

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

SÖZLEŞMEDEN DOĞAN GEÇİT HAKKI

Doktora Tezi

GEDİZ KOCABAŞ

İstanbul, 2011

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

SÖZLEŞMEDEN DOĞAN GEÇİT HAKKI

Doktora Tezi

GEDİZ KOCABAŞ

Danışman: PROF.DR. SERAP HELVACI

İstanbul, 2011

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı Doktora öğrencisi GEDİZ
KOCABAŞ'ın tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 19.07.2010 tarih
ve 2010-14/20 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği / oy çokluğu ile
Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Tez Savunma Tarihi : 13/3/2011

- 1) Tez Danışmanı : PROF. DR. SERAP HELVACI
2) Jüri Üyesi : PROF. DR. CEVDET YAVUZ
3) Jüri Üyesi : PROF. DR. TUFAN ÖĞÜZ
4) Jüri Üyesi : PROF.DR.SAİBE OKTAY ÖZDEMİR
5) Jüri Üyesi : PROF.DR.GÖKHAN ANTALYA



İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR	VIII
GİRİŞ	1

Birinci Bölüm

İRTİFAK HAKLARININ MÜLKİYET HAKKI İLE İLİŞKİSİ VE MÜLKİYET KISITLAMALARI İÇİNDEKİ YERİ

I. İRTİFAK HAKLARININ MÜLKİYET HAKKI İLE İLİŞKİSİ	4
A. Mülkiyet Hakkı Kavramı	4
B. Mülkiyet Hakkı ile İrtifak Hakları Arasındaki İlişki	6
1. Bölünme Görüşü	6
2. Yükleme Görüşü	7
3. Görüşlerin Değerlendirilmesi	8
II. İRTİFAK HAKLARININ MÜLKİYET KISITLAMALARI İÇİNDEKİ YERİ	10
A. Genel Olarak	10
B. Mülkiyetin İçeriğinde Yer Alan Ödevler	14
1. Katlanma Ödevleri	14
2. Kaçınma Ödevleri	15
3. Yapma Ödevleri	15
C. Mülkiyet Kısıtlamaları	16
1. Kanundan Doğan Kısıtlamalar	17
a. Kamu Hukuku Kısıtlamaları	18

b. Özel Hukuk Kısıtlamaları	22
aa. Doğrudan Kısıtlamalar	26
bb. Dolaylı Kısıtlamalar	27
2. Malikin İradesine Dayalı Kısıtlamalar	33

İkinci Bölüm

SÖZLEŞMEYE DAYALI GEÇİT HAKKININ KURULMASI, İÇERİĞİ, HÜKÜMLERİ, KORUNMASI VE SONA ERMESİ

I. GEÇİT HAKKININ KURULMASI	35
A. Genel Olarak	35
B. İrtifak Sözleşmesi	41
1. Hukuki Niteliği	41
a. Hukuki Niteliği Açıklayan Görüşler	41
aa. İsimsiz Sözleşme Görüşü	41
bb. İvazlı Olma Ölçütünü Dikkate Alan Görüşler	43
aaa. Bağışlama Görüşü	43
bbb. Satım Görüşü	44
b. Görüşlerin Değerlendirilmesi	44
2. Tarafları	48
3. Şekli	50
4. İrtifak Sözleşmesinin İçeriği	58
a. Yararlanan ve Yüklü Taşınmaz	59
b. Geçit Olarak Yararlanma Olgusunun Bir Ayni Hak Olarak Tahsisi İradesi	61
c. Geçit Hakkının İçeriği, Kapsamı ve Kullanım Biçimi	62
d. İvaz veya İvazın Belirlenme Biçimi	64

5. Hukuki İşlemden Doğan Borcun İfası	64
a. Tescil	64
b. Talep	67
aa. Talebin Hukuki Niteliği	69
bb. Talebin Şarta Bağlanması	71
II. GEÇİT HAKKININ İÇERİĞİ	77
A. Genel Olarak	77
B. Yan Edim Olarak Yapma Yükümlülüğü	78
1. Yan Edim Yükümlülüğünün “Yan” Niteliği	79
2. “Yan” Niteliğin Aşılmasının Sonuçları	80
C. İçeriğin Belirlenmesi	81
1. Temel Düzenlemenin Diğer Düzenlemeler ile İlişkisi	84
a. TMK m.1021 ve TMK m.1022/f.3 ile İlişkisi	84
b. Aleniyet ve Güvenin Korunması ile İlişkisi	85
c. TMK m.786 ile İlişkisi	86
d. TMK m.827 ile İlişkisi	88
e. TMK m.789 ile İlişkisi	90
2. Tescilin Yorumlanması	91
3. Sözleşmenin Yorumlanması	94
A. Taraflar Arasındaki Uyuşmazlıklar Bakımından	95
B. Üçüncü Kişilerin Katılımına Bağlı Uyuşmazlıklar Bakımından	97
C. Sözleşmenin Yorumunda Başvurulacak Unsurlar	99
4. Kullanılış Biçiminin Yorumlanması	102
a. Uzun Süreden Beri Devam etme	103
b. Davasız Olma	104
c. İyiniyetli Kullanıma Dayanma	104

III. GEÇİT HAKKININ HÜKÜMLERİ	106
A. Kanundan Doğan Borç İlişkisi	106
1. Genel Olarak	106
2. Temel İlişki ile Kanuni Borç İlişkisinin Taraflarının Ayrılması	107
B. Borç İlişkisinin Hükümleri	109
1. Geçit Yolunun Yapımı ve Bakım Giderleri	109
2. Geçit Yolunun Kullanılması	115
3. Yükün Ağırlaşmaması Kuralı	117
4. Yararlanan Taşınmazın İhtiyaçlarındaki Değişiklik	117
5. Taşkın Kullanım Karşısında Yüklü Taşınmaz Malikinin Korunması	121
6. Geçit Yerinin Değiştirilmesi	124
7. Yararlanan Taşınmazın Bölünmesi	136
8. Yüklü Taşınmazın Bölünmesi	141
 IV. GEÇİT HAKKININ KORUNMASI	 144
A. Genel Olarak	144
B. Ayni Hakka Dayalı Koruma	145
1. El Atmanın Önlenmesi Davası	145
a. Davacı Sıfatı	147
b. Davalı Sıfatı	150
c. Davanın Amacı	150
2. İstihkak Davası	152
3. Tazminat Davası	153
C. Zilyetliğe Dayalı Koruma	154
1. Genel Olarak	154
2. Kuvvet Kullanma Yoluyla Koruma	155
3. Dava Yoluyla Koruma	157
a. Zilyetliğin Gaspından Doğan Dava	157

b. Zilyetliğe Saldırıdan Doğan Dava	159
aa. Saldırının Önlenmesi Davası	160
bb. Saldırı Sebebinin Önlenmesi Davası	161
c. Salt Zilyetliği Koruyucu Davaların Ortak Özellikleri	162
aa. Davacı Sıfatı	163
bb. Davalı Sıfatı	164
cc. Hak Düşürücü Süreler	166
dd. Yargılama Usulü	167
d. Tazminat Davası	169
D. İrtifak Sözleşmesine dayalı Taleplerin Koruyucu Talepler ile Yarışması	170
E. Zilyetliğin İdari Yoldan Korunması	171
1. Genel Olarak	171
2. İdari Korumanın Sağlanması	172
a. Koşulları	172
aa. Talep	172
bb. Şekil	173
cc. Hak Düşürücü Süreler	173
b. İdari İnceleme	173
aa. Soruşturma Aşaması	173
bb. Karar	174
cc. Kararın Uygulanması	174
V. GEÇİT HAKKININ SONA ERMESİ	175
A. Genel Olarak	175
B. Terkin ile Sona Erme	176
1. Terkin Kuralı	176
2. Yüklü ve Yararlanan Taşınmaz Mülkiyetlerinin Aynı Kişide Toplanması ...	180
C. Terkin Dışı Sona Erme	182

1. Mahkeme Kararıyla Sona Erme	182
a. İrtifaktan Elde Edilen Yararın Ortadan Kalkması	184
b. İrtifaktan Elde Edilen Yararın Azalması	187
c. Mahkeme Kararı	189
2. Sürenin Dolması	191
3. Yüklü Taşınmazın Kamulaştırılması	191
4. Yararlanan veya Yüklü Taşınmazın Yok Olması	193
SONUÇ	197
KAYNAKÇA	202

KISALTMALAR

Abs.	: Absatz
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Art.	: Artikel
ASA	: Archiv für schweizerisches Abgaberecht
ASR	: Abhandlungen zum schweizerischen Recht
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B.	: Band
BATIDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BG	: Bundesgesetz
BGE	: Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BK	: Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
BR/DC	: Baurecht/Droit de la construction
C.	: Cilt
c.	: cümle
Diss.	: Dissertation
dn.	: dipnot
E.	: Esas
EG ZGB	: Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch
EntG	: Bundesgesetz über die Enteignung vom 20.Juni 1930
ff.	: und fortfolgende

fn.	: fussnote
GBV	: Verordnung betreffend das Grundbuch vom 22. Februar 1910
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İİK	: İcra İflas Kanunu
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜMHE	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü
K.	: Karar
KGer	: Kantonsgericht
m.	: madde
OGer	: Obergericht
OR	: Schweizerisches Obligationenrecht vom 30.März 1911
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
SJZ	: Schweizerische Juristen Zeitung
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TST	: Tapu Sicili Tüzüğü
Yarg.	: Yargıtay
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
vd.	: ve devamı
WG	: Bundesgesetz über Waffen, Waffenzubehör und Munition (Waffengesetz) vom 20. Juni 1997.

