap sebebi bir borçlandırıcı işlemdir. Bu işlemle müstakbel yüklü taşınmaz maliki, müstakbel yararlanın taşınmaz malikine karşı kendi taşınmazı üzerinde irtifak kurma borcu altına girer. Onun için borçlandırıcı nitelikte olan böyle geçerli bir iktisap sebebinin varlığı tek başına irtifakın kurulması sonucunu doğurmaz ve bu suretle irtifakın müstakbel yararlanın taşınmaz maliki tarafından iktisap edilmesine yol açmaz. Bunun için ayrıca borçlu müstakbel yüklü taşınmaz malikince tescil talebinde bulunulması ve tapu idaresince bu talebe dayanan bir tescilin de yerine getirilmesi gerekir²³. Tescil talebinde bulunulması ve tescilin yerine getirilmesi ile birlikte taşınmaza bağlı irtifak kurulmuş ve aynı anda da yararlanın taşınmaz malikince iktisap edilmiş olur. O yüzden burada çift kurucu unsuru olan²⁴ bir tasarruf işlemi söz konusudur²⁵. Kurucu unsurlardan ilki tescil talebi, ikincisi tapu kütüğüne işlenecek olan tescildir. Bu iki unsurdan birisinin söz konusu olmadığı durumlarda geçerli bir hukukî sebep bulunsa bile, taşınmaza bağlı irtifak kurulmuş, dolayısıyla onun iktisabı da gerçekleşmiş olmaz. Söz gelimi, tescil talebinde bulunulduğu halde henüz tapu kütüğüne bununla ilgili bir tescil yapılmamışsa, irtifak kurulmaz. Bunun aksine, hiçbir tescil talebi bulunmadığı halde, her nasılsa tapu kütüğüne irtifaka ilişkin bir tescil yapılmışsa, bununla gene irtifak kurulmuş olmaz. Zira böyle bir tescil gerçek hak durumunu göstermeyen “yolsuz (geçersiz) bir tescil” oluşturur. Aynı şekilde, tescil talebi ve tescilden oluşan tasarruf işlemi, sebebe bağlı (illî) olduğundan irtifakın kurulması taahhüdünü içeren borçlandırıcı işlemdeki (hukukî sebepteki) sakatlıklar, tapu kütüğüne işlenen tescilin yolsuz olması sonucunu doğurur (MK.m.1025)²⁶. Yolsuz tescil taşınmaza bağlı irtifakın kurulmasına ve lehine kayıt yapılan yararlanın taşınmaz maliki tarafından iktisabına sebep olmaz. Bununla birlikte sözkonusu yolsuz tescil MK.m.1023 uyarınca yararlanın taşınmazı iyiniyetle devralan üçüncü kişilerce irtifakın iktisap edilmesine imkân verir. Buna karşılık, yüklü taşınmazı iyiniyetle devralan üçüncü kişi bakımından aynı sonuç sözkonusu olmaz; yolsuz tescil bu niteliğini korur ve onun terkini her zaman istenebilir²⁷. Yeter ki, daha önce üzerinde irtifaka ilişkin tescil kaydı bulunan yararlanın taşınmaz üçüncü bir kişi tarafından iktisap edilmiş olmasın.

²² STEINAUER, II, N.229.

²³ KÖPRÜLÜ/KANETİ, 61.

²⁴ EREN, 121 vd.

²⁵ KÖPRÜLÜ/KANETİ, 61; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, 821.

²⁶ Bkz. GÜRİSOY/EREN/CANSEL, 821.

²⁷ Bkz. GÜRİSOY/EREN/CANSEL, 824 vd.

aa. Tescil Talebi

Tescil talebi, irtifak kurma borcu altına giren yüklü taşınmaz maliki veya onun yetkili temsilcisi tarafından tapu idaresine hitaben yazılı olarak yapılmalıdır (MK.m.1013, TST.m.18/IV, VI). Keza tescil talebinde bizzat bulunan veya temsil olunan kimse, üzerinde irtifak kurulması istenen taşınmazın tapu kütüğü sayfasında malik olarak kayıtlı olmalıdır (TST.m.19/I)²⁸. Ayrıca tescil talebinde bulunan kimse fiil ehliyetini haiz (TST.m.19/I) ve tasarruf yetkisine sahip olmalıdır. Her şeyden önce fiil ehliyetini haiz olan yüklü taşınmaz maliki, iflas, haciz veya benzeri bir sebep yoksa, tasarruf yetkisine sahiptir; bu yüzden o bizzat tescil talebinde bulunabilir. Malikten başka onun yetkili temsilcisi de tasarruf yetkisine sahip olabilir. Temsilcinin bu yetkisi kanundan veya rızadan doğabilir. Meselâ veli, vasi, icra veya vasiyeti yerine getirme görevlisi veya terekeyi resmen tasfiye ile memur edilen kimsenin (MK.m.342/III, 444, 445/II, 462/I.b.1, 550 vd., 632 vd.); kanun ile verilen temsil yetkisi; buna karşılık vekil ise rıza ile verilen temsil yetkisi (TST.m.18/IV) uyarınca tasarruf yetkisine sahiptir; onlar da bu yetkilerine dayanarak tescil talebinde bulunabilirler. Rızâ temsilde bu yetki özel olarak belirtilmelidir (TBK.m.504/III)²⁹.

Tescil talebi yazılı olarak yapılmalı (MK.m.1013, TST.m.16/I) ve ayrıca hiçbir kayıt ve şarta bağlı kılınmamalıdır (TST.m.16/II)³⁰. Uygulamada borçlandırıcı işlem için düzenlenen resmî senette çoğunlukla tescil talebine de yer verilmektedir³¹. Bu yer verme de tescil talebinin yazılı yapılma şartının yerine getirilmesi için yeterlidir. Böyle bir durumda artık ayrı bir tescil talebinde bulunmaya gerek yoktur. Ayrı bir tescil talebinde bulunmaya gerek göstermeyen KMK.m.13'ün hükmünü burada uygulamaya imkân yoktur. Zira anılan hüküm bir binanın bağımsız bölümleri üzerinde kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmasıyla ilgilidir. Burada ise, sözkonusu olan kat mülkiyetinin veya kat irtifakının kurulması değil, aksine hâlen mevcut olan bir kat mülkiyeti konusu bağımsız bölüm üzerinde taşınmaza bağlı bir irtifakın kurulmasıdır. Meselâ üst katta oturan bir malikin alt katta oturan malik lehine günün belli saatlerinde gürültü yapmama yükümlülüğünü üstlendiği bir irtifakta durum böyledir. Böyle bir durumda irtifakın kurulabilmesi için gürültü yapmama yükümlülüğünü üstlenmiş olan üst kat malikinin ayrıca yazılı tescil talebinde bulunmasına ihtiyaç vardır.

bb. Tescil

Yukarıda açıklanan esaslar çerçevesinde yapılan tescil talebi önce yevmiye def-

²⁸ STEİNAUER, II, N.2233.

²⁹ ÜNAL/BAŞPINAR, 344 vd.

³⁰ STEİNAUER, I, N.721, 721/b; DESCHENAUX, 232; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 200, N. 848.

³¹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 200, N.847.

terine kaydedilir (TST.m.23/II, a), sonra da ilgili taşınmazın tapu kütüğü sayfasına aynı tarih ve yevmiye numarasıyla tescil edilir (TST.m.27).

Taşınmaza bağlı irtifakda iki ayrı taşınmaz olduğuna göre, tescil, bunlardan hangisinin tapu kütüğü sayfasına yapılacaktır? 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu kabul edilmeden önce bu konuyla ilgili kanunda bir boşluk var idi. Bu boşluk, konuyu düzenleyen ve taşınmaza bağlı irtifak hakkının her iki taşınmazın tapu kütüğü sayfasına tescilini öngören İMK.m.968'in hükmünün önceki Medeni Kanun'a zuhulen (unutkanlık eseri olarak) alınmamış olmasından doğmuştur. Ayrıca konuya ilişkin İTST.m.35 eksik tercüme edilerek TSN.m.36 oluşturulmuştur. Söz konusu madde metninden ilk bakışta taşınmaza bağlı irtifak haklarının yararlanan taşınmazın tapu kütüğü sayfasına tescil edileceği anlamı çıkmaktadır. Oysa gerek önceki Medeni Kanun'a alınmayan İMK.m.968'de, gerek eksik tercüme edilen İTST.m.35'de taşınmaza bağlı irtifak haklarının her iki taşınmazın tapu kütüğü sayfasına tescil edileceği öngörülmektedir. İşte bu durum karşısında Türk doktrininde iki görüş ortaya çıkmıştır. Bir görüş eksik tercüme edilerek oluşturulan TSN.m.36'nın ilgili hükmünü yok sayarak taşınmaza bağlı irtifak hakkının yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasına tescil edilmek suretiyle kurulmasının sağlanmasını, bu hakkın kurulduğunu bildirmek üzere de yararlanan taşınmazın tapu kütüğü sayfasındaki beyanlar hanesine kaydının yapılmasını ileri sürmüştür³². Buna karşı olan diğer bir görüş ise, tercüme eksikliğine rağmen TSN.m.36 uygun yorumlanarak İsviçre'de olduğu gibi, bizde de taşınmaza bağlı irtifakın her iki taşınmazın tapu kütüğü sayfasına tescil edilmesi gerektiğini savunmuştur³³. Bu son görüş doktrinde baskın görünmektedir³⁴. Baskın görüş yerinde ve isabetlidir. Zira 2 Ekim 1930 tarihli Tapu Sicil Nizamnamesi'nin konuya ilişkin 36.maddesinin ilk fıkrasından, eksik tercüme ve ifade zaafına rağmen, ilk ve ikinci cümlesi birlikte ele alınıp değerlendirildiğinde taşınmaza bağlı irtifak hakkının her iki taşınmazın tapu kütüğü sayfasına tescil edileceği sonucu çıkmaktadır. Nitekim uygulamanın bu yönde olduğu da anlaşılmaktadır³⁵.

