

ZORUNLU İRTİFAKLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ

*Doç. Dr. Çiğdem KIRCA**

GİRİŞ

Bir taşınmaz malikinin, irtifak hakkına ihtiyacı bulunduğu, aksi takdirde zor durumda kalacağı hallerde kurulan irtifak haklarına zorunlu irtifaklar denir¹. Kanun bu gibi durumlarda öngördüğü şartların gerçekleşmesi halinde zorda kalan kişiye bir irtifak hakkının kurulması talebi (istemi) tanımaktadır. Bunlar, taşkın yapı (MK 725); zorunlu mecra (MK 744); zorunlu geçit (MK 747) ve zorunlu su (MK 761) irtifaklarıdır.

Zaruret hakları olarak da isimlendirilen zorunlu irtifaklar, komşuluk hukukunun konusuna girmektedir. Bir taşınmaz maliki, ana yola çıkmak veya mecra geçirmek için komşusunun taşınmazını kullanmak zorunda olabilir. Bir tarafta, ihtiyacından fazla suya sahip bir taşınmaz varken, diğer tarafta komşu taşınmaz su ihtiyacı içinde bulunabilir. İyiniyetli taşınmaz maliki komşunun taşınmazına yaptığı yapı ile taşmıştır. Taşan kısım üzerinde komşunun mülkiyet hakkının bulunması, taşma yapan taşınmaz malikini zor duruma düşürebilir. Tüm bu olaylarda olağanüstü bir durum söz konusudur. Bir tarafta gerçekten zor durumda kalan, zaruret hali içinde olan bir taşınmaz maliki, diğer tarafta, komşunun bu zaruret halini taşınmazının onun tarafından kullanılmasına katlanmak veya bazı yetkileri kullanmaktan kaçınmak suretiyle giderebilecek durumda olan bir başka taşınmaz maliki vardır. İşte böyle bir durumda kanun koyucu, bedeli tam veya uygun tazminat ile ödenmek kaydıyla, taşınmaz malikini mülkiyet hakkının kendisine sağladığı yetkilerden bazılarını kullanmaktan kaçınmak veya

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı

¹ **Rey, Heinz:** Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Sachenrecht, 2. Abt., Die beschränkten dinglichen Rechte, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, 1. Teilbd.: Die Grunddienstbarkeiten, Erste Lieferung: Systematischer Teil und Art. 730 und 731 ZGB, Bern 1981 (BernK-Rey), Vorbem. Art. 730-736, N. 25; **Simonius, Pascal/Sutter, Thomas:** Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Bd.I, Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum Basel 1994, s. 447.

komşusu tarafından kullanılmasına katlanmakla zorunlu kılınmıştır (MK 725, 744, 747, 761). Böylece komşular arasındaki menfaat dengesi ve aynı zamanda sosyal barış ve adaletin sağlanması amaçlanmıştır.

Zorunlu irtifakların hukukî niteliği uzun süreli tartışmalara konu olmuştur. Önceden İsviçre ve Türk hukukunda hakim olan bir görüşe² göre, zorda kalan taşınmaz malikinin hakları, ayrıca bir hukukî işlem yapılması gerekmeksizin, kanun gereğince vardır. Bu haklar, irtifak hakkı niteliğinde olmayıp, mülkiyet hakkının kanundan doğan kısıtlaması niteliğindedir. Bugün İsviçre ve Türk hukukunda hakim olan görüşe³ göre ise, söz konusu bu haklar, sınırlı bir aynî hak, bir irtifak hakkıdır. Burada diğer irtifak haklarından farklı olarak irtifak hakkını kurma zorunluluğu vardır. Ancak bu istisna dışında zorunlu irtifakların diğer irtifak haklarından bir farkı yoktur. Kurulma zorunluluğunu kanundan aldığı için mülkiyet hakkının kanundan doğan dolaylı kısıtlaması niteliğindedir. Diğer taraftan, hakkın kurulmasına ilişkin talep (ve bunun karşılığında yükümlülük), bir aynî hak değil, taşınmaza malik olmaya bağlı bir kişisel hak, dolayısıyla eşyaya bağlı borç niteliğindedir.

Zorunlu irtifak haklarının kurulmasına ilişkin talebin yenilik doğuran bir hak mı, yoksa, kanundan doğan bir talep hakkı mı olduğu da tartışmalıdır. İsviçre hukukunda bugün hakim olan doktrin kanundan doğan bir talep hakkı olduğunu kabul ederken, Türk hukukunda konu tartışmalı olup, yenilik doğuran hak görüşü de savunulmaktadır.

Biz makalemizde yukarıdaki iki önemli tartışmaya yer vereceğiz.

I. Komşuluk Hukukundan Kaynaklanan Mülkiyet Kısıtlaması Görüşü

Bu görüşe göre⁴, zorda kalan taşınmaz malikinin hakları komşuluk

² Bkz., aşa., dn. 3.

³ Bkz., aşa., dn. 13.

⁴ **Haab, Robert/Simonius, August/Scherrer, Werner/Zobl, Dieter:** Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Erste Abteilung, Das Eigentum Art. 641 bis 729, 12. Lieferung, Zürich 1977, Art. 674, N. 25; 691, 692, 693, N. 2; 641, N. 2; **Leemann, Hans:** Kommentar zum ZGB, IV. Band, Sachenrecht, Erste Abteilung, 2. Auflage Bern 1920; Zweite Abteilung, I. Auflage Bern 1925, 680 N. 31, 674 N. 23, 692, N. 2, 32, 694 N. 6 710, N. 1, 14 (*Neuenschwander, Urs:* Die Leistungspflichten der Grundeigentümer im französischen Code Civil und schweizerischen ZGB unter besonderer Berücksichtigung des Nachbarrechts, Zürich 1966, s. 383'den naklen); **Wieland, Carl:** Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Zürich 1909, Art. 694, Bem. 4 s. 147; **Tobler, Thomas:** Die dinglichen Rechte des Zivilgesetzbuches dargestellt am Beispiel der Leitungen Aarau 1953, s. 112 vd.; **Akipek, Jale:** Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar), II. Kitap: Mülkiyet, Ankara 1971, s. 209, 210; 227-230; **Tandoğan, Haluk:** "Türk Hukukunda Mecralar", AHFD 1953, C. X, s. 613 vd., 615; **İmre, Zahir:** Kaynak ve Yeraltı Suları ve Hukuki Durumları, İstanbul 1951, s. 113 vd.; **Oğuzman, Kemal/Selici, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe:** Eşya Hukuku, 10.

ilişkilerine dayanan bir mülkiyet hakkı kısıtlamasıdır. Zorda kalan kişiye kanun tarafından tanınan haklar mülkiyet hakkının normal içeriğine dahildir ve burada mülkiyet hakkının içeriği ile ilgili bir durum söz konusudur⁵. Hak sahibinin yetkileri onun mülkiyet hakkının sınırları içinde bulunmakta ve hakkın bir parçasını oluşturmaktadır. Bu haklara katlanma yükümü de, yükümlü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkının içeriğinde bulunmaktadır.