ZBGR	: Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs und Grundbuchrecht
ZBJV	: Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10 Dezember 1907.
ZGRG	: Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden
ZPO	: Zivilprozessordnung
ZR	: Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht

GİRİŞ

“Diğer irtifak hakları” kenar başlığı altında TMK m.838’de düzenlenen sözleşmeye dayalı geçit hakkı; hak sahibine, yüklü taşınmaz üzerinde belirlenmiş veya kullanıma göre belirlenecek bir güzergahı geçit yolu olarak kullanma yetkisi sağlayan bir irtifak hakkıdır. TMK m.747’de de geçit hakkından söz edilmekle birlikte, TMK m.838 kapsamında kurulan geçit hakkı, yüklü taşınmaz malikinin iradesine dayanır. Buna karşılık, TMK m.747 kapsamında kurulan geçit hakkı, niteliği gereği bir zaruret hakkıdır. Geçit zarureti içinde bulunan taşınmaz maliki lehine komşu taşınmazlar üzerinde bir geçit bağı sağlanmasına hizmet eder¹. Bu anlamda da, geçide muhtaç taşınmaz malikine kanuni bir talep hakkı tanır.

Gerek zaruri geçit hakkı, gerek iradi geçit hakkı taşınmaz mülkiyeti bakımından bir yük niteliği taşırlar. Zaruri geçit hakkı, taşınmaz mülkiyetinin dolayısıyla kanundan doğan kısıtlamaları arasında yer alırken, bir irtifak hakkı olarak geçit hakkı da, taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamalarından birini oluşturur. Bununla birlikte, TMK m.838’de yer alan kısıtlamanın ayırt edici niteliği doğrudan doğruya malikin iradesine dayalı olarak gerçekleşmesidir. Mülkiyet ile irtifak hakları arasındaki ilişki bakımından benimsediğimiz görüş gereğince, irtifak hakları ve bu anlamda tüm sınırlı ayni haklar, mülkiyete ilişkin yetkilerin parçalanması yoluyla değil, mülkiyetin sağladığı hakimiyetin kısıtlanması yoluyla elde edilirler. Mülkiyet hakkı, eşya üzerinde doğrudan doğruya tam hakimiyet sağladığına göre eşyanın hukuki kaderine ilişkin son sözü söyleme yetkisi de malike aittir. Malik bu yetkisini kullanarak eşya üzerindeki tam

¹ **ÖZSUNAY**, Ergun: Zaruri Geçit Hakkı (Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta), İstanbul 1968, s. 1; **SURLU**, Handan/**ÖZTÜRK**, Gülay: Öğreti ve Uygulamada Geçit Hakkı, Ankara 2003, s.21; **OĞUZMAN**, Kemal/ **SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s.467; **HÜRLIMANN-KAUP**, Bettina/**SCHMID**, Jörg/**SCHUMACHER**, Rainer/**STEINAUER** Paul-Henri: “Sachenrecht/ Notwegrecht”, BR 2010, s.74. (...) *Dava, Türk Medeni Kanunu’nun 747 (önceki Medeni Kanunu’nun 671.) maddesine dayanılarak açılmış geçit hakkı kurulması istemine ilişkindir. Ülkemizde arazi düzenlenmesinin sağlıklı bir yapıya kavuşmamış olması ve her taşınmazın yol ihtiyacına cevap verilmemesi geçit davalarının nedenidir. Geçit hakkı verilmesiyle genel yola bağlantısı olmayan veya yolu bulunsa bile bu yol ile ihtiyacı karşılanamayan taşınmazın genel yolla kesintisiz bağlantısı sağlanır. Uygulama ve doktrinde genellikle bunlardan ilkinde mutlak geçit ihtiyaç veya geçit yoksunluğu, ikincisine de nisbi geçit ihtiyacı ya da geçit yetersizliği denilmektedir (...).* Yarg. 14.HD 25.02.2008 E.2008/850, K.2008/2207 (Legalbank). Aynı yönde bkz. Yarg. 14.HD 12.06.2006 E.2006/5491, K.2006/6700; Yarg. 14.HD 28.02.2006 E.2006/727, K.2006/2136 (Legalbank). Aynı yönde BGE 117 II 35.

hakimiyetini kısıtlayabilir. Malikin iradesine bağılı olarak gerekleŖecek bu kısıtlama hukuki iŖlem aracılığı ile sağlanır. Mülkiyetin kısıtlanması sonucunu doğuracak hukuki iŖlemlerin farklı biçimlerde karŖımıza çıkması mümkündür. Malik, iradesini vasiyetname² veya vakıf kurma³ gibi tek taraflı hukuki iŖlemler yoluyla açıklayabileceğı gibi daha çok karŖılaŖılan biçimiyle, sözleşme yoluyla da açıklayabilir⁴. Geçit hakkı kurulması borcu da anılan hukuki iŖlemlerden doğar. Bu iŖlemler, tescilin hukuki sebebini oluŖtururlar. Tescilin gerçekleşmesiyle birlikte malik ile geçit hakkı sahibi arasında geçit hakkına dayalı kanundan doğan bir borç ilişkisi kurulur. Ayni etkili içeriğe sahip olan bu ilişki, tescilin temelinde yer alan hukuki ilişkiden ayrıdır⁵.

Sözleşmeden doğan geçit hakkı adlı alıŖma iki bölümden oluŖmaktadır. Birinci bölümde sınırlı ayni hakların kaynağını oluŖturan mülkiyet hakkına ilişkin açıklamalar yapılmıŖ, mülkiyetin içeriğı incelenerek mülkiyet ile irtifaklar arasındaki ilişki ve sözleşmeden doğan geçit hakkının mülkiyet kısıtlamaları içindeki yeri ortaya konmaya alıŖılmıŖtır. Bu aŖamada, zorunlu geçit hakkının hukuki niteliğine ve mülkiyet kısıtlamaları içindeki yerine de değinilmiŖtir. alıŖmanın ikinci bölümünde, öncelikle sözleşmeye dayalı geçit hakkının kurulması ele alınmıŖ, daha sonra irtifak sözleşmesinden doğan borç ilişkisi ve kanuni borç ilişkisi ayrımı doğrultusunda geçit hakkının içeriğı, hükümleri ve korunması incelenmiŖtir. Son olarak, geçit hakkının

² TMK m.517/f.2'ye göre, belirli mal bırakma, terekenin tamamı veya bir kısmı üzerinde intifa hakkının kazandırılmasına yönelik olabilir. Söz konusu düzenlemede sadece intifa hakkının vasiyet edilmesinden söz edilmekle birlikte intifa dıŖındaki ayni hakların da vasiyet edilebileceğı kabul edilir. Bkz. **DURAL**, Mustafa/**ÖZ** Turgut: Türk Özel Hukuku C.IV Miras Hukuku, İstanbul 2009, s.144; **ANTALYA**, Gökhan: Miras Hukuku, İstanbul 2009, s.194. Buna göre, malik bir irtifak hakkı kurulmasına yönelik iradesini vasiyetname yoluyla açıklayabileceğı gibi bu yöndeki arzusunu bir miras sözleşmesinin konusu da yapabilir. Bkz. **GÜRZUMAR**, Osman Berat: Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı, İstanbul 2001, s.157, dn.2.

³ Vakfa tahsis edilebilecek mal varlığı değerleri TMK m.101/f.2'de belirtilmiŖtir. Anılan düzenleme gereğince, *“Bir malvarlığının bütünü veya gerekleşmiŖ ya da gerekleşeceğı anlaşılan her türlü geliri veya ekonomik değeri olan haklar vakfedilebilir.”*. Böylece, vakıf lehine bir irtifak hakkı kurularak mülkiyetin kısıtlanması mümkündür. Bkz. **DURAL**, Mustafa/**ÖĞÜZ**, Tufan: Türk Özel Hukuku, C.III KiŖiler Hukuku, İstanbul 2010, s.334.

⁴ Mülkiyetin, malikin iradesine bağılı olarak kurulacak irtifak hakkı yoluyla kısıtlanması için farklı hukuki iŖlemler tercih edilebilir. Bununla birlikte uygulamada çoğunlukla tercih edilen model bir irtifak sözleşmesidir.

⁵ **ÖZEN**, Burak: Türk Medeni Hukukunda EŖya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 2008, s.107.

korunması başlığı altında hak sahibinin başvurabileceği koruma sistemi hakkında bilgi verilmesine çalışılarak çalışma sonuçlandırılmıştır.