Bugün artık sözkonusu görüş ayrılıklarına gerek kalmamıştır. Zira bir taraftan İsviçre Medeni Kanunu'nun konuya ilişkin 968.maddesi olduğu gibi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na alınmış ve bu madde ile taşınmaza bağlı irtifakın her iki taşınmazın tapu kütüğü sayfasına tescil edileceği hükme bağlanmış (MK.m.1018), diğer taraftan bu tescilin nasıl yapılacağı önce 07.06.1994 tarihli Tapu Sicil Tüzüğü'nde (ötTST.m.30/III), sonra da 22.07.2013 tarihli Tapu Sicil Tüzüğü'nde (TST.m.30/

³² BERTAN, II, N.16.

³³ CANSEL, 92; KÖPRÜLÜ/KANETİ, 61, dn 5c; AKİPEK II, 59; Y8HD. 13.12.1978, 8297/10409 (YKD. 1979, sy.4, sh.513).

³⁴ Geniş bilgi için bkz. GÜRSOY/EREN/CANSEL, 823 vd.

³⁵ ESMER, 722 vd.

III) açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu son düzenlemeye göre taşınmaza bağlı irtifak hakları (h) harfi ile yararlanan; (m) harfi ile yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasının irtifak haklarına ayrılmış özel sütununa tescil edilir. Bu tescilde (h) harfi hakkı, (m) harfi mükellefiyeti (yükümlülüğü) ifade eder. Ayrıca yararlanan taşınmazın ilgili sütununda yüklü taşınmazın kütük sayfası; yüklü taşınmazın ilgili sütununda yararlanan taşınmazın kütük sayfası gösterilir. Böylece iki kütük sayfası arasında gerekli irtibat sağlanmış, hak sahibi ve yükümlü kimse belirlenmiş olur. Keza her iki tescilde de irtifakın niteliği belirtilir. Bu durumda yararlanan taşınmazın hali hazır maliki hak sahibi olduğundan onun adını tescilde belirtmeye gerek olmadığı gibi, evvelce uygulandığı gibi³⁶ ilgili taşınmazların ada ve parsel numaralarını yazmaya da gerek yoktur.

Söz konusu tescil, her iki taşınmazın tapu kütüğü sayfasına yapılacağına ve tescil de bir aynî hakkın doğumuna yol açan bir tapu sicili işlemi olduğuna göre, acaba bu tescillerden hangisi irtifakın kurulmasına ve iktisabına sebep olmaktadır? Başka bir ifade ile hangi taşınmazın tapu kütüğü sayfasına yapılan tescil kurucu etkiye sahiptir? Konu İsviçre doktrininde tartışılmıştır. Türk Hukuku bakımından da geçerli olan bu tartışmaları üç görüş etrafında toplamak mümkündür.

Eski bir görüş³⁷ Medeni Kanun'un açık hükmü (MK.m.1018, İMK.m.968) uyarınca tescilin yararlanan ve yüklü taşınmazların tapu kütüğü sayfalarına yapılması gerektiğini, ancak bu iki tescil işleminin tamamlanmasından sonra irtifak hakkının doğacağını, bu taşınmazlardan yalnız birinin tapu kütüğü sayfasına yapılan tescilin irtifakın doğumuna yol açmayacağını ileri sürmektedir³⁸. İkinci bir görüş taşınmaza bağlı irtifak hakkının doğumunu ancak yararlanan taşınmazın tapu kütüğü sayfasına yapılan tescille mümkün görmektedir. Bu görüşe göre irtifak hakkı yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasına tescil edilmemiş olsa bile, irtifak tescili bulunan yararlanan taşınmazın iyiniyetle iktisabı irtifak hakkının kazanılması için yeterlidir³⁹. Yararlanan taşınmazın tapu kütüğündeki tescil devam ettiği sürece, iyiniyetli üçüncü kişi, üzerindeki irtifak hakkına ilişkin tescil terkin edilmiş yüklü taşınmazı irtifakla yüklü olarak devralmış olur. Zira yararlanan taşınmaza bağlı söz konusu irtifak hakkı bu taşınmazın sicilinde mevcudiyetini korumaktadır. Üçüncü bir görüş ise taşınmaza bağlı irtifakın kurulması için yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasına yapılan tescili yeterli bulmaktadır. Bu görüşün taraftarları yararlanan taşınmazın tapu kütüğü sayfasına tescilin yapıp yapılmamasının irtifak hakkının doğumunu etkilemeyeceğini, bu tescilin ancak kamuya açıklığı ve iki irtifakın kayıtlı buldukları sayfalar arasındaki

³⁶ ESMER, 722 vd.

³⁷ DESCHENAUX, 91 dn.26.

³⁸ WIELAND, II, Art.968; LEEMANN, Art.731, N.20; HOMBERGER/MARTİ, FJS, N.564, 7; OSTERTAG, Art.968, N.1, Ayrıca bkz. DESCHENAUX, 91 dn.26; GÜRSOY/EREN/CANSEL, 821 vd., PİOTET, 48 dn.33.

³⁹ SCHİLLER, 24 (GÜRSOY/EREN/CANSEL 823'den naklen).

bağlantıyı sağlayacağını, bunun bir düzen kuralı olarak (comme une prescription d'ord) görülmesi gerektiğini ileri sürmektedirler⁴⁰.

Bu konuda Federal Mahkeme kararsız görünmektedir⁴¹.

Bu doktriner tartışmalar pratik sonuçları olmayan tartışmalar değildir; aksine önemli pratik sonuçları vardır. Bu cümleden olarak, meselâ ilk görüş esas alındığında, tescil her iki taşınmazın tapu kütüğü sayfasına yapılmadıkça irtifak hakkı kurulmuş olmayacaktır. O takdirde bu taşınmazlardan sadece birinin tapu kütüğü sayfasına yapılan tescil irtifakın kurulması sonucu doğurmayacak ve bu sebeple yolsuz tescil sayılacaktır. Bu durumda çeşitli ihtimallerin⁴² akla gelmesi sözkonusudur. Meselâ irtifak tescili yararlanan taşınmazın tapu kütüğü sayfasına yapılması, buna karşılık yüklü taşınmazın tapu kütüğüne yapılmaması ilk görüşe göre, yararlanan taşınmazı iyiniyetle devralan kimse, bununla yüklü taşınmaz üzerinde irtifak hakkı elde etmiş olur. Buna karşılık, sayfasında irtifak tescili olmayan yüklü taşınmazı iyiniyetle devralan kimse, söz konusu taşınmazı irtifaktan arı olarak devralmış olmaz, aksine o taşınmazı irtifakla yüklü olarak devralmış olur. Bu durum onun iyiniyetinin korunmadığı anlamına gelir.

Yararlanan taşınmazın tapu kütüğü sayfasındaki tescili esas alan ikinci görüş yönünden de aynı sonuçlara varmak gerekir. Üçüncü görüş yönünden ise, yukarıda zikredilen ihtimalde yararlanan taşınmaz üzerinde mevcut yolsuz tescil tek başına yüklü taşınmaz üzerinde iyiniyetle irtifakın kazanılmasına yol açmaz. Bu imkânı ancak yüklü taşınmaz üzerindeki yolsuz irtifak tescili, yararlanan taşınmazı iyiniyetle devralan üçüncü kişilere sağlar. Zira taşınmaza bağlı irtifakın kurulmasında esas olan yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasına yapılan tescildir⁴³. Baskın olan bu son görüşe biz de katılıyoruz. Zira yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasına yapılan irtifak tescilinin esas alınması şahsi irtifaklarla bu konuda paralelliği sağlar ve tescili, teknik ve dar anlamına⁴⁴ uygun hale getirir. Öte yandan yararlanan taşınmaz üzerindeki irtifak tesciline, irtifakla sözkonusu taşınmaz arasındaki bağı sağlaması ve bu bağı aleniyet kazandırma fonksiyonu anlamı yüklenmesi, bu anlamla sınırlı tutulması, çıkma ihtimali olan uyuşmazlıklara engel olur. Doğrusu bu anlama sahip bir tapu sicili işlemi niteliği itibariyle tescil değildir. Onun için bu kaydın yararlanan taşınmazın irtifaklar

⁴⁰ LİVER, Art.731, N.55 vd., TUOR/SCHNYDER/SCHMİD, 780; PİOTET, 67 vd.; STEİNAUER, II, N.2234. ATF 95 II 605-614=JdT 1971 I 255; ATF 97 II 37-42=JdT 1972 I 331-336. Bkz. DESCHENDAUX, 91, dn.26; PİOTET, 48 dn.33.

⁴¹ ATF 95 II 605-614=JdT 1971 I 255; ATF 97 II 37-42=JdT 1972 I 331-336. Bkz. DESCHENDAUX, 91, dn.26; PİOTET, 48, dn.33.

⁴² Bu ihtimaller için bkz. GÜRİSOY/EREN/CANSEL, 822 vd.

⁴³ STEİNAUER, II, N.2234 vd.; DESCHENDAUX, 91, dn.26; PİOTET, 47 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 790 vd., N.2794.

⁴⁴ Bkz. ÜNAL/ BAŞPINAR, 286 vd.

sütununa değil de, beyanlar hanesine yapılması gerekir. Umarız ileride bu yönde gerekli yasal değişiklik ve düzenlemeler yapılır.

2. Taşınmaza Bağlı İrtifakın Malik Lehine Kurulması

Bilindiği üzere Türk-İsviçre hukuk sistemi, iki taşınmaza malik olan bir kimse için, bunlardan biri üzerinde diğerine bağlı irtifak hakkı kurmasına imkân vermektedir (MK.m.782). Genellikle bu, malikin taşınmazlardan birini satmadan veya onun üzerinde ipotek kurmadan önce diğerine bağlı irtifak hakkı kurması halinde sözkonusu olur⁴⁵. Bu suretle kurulan irtifaka malik lehine taşınmaza bağlı irtifak denir.