Zorda kalan taşınmaz malikine tanınan haklar, yükümlü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkının içeriğine dahil öyle bir kısıtlamadır ki, bu kısıtlama kanunda öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde tapu siciline tescil gerekmeksizin mevcuttur. Ancak, kanun gereği var olmakla birlikte hak, sessiz, uyur bir durumdadır. Hakkın harekete geçmesi, etkili hale gelebilmesi için, sınırlamanın yükümlü tarafından kendi isteğiyle tanınması veya hakim tarafından gerekli şartların gerçekleştiğinin tespit edilmesi gerekir⁶. Taraflar arasında, kanunun öngördüğü şartların var olup olmadığı yolunda çıkacak uyuşmazlık halinde açılan ya da şartların gerçekleştiği ileri sürülerek yetkilinin açacağı dava bir tespit davasıdır⁷. Yükümlünün rızası veya hakimin verdiği tespit kararı kurucu değil, açıklayıcı niteliktedir.

Bu haklar, kanundan doğan mülkiyet hakkı kısıtlaması niteliğinde olduğundan, kurulması için tapu siciline tescil şart değildir⁸. Zira doğrudan kanundan doğan hakların, tapu siciline tescilin sağladığı açıklığa gereksinimi yoktur. Burada kanundan doğan mülkiyet kısıtlaması söz konusu olmasına rağmen, kanun gereği mevcut olan bu hak, bir irtifak hakkının tesciline

Bası, İstanbul 2004, s. 444 (sadece zorunlu mecra açısından); **Özakman, Cumhuriyet**: Türk Hukukunda Mecra İrtifakları, İstanbul 1978, s. 163 vd., 164 (sadece zorunlu mecra açısından). Yazar, burada bir irtifak hakkının söz konusu olduğunu ve kanunda doğrudan mülkiyet kısıtlamalarının hiç kimse lehine bir aynî hak, bir irtifak hakkı sağlamadığı yolundaki kurala getirilen bir istisnanın bulunduğunu kabul etmektedir).

⁵ **Haab/Simonius/Scherrer/Zobl**, Art. 641, N. 2, 8, 18; **Wieland**, Art. 680, Bem. 3a.

⁶ **Haab/Simonius/Scherrer/Zobl**, Art. 674, N. 25; 691, 692, 693, N. 2; Art. 694, 695, 696, N. 21; Art. 709, 710 N. 20. Hakkın kurulmuş olmasına rağmen etkili olması için hak sahibince tanınması veya mahkeme kararı ile tespit edilmesi gerekliliği nedeniyle bir görüş burada dolaylı bir mülkiyet kısıtlaması bulunduğunu ileri sürmektedir (bkz., **Wieland**, Art. 680, N. 3a; **Akıpek**, s. 209, 210; **Tandoğan**, AHFD 1953, s. 614, 615). **Tobler**, mülkiyet kısıtlamasının kanun gereği var olduğunu ayrıca bu konuda talep edilmesine ve talebin tanınmasına gerek bulunmadığı görüşündedir (s. 112 vd., 113).

⁷ **Haab/Simonius/Scherrer/Zobl**, Art. 674, N. 27, Art. 691, 692, 693, N. 2, 21; Art. 709, 710 N. 20; **Tandoğan**, s. 616; **Akıpek**, s. 209; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 444 (zorunlu mecra açısından); **Özakman**, s. 166, 185 (zorunlu mecra açısından).

⁸ **Haab/Simonius/Scherrer/Zobl**, Art. 674, N. 27; Art. 691, 692, 693, N. 2, 21; Art. 709, 710 N. 20. Ancak, **Haab/Simonius/Scherrer/Zobl**, zorunlu geçit hakkı açısından tescili kurucu bir unsur olarak aramaktadır (Art. 694, 695, 696, N. 8); **Tobler**, s. 116 vd.; **İmre**, s. 114; **Özakman**, s. 198 vd.

ilişkin hükümlere göre tapu siciline tescil edilebilir⁹. Ancak bu tescil kurucu değil, açıklayıcı niteliktedir.

Burada sınırlı bir aynî hak söz konusu değildir¹⁰. Komşuluk hukukundan doğan kısıtlamalarda kısıtlamayı sağlama imkânı veren hak, içerik bakımından aynî haklara benzemekteyse de nitelik bakımından aynî hak değildir.

Bu görüşe göre, zorda kalan malike kanun tarafından verilen hak, onun mülkiyet hakkının içeriğine dahil olduğundan, bu hakkın ihlali halinde açılacak dava irtifak hakkına değil, mülkiyet hakkına dayanmaktadır¹¹.

II. Kanundan Kaynaklanan İrtifak Hakkı Görüşü

*Liver*¹² tarafından ileri sürülen ve bugün Türk/İsviçre hukukunda

⁹ **Haab/Simonius/Scherrer/Zobl**, 674, N. 27, 709, N. 20; **Tobler**, s. 116, 117.

¹⁰ **Haab/Simonius/Scherrer/Zobl**, Art. 674, N. 25; **Wieland**, Art. 694, Bem. 4, s. 147, Art. 680, Bem. 3a; **İmre**, s. 114. Zorunlu mecra açısından bazı yazarlar hakkın kanundan doğan bir irtifak hakkı olduğunu kabul etmektedirler (**Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 444; **Özakman**, s. 163 vd., 164).

¹¹ **Haab/Simonius/Scherrer/Zobl**, Art. 694, 695, 696, N. 21; **Wieland**, Art. 680, Bem. 3a.