Birinci Bölüm

İRTİFAK HAKLARININ MÜLKİYET HAKKI İLE İLİŞKİSİ VE MÜLKİYET KISITLAMALARI İÇİNDEKİ YERİ

I. İRTİFAK HAKLARININ MÜLKİYET HAKKI İLE İLİŞKİSİ

A. Mülkiyet Hakkı Kavramı

Mülkiyet hakkını tanımlamayı amaçlayan çalışmalar, soyut bir mülkiyet tanımı getirmenin mümkün olmadığı noktasında uzlaşırlar. Bunun sebebi, mülkiyetin çok yönlü bir kavram olmasıdır. Mülkiyet; iktisadi, ahlaki ve sosyal yönleriyle birlikte hukuki bir bütündür. Bu nedenle, mülkiyet hakkını tanımlamayı hedefleyen denemelerin, o dönemin hukuki, iktisadi, ahlaki ve sosyal koşullarını göz önünde tutması zorunludur. Farklı görüşleri benimseyen her sistemin kendine özgü bir mülkiyet anlayışı bulunur. Buna bağlı olarak her sistem kendi mülkiyet kavramını yaratır. Mülkiyete ilişkin tanım denemelerine girilirden şu gerçeğin göz önünde tutulması zorunludur. Durağanlık ve sadelik, mülkiyete yabancı kavramlardır⁶. Her somut olayda farklı tür ve içerikte bir mülkiyet ile karşılaşılması mümkündür. Bu nedenle, öğretici ve uygulamada getirilen tanımlardan hiçbirisi bu konuda söylenmiş son söz olamaz⁷.

Hakim görüş doğrultusunda, mülkiyet hakkı, hukuk düzeninin eşya üzerinde kurulmasına izin verdiği hakimiyet haklarının en geniş kapsamlısı olarak tanımlanır⁸. Bununla birlikte, mülkiyetin sosyal ve hukuki bir kurum olma niteliği de

⁶ **DÜRR**, David: “Nutzungseigentum und Werteigentum Neue Aktualität des geteilten Eigentums”, Festschrift für Heinz Rey, Zürich 2003, s.21.

⁷ **REY**, HEINZ: Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Bern 2007, s.155.

⁸ **SAYMEN**, Ferit Hakkı/ **ELBİR**, Halid Kemal: Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963, s.203; **EREN**, Fikret: “Mülkiyet Kavramı”, Recai Seçkin’e Armağan, Ankara 1974, s.766; **TEKİNAY**, Selahattin Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Haluk/**ALTOP** Atilla: Eşya Hukuku, İstanbul 1989, s.467; **AKİPEK**, Jale/ **AKINTÜRK**, Turgut: Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s.373, 379; **KARAHASAN**, Mustafa Reşit: Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, C.I, İstanbul 2002, s.59; **AYAN**, Mehmet: Eşya Hukuku Sınırlı Ayni Haklar, Konya 2000, s.3; **AYBAY**, Aydın/**HATEMİ**, Hüseyin: Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s.119; **SEROZAN**, Rona: Taşınır Eşya Hukuku, İstanbul 2007, s.38; **BAŞPINAR**, Veysel: Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler, Ankara 2009, s.98; **ERTAŞ**, Şeref: “Mülkiyet Hakkının Yeni Boyutu ve Bu Hakka Getirilen Daraltımların Anayasa ve İnsan Haklarına Uygunluğu”, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, Ankara 2007, s.136; **ÖRÜCÜ**, Esin: Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı, İstanbul 1976, s.7; **AKİPEK**, Jale: “Mülkiyet Kavramı Üzerine Bir İnceleme”, BATIDER, C.V, S.1, Şubat 1969, s.1 vd.; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.233; **MEIER-HAYOZ**, Arthur: Berner Kommentar,

göz ardı edilmez⁹. TMK m.683 vd. (ZGB Art.641 vd.) yer verilen düzenlemeler dikkate alındığında kanun koyucunun da mülkiyeti hukuki bir kurum biçiminde düzenlediği görülür. Mülkiyet, aynı haklar bakımından model¹⁰ oluşturacak biçimde, en kapsamlı kurum olarak düzenlenen haktır¹¹. Mülkiyetin özel yapısı dikkate alındığında, her somut olaya uygulanabilecek soyut bir tanım yapmanın zorluğu ortadadır. Böyle bir zorluğun ötesinde, mülkiyetin tipik yapısının soyut olarak tanımlanmaya mümkün olmadığı, mülkiyeti oluşturan her unsuru kapsayacak biçimde bir tanımın yapılamayacağı da savunulur¹². Buna göre, mülkiyet, ancak somut düzenlemeler ile anlam kazanır ve her somut düzenlemede farklı bir mülkiyet kavramıyla karşılaşılabılır. Bu nedenle somut olaylarda elde edilen tanımlar genelleştirilemez¹³.

TMK m.683'den (ZGB Art.641) hareket eden öğreti ve uygulamanın, hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içinde, eşya üzerinde kurulabilecek en kapsamlı hakimiyeti sağlayan aynı hakkı, mülkiyet olarak adlandırdığı görülür. Bu aşamada, mülkiyetin karmaşık yapısı ve bağlantıları da dikkate alınarak, aynı hak niteliği yanında, mülkiyetin bir kurum olma niteliği de gözden uzak tutulmaz. Böylece, mülkiyetin tanımlanması ve nitelenmesi bakımından uzlaştırmacı bir yol tercih edilir. Ancak, bu noktada bir tartışma konusu daha açılır. Mülkiyetin tanımlanması ve nitelenmesi

Kommentar zum schweizerischen Privatrecht-Sachenrecht, Bern 1975, Art.641, s.312; **HAAB**, Robert/**SIMONIUS**, August/**SCHERRER**, Werner/**ZOBL**, Dieter: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, B.IV, Das Sachenrecht, Art.641-729, Zürich 1977, s.41 vd.; **REY**, s.156; **CAGIANUT**, Mörschwill: "Grundsätzliche Erwägungen über die Schranken der Steuerlichen Belastung des Eigentums nach Schweizerischem Recht", ASA 1978/47, s.67; **SCHMID**, Jörg/**HÜRLIMANN-KAUP**, Bettina: Sachenrecht, Zürich-Basel-Genf, 2003, s.135.

⁹ **EREN**, Mülkiyet, s.791; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.468 vd.; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s.374; **BAŞPINAR**, s.87; **AKİPEK**, Mülkiyet, s.3; **AKİPEK**, Mülkiyetin Korunması, s.304.

¹⁰ **REY**, s.156; **DÜRR**, s.21; **TRAUFFER**, Bernhard: "Die Grundpfandverschreibung im Rechtsverkehr", Beitrag zum 50-Jahr-Jubiläum des Verbandes Schweizerischer Grundbuchverwalter, ZBGR 79/1998, s.7.

¹¹ (...) *Çağdaş hukuk sistemlerindeki tanımıyla mülkiyet, geniş haklar, buna bağlı yetkiler ile birlikte bazı ödevlerin oluşturduğu bir hukuksal kurumdur. Başka bir söyleyişle mülkiyet, tanıdığı geniş hak ve yetkilerin yanında bazı ödevler de yükleyen bir aynı haktır (...)*. Yarg. HGK 28.01.2009 E.2008/1-797, K.2009/30 (Legalbank). Aynı yönde bkz. Yarg. 1.HD 25.10.2007 E.2007/7763, K.2007/10142 (İBD, C.82, S.2008/1, s.316); Yarg. 1.HD 05.05.2006 E.2006/3505, K.2006/5212 (YKD C.32, S.10, Ekim 2006, s.1577); Yarg. 1.HD 03.06.2004 E.2004/6223, K.2004/6737 (YKD C.31, S.4, Nisan 2005, s.506).

¹² **CAGIANUT**, s.67; **REY**, s.155. **MEIER-HAYOZ**, Art.641, s.323.

¹³ **LIVER**, Peter: Zürcher Kommentar, ZGB Art. 730-744 : Das Sachenrecht (Die Grunddienstbarkeiten), Einleitung, 1980, s.33.

konusunda uzlaşan görüşler, mülkiyet ile sınırlı ayni haklar (bu anlamda irtifak hakları) arasındaki ilişkinin belirlenmesinde ayrılırlar.

B. Mülkiyet Hakkı ile İrtifak Hakları Arasındaki İlişki

1. Bölünme görüşü

Bu görüşe göre, sınırlı ayni haklar, mülkiyetin sağladığı yetkilerden bazılarının ayrılarak bağımsızlaştırılması ve bir hak olarak özgülenmesi yoluyla kurulurlar¹⁴. Bu anlamda, mülkiyet çeşitli yetkilerden oluşan bir bütün olarak değerlendirilir ve tüm sınırlı ayni hakların mülkiyetin kapsamındaki kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkilerinden biri veya birkaçından oluştuğu kabul edilir. Sınırlı ayni hak varlığını koruduğu sürece malikin yetkileri de bu oranda sınırlanır. Ancak, söz konusu durum geçicidir. Sınırlı ayni hakkın sona ermesiyle birlikte malik tekrar eski hukuki durumuna kavuşur¹⁵. Mülkiyet ile sınırlı ayni haklar arasında nitelik farkı gözetmeyen bu görüş, yukarıda anılan yetkilerin parçalanması ve sınırlı ayni hak sahibine aktarılması düşüncesine dayanır¹⁶.