Malik lehine taşınmaza bağlı irtifakın kurulması da bir tescille iktisap halidir. Zira bu halde de irtifak hakkının kurulup iktisap edilebilmesi için malik tarafından yazılı bir tescil talebinde bulunulması ve bunun tapu sicil müdürlüğüne her iki taşınmazın tapu kütüğü sayfasına tescil edilmesi gerekir. Yapılan tescille birlikte irtifak hakkı da kurulmuş olur. Talep ve tescil şartı gerçekleşmeden malik lehine taşınmaza bağlı irtifak hakkı kurulmaz ve iktisap konusu olmaz.

Taşınmaza bağlı irtifakın bu suretle kurulmasının hukukî işlemle kurulmasından yegane farkı ayrı bir iktisap sebebinin bulunmaması ve bununla ilgili ayrı bir senet tanzimine ihtiyaç olmamasıdır. Burada iktisap sebebi her iki taşınmazın maliki olan kimsenin iradesinde mündemictir. Bu irade malikin tapu idaresine yönelttiği tescil talebiyle açığa vurulmuş olur. Sözkonusu iradenin açığa vurulması tek taraflı bir hukukî işlem (une juridique unilateral) oluşturur. Bu işlem, her iki taşınmazın maliki olan kimse tarafından tapu müdürlüğüne yazılı olarak yapılan taleple gerçekleşir⁴⁶. Böyle bir talebe muhatap olan tapu idaresince yapılacak olan husus, bir irtifak sözleşmenin de bulunması gereken unsurların tescil talebinde olup olmadığını araştırmak⁴⁷; sözkonusu ...var ise, malik lehine irtifakın tescilini yapmak, yok ise talebi reddetmektir.

3. Taşınmaza Bağlı İrtifakın Yararlanan Taşınmazın İyiniyetli Üçüncü Kişi Tarafından İktisabı Sonucu Kurulması

Gerek yüklü taşınmazın, gerek yararlanan taşınmazın tapu kütüğü sayfalarına yapılan tescil, ehliyetsizlik, yetkisizlik, şekil eksikliği, hukuka veya ahlaka aykırılık, imkânsızlık gibi sebeplerle yolsuz (geçersiz) olabilir. Yolsuz olan böyle bir tescil ile taşınmaza bağlı irtifak hakkı kurulmuş olmaz. Bununla birlikte hukukumuzda yolsuz tescile iyiniyetle dayanarak bir aynı hak edinebilme imkânı üçüncü kişilere tanınmış-

⁴⁵ STEİNAUER, II, N.2235; PİOTET, 49. vd.

⁴⁶ PİOTET, 50.

⁴⁷ STEİNAUER, II, N.2236.

tır. Bu imkânı tanıyan MK.m.1023 uyarınca iyiniyetli üçüncü bir kişi gerçekte geçerli olmayan yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasındaki tescilin geçerliliğine güvenerek yararlanan taşınmazı devralacak olursa, bununla sözkonusu tescil geçerlilik kazanır ve taşınmaza bağlı irtifak hakkı kurulur ve aynı anda da üçüncü kişi tarafından iktisap edilmiş olur. Buradaki iyiniyet subjektif iyiniyettir. Bu iyiniyet yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasındaki taşınmaza bağlı irtifaka ilişkin tescilin yolsuzluğunu bilip bilmemek veya bilebilecek durumda olup olmamakla ilgilidir. Daha açık ifadesiyle, yararlanan taşınmazı, hali hazır sahibinden devralan üçüncü kişi, yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasındaki irtifaka ilişkin tescilin yolsuzluğunu bilmiyorsa veya bilebilecek durumda değilse, iyiniyetli; biliyorsa veya bilebilecek durumda ise kötü niyetlidir. İşte burada aranan subjektif iyiniyet, bu anlamda bir iyiniyettir. Yararlanan taşınmazın tapu kütüğü sayfasındaki irtifaka ilişkin yolsuz tescile iyiniyetle dayanma aynı sonucu sağlamaya, yani o tescilde yüklü taşınmaz olarak görünen taşınmaz üzerinde bu suretle irtifak hakkının kurulmasına ve iktisabına imkân vermez. Zira irtifakın kurulmasına ve iktisabına yol açan tescil, yukarda açıklandığı üzere, yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasına yapılan tescildir. Yararlanan taşınmazın tapu kütüğü sayfasına yapılan tescilin kurucu etkisi yoktur, sadece o iki taşınmaz arasındaki bağın varlığını ve açığa vurulmasını sağlar. Böyle bir durumda yararlanan taşınmazı devralan üçüncü kişi, uğradığı zararlar için devletin (MK.m.1007) ve devredenin (BK.m.112 vd.) sorumluluğu cihetine gidebilir. Bunun gibi yüklü taşınmaza, üzerindeki irtifaka ilişkin tescilin yolsuz olduğunu bilmeyen veya bilebilecek durumda olmayan iyiniyetli üçüncü bir kişi devralacak olursa, o bununla sözkonusu irtifakın kurulmasına ve yararlanan taşınmaz malikince iktisabına sebep olmaz. Zira aksi durum, kendi aleyhine olan bir yükümlülüğün yüklü taşınmaz malikince iyiniyetle edinilmesi anlamına gelir. Böyle bir durum MK.m.1023'de öngörülmüş ve korunmuş değildir. Yüklü taşınmazı bu suretle devralan yeni malik, yararlanan taşınmazı iyiniyetle üçüncü bir kişi devralana kadar, tapu kütüğündeki yolsuz tescilin düzeltilmesini isteyebilir. İyiniyetli üçüncü kişi tarafından yararlanan taşınmazın iktisabı sonucu yolsuz tescil edilen taşınmaza bağlı irtifak iktisap edilmişse, o takdirde yüklü taşınmaz maliki devletin sorumluluğu (MK.m.1007) cihetine gidebilir⁴⁸.

Açıklandığı şekilde taşınmaza bağlı irtifakın kurulması da bir tescille iktisap hali oluşturmaktadır. Zira yolsuz da olsa, taşınmaza bağlı irtifakın kurulabilmesi ve iktisap edilebilmesi için mutlaka daha önce yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasına işlenmiş bir tescilin bulunması gerekir. Aksi takdirde, bu suretle bir irtifakın kurulması ve iktisabı sözkonusu olmaz. Unutulmamalıdır ki, böyle bir sonucun doğması için irtifak hakkını bu suretle iktisap edenin üçüncü kişi olması, üçüncü kişinin iyiniyetli bulunması ve onun yararlanan taşınmazı geçerli bir şekilde devralması, iyiniyetinin yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasındaki (yolsuz) tescile dayanması gerekir.

⁴⁸ STEINAUER, II, N.2237, 2239.

B. Taşınmaza Bağlı İrtifakın Tescilsiz Kurulması

MK.m.780/II'de taşınmaz mülkiyetine yapılan yollama dolayısıyla bu maddenin 3.fıkrasında ve MK.m.705/II'de zikredilen hallerde taşınmaza bağlı irtifak hakkı tescilsiz olarak iktisap edilmiş olur. Böyle hallerde henüz tapu kütüğüne irtifakla ilgili bir tescil yapılmadan irtifak hakkı doğmuş ve hak sahibince iktisap edilmiş olmaktadır; daha sonra yapılacak olan tescil kurucu değil, açıklayıcı bir niteliğe sahiptir. Söz konusu maddelerde (MK.m.780/II ve III, 705/II) sayılan taşınmaza bağlı irtifakın tescilsiz iktisabına yol açan haller, zamanışımı, miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma ve kanunda öngörülen diğer hallerdir.

1. Taşınmaza Bağlı İrtifakın Zamanaşımı ile İktisabı

MK.m.780/II ve III ile yapılan yollamadan taşınmaz mülkiyetinin zamanışımıyla iktisabına ilişkin hükümlerin (MK.m.712-714) taşınmaza bağlı irtifaklara kıyas yoluyla⁴⁹ uygulanabileceği anlamı çıkmaktadır. Zira maddenin üçüncü fıkrasında “irtifak hakkının zamanışımı yoluyla kazanılması, ancak mülkiyeti bu yolla elde edilebilecek taşınmazda mümkündür” denilmektedir. Bu metnin muhtevası uzun zaman tartışılmıştır. Bazı yazarlar bu metinden maliki olmayan sahipsiz taşınmazlarda zamanışımıyla taşınmaza bağlı irtifakın iktisap edilebileceği sonucunu çıkarmışlardır. Böyle bir sonuç maliki bulunan sahipli taşınmazlar üzerinde taşınmaza bağlı irtifakın olağan zamanışımı yoluyla iktisap edilemeyeceği anlamına gelmektedir. Oysa kanunun anlamı böyle değildir; aksine kanun, taşınmaza bağlı olanlar da dahil, bütün irtifakların iktisabını, mülkiyetin bu yolla iktisabına ilişkin şartlara bağlamıştır. Bu bakımdan MK.m.780/III özel bir muhtevaya sahip değildir⁵⁰.

Taşınmaza bağlı irtifaklar, taşınmazlar gibi iki şekilde zamanışımıyla iktisap edilirler. İki şekilden maksat olağan ve olağanüstü zamanışımıyla iktisaptır⁵¹. MK.m.712'deki şartların gerçekleşmesi halinde olağan zamanışımı (sicil zamanışımı) ile; MK.m.713'deki şartların gerçekleşmesi halinde olağanüstü zamanışımıyla taşınmaza bağlı irtifak iktisap edilmiş olur⁵².

a. Taşınmaza Bağlı İrtifakın Olağan Zamanışımıyla İktisabı

Taşınmaza bağlı irtifakın olağan zamanışımıyla iktisabı, taşınmazın bu yolla iktisabıyla aynı şartlara tabidir. Buna göre bir taşınmaza bağlı irtifakın bu suretle iktisabı aşağıdaki şartların gerçekleşmesine bağlıdır.