¹² *Liver*, bu tartışmanın Roma ve Germen hukukundaki sistem farklılığından kaynaklandığını belirtmektedir. Roma hukuku kişilerin mülkiyet hakkına ilişkin doğrudan doğruya kanundan doğan kısıtlamaları reddetmekteydi. Roma hukuku mülkiyet hakkının belli bir açıdan doğrudan ve sürekli olarak bir başkasının hizmetinde olması imkânını kabul ediyor, ancak bunun gerçekleşmesini taraflara bırakıyordu. Dolayısıyla kısıtlamanın meydana gelmesi için tarafların anlaşmaları gerekiyordu. Diğer taraftan, Roma hukukunda irtifaklar çeşitli bireysel ihtiyaçlara cevap verecek şekilde serbestçe düzenlenemiyordu. Sadece önceden belirlenen sıkı şartların gerçekleşmesi halinde irtifak hakları kurulabilirdi. Bunun sebebi mülkiyet hakkının, çeşitliliği dolayısıyla etkileri kolayca ve açıkça öngörülemeden sınırlamalarla zedelenmemesiydi. Roma hukukundaki irtifakların yerine getirdiği fonksiyonu günümüz hukukunda mülkiyet hakkının kanundan doğan kısıtlamaları yerine getirmektedir (**Liver, Peter**: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: das Sachenrecht, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, Art. (730 bis 792), Zürich 1968, Vorbem. Art. 730, N. 3, 4; **Liver, Peter**: Das Eigentum, Schweizerisches Privatrecht, Sachenrecht V/1, Basel 1977 (hgg. Arthur Meier-Hayoz), s. 1-403, SPR V/1, s. 267. Ayrıca bkz., **Küçükgüngör, Erkan**: Roma Hukukunda İntifa Hakkı, Ankara 1998, s. 10). Germen hukuku ise her taşınmaz, malikine hukukî yükümlülükler getirirdi: Herkes kendi toprağını kullanırken, diğerlerinin kullanma ve yararlanma hakkını temin etmekle yükümlüydü. Bu durum bireyler arasında irtifak hakkı kurmayı gereksiz hale getirirdi (**Liver, Vorbem. Art. 730, N. 2, SPR V/1, s. 267**). Bu itibarla, Alman hukukunda daha başından itibaren mülkiyet hakkının ödevler yüklediği, bu ödevlerin onun içeriğine dahil olduğu dolayısıyla ayrıca bir hukukî işleme gerek kalmaksızın mülkiyet hakkının doğrudan doğruya kanun gereği kısıtlanabileceği kabul edilmiştir. Bunun sonucu olarak Alman hukukunda dolaylı olarak kanundan kaynaklanan mülkiyet hakkı kısıtlaması niteliğinde üçüncü bir kategori bulunmamaktadır. Esas olarak Alman hukukunda “mülkiyet hakkının kısıtlanması” ifadesi yerine “mülkiyet hakkının içeriğinin belirlenmesi” kullanılmaktadır (**Baur, Fritz/Stürner, Wolf**: Lehrbuch des Sachenrechts, München 1992, s. 233 vd.; 243 vd.). Alman hukukunda, kısıtlamanın gerçekleşmesi için sadece hak sahibinin talepte bulunması yeterli olmuş, ayrıca bunun

hakim olan, bizim de katıldığımız görüşe göre¹³, zorunlu irtifaklar, kurulma zorunluluğunu kanundan alan irtifak haklarıdır ve aynı zamanda dolaylı olarak kanundan doğan mülkiyet hakkı kısıtlaması niteliğindedir.

*kapsamının belirlenmesi ve tapuya tescil şartı aranmamıştır. Fransız hukukunda ise, tüm mülkiyet hakkı kısıtlamaları kanunî irtifaklar kavramı altında değerlendirilmektedir. Fransız Medenî Kanununda mülkiyet hakkı kısıtlaması kavramı bulunmamaktadır. Dolayısıyla Fransız hukuku Roma hukukundan esinlenmiş ve mülkiyet hakkının kanundan doğan kısıtlaması kavramını reddederek bunun ancak bir irtifak hakkı kurma şeklinde, onun da kanundan doğan bir talep hakkının kullanılması üzerine hukukî işlemle kurulması yöntemiyle olacağını kabul etmiştir. Ancak, zamanla mülkiyet hakkının içeriğinin "sınırsız" değil, hukuk düzeninin sınırları içerisinde kullanılması gereken bir hakimiyet olduğunun kabul edilmesi üzerine; bütün taşınmazları veya taşınmazların belli bir bölümünü aynı kısıtlamalara tabi tutan kanun hükümlerinin irtifak hakkı niteliğinde olmadığı; bunların mülkiyet hakkının normal içeriğini belirlediği kabul edilmiştir. Dolayısıyla Fransız doktrini kanundaki sistemden farklı olarak doğrudan ve dolaylı mülkiyet hakkı kısıtlamaları ayırımı yapmıştır ve bu görüş uzun zamandan beri Fransız hukukunda yerleşmiştir (bkz., **Liver**, SPR V/1, s. 267; **Özsunay, Ergun**: Zaruri Geçit Hakkı, İstanbul 1968, s. 167, 168).*