2. Yükleme görüşü

Türk hukukunun aksine İsviçre hukuk öğretisi tarafından neredeyse oybirliği ile kabul edilen görüştür¹⁷. Eşya üzerinde sahip olunan yetkilerden hareket eden bölünme görüşünün aksine, yükleme görüşü ise eşya üzerinde sağlanan hakimiyeti esas alır. Eşya üzerinde kurulabilecek en geniş kapsamlı hakimiyet hakkı olan

¹⁴ OĞUZMAN/ SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.611; AKİPEK/AKINTÜRK, s.612 vd.; SEROZAN, s.39; HATEMİ/ AYBAY, s.243; AYAN, s.3; KARAHASAN, Mustafa Reşit: Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, C.II, İstanbul 2002, s.53. KÖPRÜLÜ/KANETİ, genel olarak sınırlı ayni hakların nitelikçe mülkiyetten farklı olmadıklarını kabul ederek bölünme görüşünü benimsemekle birlikte, yükleme görüşünün mülkiyet ve sınırlı ayni haklar arasındaki ilişkilerle uyum içinde olduğunu belirterek yükleme görüşüne taraftar görmektedir. Bkz. KÖPRÜLÜ/ KANETİ, s.4, 5.

¹⁵ Bkz. RIEMER, s.33; DÜRR, s.25; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, (TUOR/SCHNYDER/SCHMID), s.921;

¹⁶ DÜRR, s.26.

¹⁷ LIVER, Peter: Zürcher Kommentar, Art. 730-744 Das Sachenrecht (Die Grunddienstbarkeiten), Zürich 1980, Einleitung, s. 8; DUERR, David: Zürcher Kommentar, Das Grundpfandrecht, Systematischer Teil und Art.793-804, Zürich 2009, s.53; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, (HAAB), Art.641, s.45; SCHMID/ HÜRLIMANN-KAUP, s.242.

mülkiyetin ayrıca kapsamındaki yetkilerin sayılmasına gerek yoktur¹⁸. Sağlamış olduğu yetkilerin geniş bir yelpazeye dağılması, mülkiyetin çok yönlü, renkli yapısının sebeplerinden birini oluşturur¹⁹. Mülkiyet, eşya üzerindeki hakimiyetin bütününe ifade ederken, sınırlı ayni haklar belirli bir hakimiyet kesitini ifade ederler. Sınırlı ayni hakkın varlığı mülkiyet üzerinde bir kısıtlama oluşturur. Buna göre, sınırlı ayni hak mülkiyetten koparılmış bir parça olmayıp, mülkiyet üzerine getirilmiş bir yükür²⁰. Böyle bir durumda, mülkiyetin sağladığı hakimiyet, sınırlı ayni hakkın sahibine sağladığı hakimiyet oranında daralır. Ancak, söz konusu durum geçicidir. Sınırlı ayni hakkın son bulmasıyla birlikte mülkiyet üzerindeki kısıtlama da son bulur. Mülkiyetten koparılan hakimiyet kesiti tekrar mülkiyetin içeriğine geri döner²¹. Mülkiyet ile sınırlı ayni haklar arasında sadece nicelik farkı gözetken bölünme görüşünün aksine, yükleme görüşü gereğince nicelik farkı yanına nitelik farkı da eklenir²².

3. Görüşlerin değerlendirilmesi

Mülkiyetin sağladığı yetkilerin birer birer belirlenmesi mümkün değildir²³. Yetkiler, somut olayda hukuk düzeni tarafından getirilmiş kısıtlamalara göre varlık kazanırlar. Bunlar, açık olarak görülmezler²⁴. Mülkiyet, sınırlı ayni haklara

¹⁸ EREN, Mülkiyet, s.785; ÖZEN, s.3; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, (HAAB), Art.641, s.43. Bu yetkilerin tek tek sayılmasının mümkün olmadığını savunmakla birlikte yine de bir hakkın mülkiyet olarak tanımlanabilmesi için zorunlu ve asli olarak nitelenen yetkileri tanınması gerektiğini ve sınırlı ayni hakların da bu yetkilerden kesin olarak belirlenmiş bazılarında oluştuğunu kabul eden görüş için bkz. AKİPEK, Mülkiyet, s.9, 14.

¹⁹ REY, s.156.

²⁰ REY, s.159.

²¹ LIVER, Einleitung, s.8; REY, 159, 160.

²² LIVER, Einleitung, s.8; ÖZEN, s.3 vd.. KÖPRÜLÜ/KANETİ tarafından, yükleme görüşünün öğretide baskın görüş olarak kabul gördüğünün belirtilmesine karşılık Türk Hukukunda çoğunlukla bölünme görüşünün benimsendiği görülür. Bununla birlikte, yükleme görüşü İsviçre Hukukunda etkili olurken, bölünme görüşü de Alman Hukukunda savunulmaktadır. Bkz. DÜRR, s.25 vd.; ÖZEN, s.2, dn.2 ve s.3, dn.6; TUOR/ SCHNYDER/SCHMID/ RUMO-JUNGO, (TUOR/SCHNYDER/SCHMID), s.921.

²³ REY, s.159; CAGIANUT, s.67; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, (HAAB), Art.641, s.43.

²⁴ REY, s.161.

kıyasla hem nitelik hem de nicelik olarak farklı tasarlanmıştır²⁵. Sınırlı ayni haklar, mülkiyetin sağladığı hakimiyetin sadece belirli bir alanına ilişkindirler ve hak sahibine sadece ilgili oldukları alanda hakimiyet sağlarlar. Bir sınırlı ayni hakkın varlığı mülkiyete ilişkin yetkilerin bölündüğü, parçalandığı anlamına gelmeyip, mülkiyete ilişkin yetkilerin kısıtlanması sonucunu doğurur²⁶. Sınırlı ayni hakla yüklenmiş bir mülkiyette, tam hakimiyetin malik tarafından kullanılması geçici olarak askıya alınır. Malikin sahip olduğu tam hakimiyet, sınırlı ayni hak sahibi lehine kısıtlanır. Geçici olarak, sahip olduğu hakimiyetin bir kesitini sınırlı ayni hak sahibine bırakan malik, bu geçici durumun sona ereceği ve günü geldiğinde tam hakimiyetten ayrılan kesitlerin tekrar kendi tekelinde toplanacağı beklentisini taşır. Mülkiyeti, diğer hakimiyet haklarından ayıran ölçüt de burada ortaya çıkar. Sınırlı ayni haklar nedeniyle kısıtlanan tam hakimiyet, bu hakların sona ermesiyle birlikte söz konusu kısıtlamalardan kurtulur ve tekrar tam hakimiyete dahil tüm yetkiler malikin elinde toplanır²⁷.

²⁵ **REY**, s.156. Konuya ilişkin örnekler için bkz. **BAUMANN**, Max: Zürcher Kommentar, Das Sachenrecht, Nutzniessung und andere Dienstbarkeiten, Art.745-778, B.IV 2a, Zürich 1999, Art.755, s.158; **BACHMANN**, Dominik: “Berechtigungsnachweis bei Baurechtsbauten”, PBG 2004/4, s.6; **SCHMID**, Jürg: “Ausgewählte Fragen zum Baurecht, Unterbaurecht und zum Überbaurecht”, ZBGR 1998/79, s.290; **BRITSCHGI**, André: Das belastete Grundstück beim Bauhandwerkerpfandrecht, Zürich 2008, s.119.

²⁶ **LIVER**, Einleitung, s.9.

²⁷ “Mülkiyetin esnekliği” olarak ifade edilen bu kurala göre, sınırlı ayni hakların sona ermesiyle, mülkiyet hakkı da üzerine yüklenen kısıtlamalardan kurtulur ve ayni hak değişikliğinin yarattığı boşluğu doldurur. Sona eren her sınırlı ayni hak gereğince mülkiyetten koparılan yetkiler, sona ermeyle birlikte mülkiyetin içeriğine geri dönerler. Mülkiyet üzerindeki tüm sınırlı ayni haklar ortadan kalkınca mülkiyete dayalı tam hakimiyet yeniden canlanır. Bkz. **LIVER**, Einleitung, s.8; **HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL**, (HAAB), Art.641, s.45; **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s.5; **ÖZEN**, s.4; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, s.612; **SEROZAN**, Rona: “Mülkiyet Hakkının Öz, İşlevi ve Sınırları”, Ümit Yaşar DOĞANAY’ın Anısına Armağan, İstanbul 1982, s.245; BGE 105 Ia 134; BGE II 1 83. “Mülkiyetin esnekliği” kuralı ile aynı doğrultuda yer bulan “sınırlı ayni hakların genişlemeziği” kuralı da yukarıda belirtilen sonucu bir başka açıdan düzenler. Buna göre, eşya üzerindeki mülkiyetin son bulması durumunda, var olan sınırlı ayni haklar nitelik değiştirerek mülkiyetin yerini alamazlar. Sınırlı ayni haklar, ayni hak değişikliğinin yarattığı boşluğu doldurmak üzere genişleme yeteneğinden yoksundurlar. Böyle bir yetenek sadece mülkiyete özgüdür (**KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s.5). Buna karşılık, yükleme görüşü çerçevesinde ortaya atılan ve bu görüşü destekleyen mülkiyetin esnekliği kuralı isabetsiz olarak bölünme görüşüne ilişkin bir örnek olarak da kullanılmaktadır.