⁴⁹ STEİNAUER, II, N.2239, 2242.

⁵⁰ STEİNAUER, II, N.2239; LİVER, Art.731, N.116 vd.; REY, Art.731, N.147 vd.

⁵¹ STEİNAUER, II, N.2240.

⁵² KÖPRÜLÜ/KANETİ, 62; Y 8 HD. 04.12.1980, 11065/1140 (YKD. 1981,sy.2,sh.183).

aa. Her şeyden önce, ilerde üzerinde olağan zamanaşımıyla irtifak hakkı iktisap edilecek olan yüklü taşınmazın tapu kütüğünde kayıtlı olması gerekir⁵³. Henüz tapu kütüğüne kaydedilmemiş olan bir taşınmaz üzerinde bu tür irtifakın olağan zamanaşımıyla iktisabı sözkonusu olmaz. Zira irtifakın kurulmasına ve iktisabına neden olan tescil, yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasına yapılacak olan irtifak tescilidir. Bu tescilin yapılabilmesi için öncelikle yüklü taşınmazın tapu kütüğünde kayıtlı olması gerekir. Taşınmaza bağlı irtifakın kurulması ve iktisabı kamu emlakı üzerinde de söz konusu olabilir⁵⁴. Ancak bunun için öncelikle sözkonusu kamu emlakının tapu kütüğüne kaydı gerekir. Aksi takdirde, irtifakın olağan zamanaşımıyla iktisabından söz edilemez.

bb. Taşınmaza bağlı irtifak yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasındaki irtifaklar sütununa tescil edilmiş olmalıdır. Bu tescilin yolsuz (geçersiz) bir tescil olması gerekir. Tescilin yolsuzluğuna çoğunlukla TBK.m.27'de sayılan sebeplerle sakatlanmış bir iktisap sebebi yol açar. Bu cümleden olarak şekil eksikliği, ehliyetsizlik, yetkisizlik, emredici hukuk kurallarına, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırılık gibi herhangi bir sebeple sakatlanmış iktisap sebebine binaen yüklü taşınmazın irtifaklar sütununa yapılmış olan tescil yolsuzdur. Bununla birlikte, tescil talebi olmadan veya yanlışlıkla yapılan tescil de yolsuzdur. Meselâ tescil talebi olmadan tapu kütüğüne yapılan irtifak tescili yolsuz olduğu gibi, (A) yüklü taşınmazının tapu kütüğü sayfasına yapılacak yerde, yanlışlıkla (B) taşınmazının tapu kütüğü sayfasına yapılan irtifak tescili de yolsuzdur. Bütün bu hallerde, yararlanan taşınmaza bağlı olarak yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasına tescil edilen irtifak hakkı şeklen (görünürde) var, maddeten (aynî olarak) yoktur⁵⁵.

cc. Yararlanan taşınmaz maliki yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasına yolsuz olarak tescil edilmiş irtifaka, irtifak hakkı sahibi sıfatıyla zilyet olmalıdır⁵⁶. İrtifaka zilyetlik, irtifak hakkının fiilen kullanılmasından ibarettir (MK.m.973/II) ⁵⁷. Bu tür bir zilyetlik, yüklü taşınmaz üzerinde aktif bir davranışta bulunmaya imkânı veren olumlu irtifaklarda mümkündür. Meselâ yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasına yolsuz tescil edilmiş bir geçit irtifakına, her gün oradan gelip geçen yararlanan taşınmaz maliki irtifak hakkı sahibi sıfatıyla zilyettir. Onun bu zilyetliği bir eşya zilyetliğidir bir başka ifade ile fiilen (eylemli) bir zilyetliktir. Bu konuda bir tereddüt yoktur. Buna karşılık, irtifak hakkı sahibine yüklü taşınmaz üzerinde aktif bir davranışta bulunmasını gerektirmeyen olumsuz irtifaklarda böyle bir zilyetliğin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği konusunda bir tereddüt sözkonusu olabilir. Bu konuda da tereddüde

⁵³ STEİNAUER, II, N.2241 b.

⁵⁴ STEİNAUER, II, N.2241 b.

⁵⁵ GÜRSOY/EREN/CANSEL, 628 vd.; STEİNAUER, II, N.2241 c.

⁵⁶ GÜRSOY/EREN/CANSEL, 829; KÖPRÜLÜ/KANETİ, 62 vd.; STEİNAUER, II, N.2241 d.

⁵⁷ STEİNAUER, II, N.2241 d.

gerek yoktur. Zira olumsuz irtifaklarda bu tür bir zilyetliğin gerçekleşmesi için yüklü taşınmaz malikinin tapu kütüğüne yolsuz tescil edilmiş irtifak hakkına uygun davranması ve bu sebeple kanundan doğan hak ve yetkilerini kullanmaktan kaçınması yeterlidir. Bunun gibi, yüklü taşınmaz maliki yolsuz tescil edilmiş olumsuz irtifaka aykırı davrandığı zaman tapuda irtifak hakkı sahibi görünen iyiniyetli kimse tarafından irtifaka uygun davranması istenmiş, bu konuda dava veya icra yoluna başvurulmuşsa, sözkonusu anlamda bir zilyetlik gene gerçekleşmiş sayılır⁵⁸. Meselâ, arka taraftaki yolsuz tescil edilmiş taşınmaz maliki lehine tapuda manzara irtifakı ile yüklü taşınmaz maliki, arka tarafta bulunan yararlanan taşınmazın manzarasını kapatacak inşaat yapmaktan veya perdelemekten kaçınmışsa yahut yaptığı böyle bir inşaat ve perdeleme üzerine yararlanan taşınmaz malikinin itirazına veya davasına maruz kalmışsa, yararlanan taşınmaz malikinin irtifak hakkı sahibi sıfatı ile zilyetliği bu suretle gerçekleşmiş olur. Onun bu tür zilyetliği bir hak zilyetliği oluşturur.

dd. Yararlanan taşınmaz malikinin bu zilyetliği iyiniyetli ve irtifak hakkı sahibi sıfatıyla olmalı, 10 yıl davasız ve aralıksız sürmelidir. Buradaki iyiniyetten maksat sübjektif iyiniyettir. Daha açık ifadesi ile yararlanan taşınmaz malikinin yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasındaki taşınmazına bağlı irtifaka ilişkin tescilin yolsuz olduğunu bilmemesi yahut bilebilecek durumda olmamasıdır. Aksi takdirde iyiniyet sözkonusu olmaz.

Öte yandan burada aranan zilyetlik malik sıfatıyla değil, irtifak hakkı sahibi sıfatıyla olan zilyetliktir⁵⁹. Bunun anlamı yararlanan taşınmaz maliki yüklü taşınmazı kullanır ve ondan yarar elde ederken irtifak hakkı sahibi olduğu bilincine sahip olması ve bu bilinçle hareket etmesidir. Aksi takdirde bu şart yerine gelmemiş olur. Meselâ malik sıfatı ve bilinci ile hareket eden veya irtifak hakkı sahibi olduğu bilincine sahip olmayan bir taşınmaz maliki irtifak hakkını bu yolla iktisap edemez.

Yararlanan taşınmaz malikinin iyiniyetli ve irtifak hakkı sahibi sıfatıyla olan bu zilyetliğinin davasız ve aralıksız 10 yıl sürmesi gerekir. Buradaki davasızlık tan maksat yüklü taşınmaz maliki tarafından kendi taşınmazı üzerindeki irtifaka ilişkin yolsuz tescilin düzeltilmesi davasının açılmamış olmasıdır (MK.m.2025). Aynı şekilde MK.m.683/II uyarınca yüklü taşınmaz maliki tarafından yararlanan taşınmaz maliki aleyhine açılan elatmanın önlenmesi davası da aynı etkiye sahiptir. Her iki dava da davasızlığı sona erdirir⁶⁰. Buna karşılık yüklü taşınmaz malikinin veya herhangi bir üçüncü kişinin gerçek durumu yararlanan taşınmaz malikine ihtar veya ihbar etmesin davasızlığı ortadan kaldırmaz. Ancak böyle bir durumda iyiniyeti ortadan kalkan ve bu suretle zamanaşımıyla iktisabın şartlarından biri gerçekleşmemiş olur⁶¹.

⁵⁸ STEİNAUER, II, N.2241 d.; bkz. ayrıca KÖPRÜLÜ/KANETİ, 62 vd.

⁵⁹ KÖPRÜLÜ/KANETİ, 62 vd.

⁶⁰ STEİNAUER, II, N.2241 c.

⁶¹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 422, N.1528.

“Aralıksız” sürme şartına gelince, bundan maksat yararlanan taşınmaz malikinin bu sıfatla sahip olduğu zilyetliğini 10 yıllık zamanaşımı süresince kaybetmemesi ve kesintiye uğramamasıdır. Yararlanan taşınmaz malikinin yüklü taşınmazdan zaman zaman, belirli aralıklarla veya mevsimler itibariyle yararlanması veya yararlanamaması zilyetliğin kesintiye uğradığı anlamına gelmez. Aynı şekilde yüklü taşınmazdan yararlanmaya sel, su baskını, kar ve don gibi tabii olayların geçici engel olması da zilyetliğin kesintiye uğramasına yol açmaz (MK m.976). Buna karşılık, yüklü taşınmaz süreklilik arzeden su baskını altında kalmışsa, artık yararlanan taşınmaz malikinin zilyetliği de kesintiye uğramış demektir⁶². Yüklü taşınmazı yararlanan taşınmaz malikinin bizzat kullanması ve ondan yarar elde etmesi gibi, onun rızasıyla üçüncü kişilerce işlenen benzer failer de zilyetliğin devamını sağlar. Yüklü taşınmaz üzerindeki zilyetliğin elden çıkmış olması halinde, onun açılacak zilyetlik davasıyla (MK m.984) veya başvurulacak idari yolla (3091 sayılı K. m.4) geri alınma ihtimali varsa, bu takdirde zilyetlik kesintiye uğramış olmaz. Bu ihtimal ortadan kalktığı andan itibaren de zilyetlik kesintiye uğramış olur⁶³.