¹³ **Liver** Einleitung, N. 86, 94 vd., 97; Art. 731, N. 6; **Meier-Hayoz**: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum. 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 674- 654 ZGB, Bern 1981, N. 341, 342; Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 2. Teilband: Art. 655-679 ZGB, Bern 1965, Art. 674, N. 3, 52-56, 62; 3. Teilband: Grundeigentum II, Art. 680-701 Bern 1975, Art. 680, N. 55; **Tuor, Peter/Schneider, Bernhard/Schmid, Jörg/Rumo-Jungo, Alexandra**: Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., Zürich 2002, s. 878, 892; **Jost, Arthur**: Die Realobligation als Rechtsinstitut Bern 1956, s. 79, 80; **BernK-Rey**, Vorbem. Art. 730-736, N. 29; **Rey**, N. 595 vd., s. 153, N. 1134 vd., s. 279 vd; **Simonius/Sutter**, s. 447; **Neuenschwander, Urs**: Die Leistungspflichten der Grundeigentümer im französischen Code Civil und schweizerischen ZGB unter besonderer Berücksichtigung des Nachbarrechts, Zürich 1966, s. 383-385; **Özsunay**, s. 158 vd., 171, 172 vd. 181, 182; **Akman, Sermet**: Taşkın İnşaat, İstanbul 1982, s. 175, 176 vd., 186; **Gürsoy/Eren/Cansel**: Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984, s. 605 vd.; **Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim**: Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul 1982-1983, s. 47; **Yazman, İrfan**: Kaynakların Türk Medenî Kanununda Tabi Olduğu Rejim, Ankara 1970, s. 162, 163; **Tekinay, S. S.**: Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, İstanbul 1988, s. 91, 105, 117; **Serozan, Rona**: "Komşunun Arsasına Taşan Yapı", İHFM 1976, C. XLII, S. 1-4 (Hirsch'e Armağan, Özel Sayı), s. 359 vd. 369, 370 (taşkın yapı açısından); **Zevkliiler, Aydın**: İmar Kurallarına Aykırı ve Zarar Verici İnşaat, Ankara 1982, s. 101, 102 (taşkın yapı açısından); **Huber**, sadece zorunlu geçit ve zorunlu kaynak hakları için bunların bir çeşit kanunî irtifak olduğunu kabul etmektedir. Zira buradaki kısıtlama diğer komşuluk hukukuna dayanan kısıtlamalardan daha geniştir ve hak doğrudan doğruya kanundan kaynaklanmaz, bu talebin hak sahibi tarafından ileri sürülmesi ve bunun sonucunda kurulması gerekir (**Huber, Eugen**: Zum schweizerischen Sachenrecht, Drei Vortraege mit Anmerkungen, Bern 1914, s. 64, 65, 64 dn. 1). *Tandoğan* bir önceki görüşe katılmış olmakla birlikte *Liver*'in bu görüşünün zorunlu mecra bakımından kanunda düzenlenmiş hükümlere uymaması sebebiyle, olması gereken hukuk (*de lege feranda*) açısından kabul edilebileceğini savunmuştur (**Tandoğan**, AHFD 1953, s. 618).

Doğrudan mülkiyet hakkı kısıtlamaları gerçek anlamda mülkiyet hakkı kısıtlamaları olup, taşınmaz malikini özel bir hukukî işleme gerek kalmaksızın doğrudan kanun hükmü gereği katlanma veya kaçınma ile yükümlü kılar¹⁴. Mülkiyet hakkı bu kısıtlamalarla birlikte doğduğundan, bunların tescil edilmesi gerekmez ve tescile elverişli de değildir (MK 731). Bu tür kısıtlamalar sebebiyle taşınmaz malikine bir tazminat ödenmesi gerekmez. Oysa taşkın yapı, zorunlu mecra, zorunlu geçit ve zorunlu su haklarında kanun, öngördüğü belli şartların gerçekleşmesi halinde zorda kalan taşınmaz malikine bu hakkı vermemekte, hakkın meydana gelmesine katılması için komşu taşınmaz malikine başvurma konusunda bir talep hakkı tanımaktadır¹⁵. Bu talep ile karşılaşan taşınmaz maliki, bu hakların kurmak ile yükümlü olmaktadır. Hakkın kurulması (diğer taraf açısından mülkiyet hakkının kısıtlanması), kanun tarafından, kendiliğinden gerçekleşmez. Sınırlamanın gerçekleşmesi için, yüklü taşınmaz malikin katılımı, bu hakkın verilmesine ilişkin bir irtifak sözleşmesi kurulması¹⁶ veya mahkeme kararı¹⁷ ve (kural olarak) tapu siciline tescil gerekir.

Dolaylı olarak kanundan kaynaklanan kısıtlamalarda kanun, bir kişiye malike karşı ileri sürebileceği bir talep hakkı tanımakta ve hakkın kullanılmasıyla malik o kişi yararına bir yapma veya verme borcu ya da aynî hak kurma borcu altına girmektedir¹⁸. Dolaylı mülkiyet kısıtlamalarını doğrudan mülkiyet kısıtlamalarından ayıran en belirgin özellik, bunların doğması için tapu siciline tescil edilmeleri ve kısıtlamanın gerçekleşmesi

¹⁴ Bkz., **Meier-Hayoz**, Syst.Teil., N. 341, Art. 680, N. 52; **Liver**, Einleitung, N. 86; **Rey**, N. 592, s. 152; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 427; **Özsunay**, s. 162, 164.

¹⁵ **Liver**, Einleitung, N. 88; N. 94 vd., 97; 731, N. 6, SPR V/1, s. 197, 198; **Meier-Hayoz**, Syst-Teil, 194; Art. 680, N. 55; **Özsunay**, s. 166; **Özsunay**, Zaruri Geçit, İHFM 1962, s. 752.

¹⁶ Taşınmaz malikin kanundan kaynaklanan yükümlülüğü, daha önce mevcut olan bir hakkın tanınması ve bu yetkinin daha ayrıntılı düzenlenmesine etki etme değil, irtifak hakkının sebebi olan sözleşmeyi kurmaktır (**Liver**, Einleitung, N. 95; Art. 732, N. 6; 734, N. 173; **Jost**, s. 80, 132 vd.; **Neuenschwander**, s. 393).

¹⁷ Bu dava sonucunda verilen karar yenilik doğuran bir karardır. Zira taşınmaz maliki irtifak sözleşmesi kurma talebini reddeder veya sözleşmenin içeriği konusunda uyuşma sağlanamazsa, bu takdirde mahkeme kararının kesinleşmesi üzerine irtifak hakkı kurulur. Mülkiyet hakkının mahkeme kararı ile tescilden önce kazanılmasına ilişkin esas (MK 716/II), sınırlı aynî haklar için de geçerlidir (**Liver**, Einleitung, N. 98; Art. 731, N. 33; **Meier-Hayoz**, Art. 674, N. 80, 86; **Jost**, s. 80, 132 vd.; **Neuenschwander**, s. 394, 395; **Akman**, s. 179). Hakimin hükmü edim yükümlüsünü sadece irade bildiriminde bulunmaya mahkum etmiş olmaz, aynı zamanda doğrudan doğruya irtifakın veya mülkiyetin aitliğini, hakkın kurulmuş sayılmasını da sağlar (**Serozan**, İHFM 1976, s. 370).