II. İRTİFAK HAKLARININ MÜLKİYET KISITLAMALARI İÇİNDEKİ YERİ

A. Genel Olarak

Günümüzde, gerek öğretide gerek uygulamada kabul edilen görüş, mülkiyet hakkının içeriğini belirlerken, sosyal mülkiyet görüşünden hareket eder²⁸. Mülkiyetin saf yetkilerden oluştuğu düşüncesine dayalı klasik mülkiyet görüşünün aksine, sosyal mülkiyet görüşü, sınırsız ve sorumsuz bir mülkiyet anlayışına karşı çıkar. Ödev kavramını, mülkiyetin içeriğine yabancı olarak değerlendiren klasik görüş, mülkiyeti doğal bir hak olarak kabul eder ve onu dokunulmazlık zırhı ile korur. Buna göre, mülkiyet; vazgeçilmez, dokunulmaz, zaman aşımına uğramaz, kutsal bir haktır. Mülkiyet ve ödev kavramları birbirini dışlayan kavramlardır. Bu nedenle, mülkiyete sonradan ve dışarıdan getirilen kısıtlamalar istisnai bir nitelik taşırlar. Bunlarla, mülkiyetin niteliğine yönelik herhangi bir müdahalede bulunulamaz²⁹.

Toplum yararı düşüncesini bir kenara iterek, tamamen özel yarar düşüncesi temelinde biçimlenen klasik mülkiyet görüşü, beraberinde sınırsız ve sorumsuz bir mülkiyet anlayışı getirmiştir³⁰. Sadece yetkilerden oluşan ve sınır

²⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.234; AKİPEK/AKINTÜRK, s.379; ZEVKLİLER, s.593; EREN, Mülkiyet, s.784; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.508; SEROZAN, Mülkiyet, s.240; ERTAŞ, s.142; AKİPEK, Mülkiyet, s.8; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, (HAAB), Art.641, s.40; MEIER-HAYOZ, Art.641, s.312; TUOR/ SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, (TUOR/SCHNYDER/SCHMID), s.813; LIVER, Einleitung, s.33; REY, s.156; HÜRLIMANN-KAUP, s.28, 29; CAGIANUT, s.67, 68. Aynı yönde bkz. Yarg. HGK 20.10.2004 E.2004/1-435, K.2004/558 (İBD, C.80, S.2006/2, s.723 vd.; Yarg. 1.HD 09.11.2006 E.2006/8764, K.2006/10972 (İBD, C.81, S.2007/3, s.1153 vd.); AMK 24.09.2008 E.2008/26, K.2008/147 (RG 18.11.2008 S.27058); AMK 22.11.2006 E.2002/117, K.2006/105 (RG 30.03.2007 S.26478).

²⁹ FEHR, Hans: “Der Eigentumsbegriff und das Unternehmen”, ZSR 1928, s.4 vd.; HEDEMANN, Justus Wilhelm: “Funktionelle Wertung des Eigentums”, SJZ 1924, s.270-274. Klasik mülkiyet anlayışının tarihsel geri planı ve İsviçre hukukundaki etkisi için bkz. HÜRLIMANN-KAUP, s.21 vd.. Türk hukukunda bu görüşün açıklaması için bkz. EREN, Mülkiyet, 768 vd.; ZEVKLİLER, s.582 vd.; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 375; BAŞPINAR, s.109; ÖRÜCÜ, s.8, 9; AKİPEK, Mülkiyet, s.3; EREN, Fikret: “Anayasa ve Yeni Gelişmeler Karşısında Medeni Kanunun Mülkiyet Kavramına Verilecek Anlam”, Medeni Kanun’un 50. Yılı, Ankara 1977, s.175. SAYMEN/ELBİR, klasik mülkiyet görüşe yatkın yazarlar arasında gösterilmesine karşılık (Bkz. AKİPEK, Mülkiyet, s.3, dn.6) yazarların, “Mülkiyet hakkının tahdit edilmiş olması” başlığı altında açıkça sosyal mülkiyet görüşünü benimsediği görülür (Bkz. SAYMEN/ELBİR, s.208 vd. özellikle s.342).

³⁰ Söz konusu, sınırsız ve sorumsuz mülkiyet anlayışının yansıması olarak “Dünya! İznim olmadıkça geri dur...” sloganı sosyal ve hukuki düzene damgasını vurmuştur. Bkz. ÖRÜCÜ, s.9. Şahıs varlığı hakları bakımından dahi mutlak olarak kabul edilemeyecek bu sloganın bir mal varlığı hakkı için kabul görmesi o

tanımayan bir mülkiyet kavramı, sosyal gerçekler ve zorunluluklar kadar hukukun evrensel ilkeleriyle de çelişki içindedir. Bu çelişkinin farkına varılmasıyla birlikte mülkiyetin içeriğini belirleyen anlayışta keskin bir sapma görülür³¹. Bundan böyle, mülkiyet hakkı sadece malikin üstün yararına hizmet eden ve onu hakimiyeti altındaki eşyanın sınırsız-sorumsuz hükümdarı yapan dokunulmaz bir hak değildir. Mülkiyetin içeriği belirlenirken malikin yararı yanında üçüncü kişilerin, geniş anlamda toplumun yararı da göz önünde bulundurulmalıdır. Bireysellik anlayışının yıkılması ve buna bağlı olarak yaşadığı toplumun parçası olma düşüncesinin yerleşmesiyle birlikte mülkiyet de kimlik değiştirir³². Böylece, bireyci niteliğini kaybeden mülkiyet hakkı sosyal bir işlev üstlenir.

Sosyal mülkiyet görüşü gereğince, mülkiyetin içeriği belirlenirken yetkiler yanında ödevlerden de söz edilir. Bir taraftan, yetkiler kadar ödevlerin de mülkiyetin yapısında yer aldığı kabul edilip, her ödevin mülkiyete dışarıdan getirilmiş bir kısıtlama oluşturduğu düşüncesine karşı çıkılırken, diğer taraftan, mülkiyetin en geniş kapsamlı, tekeli ve mutlak hakimiyet hakkı olma niteliği korunur³³. Sosyal mülkiyet görüşüne göre, yetkiler kadar ödevler de mülkiyetin her parçasına yayılmış

dönem bakımından kaygı vericidir. Bu slogan doğrultusunda, kişisel yararın topluma ait yarardan üstün tutulması gerektiği düşüncesi benimsenmiş ve bunlar arasındaki olası bir çatışmada toplum yararının geri çekilmesi gerektiği savunulmuştur. Bu konuda açıklamalar için bkz. **EREN**, Mülkiyet Kavramına Verilecek Anlam, s.178. Sınırsız-sorumsuz malik anlayışın hakim olduğu dönemin “geçmişte kalan tehlikeli hatıralar dönemi” olarak nitelendirilmesi için bkz. **HÜRLIMANN-KAUP**, s.24.

³¹ Özellikle sanayi devrimi sonucunda oluşan yeni toplumsal koşullar, klasik mülkiyet anlayışının bir ürünü olan mutlak ve dokunulmaz mülkiyet kavramının sarsılmasına ve sonuçta terk edilmesine yol açmıştır. Bundan böyle, mülkiyete yüklenecek ekonomik ve toplumsal işlev ile mülkiyetin hukuki kaderinin belirlenmesi, daha çok iki merkezde toplanan görüşlerden hangisinin kabul edildiğine göre değişiklik gösterecektir. Bu görüşlerden biri, klasik mülkiyet anlayışının neden olduğu sosyal adaletsizliklerin ve eşitsizliklerin ortadan kaldırılması için mülkiyet hakkının sahibini değiştirmeyi savunur. Buna göre, özel mülkiyet kişinin yine kişi tarafından sömürülmesine yol açar. Söz konusu sömürü düzenine son verilebilmesi için mülkiyet hakkının kişiye değil topluma ait olması gerekir. Diğer görüş ise mülkiyetin niteliğinin değiştirilmesi üzerine yapılır. Özel mülkiyete kavramsal olarak karşı çıkmayan bu görüş, mülkiyetten doğan yetkilerin toplum yararı doğrultusunda kısıtlanacağını kabul eder. Bu görüşler için bkz. **BULUT**, Nihat: “Mülkiyet Konusundaki Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı”, EÜHFD, C.X, S.3-4, 2006, s.21 vd.; **EREN**, Mülkiyet, s.772 vd.; **EREN**, Mülkiyet Kavramına Verilecek Anlam, s.178, 179.

³² **HÜRLIMANN-KAUP**, s.22.

³³ **SAYMEN/ELBİR**, s.203 vd.; **EREN**, Mülkiyet, s.781; **HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL**, (HAAB), Art.641, s.40; **SEROZAN**, Mülkiyet, s.245, 254; **AKİPEK**, Mülkiyet, s.6; **KANETİ**, Mülkiyet, s.283; **TUOR/ SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, (TUOR/SCHNYDER/SCHMID), s.814; **MEIER-HAYOZ**, Art.641, s.323; **CAGIANUT**, s.67.

durumdadırlar ve her parçada yetkilerle birlikte iç içe bulunurlar. Yetkiler ve ödevler arasında bir öncelik-sonralık ilişkisi kurulamaz³⁴. Eşyanın mülkiyetini kazanan kişi mülkiyetin sağladığı yetkileri elde etmekle birlikte bu yetkilerle iç içe bulunan ödevleri de yüklenir. Söz konusu ödevlerin bir kısmı Özel Hukuk karakterli iken diğer bir kısmı da Kamu Hukuku karakterlidir. Diğer bir söyleyişle, mülkiyetin sağladığı yetkiler sadece Özel Hukuk kuralları ile kısıtlanmaz. Kamu Hukuku kuralları da bu yetkileri kısıtlayıcı düzenlemeler içerirler³⁵. Bu nedenle, mülkiyetin sınırlarını belirlemek amacıyla yola çıkan bir hukukçu sadece Eşya Hukukundaki veya daha geniş bir çerçevede Özel Hukuktaki gelişmeleri takip ederek bu amaca ulaşamaz. Bunun yanında Kamu Hukuku alanındaki gelişmeler de izlenmelidir. Durum böyle kabul edilmekle birlikte, bir Özel Hukuk disiplini olan Eşya Hukukunu ve onun bir kurumunu Kamu Hukuku kurallarına göre yorumlamanın, Eşya Hukukunun netliğine zarar verebileceğine ve onun karmaşık bir karaktere bürünmesine neden olabileceğine de dikkat çekilir³⁶. Kanaatimizce, aynı riziko tüm diğer hukuk disiplinleri bakımından geçerlidir. Sosyal gerçeklere uygun, birbirini tamamlayan hukuk kuralları bütünü elde etmek için böyle bir rizikonun omuzlanmasında da bir sakınca bulunmaz. Hukuk sistemleri arasındaki sınırların dahi giderek ortadan kalktığı bir dönemde, hukuk disiplinleri arasındaki sınırlardan söz ederek, bunların birbiriyle karışmasından duyulacak kaygı yersizdir³⁷.