MK.m.714’de, Borçlar Kanununun zamanaşımına ilişkin hükümlerine yollamada bulunulduğundan zilyetlik sürelerinin hesabı, kesintiye uğraması ve durması bu hükümlere (TBK.m.151, 153, 154) göre belirlenir. Meselâ zilyetliğin kesin kaybı halinde zaman aşımı kesilir; tekrar elde edilmesi halinde ise yeniden işlemeye başlar⁶⁴.

Zilyetlik irtifak hakkı sıfatıyla, iyiniyetli, davasız ve aralıksız 10 yıl sürmelidir. Bu sürenin tamamının hali hazır irtifak hakkı sahibi sıfatıyla zilyet olan kimsenin zilyetliğinde geçmiş olması şart değildir; o kimse, kendisinden önce aynı şartlarda geçen zilyetlik süresini kendi zilyetliğine (accessio possessionis) ekleyebilir. Meselâ, yararlanan taşınmazın önceki maliki 4 yıl süreyle irtifak hakkı sahibi sıfatıyla yüklü taşınmaz üzerinde zilyet olmuşsa söz konusu yararlanan taşınmazı devralan sonraki malik, kendi zilyetlik süresine bu 4 yıllık süreyi ekleyebilir. Ancak çoğu zaman taşınmaza bağlı irtifakın olağan zaman aşımıyla iktisabında buna ihtiyaç kalmaz. Zira sonraki yararlanan taşınmaz maliki iyiniyetliyse, tapuda yolsuz tescil edilmiş irtifak hakkını MK m.1023 uyarınca yararlanan taşınmazın mülkiyetini edindiği anda irtifak hakkını da iktisap etmiş olur. Buna karşılık, o kimse kötünietli ise söz konusu şartlardan biri olan “iyiniyetli olma” şartı somut olayda gerçekleşmediği için irtifak hakkının bu yolla iktisabı da gerçekleşmez (MK m.712)⁶⁵. 10 yıllık süre, yolsuz tescil ile zilyetliğin birleştiği andan itibaren işlemeye başlar. Bunlardan sadece birinin gerçekleştiği anda zamanaşımı süresi işlemez. Meselâ yolsuz tescil daha önce yapılmış, buna karşılık henüz zilyetlik gerçekleşmemişse, zamanaşımı işlemeye başlamaz. Bu-

⁶² OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 422 vd, N.1579.

⁶³ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 422 vd, N.1579.

⁶⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 423, N.1579, 424, N.1583.

⁶⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 423, N.1581.

nun aksine olan durumda da sonuç aynıdır. Zamanaşımının işlemeye başlaması için hem zilyetliğin, hem de yolsuz tescilin gerçekleşmiş olması gerekir⁶⁶.

Şartların tamamlanmasıyla birlikte irtifak hakkı olağan zamanaşımıyla iktisap edilmiş olur, tapu kütüğündeki yolsuz tescil, yapıldığı andan itibaren sıhhat (geçerlilik) kazanır. Bu suretle iktisap aslen ve kanun uyarınca (ipso juro) gerçekleşmiş olur, artık bu durumda yeni bir tescil yapmaya gerek kalmaz⁶⁷.

a. Taşınmaza Bağlı İrtifakın Olağanüstü Zamanaşımıyla İktisabı

MK.m.780/II ve III'de yapılan yollama dolayısıyla taşınmaza bağlı irtifakın olağanüstü zamanaşımıyla iktisabı da mümkün hale gelmiştir. Bunun için MK.m.713 ve 714'de öngörülen şartların somut olayda gerçekleşmiş olması gerekir. Gerçekleşmesi gereken şartlar taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımıyla iktisabı için aranan şartların aynıdır. Bunları taşınmaza, zilyetliğe ve usule ilişkin olmak üzere kendi içinde üç ana başlık altında toplamak mümkündür.

aa) Taşınmaza ilişkin şart, olağanüstü zamanaşımıyla iktisaba elverişli bir taşınmazın bulunmasıdır. Bu tür taşınmazların başında henüz tapuya kayıtlı olmayan ve özel mülkiyete elverişli bulunan taşınmazlar gelir. Tapu sicilinin oluşturulması ve tutulması sırasında tapuya kaydı unutulmuş veya henüz tapuya kaydı yapılmamış bulunan taşınmazlar ile Kad. m.14'e göre suluda 40 dönüme, kuruda 100 dönüme kadar tapusuz topraklar⁶⁸ özel mülkiyete elverişli taşınmazlar arasında sayılmaktadır.

Keza devletin hüküm ve tasarrufu altında olup da orman, mera, çayır, yaylak ve kışlık niteliğine sahip olmayan ve imar, ihyaya ile tarıma elverişli hale getirilebilen yerler, tapusuz köy boşluğu olan alanlar, iskân edilenlere özgülünen taşınmazlar bu suretle iktisap edilebilen tapusuz yerlerdendir⁶⁹. Tapuda kayıtlı olan bazı taşınmazlar da olağanüstü zamanaşımıyla iktisap edilebilirler. Bu cümleden olmak üzere tapuda kaydı bulunup da, bu kayıttan malikinin kim olduğu anlaşılamayan veya 20 yıl önce gaipliğine karar verilmiş kimse adına halen tapuda kayıtlı olan taşınmazlar (MK.m.713/II), keza senetsiz tasarruflarla el değiştirmiş olan taşınmazlar ile Bulgarlardan kalan taşınmazlar, Hazine veya mahalli idareler adına kayıtlı kapanmış yollar, olağanüstü zamanaşımı ile iktisap edilebilen taşınmazlardandır⁷⁰. İşte sayılan bu taşınmazlar üzerinde olağanüstü zamanaşımıyla başka bir taşınmaza bağlı irtifak hakkı da kurulabilmektedir.

⁶⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 424, N.1582.

⁶⁷ STEİNAUER, II, N.2241 f.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 425, N.1584.

⁶⁸ KILIÇ, II, 1723 vd.

⁶⁹ KILIÇ, II, 1724, 1735.

⁷⁰ KILIÇ, II, 1723.

Buna karşılık, hizmet, orta veya sahipsiz mal niteliğindeki kamu emlakı, kanunları uyarınca devlete kalan veya kamulaştırılan taşınmazlar, bataklıkların kurutulması sonucu elde edilen yerler, tuz yatakları, yerel idarelere kalan yol fazlalıkları ve benzeri yerler ise, olağanüstü zamanaşımıyla iktisaba elverişli değildirler. Dolayısıyla böyle taşınmazlar üzerinde olağanüstü zamanaşımıyla taşınmaza bağlı irtifak hakkı elde etmek imkânı bulunmamaktadır⁷¹.

bb) Zilyetliğe ilişkin şart ise, olağanüstü zamanaşımıyla iktisaba elverişli taşınmaz üzerinde, yararlanılan taşınmaz malikinin irtifak hakkı sahibi sıfatıyla 20 yıl süresince davasız ve aralıksız zilyet olmasıdır. Burada yararlanılan taşınmaz malikinin iyiniyeti aranmaz.

Olağanüstü zamanaşımıyla iktisaba elverişli taşınmaz üzerinde irtifak hakkı sahibi sıfatıyla zilyet olma konusunda olumlu irtifaklar bakımından bir sorun bulunmamaktadır. Zira olumlu irtifaklar sahibine yüklü taşınmaz üzerinde fiilen (eylemli olarak) zilyet olma, o taşınmazı fiili hâkimiyeti altında bulundurma imkânı veren irtifaklardandır. Hatta sağladığı yarar veya kullanmadan istifade edebilmek için sahibinin yüklü taşınmazı bu sıfatla fiili hâkimiyetinde bulundurulması bir zorunluluktur. Meselâ, sahibine doğrudan doğruya bir yarar sağlayabilmek için yüklü taşınmaza zilyet olmayı zorunlu kılan intifa, üst hakkı, su (kaynak) hakkı, oturmak (sükna) hakkı, geçit hakkı gibi olumlu ve karma irtifaklarda durum böyledir⁷². Buna karşılık, sahibine, yüklü taşınmaza fiilen zilyet olmasını gerektirmeden, sadece yüklü taşınmaz malikinin kendisine kanunun tanıdığı yetkileri kullanmaktan kaçınması sayesinde yarar sağlayan olumsuz irtifaklarda konu tartışmalıdır. Olumsuz irtifaklarda esas itibarıyla eşya zilyetliği değil, hak zilyetliği sözkonusu olur. Bu hususu da dikkate alan bir görüşe göre MK.m.973/II'de öngörülen hak zilyetliğinin gerçekleşmesi için bu suretle iktisap edilecek irtifak hakkının, yolsuz da olsa, tapuya tescil edilmiş olması gerekir. Aksi takdirde olumsuz irtifakların tapu dışı bir iktisap yolu olan olağanüstü zamanaşımıyla kazanılması mümkün olmaz. Buna karşı olan bir görüş ise, yüklü taşınmazın irtifakın özüne uygun fiili (eylemli) kullanımıyla oluşan sınırlı hâkimiyetin, tapuda herhangi bir tescile dayanmasa bile, hak zilyetliğine elverişli taşınmazlar üzerinde olağanüstü zamanaşımıyla irtifakın kazanılmasına imkân vereceğini ileri sürmüştür. Biz de bu ikinci görüşe üstünlük tanıyarak⁷³ olumsuz irtifakların olağanüstü zamanaşımı ile iktisap edilebileceğini benimsiyoruz. Zira belirtildiği gibi⁷⁴, MK.m.973/II'de hak zilyetliği için bir tescil şartı öngörülmüş değildir. Ayrıca olağanüstü zamanaşımıyla iktisaba elverişli bir taşınmaz üzerinde, mesela manzarasını kapatan imalat ve inşaat irtifak hakkı sahibi sıfatıyla itiraz eden, engel olmaya çalışan, idari ve hukuki yollara başvuran bir kimse, bu davranışlarıyla hak zilyetliğine sahip çıkmış demektir. Böyle

⁷¹ KILIÇ, II, 1732 vd.