¹⁸ Bkz., **Liver**, Einleitung, N. 86, 87, SPR V/1, s. 197, 198; **Meier-Hayoz**, Syst.Teil, N. 194, 341, 342; **Rey**, N. 595, s. 153; **Erel, Şafak**: Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982, s. 43; **Özsunay**, s. 163.

için bir tazminat ödenmesi zorunluluğunun bulunmasıdır¹⁹. Bütün bu özellikler göstermektedir ki, zorunlu irtifaklar doğrudan değil, dolaylı olarak kanundan doğan mülkiyet kısıtlaması niteliğindedir.

Bu çözüm menfaatler dengesine en uygun olan çözümdür. Kanun zaruret haklarının tazminat²⁰ karşılığı verileceğini açıkça öngörmüştür. Böylece yüklü taşınmaz maliki irtifak hakkının içeriğinin, kapsamının belirlenmesine katılabilecek, bunun için gereken tazminat miktarında söz sahibi olabilecektir. Diğer taraftan bu çözüm, tapu sicilinin açıklığı ve sicile güven ilkelerine de uygundur²¹.

İsviçre-Türk Medenî Kanunu kanunî irtifak kavramını kullanmamıştır ve dolaylı mülkiyet kısıtlamalarını doğrudan mülkiyet kısıtlamaları gibi mülkiyet kavramı içerisinde düzenlemiştir²². Ancak dolaylı mülkiyet kısıtlamalarını doğrudan mülkiyet kısıtlamalarından ayırmış²³ ve bunların tapu siciline tescil ile meydana geleceğini kabul etmiştir. Bu sonuç genel bir kuralda düzenlenmemiş, dolaylı mülkiyet kısıtlamalarından sadece zorunlu geçit hakkında²⁴ ifade edilmiştir. Buna karşılık, zorunlu kaynakta ve taşkın yapı irtifakında açık bir düzenleme bulunmamakta, zorunlu mecra hakkında ise farklı bir düzenleme yer almakta olup, hakkın doğumu için tescil aranmamaktadır. Bu sebeple acaba zorunlu geçit hakkına ilişkin düzenleme zorunlu kaynak ve taşkın yapıya uygulanabilir mi, yoksa zorunlu mecraya ilişkin hüküm mü esas alınmalıdır sorusu tartışmalara konu olmuştur. Yukarıda belirttiğimiz birinci görüş taraftarları, mecra irtifakına ilişkin hükmün²⁵, ikinci görüşü kabul edenler ise zorunlu geçit hakkına ilişkin

¹⁹ Bkz., **Liver**, Einleitung, N. 88; **Özsunay**, s. 166, 167.

²⁰ Tam bedel (tazminat) (MK 744/I, 747/I, 761/I) veya uygun bedel (tazminat) (MK 725/II).

²¹ **Liver**, Einleitung, N. 101.

²² **Liver**, Einleitung, N. 90.

²³ Zorunlu geçit hakkı (MK 747) - doğrudan doğruya kanundan kaynaklanan geçit irtifakları (MK 748/III); Kamu hukukuna ilişkin taşınmaz yükü (MK 841/I) - kanunî taşınmaz yükü (MK 841/II); Tescile tabi olmayan kanunî ipotek (MK 892)- tescile bağlı kanunî ipotekler MK 893.

²⁴ Zorunlu geçit hakkının tescille kurulacağı bu konuyu düzenleyen MK 747'de açıkça belirtilmemiş olsa da, doğrudan doğruya geçit haklarının tapu kütüğüne tescil edilmeksizin doğacağına ilişkin MK 748/III hükmünün karşıt anlamından çıkmaktadır. Önceki Medenî Kanunda zorunlu geçit hakkı ile ilgili hükümler eleştirilmekteydi (bkz., **Özsunay**, s. 25 vd., 147 vd.). Yeni Medenî Kanun (22.11.2001 tarih, 4721 sayılı Kanun) bu konudaki hükümleri İsviçre hukuku ile paralel hale getirmiş ve doğrudan doğruya kanundan doğan geçit haklarını da düzenlemiştir. Doğrudan doğruya geçit haklarının kabulünün Türk hukuku açısından ne derecede yerinde olduğu tartışılabilirse de, değişiklik, dolaylı olarak kanundan doğan geçit haklarının tapu kütüğüne tescil ile kurulacağı konusundaki karışıklığı gidermiştir.

²⁵ Bkz., **Haab/Simoni/Scherrer/Zobl**, Art. 710, N. 20; Art. 674, N. 27.

hükümün²⁶ esas alınmasını savunmaktadır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, tapu siciline tescil ilke olarak kurucu niteliktedir ve bildirici nitelikte olması sadece istisnaî durumlarda söz konusudur. Bu itibarla kanunun sustuğu durumlarda tescil kurucu nitelikte olmalıdır (MK 725/II, 761)²⁷. Aslında bu sonuç tapu sicilinin sağladığı açıklık gereği kendini göstermektedir. Üçüncü kişiler kanunî irtifakların varlığını ve bunun için ödenen tazminatın miktarını bilebilmelidirler²⁸. Tescil olmaksızın hakkın varlığını kabul ettiğimiz takdirde üçüncü kişiler bu imkândan yoksun kalacaktır. Tapu sicilinin açıklığının sağlanması için zorunlu kaynak ve taşkın yapıda da zorunlu geçitte olduğu gibi tescil şart olmalıdır²⁹. Zorunlu mecrada ise, irtifak hakkının, irtifak sözleşmesi ile meydana geleceği ve burada istisnaî bir durumun varlığı kabul edilmelidir³⁰. Zira talep hakkının doğrudan mecranın geçirileceği malike yöneltmesi, kanunda öngörülen tazminat miktarının serbestçe belirlenmesi imkânını sağladığından daha yararlıdır. Yine bu şekilde, zorunluluğun belirlediği kapsamın taraf iradelerine göre genişletilmesi veya bazı yan borçların taşınmaz malikine yükletilebilmesi mümkün olabilecektir.

Zorunlu hakları doğrudan kanundan doğan mülkiyet kısıtlaması olarak kabul eden görüş, bu hakların bildirici nitelikte tapuya tescil edilebileceğini kabul etmektedir. Ancak bu görüş, hem bu hakların doğrudan mülkiyet

²⁶ Bkz., **Liver**, Einleitung, N. 91 vd.