³⁴ **ZEVLİLER**, s.585. Malikin kural olarak yetkilerle donatılmış olduğu, buna karşılık ödevlerin ise istisna oluşturduğu yönünde bkz. **EREN**, Mülkiyet, s.794.

³⁵ **HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, (HAAB)**, Art.641, s.42; **TUOR/SCHNYDER/ SCHMID/ RUMO-JUNGO, (TUOR/SCHNYDER/SCHMID)**, s.814; **MEIER-HAYOZ**, Art.641, s.312; **HÜRLIMANN-KAUP**, s.29; **LIVER**, Einleitung, s.34; **REY**, s.161. Aynı yönde BGE 89 I 464. Bununla birlikte, hukuk düzeni tarafından mülkiyete getirilen kısıtlamalar sadece özel hukuk ya da kamu hukuku karakterli düzenlemelerden de ibaret değildir. Bu yönde bkz. BGE 78 IV 178 (**MEIER-HAYOZ**, Art.641, s.323). Kısıtlamaların belirlenmesinde federal hukukun yanında kanton hukukunun, örf ve adet hukukunun ve ayrıca hakim tarafından yaratılan hukukun da araştırılması gerekir. Bkz. BGE 35 I 439, BGE 45 I 54, BGE 56 I 256, BGE 74-I 45 (**MEIER-HAYOZ**, Art.641, s.324). Federal hukuk dışındaki düzenlemelere başvurulurken keyfiliğe dayalı eşit olmayan uygulama rizikosunun da göz önünde bulundurulması gerektiği yönünde BGE 84 I 172; BGE 85 I 89; BGE 88 I 84; BGE 89 I 104.

³⁶ **HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, (HAAB)**, Art.641, s.42.

³⁷ Kamu hukuku alanındaki değişiklikler dikkate alındığında, mülkiyetin sınırlarının da sürekli olarak değişmesi gerektiği düşüncesiyle özel hukuk karakterli bir kuruma kamu hukukundaki değişikliklerin yansıtılmasının eleştirisi için bkz. **RENNER**, Karl : Die Rechtsinstitute des Privatrechtes und ihre soziale Funktion, Tübingen 1929 (Naklen: **HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, (HAAB)**, Art.641, s.42). Karş. BGE 123 III 560 “(...) Anayasa garantisi altında bulunan mülkiyetin özel nitelikli içeriği belirlenirken hem federal hukuk hem de kanton hukuku göz önünde bulundurulur. Bununla birlikte mülkiyete ilişkin genel düzenleme ZGB Art.641’de yer alır. Mülkiyet, hukuk düzeninin çizdiği sınırları takip eder ve mülkiyetin içeriği bu sınırlara göre belirlenir. Söz konusu sınırlar belirlenirken sabit

Özel hukukun öngördüğü kısıtlamaların birçoğu Kamu Hukuku ile bağlantılı olduğundan³⁸, bunlar arasındaki bağın göz ardı edilmesi hukuk düzeninin bütünlüğüne zarar verir.

Mülkiyetin bünyesinde var olan ödevlerden bir bölümü doğrudan üçüncü kişilerin yararına hizmet edebileceği gibi toplum yararını³⁹ hedef tutan ödevlerle de karşılaşılabılır. Bazı ödevler ise belirli kişilerin yararı yanında toplumun yararını da gerçekleştirebilir. Mülkiyetin içeriğinde yer alan yetkilerin birer birer belirlenemeyeceğini kabul eden görüş doğrultusunda ödevlerin de aynı şekilde belirlenmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, yerleşik görüş, malikin ödevlerini; katlanma, kaçınma ve yapma ödevleri olarak üç temel başlık altında inceler⁴⁰. Ancak, söz konusu ayırım da kesin bir anlam taşımaz. Bu ödev türleri arasına kesin sınırlar çizilemez. Birçok durumda birbiri ile iç içe geçmiş ödevler demeti ile karşılaşılabılır⁴¹.

Mülkiyetin içeriği, türü ne olursa olsun her mülkiyet kısıtlamalara tabi tutulur. Örneğin, taşınır eşya niteliğindeki bir ateşli silahın maliki ancak ruhsata bağlı olarak bunları bulundurabilir veya taşıyabilir⁴². Her mülkiyet konusu eşyanın türüne özgü kısıtlamaların incelenmesi daha kapsamlı çalışmalara konu olabileceğinden bundan sonraki açıklamalarımızda taşınmaz mülkiyeti esas alınarak bunun üzerinden konunun açıklanmasına çalışılacaktır.

karakterli özel hukuk düzenlemeleri yanında sürekli değişim içinde olan kamu hukuku düzenlemeleri de dikkate alınır (...)”.

³⁸ **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, (TUOR/SCHNYDER/SCHMID)**, s.814; **CAGIANUT**, s.72. İsviçre uygulamasında kamu hukuku bağlantılı kısıtlamalarla yaygın olarak karşılaşılabileceği yönünde bkz. BGE 74 I 156; BGE 76 I 336; BGE 77 I 218; BGE 78 I 428.

³⁹ Toplum yararını hedefleyen düzenlemelerin mülkiyet üzerinde yoğun bir kısıtlama oluşturabileceği yönünde BGE 94 I 52.

⁴⁰ **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, (TUOR/SCHNYDER/SCHMID)**, s.815; **HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, (HAAB)**, Art.641, s.44; **MEIER-HAYOZ**, Art.641, s.326; **EREN**, Mülkiyet, s.786; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s.382.

⁴¹ **MEIER-HAYOZ**, Art.641, s.327.

⁴² **REY**, s.156. Bkz. WG (Waffengesetz) Art.27 Abs.1; 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında K. m.7.

B. Mülkiyetin İçeriğinde Yer Alan Ödevler

1. Katlanma Ödevleri

Malik, “katlanma ödevi” gereğince, mülkiyete yönelen belirli müdahalelere tahammül etmek zorundadır. Katlanma ödevinin kapsamı, basit bir müdahaleden⁴³ oluşabileceği gibi mülkiyet hakkına son veren bir müdahaleye⁴⁴ kadar uzanabilir. Kapsamın belirlenmesinde başvurulacak ölçüt, müdahalenin yoğunluğundan bağımsız olarak müdahalenin niteliğidir. Katlanma ödevi kapsamında görülen müdahaleler iki temel başlık altında değerlendirilirler⁴⁵. Bunlardan birincisini doğrudan müdahaleler oluşturur. Bu kapsamda, resmi görevin yerine getirilmesi amacıyla taşınmaza giren kolluk kuvvetlerinin veya sivil savunma hizmetlerini yerine getiren görevlilerin müdahalelerine katlanma yükümlülüğünden söz edilir. Dolaylı müdahaleler ise daha çok belirli bir faaliyetin yürütülmesinden doğan gürültü, duman veya manyetik dalgalar gibi salınımlar olarak karşımıza çıkar. Atış alanı olarak kullanılan bir taşınmazdan kaynaklanan silah sesleri, toplumun kullanımına açık bir meydana⁴⁶ veya bir okul bahçesinden doğan gürültü ya da radyo vericilerinden yayılan manyetik dalgalar⁴⁷ dolaylı müdahalelere örnek olarak verilebilir⁴⁸.

Katlanma ödevinin en keskin örneklerinden birini kamulaştırma oluşturur. Kamulaştırma dışında katlanma ödevine başka örnekler vermek gerekirse, bu örneklerin “Başkasının arazisine girme hakkı” başlığı altında düzenlenen TMK m.751 (ZGB Art.699), m.752 (Art. 700) ve m.753 (Art.701) üzerinden verilmesi mümkündür.

⁴³ Malikin, taşınmazın üzerine sokak veya cadde ismi taşıyan levhalar ya da trafik işaretleri takılmasına katlanmakla yükümlü olduğu yönünde BGE 39 II 359.

⁴⁴ Kamulaştırma ve benzeri sonuçlar müdahalelerin ağır bir katlanma yükü oluşturduğu yönünde **ZIMMERLI**, Ulrich: “Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur materiellen Enteignung”, ZBL 1974, s.138. Özellikle bkz. BGE 96 I 559.

⁴⁵ **HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ ZOBL, (HAAB)**, Art.680, s.394.