⁷² ÜNAL/BAŞPINAR, 118 vd.

⁷³ KÖPRÜLÜ/KANETİ, 63.

⁷⁴ KÖPRÜLÜ/KANETİ, 63.

davranan bir zilyedin, diğer şartlar gerçekleştiği takdirde, söz konusu yüklü taşınmaz üzerinde, manzara ihtiyacı içinde olan taşınmazına bağlı bir irtifakı olağanüstü zamanaşımıyla iktisabının önünde hiçbir hukuki engel kalmaz; o manzara irtifakını bu suretle iktisap etmiş olur.

İrtifak hakkı sahibi sıfatıyla olan zilyetliğin davasız ve aralıksız 20 yıl sürmelidir. Buradaki davasızlıktan maksat, yüklü taşınmaz maliki tarafından irtifak hakkı sahibi sıfatıyla zilyet olan kimse aleyhine el atmanın önlenmesi davasının (MK.m.683/II) açılmamasıdır. İrtifak hakkı sahibi sıfatıyla zilyetlik bir fer'i zilyetlik⁷⁵ olup, asli zilyetliğin haksız ele geçirilmesine yol açmayacağından istihkak davasının açılması sözkonusu olmaz. Keza yüklü taşınmaz tapu kütüğüne kayıtlı olmadığından yolsuz tescilin düzeltilmesi davası da açılmaz.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, aleyhine açılan davalar dolayısıyla irtifak hakkı sıfatıyla zilyet olan kimsenin, bu zilyetliğin haksızlığını öğrenmesi, böylece kötü niyetli hale gelmesi, olağan zamanaşımıyla iktisabın aksine, onun sözkonusu irtifakı olağanüstü zamanaşımı ile iktisabına engel olmaz. Çünkü olağanüstü zamanaşımıyla iktisapta iyiniyet şart değildir ve o yüzden aranmaz.

“Aralıksız” ifadesinden maksat ise, irtifak hakkı sahibi sıfatıyla yüklü taşınmaz üzerinde kurulmuş olan zilyetliğin sürekli bir kesintiye uğramadan 20 yıl boyunca devam etmesidir. Olağan zamanaşımı ile iktisapta olduğu gibi, burada da geçici kesintiler taşınmaza bağlı irtifakın iktisabına engel olmaz.

İrtifak hakkı sahibi sıfatıyla yüklü taşınmaz üzerinde kurulan zilyetliğin davasız ve aralıksız 20 yıl sürmesi gerekir. Bu süre işlemeye, sözkonusu zilyetliğin yüklü taşınmaz üzerinde kurulduğu anda başlar. Bunun için, olağan zamanaşımıyla iktisaptaki durumun aksine, burada ayrıca ve ilaveten zilyetliğin iyiniyetli olması aranmaz, böyle bir aramaya gerek yoktur. Zira zilyedin iyiniyetli olması bu tür iktisabın bir şartı değildir; 20 yıllık sürenin başlangıcı için yüklü taşınmaz üzerinde anılan türden zilyetliğin kurulmuş olması yeterlidir. 20 yıllık davasız ve aralıksız zamanaşımı süresinin yararlanan taşınmazın hali hazır malikinin zilyetliğinde geçmesi şart değildir. O, önceki yararlanan taşınmaz malikinin döneminde geçen aynı şartlar ve nitelikteki zilyetlik süresini kendi zilyetlik süresine ekleyebilir (MK m.996). Buna *accessio possessionis* denir. Olağan zamanaşımıyla iktisabın aksine, olağan üstü zamanaşımıyla iktisapta *accessio possessionis* çoğu zaman mümkündür⁷⁶.

İrtifak hakkı sahibi sıfatıyla kurulmuş olan zilyetliğin üzerinden davasız ve aralıksız geçen 20 yıllık sürenin tamamlanmasıyla birlikte taşınmaza bağlı irtifak hakkı yararlanan taşınmazın hâlihazır maliki tarafından, henüz tapuda herhangi bir tescil işlemi yapılmadan önce iktisap edilmiş olur (MK m.713/V). Baskın görüş, bu iktisabın geriye etkili olacağı ve zamanaşımı süresinin başlangıç anından itibaren gerçek-

⁷⁵ ÜNAL/BAŞPINAR, 103 vd.

⁷⁶ Bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 445, N.1642.

leşeceği yönündedir⁷⁷. Böylece iktisap ettiği taşınmaza bağlı irtifak hakkını tapuda adına tescil ettirebilmek için yararlanan taşınmazın hâlihazır malikinin aşağıda açıklanan usulî işlemleri yerine getirmesi gerekir. Bu işlemler sonucu tapuda yapılacak olan tescil, kurucu değil, açıklayıcı etkiye sahiptir. Zira böyle bir durumda iktisap tescilden önce gerçekleşmiştir⁷⁸.

cc) Usule ilişkin şarta gelince, bunlar MK.m.713/II ve müteakip fıkralarında öngörülmüştür. Buna göre, usule ilişkin işlemler, sırasıyla;

- İrtifak hakkı sahibi sıfatıyla zilyet olan kimsenin, hakkının tescili için mahkemeye başvurması,
- Bu başvuru üzerine mahkemenin “bulunduğu yerde uygun araç ve aralıklarla en az üç defa” ilan vermiş olması,
- Son ilandan itibaren üç aylık itiraz süresinin beklenmesi,
- Bu süre içinde yukarıda açıklanan taşınmaza ve zilyetliğe ilişkin şartların somut olayda gerçekleşmediğini ileri sürerek itiraz eden biri çıkarsa, davanın görülmesine devam edilmesi,
- Aksi takdirde, yani itiraz eden olmaz veya yapılan itiraz yerinde görülmezse taşınmaza bağlı irtifakın tesciline karar verilmesinden ibarettir.

Sırasıyla açıklanan bu usulî süreç içinde önce tescil davası, hazine ve ilgili kamu tüzel kişileri veya varsa, tapuda malik görünen ve hakkında gaiplik kararı verilen kişinin mirasçıları aleyhine açılır (MK.m.713/II). Eğer üç aylık bekleme süresi itirazsız geçmişse veya yapılan itiraz yerinde bulunmamışsa, bunlara ilaveten davacı da iddiasını ispat etmişse, davaya bakan hakim irtifakın tesciline karar verir. Açıklayıcı niteliğe sahip bu tescil, biraz yukarıda anlatıldığı üzere, hem yüklü taşınmazın, hem de yararlanan taşınmazın tapu kütüğü sayfasındaki irtifaklar sütununa yapılır (MK.m.1018, TST.m.30/III). Burada belirtmek gerekir ki, yüklü taşınmaz tapusuz ise, irtifaka ilişkin tescilden önce o taşınmazın tapu kütüğüne kaydı gerekir⁷⁹. Buna karşılık, sözkonusu yüklü taşınmaz tapu kütüğünde kayıtlı ise, böyle bir işleme gerek kalmaz; doğrudan doğruya irtifak her iki taşınmazın tapu kütüğü sayfasındaki ilgili sütununa tescil edilir.

⁷⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 454, N.1674,1675; REİSOĞLU, La prescription, 81; SUNGURBEY, İktisabı, 84; OKTAY, 134.

⁷⁸ STEINAUER, II, N.1583, 2242e; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 450, N.1664 vd.; ATF 76 I 183=JdT 1951 I 69.

⁷⁹ ESMER, 724; GÜRSOY/EREN/CANSEL, 830; YİBK. 11.2.1959, 14 E/13 K (ESMER, 721).

2. Taşınmaza Bağlı İrtifakın Kamulaştırma Yolu İle İktisabı

Taşınmaza bağlı irtifak kamulaştırma yoluyla da tescilsiz olarak kurulabilir (MK.m.705/II). Kamulaştırma idareye tanınmış bir yetkidir. İdare bu yetkiyi kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla kullanır. Kendisine kamu yararı amacıyla tanınmış olan bu yetkiye dayanarak İdare, özel mülk konusu taşınmazın tamamını kamulaştırabileceği gibi, o taşınmaz üzerinde kamulaştırma yoluyla bir irtifak hakkı da kurabilir. Yeter ki bu suretle kurulacak olan irtifak hakkı görülme istenen kamu ihtiyacını karşılasın. İdare, taşınmazın tamamının kamulaştırılmasını veya üzerinde irtifak kurulmasını kendi adına yapabileceği gibi kamu hizmeti gören özel kişiler adına da yapabilir⁸⁰.

Kamu hizmetinin görülmesi için özel mülkiyet konusu taşınmaz üzerinde kurulacak irtifakın yeterli olduğu durumlarda daha çok bu yola başvurulur. Böyle durumlarda özel mülk konusu taşınmazın tamamının kamulaştırılması yerine, üzerinde irtifak hakkı kurulması bir yandan anayasal güvence altında olan mülkiyetin korunmasına, öte yandan kamu hizmetinin daha ekonomik şekilde sağlanmasına ve görülmesine hizmet eder. Zira kurulacak olan irtifakın kamu hizmetinin görülmesine yeterli olduğu durumlarda ilgili taşınmazın tamamının kamulaştırılmasında kamu yararı yoktur, dolayısıyla kamu yararı olamamasına rağmen böyle bir kamulaştırma da mülkiyet hakkının özüne haksız elatma oluşturur⁸¹. Üstelik bir taşınmaz üzerinde irtifak hakkı kurulması, tamamının kamulaştırılmasına oranla daima daha düşük bir bedelle gerçekleşir. Ayrıca bu sayede üzerinde irtifak kurulmuş olan yüklü taşınmaz maliki de mülkünün elverişli olan bölümünden eskiden olduğu gibi yararlanmaya ve onun üzerinde tasarrufta bulunmaya devam eder.