²⁷ **Liver**, Einleitung, N. 90-93; Art. 731, N. 6; **Meier-Hayoz**, Syst-Teil. N. 194, Art. 674, N. 59, 76; **Jost**, s. 80, 134, 136; **Neuenschwander**, s. 401.

²⁸ **Liver**, Einleitung, N. 93; **Meier-Hayoz**, Syst-Teil., N. 64.

²⁹ **Tuor/Schneider/Schmid**, s. 893, 394 (zorunlu geçit, zorunlu kaynak); **Yazman**, s. 160, 161 (zorunlu kaynak); **Serozan**, İHFM 1976, s. 370 (taşkın yapı).

³⁰ **Liver**, Einleitung, N. 97, 98; Art. 734, N. 173, SPR V/1, s. 262; **Meier-Hayoz**, Art. 691, N. 6; **Rey**, N. 1152, 1155, s. 281. **Neuenschwander**, bu istisnanın haklı olmadığını, zorunlu mecranın da diğer kanunî irtifaklar gibi tescile tabi olması gerektiğini belirtmektedir. Yazara göre, “zorunlu mecra irtifaklarının sistematik düzeni İMK 691/II (MK 744/III)’ün sadece dışarıdan görülebilen mecralar için geçerli olacağını ve bu halde kurucu tescil ilkesinden ayrılmaabileceğini göstermektedir. İMK 676/III’de (MK 727/III) dışarıdan görülen mecralarda tapu sicilinin açıklık ilkesi, tabi ve fiziki aleniyet ile ikame edilmiştir. Dışarıdan görülmeyen mecralarda tescil kurucu niteliktedir. İMK 691/III, 676/III’ün istisnaî bir hüküm olduğunu tasdik etmekte ancak mutlak tescil ilkesine bir istisna oluşturmamaktadır (s. 402, 403). Yazar, ayrıca kanun koyucunun amacının bu olmadığına *Huber*’e atıfla işaret etmektedir (bkz., **Huber**, s. 64, 65). *Hatemi*, açıktan geçmeyen mecralarda hakkın gerçekleşmesi için irtifak sözleşmesini yeterli bulmamakta, burada da tescilin yapılmasını aramaktadır [**Hatemi (Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir)**: Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 661 vd., 663, 664]. Karş. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 443, 444; **Özakman**, s. 163, 164 (Bu yazarlar, zorunlu mecranın şartların oluşması ile meydana geleceğini, mecra irtifakının doğması için bir talebe ihtiyaç bulunmadığı gibi, taşınmaz malikinin katılacağı bir işleme de gerek olmadığını savunmaktadır. Bu sebeple zorunlu mecra irtifakını taşınmaz mülkiyetinin dolaylı değil, doğrudan sınırlaması grubuna dahil etmektedirler.

kısıtlaması olduğunu kabul edip, hem de neden bildirici nitelikte tescil edilebileceğini kabul ettiklerini açıklayamamaktadır³¹. MK 730/I hükmü açık olup, kanundan doğan mülkiyet kısıtlamalarının tescil edilmeksizin etkili olacağını belirtmektedir.

Zorunlu hakların kurulması ile taşınmaz maliki kendi taşınmazını komşusunun hizmetine sunmaktadır. Onun taşınmazı yüklü, komşu taşınmaz ise yararlanan durumdadır. Yüklü taşınmaz ile yararlanan taşınmaz arasındaki ilişki bir “irtifak ilişkisi” dir. Buradaki irtifak hakkı diğer irtifak haklarından kurulması konusundaki zorunluluk bulunması dolayısıyla ayrılır. Bu sebeple, söz konusu irtifak hakları “zorunlu irtifaklar” veya “kanunî irtifaklar” olarak adlandırılır³². Taşınmaz malikinin kanun dolayısıyla belli bir hakkı kurma yükümü bulunduğundan mülkiyet hakkı kısıtlanmaktadır. O halde buradaki mülkiyet hakkı kısıtlaması dolaylı olarak kanundan doğan mülkiyet hakkı kısıtlaması olarak nitelendirilir³³.

Hakkın kurulmasına ilişkin talep, kanundan doğan eşyaya bağlı bir borç ilişkisine dayanır³⁴. Borçlu bir taşınmazın, alacaklı da diğer bir taşınmazın şimdiki malikleridir. Borç doğurucu yüküm ve yetki belli bir kişiye ait olmayıp, söz konusu taşınmazların mülkiyetine bağlanmıştır³⁵. Bu talep aynı bir talep değildir³⁶. Zira talebin kabul ettirilmesine kadar, talep sahibinin eşya üzerinde doğrudan doğruya bir hakimiyeti bulunmamakta, sadece tek bir yükümlüye, taşınmazın o andaki malikine karşı ileri sürülmektedir. Ancak, taraflar anlaşıp tapu kütüğüne tescil yapıldıktan sonra aynı etki doğmuş, hak sahibinin taşınmaz üzerinde doğrudan doğruya hakimiyeti sağlanmış olur. Bu nedenle, zorda kalan taşınmaz malikinin talep hakkı, “borç doğurucu”, “nisbi” niteliktedir ve taşınmazın mülkiyetine ayrılmaz bir şekilde bağlanmıştır.

Burada taşınmazın kullanılması ve işletilmesi ile ilgili zorunlu, vazgeçilmez haklar söz konusu olduğundan, zorunlu irtifaklar taşınmaz

³¹ Bkz., **Neuenschwander**, s. 400.

³² **Rey**, N. 595-597, s. 153; **Özsunay**, s. 166, 172; **Akman**, s. 170; **Şahiniz, C. Salih**: Türk Medeni Hukukunda Zaruri Mecra İrtifakı, İstanbul 2001, s. 45; **Köprülü/Kaneti**, s. 47.

³³ **Liver**, Einleitung, N. 88 vd., 96; **Simonius/Sutter**, s. 447; **Tuor/Schneider/Schmid**, s. 878; **Köprülü/Kaneti**, s. 47; **Yazman**, s. 163; **Serozan**, İHFM 1976, s. 369 (taşkın yapı).