⁴⁶ BGE 43 II 272.

⁴⁷ BGE 40 I 447.

⁴⁸ **HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, (HAAB)**, Art.680, s.395.

2. Kaçınma Ödevleri

Mülkiyetin içeriğinde yer alan ödevlerin bir bölümü de “kaçınma ödevleri” başlığı altında sınıflandırılır. Medeni Kanunda yer alan kaçınma ödevlerinin büyük çoğunluğu, toplumsal yaşam kuralları doğrultusunda şekillenen komşuluk ilişkilerini temel alır ve bu ilişkilerin genel olarak düzenlenmesini amaçlar. Böylece, bir taraftan mülkiyetin içeriği olumlu yönde kısıtlanarak malikin taşınmazı üzerinde yürütebileceği faaliyetin sınırlarını belirlenirken, diğer taraftan 3.kişilerin mülkiyete yönelen dolaylı müdahalelerine karşı malikin katlanma sınırına da ışık tutulur⁴⁹. Katlanma ödevlerinin en tipik örneğini TMK m.737 (ZGB Art.684) oluşturur. Medeni Kanun dışında başka kanunlarda da kaçınma ödevinin örneklerine rastlamak mümkündür⁵⁰. 2872 sayılı Çevre K. m.14 veya 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma K. m.9 katlanma ödevlerine örnek olarak gösterilebilir.

3. Yapma Ödevleri

Konuya ilişkin bir diğer sınıflandırma ise “yapma ödevleri” başlığı altında gerçekleşir. Mülkiyetin içeriğinde bulunan ödevler daha çok katlanma ve kaçınma yönünde olmakla birlikte yapma ödevlerine başka bir söyleyişle “performans ödevlerine”⁵¹ daha az rastlanır⁵². Diğer ödevlerin aksine yapma ödevleri malik bakımından belirli bir davranışta bulunma yükümlülüğü getirir. Bu anlamda, TMK m.720’de düzenlenen sınır belirleme yükümlülüğü, yapma ödevine örnek olarak verilebilir. Taşınmaz malikinin Kamu Hukukuna dayalı yapma ödevleri⁵³ bakımından ilgi çekici bir örnek de İsviçre hukukundan verilebilir. Özel mülkiyete tabi tarihi yapılar için öngörülmüş olan bakım, onarım ve koruma yükümlülükleri teknik anlamda yapma

⁴⁹ HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ ZOBL, (HAAB), s.434; MEIER-HAYOZ, Art.684, s.182.

⁵⁰ İsviçre hukukunda özellikle kamu hukuku kökenli kanton düzenlemelerinde bu tür ödevlere sıklıkla rastlanır. Bu düzenlemelerin büyük çoğunluğu da kamu hizmetine tahsis edilmiş bir taşınmaza bitişik olan veya onun çevresinde yer alan özel mülkiyete tabi taşınmazları dikkate alarak onların maliklerine çeşitli kaçınma ödevleri yükler. Demiryoluna belirli bir uzaklık içinde inşaat ve ağaçlandırma yasağı getiren veya taşınmazın çevresinin tel örgü ile çevrilmesini yasaklayan düzenlemeler için bkz. HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, (HAAB), s.396.

⁵¹ ZIMMERLI, s.154.

⁵² MEIER-HAYOZ, Art.641, s.327.

⁵³ BGE 97 I 792; BGE 98 Ia 584.

ödevi niteliği taşınmazlar ve bir mülkiyet kısıtlaması olarak bu tür mülkiyetlerin yapısında yer alırlar. Bazı durumlarda, taşınmazın niteliği gereği bakım, onarım ve koruma yükümlülükleri malikin omuzlarına oldukça ağır bir yükleyebilir ve malikin ekonomik durumu bu yükümlülükleri yerine getirmeye elverişli de olmayabilir. Böyle bir olasılıkta söz konusu taşınmazın uygun bedel karşılığında kamulaştırılması önerilmektedir⁵⁴. Buna ek olarak, yukarıdaki örnek başlığı altında ortaya atılan görüş genel bir kural olarak da yapılandırılır ve yapma ödevlerini yerine getiremeyen kişilerin mülkiyetine kamulaştırma yoluyla son verilebileceği iddia edilir. Görüldüğü üzere, bu görüşün kabul edilmesiyle birlikte başlangıçta var olan bir yapma ödevinin nitelik değiştirerek katlanma ödevine dönüşmesine tanık olunur. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, bir yapma ödevini mülkiyete son veren bir müdahaleye katlanma ödevine dönüştüren bu görüş teorik açıdan savunulabilir olsa da uygulamada Federal Mahkeme tarafından kabul görmez⁵⁵.

C. Mülkiyet Kısıtlamaları

Buraya kadar aktarmaya gayret ettiğimiz üzere hukuki bir kurum ve bir ayni hak olarak mülkiyet, hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içinde anlam ifade eder. Malike tanınan tüm yetkiler ve ona yüklenen tüm yükümlülükler bu sınırlar içinde geçerlidir. Diğer bir söyleyişle, çizilen sınırların dışında anlam ve etkisini yitiren mülkiyet fiili bir kavrama dönüşür. Benimsediğimiz görüş⁵⁶ doğrultusunda mülkiyeti konu alan tüm kısıtlamalar bir bütün olarak iki temel kaynaktan doğarlar. Bu noktada, kısıtlama ifadesi bir üst kavram olarak kullanılır. Bazı kısıtlamalar, kaynağını malikin iradesinden bağımsız olarak, doğrudan doğruya kanuni düzenlemelerden alırken, bazı kısıtlamaların kaynağında da malikin iradesi yatar. Kanundan doğan ödevler ile malikin iradesine bağlı olarak gerçekleşen sınırlamalar, üst kavram olarak, “kısıtlama” başlığı altında değerlendirilir.

⁵⁴ ZIMMERLI, s.154.

⁵⁵ Bkz. BGE 364 Ia 99; BGE 97 I 792; BGE 98 Ia 584.

⁵⁶ TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO (TUOR/SCHNYDER/SCHMID), s.870; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMAN, s.457; ZIMMERLI, s.139; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.431 vd.; SAYMEN/ELBİR, s.342. Malikin iradesine dayalı kısıtlamaların, hukuk düzeninden doğan kısıtlamalara kıyasla daha fazla uygulama alanına sahip olduğu yönünde TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO (TUOR/SCHNYDER/ SCHMID), s.870.

1. Kanundan Doğan Kısıtlamalar

Kanundan doğan kısıtlamalar, mülkiyetin içeriğine dahil oldukları, diğer bir söyleyişle mülkiyetle birlikte var oldukları için bunların ayrıca tapu sicilinde gösterilmelerine gerek duyulmaz⁵⁷. Buna karşı ileri sürülebilecek en ciddi eleştiri ise tapu sicilinin üstlenmiş olduğu aleniyet işlevinin zarar görmesidir. Taşınmaz üzerindeki her yükün tapu sicilinden anlaşılması gerektiğini ileri süren görüş, eleştirilerini de bu temel üzerine yapılandırır. Ancak, bu eleştiriye verilecek yanıt teknik anlamda oldukça sadedir ve kanaatimizce sağlam bir gerekçeye dayanır. Mülkiyete yönelik kanundan doğan kısıtlamalar onun yapısına aykırı olan unsurlar değildir. Bu yapıda yer alan her kısıtlama, aynı yapıda yer alan yetkiler gibi mülkiyetin bir parçasını oluşturur. Bu nedenle, bir yapı taşının ayrıca sicilde gösterilmesine gerek duyulmaz. Bu sonuç teknik olduğu kadar pratik gerekçelerden doğar. Aksi durumda, tapu sicili işlevini yerine getiremeyecek kadar ağırlaşır.

Kanundan doğan mülkiyet kısıtlamaları geniş bir alana yayılmış biçimde ve farklı içerikler ile karşımıza çıkabilir. Bunların bir bölümü Medeni Kanunun genel düzenlemelerine konu edilmişken, diğer bir bölümü ise yasal ön-alım hakkı gibi, özel düzenlemelere konu olur⁵⁸. Medeni Kanun yanında Özel Hukuk veya Kamu Hukuku karakterli kanunlardan doğan çok sayıda kısıtlama da mevcuttur. Kanundan doğan tüm kısıtlamalarının temel bir başlık altında sınıflandırılması düşünülürse böyle bir durumda ayırt edici ölçüt olarak “korunan yarar” temel alınır. Bu ölçüt doğrultusunda, kanundan doğan kısıtlamalar, kamu hukukuna dayanan kısıtlamalar ile özel hukuka dayanan kısıtlamalar olarak ikiye ayrılırlar⁵⁹. Belirli kişilerin yararı doğrultusunda getirilen kısıtlamalar Özel Hukuk kısıtlamaları olarak kabul edilirken, toplum yararı gözetilerek getirilmiş kısıtlamalar da Kamu Hukuku kısıtlamaları olarak değerlendirilir. Bunun

⁵⁷ **HAAB/SIMIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, (HAAB)**, Art.680, s.384. Bu sonuç, doğrudan kısıtlamalar bakımından tartışmasız kabul görmekle birlikte dolaylı kısıtlamalar bakımından tartışmalıdır. Karş. **LIVER**, Einleitung, s.37.

⁵⁸ **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO (TUOR/SCHNYDER/SCHMID)**, s.876.