Türk Hukukunda kamulaştırma iki usulle yapılmaktadır (Kam.K. m.8, 10)⁸². Bunlardan biri, irtifakın taşınmaz üzerinde pazarlık yapılarak satın alma veya trampa etme yoluyla kurulması usulü; diğeri, irtifakın idarenin üstün kamu gücüne dayanarak aldığı tek taraflı kamulaştırma kararı ile kurulması usulüdür. İlk, usule kısaca pazarlık usulü ile kamulaştırma; ikinci usule, tek taraflı kararlar kamulaştırma usulü demek pek yanlış olmaz. Ancak belirtmek gerekir ki, her iki usulde de, idare uygulamaya geçmeden önce yapacağı bu tür işlemlere ilişkin bir kamulaştırma kararı almak zorundadır (Kam. K.m.7)⁸³. Bu kararı aldıktan sonra idare öncelikle taşınmaza bağlı irtifak hakkının kurulmasını pazarlık usulüyle gerçekleştirmeye çalışmalıdır. Zira Kam.K.m.7 ile bu usulün öncelikle uygulanması esası getirilmiştir⁸⁴.

⁸⁰ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz.: ATAY, 783 vd., STEİNAUER, II, N.1585 vd, 2243 b vd.

⁸¹ ATAY, 795, 796 vd.

⁸² ATAY, 801 vd.

⁸³ ATAY, 801.

⁸⁴ ATAY, 801.

İdare pazarlık usulü ile kamulaştırmayı gerçekleştirebilmek için önce özel mülk konusu taşınmaz üzerinde kurulmak istenen irtifakın; kanunda öngörülen usullere uyarak tahmini bedelini kendi bünyesinde belirlemesi gerekir. Daha sonra duruma göre peşin veya taksitle ödemek veya idareye ait bir başka taşınmazla trampa etmek suretiyle taşınmaz üzerinde irtifak kurmak istediğini malike resmi taahhütlü bir yazı ile bildirmek zorundadır. Malik veya temsilcisi tarafından, sözkonusu yazının tebellüğ tarihinden itibaren 15 gün içinde yapılacak başvuru üzerine pazarlık görüşmelerine geçilir. Bu görüşmeler sonucu bedelde veya trampada anlaşmaya varılması halinde, anlaşmaya ilişkin bir tutanak düzenlenir ve görüşmeye katılanlarca imza altına alınır. Tutanağın düzenlenme tarihinden itibaren en geç 45 gün içinde bedeli ödemeye hazır olduğunu bildiren bir yazı ile İdare tarafından malike veya temsilcisine duyurulur, belirlenen günde tapuda İdare adına ferağda bulunması istenir. Malik veya temsilcisi bu isteğe uyup tapuda İdare adına ferağda bulunduğu takdirde, irtifak hakkı yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasında irtifaklara ayrılmış özel sütuna tescil edilir. Böylece irtifak hakkı, hukuki işlemle olduğu gibi, pazarlık usulü uyarınca tapuda yapılan tescille kurulmuş olur. Bize göre sözkonusu tescil kurucu etkiye sahiptir. Aksine bir ifade ile pazarlık usulünce kurulan irtifak, irtifakın tescilsiz kurulduğu bir hali oluşturmaz. Bu usulle kurulan irtifak hakkı kamulaştırma yoluyla kurulmuş sayılır, yapılan kamulaştırmaya veya bedeline karşı itiraz davası açılmaz (Kam.K.m.8).

Pazarlık sürecinde taşınmaz maliki veya yetkili temsilcisi ile anlaşma sağlanamaması halinde İdare, sözkonusu taşınmaz üzerinde irtifak hakkının kurulabilmesi için (tek taraflı) kamulaştırma usulüne başvurmak zorundadır. Bu usulde bedele, kamu yararına, idari tasarrufun iptaline ilişkin adli ve idari yargıda açılan davalarda uyuşmazlıklar giderildikten sonra davaya bakan yerel mahkeme kamulaştırma ve irtifakın tapuya tescili yönünde karar verirse, bu kararlar birlikte irtifak hakkı tescilden önce kurulmuş ve aynı anda idarece kazanılmış olur. Taşınmaz maliki veya temsilcisi yerel mahkemenin verdiği tescil kararına Yargıtay nezdinde temyizden itiraz edemez; buna karşılık bedele itiraz edebilir (Kam.K.m.10). Böylece kararın tescile, dolayısıyla taşınmaz üzerinde kamulaştırma olayla irtifak kurulmasına ilişkin bölümü kesinleşmiş olur. İşte kararın sözkonusu bölümünün kesinleşmesiyle birlikte irtifak hakkının kurulması ve aynı anda idare tarafından kazanılması da, henüz tapuda bir tescil yapılmadan gerçekleşmiştir⁸⁵. Bu durumda sonradan tapu kütüğüne yapılacak olan irtifaka ilişkin tescil kurucu değil, açıklayıcı etkiye sahiptir. O yüzden irtifak hakkının tek taraflı kamulaştırma usulünce kurulması da bir tescilsiz kurulma ve iktisap halidir.

Yüklü taşınmaz üzerinde kurulan irtifakın taşınmaza bağlı olabilmesi için bir de yararlanan taşınmazın bulunması ve bu suretle kurulan irtifakın onun tapu kütüğü sayfasına tescili gerekir. İdarenin taşınmazları çoğunlukla kamu malı niteliği taşıdığına ve bunların tapu kütüğüne kaydı yapılmadığına göre acaba sözkonusu taşınmazla-

⁸⁵ ATAY, 804.

rın yararlanan taşınmaz olmaları mümkün müdür? Bu konuda öncelikle bir ayırım yapmak gerekir. Bilindiği üzere⁸⁶ İdarenin taşınmazları önce özel mülk konusu ve kamu malı olmak üzere ikiye; sonra da kamu malı taşınmazlar kendi içinde hizmet malı, orta malı ve sahipsiz mallar olmak üzere üçe ayrılmaktadır. İdarenin özel mülk konusu taşınmazları ile hizmet malı taşınmazları tapu kütüğüne kaydedilirler. O yüzden bu tür taşınmazların yararlanan taşınmaz olmalarının önünde hiçbir engel bulunmamaktadır. Buna karşılık orta malı ve sahipsiz mal niteliği taşıyan taşınmazlar, kural olarak tapuya tescil edilmezler. Bununla birlikte istisnaen de olsa bunlardan bazılarının tapuya tescil edildiği durumlar da vardır. Böyle durumlarda tapuda kaydı olan orta malı veya sahipsiz mal kategorisine giren taşınmazlar da yararlanan taşınmaz konumunda olabilirler. Buna karşılık, tapuda kaydı olmayan orta malı veya sahipsiz mal kategorisine giren taşınmazlara gelince; bunların da yararlanan taşınmaz olmaları mümkündür. Ancak, bunun için sözkonusu taşınmazların öncelikle tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydı gerekir. Mesela sahipsiz kamu malları kategorisine dahil ormanlık alanlarda inşaa edilmiş turistik bir otele ulaşabilmek için özel mülk konusu araziler üzerinden geçmek gerekiyorsa, bu araziler üzerinde otele bağlı bir geçit irtifakı kurma ihtiyacı var demektir. Böyle bir durumda önce otelin üzerinde kurulacağı yerin kadastro çalışmaları yapıp tapuda ayrı bir sayfaya Hazine adına kaydının yapılması gerekir (Tur.Yön.m.5/II, 6/I). Tapuya yapılan bu kayıt sayesinde, sahipsiz mal niteliğindeki taşınmaza bağlı geçit irtifakının kurulması da imkan dahilinde girmiş olur. Kamulaştırma sonucu kurulan geçit irtifakı hem yüklü taşınmazın hem de yararlanan taşınmaz konumunda bulunan ve üzerinde otel yapılmış olan taşınmazın tapu kütüğüne sayfasına tescil edilir; böylece sahipsiz kamu malı niteliğindeki taşınmaza bağlı bir geçit irtifakı kurulmuş olur. Durum orta malı niteliğinde olan taşınmazlar bakımından da aynıdır. Bunu anlayabilmek için örnekteki otel yerine bir orta malı olan kamuya açık parkı ikame etmek yeterlidir. Kamulaştırma yoluyla özel mülk konusu taşınmazlar üzerinde kurulan geçit irtifakı yararlanan taşınmaz durumunda olan parkın tapu kütüğüne sayfasına tescil edilir, böylece parka bağlı bir taşınmaz irtifakı meydana gelmiş olur.

3. Taşınmaza Bağlı İrtifakın Mahkeme Kararıyla İktisabı

İki taşınmaz maliki, aralarında resmi şekilde düzenledikleri sözleşme ile biri kendi taşınmazı üzerinde diğersinin taşınmazına bağlı bir irtifak kurmayı taahhüt edebilir. Buna rağmen taşınmaza bağlı irtifak kurma taahhüdünde bulunan taraf, irtifakın kurulması için gerekli olan tescil talebinde bulunmaktan kaçınabilir. Böyle bir durum zorunlu irtifaklarda da ortaya çıkabilir⁸⁷. Kanun uyarınca taşınmazı üzerinde zorunlu olarak geçit (MK.m.747), mecra (MK.m.744), su (kaynak MK.m.761) veya

⁸⁶ ÜNAL, Orman, 74 vd.