³⁴ **Meier-Hayoz**, Art. 674, N. 56; **Liver**, SPR V/1, s. 197, 198, 266, 304; **Jost**, s. 79 vd.; **BernK-Rey**, Vorbem Art. 730-736; N. 28, 32; **Rey**, N. 595, s. 153; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 428; **Erel**, s. 44; **Özsunay**, s. 166, 179, 182; **Şahiniz**, s. 45, 60.

³⁵ Taşınmazların el değiştirmesi halinde yeni malik, borcun yüklenilmesi veya alacağın temliki işlemlerine gerek kalmaksızın, yetkili veya yükümlü olur (bkz., **Jost**, s. 45, 100; **Meier-Hayoz**, Syst-Teil, N. 287-289; **Erel**, s. 157 vd.).

³⁶ Bkz., **Guhl, Theo**: Persönliche Rechte mit verstaerkter Wirkung, Festgabe zur feier des fünfzigjähriegen Bestehens dem Schweizerischen Bundesgerichte, Bern 1924, s. 145.

üzerindeki haklardan önce gelirler, bunlar kanun gereği birinci sırada yer alır³⁷.

III. Zorda Kalan Malikin Komşu Taşınmaz Malikinden İrtifak Kurulmasını İsteme Konusundaki Yetkisinin Yenilik Doğuran Bir Haktan Kaynaklanıp Kaynaklanmadığı Tartışması

Kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde zorda kalan malikin, komşu taşınmaz malikine kendisine aynî bir hak tanınmasını isteme konusundaki yetkisinin, yenilik doğuran bir haktan kaynaklandığı görüşü de savunulmaktadır. Bu tartışma aslında zorunlu hakların hukukî niteliği konusundaki tartışma ile ilişkilidir. Hakkın kullanılması ile arzu edilen sonucun karşı tarafın kabulüne gerek kalmaksızın meydana geleceğini savunan bir görüşe göre, burada bir yenilik doğuran hak söz konusudur³⁸.

Ancak, yukarıda da belirttiğimiz gibi, bizim katıldığımız görüş açısından hakkın kullanılması ile karşı tarafın katılımı olmaksızın zorunlu hakları meydana gelmez. Karşı tarafın katılımının gerektiği, zorunlu hakları düzenleyen kanun hükümlerinin sözünden de açıkça anlaşılmaktadır³⁹. Nitekim, MK 725/II⁴⁰ (İMK 674), MK 747/I⁴¹ (İMK 694), MK 761⁴² (İMK

³⁷ **Liver**, Enleitung, N. 102, 103; **Meier-Hayoz**, Art. 674, N. 60; **Simonius/Sutter**, s. 447; **Ertas, Şeref**: Eşya Hukuku, Ankara 2002, s. 373, N. 1865.

³⁸ Bu görüş özellikle İMK 837'de (MK 893)'de düzenlenen "alt yüklenici ve zanaatkarların" kanunî ipotek hakkı açısından *von Tuhr* tarafından ileri sürülmüştür. *Von Tuhr*'a göre, alacaklı borçlunun katılımı olmaksızın rehin hakkını tek taraflı irade beyanı ile meydana getirebileceğinden, bu yetki kurucu yenilik doğuran haklardandır (**Von Tuhr, Andreas/Peter, Hans**: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1974, § 3, II, 1, s. 23, dn. 7). *Guhl* bu görüşü isabetli bulmuştur (**Guhl**, s. 93 vd., 151, dn. 1; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 740; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1117; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir** de bu görüştedir. Yazarlara göre, MK 893'deki ipotek haklarında hak sahibi ipoteğin tescilini kanuna dayanarak tapu memurundan talep edebilir. Burada hak sahibinin aynı hak kurulmasını sağlayan yenilik doğuran bir hakkı söz konusudur (s. 742, 747). Karş., **Liver, Peter**: Die Begründung des Bauhandwerkverpfandrechts, ZBJV 1962, s. 209 vd., 221-223; **Tekinay, S. S.**: Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar, II/3, İstanbul 1994, s. 81; **Tekinay, S. S.**: İnşaatçı İpoteğinin Tescilini İsteme Hakkının Mahiyeti, MHAD 1969, s. 133 vd.; **Akman**, s. 181; **Reisoğlu, Safa**: Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhit ve İşçilerin Kanunî İpotek Hakkı, Ankara 1961, s. 61 vd. 81; **Erel**, s. 219 vd. 224-225.

³⁹ Bkz., **Neuenschwander**, s. 378. "Alt yüklenici ve zanaatkarlar" açısından bkz., **Liver**, ZBJV 1962, s. 221- 223.

⁴⁰ "... taşkın yapıyı iyiniyetle yapan kimse, uygun bir bedel karşılığında taşınan kısım için bir irtifak hakkı kurulmasını veya bu kısmın bulunduğu arazi parçasının mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyebilir."

⁴¹ "Taşınmazında genel yola çıkmak için yeterli geçidi bulunmayan malik, tam bir bedel karşılığında bir geçit hakkı tanınmasını isteyebilir."

⁴² "... taşınmaz maliki, komşusundan, onun ihtiyacından fazla olan suyu tam bir bedel karşılığında almasını sağlayacak bir irtifak kurulmasını isteyebilir."

710)'e bakıldığında “*isteyebilir*” ifadesinin yer aldığı görülür. Kanun hakkı kurmamakta, kurulmasını isteme, talep etme hakkını zorda kalan taşınmaz malikine tanımaktadır.

Türk hukukunda savunulan bir görüşe⁴³ göre, burada söz konusu olan haklar -zorunlu mecra hariç- dolaylı mülkiyet hakkı kısıtlaması niteliğinde olup, hakkın kurulması için irtifak sözleşmesi kurulması ve tapu siciline tescil gereklidir. Ancak, irtifak kurulmasına ilişkin talep hakkı, yenilik doğuran bir hak niteliğindedir. Çünkü hakkın kullanılması ile karşı tarafın bir edimde bulunma borcu meydana gelmektedir. Bu görüşe göre, kanundan doğan dolaylı mülkiyet hakkı kısıtlamasından yararlanacak olan hak sahibi bu hakkını ileri sürdüğü takdirde, taşınmaz maliki o kişi lehine bir sınırlı aynî hak kurma borcu altına girmektedir⁴⁴. Burada karşı tarafın kabulüne gerek olmadan bir borç doğduğuna göre, talep hakkı yenilik doğuran hak niteliğindedir. Malikin borcu, hakkını devretmek veya irtifak hakkı kurmak yükümlülüğünden oluşur⁴⁵.

Biz bu görüşe katılmıyoruz. Zira yukarıda da açıkladığımız üzere hak sahibinin tek taraflı irade beyanı ile, arzu edilen hukukî sonuç, yani irtifak sözleşmesi (veya sınırlı aynî hak) değil, sadece karşı tarafın irade açıklamasında bulunma yükümü meydana gelmektedir. Hukukî sonuç, hak sahibinin tek taraflı irade beyanı ile değil, karşı tarafın katılımıyla oluşmaktadır. Dolayısıyla, yenilik doğurucu hak görüşü ancak yukarıda açıkladığımız birinci görüş kabul edilirse söz konusu olabilir⁴⁶.

⁴³ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 427, 428, 446 (zorunlu geçit), 450 (zorunlu kaynak), 402 (taşkın yapı); **Hatemi**, s. 660-665; **Erel**, s. 44; **Özakman**, s. 161 vd.; **Şahiniz**, s. 55; **Tekinay**, s. 871 (sadece taşkın inşaat açısından); **Ertaş**, s. 346, N. 1706, s. 372, N. 1856.

⁴⁴ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 427, 428; **Hatemi**, s. 661, 665; **Şahiniz**, s. 55; **Erel**, s. 44; **Tekinay**, s. 872 (taşkın inşaat açısından).

⁴⁵ Bu görüşe göre dolaylı mülkiyet kısıtlaması niteliğini taşıyan zorunluluk haklarından zorunlu geçit, zorunlu kaynak ve taşkın yapı haklarında, kanunda belirtilen şartların gerçekleşmesi üzerine hak sahibinin talep etmesi üzerine, malikin bu talebi kabul etmesi halinde yapılacak resmî senede dayalı olarak malikin tescil talebinde bulunması ve tescille aynı hak kurulmuş olur [**Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 448 (zorunlu geçit); s. 450 (zorunlu kaynak); s. 402 (taşkın yapı)].

Zorunlu mecra irtifakı ise, dolaylı değil, doğrudan kanundan doğan mülkiyet hakkı kısıtlamasıdır. Zira kanun, mecra kurulmasını isteme hakkı değil, doğrudan doğruya tescile tabi olmayan bir irtifak hakkı tanımaktadır. Kanundaki şartların gerçekleştiği, yüklü taşınmaz malikin beyanı ve onun kaçınması halinde mahkeme kararı ile belirlenir. Bu dava bir eda davası değil, bir tespit davasıdır (**Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 444; **Özakman**, s. 164 vd.; **Erel**, s. 177. Aksi görüşte, **Hatemi**, s. 644; **Şahiniz**, s. 87).

⁴⁶ **Akman**, birinci görüş kabul edilirse burada bir yenilik doğurucu varlığından bahsetmektedir (s. 165, 181, 182). Birinci görüş tarafları ise, hakkın kanundaki şartların meydana gelmesi ile oluştuğunu belirtmekte ancak burada bir yenilik doğurucu haktan

Yenilik doğuran haklar “tek taraflı bir hukukî işlem ile bir hukukî ilişkiyi kurmak, içeriğini değiştirmek veya sona erdirmek suretiyle başka bir şahsın hukuk alanından değişiklik meydana getirebilme yetkisi veren haklar⁴⁷”dır. *Kanaatimizce, yukarıda katıldığımız görüş esas alındığında zorunlu irtifaklarda zorda kalan taşınmaz malikinin talepte bulunmasıyla, yükümlü taşınmaz malikinin hukuk alanında bir değişiklik meydana gelmemektedir. Yükümlü taşınmaz malikinin hukukî alanındaki değişiklik, onun katılımı, yani bu konudaki borcunu ifa etmesi, zorunlu irtifak sözleşmesi kurması ile meydana gelir. Taşınmaz malikinin bu konuda irade beyanında bulunmakla kanun gereği yükümlü olması, onun irade beyanı (onun irade beyanı yerine geçen hakim karar) olmadan hukukî sonuç doğurmaz. Buradaki “talep” hakkı, “bir edimin talep edilmesi hakkı⁴⁸”ndan farklı değildir. Farklı olan, talep hakkını kanunun tanımış olmasıdır. Eğer bu talep yenilik doğurucu hak olsaydı, irtifak sözleşmesinin kurulması ve yükümlü taşınmaz malikinin tescil talebinde bulunmasının aranmaması gerekirdi.*

Borç ilişkisinin talep kullanılır kullanılmaz doğması ve borcun doğumu için diğerinin rızasına gerek olmaması gerekçeleri, yenilik doğuran hakkın varlığı için yeterli değildir. Bu sonuçlar yenilik doğuran hak kavramına başvurmaya gerek olmaksızın, zorda bulunan malike kanun tarafından tanınan talep hakkı ve komşunun kanun dolayısıyla yüküm altına sokulması nedeniyle zaten vardır⁴⁹. Zorda bulunan malikin talebi ile ortaya çıkan yükümlülük, borçlu malikin kanundan kaynaklanan yükümlülüğüdür. Yoksa, yükümlülüğün kaynağı alacaklının kullandığı bir yenilik doğuran hak değildir. Dolayısıyla, zorda kalan malik yenilik doğuran haklara özgü tek taraflı bir güce sahip değildir. O sadece irtifak sözleşmesi kurulmasını isteme yetkisine sahiptir ve bu yetki ve bunun karşılığında karşı tarafın sözleşme kurma yükümü kanun dolayısıyla vardır. Bu itibarla söz konusu hakları yenilik doğuran hak olarak nitelendirmenin önemi ve fonksiyonu da bulunmamaktadır.

bahsetmemektedirler (bkz., yuk. dn. 3). Nitekim kanun hakkın meydana gelmesi için hak sahibinin irade beyanını dahi aramıyorsa, burada bir yenilik doğurucu hakkın varlığı tartışılabilir.

⁴⁷ Buz, **Vedat**: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 57. Ayrıca bkz., **Steiner, Rolf**: Das Gestaltungsrecht Zürich 1984, s. 29, 45 vd.

⁴⁸ **Von Tuhr-Peter**, § 2, VI, s. 15.

⁴⁹ **Akman**, s. 183.