⁸⁷ STEINAUER, II, N.2243 e.

taşkın yapı (MK.m.725/III) irtifakı kurmakla yükümlü olan malik, kendisine bu konuda hak sahibi tarafından yöneltilmiş bulunan anlaşma ve tescil talebini kabul etmeyebilir. Her iki durumda da hak sahibi durumunda olanlar mahkemeye başvurarak taşınmazlarına bağlı irtifakın tanınmasını ve tapuya tescilini talep edebilirler. Mahkemenin talep doğrultusunda verdiği karar ile birlikte taşınmaza bağlı irtifak hakkı, henüz tapu kütüğünde bir tescil yapılmadan, kurulmuş ve davacı tarafından kazanılmış olur. Zira mahkeme kararıyla taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce edilmesine ilişkin MK.m.705/II'nin hükmü taşınmaza bağlı irtifakın kazanılmasında da uygulanır (MK.m.780/II)⁸⁸. Mahkemenin talep doğrultusunda verdiği karar yenilik doğuran⁸⁹ bir karardır. Ancak kararın kurucu etkisinin doğması için HMK. m367/II uyarınca kesinleşerek icra kabiliyetini kazanması gerekir. Daha sonra yüklü ve yararlanan taşınmazların tapu kütüğü sayfalarına yapılacak olan tescil artık kurucu değil, açıklayıcı etkiye sahiptir⁹⁰. Bu nitelikte ki tescilin yapılması davalı tarafından talep edilebileceği gibi, dava lehine sonuçlanan hak sahibi davacı tarafından da talep edilebilir.

4. Taşınmaza Bağlı İrtifakın İhale Yoluyla İktisabı

Bu konuda görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüşe göre haciz konusu veya iflas masasına dâhil olan taşınmazın paraya çevrilmesi sonucu ihaleye katılan alıcı mülkiyeti kazanır. Bu durumda bir irtifakın kurulması sözkonusu olmaz⁹¹. Diğer bir görüşe göre ise bir taşınmazın cebri icra yoluyla ihalesi de bir taşınmaz irtifakının kurulmasına yol açabilir. Tapu sicili belgesinde görülen veya üçüncü kişi tarafından üretilmiş bir irtifak gerçekte yok hükmündedir. Bununla birlikte o, ihale konusu taşınmazın üzerindeki yükümlülüklerle itiraz edilmemiş olması sonucu meydana gelebilir. Bazen cebri icra konusu taşınmazı takyit eden irtifaklar bu yolla hayat bulabilirler⁹². Bundan başka, taşınmazı paraya çevirmekle yükümlü icra memurunun yetkileri arasında bu taşınmazı takyit eden yeni bir irtifakın kurulmasını re'sen önleme yetkisi yoktur. Alınacak böyle bir işlem mutlak butlanla batıl olur ve ihale sırasında irtifakın doğumuna esas olamaz⁹³.

Biz bu görüşlerden ilkinin yerinde ve isabetli buluyoruz.

⁸⁸ KÖPRÜLÜ/KANETİ, 63 vd.

⁸⁹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, 267.

⁹⁰ KÖPRÜLÜ/KANETİ, 64.

⁹¹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 792, N.2802.

⁹² STEINAUER, II, N.2243 d; ATF 97 III 89-99=JdT 1972 II 102-111.

⁹³ STEINAUER, II, 2243 d.

5. Taşınmaza Bağlı İrtifakın İşgal Yoluyla İktisabı

Taşınmaza bağlı irtifakın işgal yoluyla, tescilsiz olarak iktisabı mümkündür⁹⁴. Ancak bunun için üzerinde bu yolla irtifak kurulacak olan taşınmazın tapuda kayıtlı olması, malikinin terk etmesi sonucu sahihsiz hale gelmesi, işgal ile mülk edinmeye elverişli bulunması gerekir (MK.m.707). Bu şartları haiz olmayan taşınmazlar üzerinde işgal yoluyla taşınmaza bağlı irtifak kurulamaz. Mesela, tapuya kayıtlı olmayan (MK.m.707/II) taşınmazlar ile devletin hüküm ve tasarrufu altında olan sahihsiz yerler, keza tapulamaya tabi olmayan kamu malı niteliğindeki yerler üzerinde taşınmaza bağlı irtifak kurmak mümkün değildir⁹⁵.

İşgal, irtifak kurmak isteyen kimsenin bu yönde oluşan zilyetlik iradesinin sözkonusu taşınmaz üzerinde tesis etmesiyle gerçekleşmiş olur⁹⁶. Yüklü taşınmaz üzerinde olumlu bir davranışta bulunmayı, dolayısıyla fiili hâkimiyet kurmayı gerektiren olumlu irtifaklarda işgal fiilinin işlenebileceği konusunda bir şüphe ve tereddüt bulunmamaktadır. Buna karşılık, sahibine yüklü taşınmaz üzerinde olumlu bir davranışta bulunmadan yararlanma imkânı veren olumsuz irtifaklar bakımından aynı şeyi söylemek kolay görünmemektedir. Doktrinde işgal yoluyla bu tür irtifakların iktisabını da mümkün görenler bulunmaktadır⁹⁷. Bunlara göre olumsuz irtifaklarda zilyetlik yüklü taşınmazın aleyhe olan kullanımına itiraz ve yasaklamalardan ibarettir. Bununla birlikte, ortada tapuda kayıtlı olan sahihsiz bir taşınmaz olduğuna göre bu itiraz ve yasaklama kime yöneltilerek yapılacaktır? Bu noktada, iktisap iradesinin açığa vurulması, özellikle tescil talebinde bulunması zilyetliğin tesisi, dolayısıyla işgal olarak kabul edilmektedir⁹⁸.

Taşınmaza bağlı irtifakın işgal yoluyla iktisabı, açıklandığı üzere, teorik⁹⁹ olarak mümkündür. Ancak bunun pratikte gerçekleşme ihtimali yok denecek kadar azdır. Zira bu yolla üzerinde taşınmaza bağlı irtifak kurulabilecek taşınmazlar aynı zamanda aynı şekilde mülk edinilmeye de elverişlidirler. O yüzden sözkonusu sahihsiz taşınmaz üzerinde işgalde bulunan kimse çoğu zaman iş hayatına hâkim olan anlayış uyarınca irtifak kurmayı değil, onun mülkiyetini edinmeyi tercih edecektir.

6. Taşınmaza Bağlı İrtifakın Hukuki İşlemlerle Tescilsiz İktisabı

Taşınmaza bağlı irtifak hakkının henüz tapu kütüğünde bir tescil yapılmadan,

⁹⁴ PİOTET, 48.

⁹⁵ STEINAUER, II, N.2243a; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 405, N.1508 vd.; 791, N.2799.

⁹⁶ STEINAUER, II, 2243a.

⁹⁷ PİOTET, 48.

⁹⁸ PİOTET, 48 vd.; STEINAUER, II, N.2243a; LİVER, 14, N.24.

⁹⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 791, N.2799.

yapılan hukuki işlemle iktisap edildiği iki hal vardır. Her iki hal de mecra irtifakı ile ilgilidir. Bunlardan biri MK.m.727/III'de öngörülmüştür. Buna göre irtifak konusu mecra dışarıdan görülecek şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, irtifak hakkı mecranın yapılmasıyla birlikte kurulur. Böyle hallerde mecra irtifakının kurulmasına ilişkin sözleşmenin tapu sicil müdürlükleri huzurunda yapılmasına gerek yoktur; bunun için sözleşmenin noterce düzenlenmiş olması yeterlidir¹⁰⁰. Diğeri de zorunlu mecraya ilişkin MK.m.744/III'de düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre mecra konusu tesisler ister açıktan geçsin ister kapalı geçsin, yapımı sonrasında zorunlu mecra irtifakı sahibinin istemi üzerine tapu kütüğüne tescil olunur. Bu düzenlemeden anlaşıldığı kadarıyla irtifak hakkı, tarafların irtifakın şekli ve tazminat konusunda anlaşması ile birlikte kurulmakta ve iktisap edilmektedir¹⁰¹. Bu durumda tapuya yapılacak tescil kurucu değil, açıklayıcı bir tescildir.

MK.m.705/II'de tescilsiz iktisap hallerinden olarak zikredilen miras yoluyla taşınmaza bağlı irtifakın kurulması ve iktisabı sözkonusu olmaz. Bununla birlikte terekeye dahil yararlanan taşınmaza bağlı bir irtifak varsa, o taşınmazla birlikte irtifak da mirasçılara küllî halefiyet yoluyla intikal edecektir. Ancak bu intikal, miras yoluyla irtifakın kurulması anlamına gelmez.

SONUÇ

Taşınmaza bağlı irtifak uygulanma imkânı yüksek olan bir irtifak türüdür. Bu irtifak türünde, yararlanan ve yüklü taşınmaz olmak üzere iki taşınmaz bulunmaktadır. Sözkonusu irtifak tapuya yapılacak tescille kurulabileceği gibi, tescilsiz olarak da kurulabilmektedir. Tescil ile kurulması halinde, kanun (MK.m.1018) bunun her iki taşınmazın tapu kütüğü sayfasına tescilini öngörmektedir. Bu durum önemli sonuçları olan görüş ayrılıklarına yol açmıştır. Sözkonusu görüş ayrılıklarını giderebilmek için irtifakların kurulması konusunda benimsenmiş olan esastan ayrılmamak gerekir. Bu esasa göre ister taşınmaza, ister şahsa bağlı olsun irtifaklar kaideten yüklü taşınmazın tapu sicili sayfasındaki irtifaklar sütununa yapılan tescille kurulurlar. Burada da taşınmaza bağlı irtifakın kurulmasını yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasındaki irtifaklar sütununa yapılacak tescile bağlamak gerekir. Buna karşılık yararlanan taşınmazın tapu kütüğüne yapılacak kayıt ile de aradaki bağlantının varlığını göstermek gerekir. Bunun için en uygun tapu sicili işlemi ise beyanlar hanesine yapılacak kayıttır. Nitekim kat mülkiyeti Kanununda (KMK.m.6/II) eklentilerin kaydında böyle bir yol izlenmiştir. Taşınmaza bağlı irtifakın tescil ve kaydında aynı yol izlendiği taktirde hem eklentilerin kaydıyla paralellik sağlanmış hem de görüş ayrılıklarının önüne geçilmiş olur.

¹⁰⁰ STEINAUER, II, N.1667, 2243 f.

¹⁰¹ STEINAUER, II, N.1854 vd., 2243 f.