⁵⁹ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.444 vd.; **ÖZSUNAY**, s.158; **KETTIGER**, Daniel: “Der Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen”, ZBGR 91/2010, s.137; **HAAB/SIMONIUS/ SCHERRER/ZOBL, (HAAB)**, Art.680, s.386; **TUOR/SCHNYDER/ SCHMID/ RUMO-JUNGO (TUOR/ SCHNYDER/SCHMID)**, s.876.

yanında hem belirli kişilerin hem de kamunun yararına yönelmiş karma nitelikli kısıtlamalarla da karşılaşılması mümkündür⁶⁰. Özel Hukuk ve Kamu Hukuku karakterli kısıtlamalar ayrımı çift yönlü nitelik taşır⁶¹. Öncelikle, bu ayrımın önemi uygulamada yargı yoluna başvurulabilme açısından kendisini gösterir. Bir Özel Hukuk kısıtlamasının ihlal edilmesi durumunda bundan zarar gören kişiler malike karşı dava hakkına sahipken, bir Kamu Hukuku kısıtlamasının ihlali durumunda ise ancak idareye başvurularak idarenin harekete geçmesi talep edilebilir. Bu olasılıkta açılacak dava idari karakterli olup bazı durumlarda idarenin re'sen harekete geçerek böyle bir dava açması da mümkündür.

a. Kamu Hukuku Kısıtlamaları

Toplum yararını korumak amacıyla getirilmiş kısıtlamalardır. Bunlar, Kamu Hukuku karakterli çeşitli düzenlemelerde yer almakla birlikte büyük bir kısmına özellikle İdare Hukuku düzenlemelerinde rastlanır⁶². Kısıtlama içeren bir hükmün Özel Hukuk veya Kamu Hukuku karakterli olup olmadığının belirlenmesi son derece güçtür. Bu güçlük özellikle kanton hukukuna yollama yapan İsviçre Medeni Kanunu bakımından daha açık biçimde ortaya çıkar⁶³. Düzenlemenin toplum yararını hedef alıp

⁶⁰ Bu nitelikteki kısıtlamaların, “çift ölçünlü kısıtlamalar” veya “karışık yapılu kısıtlamalar” olarak adlandırılması için bkz. **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, (TUOR/SCHNYDER/SCHMID)**, s.877; **HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, (HAAB)**, Art.680, s.387; **MEIER-HAYOZ**, Art.680, s.34. Ayrıca bkz. BGE 96 I 97; BGE 106 Ib 239; BGE 109 Ia 78.

⁶¹ **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, (TUOR/SCHNYDER/SCHMID)**, s.877.

⁶² **KETTIGER**, s.137. İmar K., Kıyı K., Kamulaştırma K.; Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma K. gibi düzenlemelerde çok sayıda Kamu Hukuku karakterli kısıtlayıcı hükme rastlamak mümkündür. İsviçre hukukunda Kamu Hukuku karakterli kısıtlayıcı düzenlemelere örnek olarak; federal hukukta yer alan kamulaştırma, doğal ve kültürel mirasın korunması, su kaynaklarının korunması, avcılık, balıkçılık veya arazi planlamasını konu alan düzenlemeler ile kanton hukukunda yer alan inşaat uygulaması veya ormanların korunmasına ilişkin düzenlemeler gösterilir. Bkz. **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, (TUOR/SCHNYDER/SCHMID)**, s.879.

⁶³ **HAAB/SIMONIUS/ SCHERRER/ZOBL, (HAAB)**, Art.680, s.386, 387; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, (TUOR/SCHNYDER/SCHMID)**, s.877-898; BGE 56 II 22. Kanton hukuku düzenlemelerinin Özel Hukuk veya Kamu Hukuku karakterli olup olmadığının belirlenmesindeki güçlük dikkate alındığında, İsviçre hukuku bakımından söz konusu düzenlemelerin Kamu Hukuku karakterli olduğunu götürü olarak kabul etmek de o oranda güçtür. Örneğin, bir Özel Hukuk kısıtlaması olan ZGB Art.684, bazı kanton hukuklarında (Zürih EGzZGB §168, Lozan BG Art.134) Kamu Hukuku karakterli bir kısıtlamaya dönüşür. Herhangi bir yanlışlığa düşme rizikosunu ortadan kaldırmak amacıyla Medeni Kanunda yer alan Kamu Hukuku karakterli mülkiyet kısıtlamalarına daha tipik örnekler verilmeye çalışılır. ZGB Art.711 de bu örneklerden biridir. Söz konusu düzenlemeye göre, kullanma ve yararlanma olasılığına kıyasla malike bir yarar sağlamayan veya sınırlı yarar sağlayan su kaynaklarının

almadığı belirlenirken birçok ölçütün devreye girmesine bağlı olarak düzenlemenin niteliği bakımından oluşan ilk kanaat ile son kanaat de birçok durumda farklıdır. Bununla birlikte, Özel Hukuk karakterli düzenlemeler kapsamında da Kamu Hukuku kısıtlamalarıyla karşılaşılması mümkün olduğundan “yarar” ölçütünün dikkatli değerlendirilmesi gerekir.

Kamu Hukukundan doğan mülkiyet kısıtlamaları aynen Özel Hukuk kısıtlamaları gibi tapu siciline tescil edilmeksizin etkili olur (TMK m.731/f.1, ZGB Art.680 Abs.1)⁶⁴. Kamu Hukuku kısıtlamaları, kamu yararını hedeflediklerinden bunların değiştirilmesine veya ortadan kaldırılmasına izin verilmez . Bu noktada, TMK m.731/f.3 (ZGB Art.680 Abs.3) ile BK m.20 (OR Art.20) arasındaki organik bağ devreye girer. Böylece, bir Kamu Hukuku kısıtlamasını değiştiren veya ortadan kaldıran her anlaşma hukuki imkansızlık nedeniyle kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlanır⁶⁵. Kanunda öngörülmüş bu geçersizlik yaptırımı sadece Kamu Hukuku kökenli kısıtlamayı ortadan kaldıran veya kısıtlamanın çerçevesini zayıflatan anlaşmalar bakımındandır⁶⁶. İlk bakışta, Özel Hukuk kısıtlamaları ile kıyaslandığında Kamu Hukuku kısıtlamalarının geniş bir alana yayılan sert kısıtlamalar olduğu ve mülkiyetin içeriğini yoğun biçimde daralttığı düşünülebilir⁶⁷. Bu yargı isabetsiz olmamakla birlikte kamu gücüne dayalı müdahalede bulunma yetkisi belirli koşullar altında düzenlenip sınırlandırıldığı için Kamu Hukuku kısıtlamalarının kavram olarak çerçevesi de bu oranda sınırlıdır⁶⁸. Kanuni

mülkiyetinin toplum yararı doğrultusunda ve tam bedel karşılığında kamuya aktarılması mümkündür. Aynı doğrultuda ZGB Art.712’de içme suyunun korunması amacıyla kirlilik rizikosunu taşıyan tesisatın bulunduğu arazinin kamulaştırılabileceği düzenlenmiştir.

⁶⁴ Karş. BGE 111 Ia 183.

⁶⁵ HAAB/SIMONIUS/ SCHERRER/ZOBL, (HAAB), Art.680, s.388.

⁶⁶ BGE 44 II 396. Buna karşılık, kısıtlamanın çerçevesini genişleten anlaşmaların geçersizlik yaptırımına tabi olmadığı kabul edilir. Geçersizlik, sadece Kamu Hukuku kısıtlamasını ortadan kaldıran ya da kısıtlamanın yoğunluğunu azaltan anlaşmaları kapsar. Bkz. HAAB/SIMONIUS/ SCHERRER/ZOBL, (HAAB), Art.680, s.388, 389.

⁶⁷ ZIMMERLI, s.138.

⁶⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMAN, s.455.

dayanak⁶⁹, toplum yararı⁷⁰ ve ölçülülük⁷¹ koşullarıyla sınırlanan her Kamu Hukuku kısıtlamasının geçerliliği de bu koşullar doğrultusunda değerlendirilir⁷².

Tapu siciline yapılacak kayıtlar arasında yer alan beyanların, Kamu Hukuku anlamında üstlendiği asli işlev, sayıları ve kapsamı öngörülemeyen Kamu Hukuku kısıtlamaların açığa çıkarılması olarak karşımıza çıkar⁷³. Öncelikle belirtmek gerekir ki, benimsediğimiz görüşe uygun olarak, Kamu Hukuku karakterli kısıtlamaların birer birer sayılması mümkün olmadığı gibi böyle bir belirlemeye gerek de görülmez⁷⁴. Sicile yapılacak beyanın işlevi, mülkiyet veya sınırlı ayni hak kazanacak kişilerin, Kamu Hukuku kısıtlaması bakımından dikkatini çekmektir⁷⁵. Diğer bir söyleyişle kısıtlamayı üçüncü kişiler bakımından anlaşılabilir kılmaktır. Sicilde yer alacak beyan kısıtlamanın varlık kazanmasında kurucu etki taşımaz. Ayni hakların tescilinde, tescile bağlanan olumsuz etkinin benzerine bu durumda rastlanmaz. Buna bağlı olarak da beyanlar tapu siciline iyiniyetli güven bakımından herhangi bir işlev üstlenmezler⁷⁶. Ancak, İsviçre hukuku bakımından Federal Mahkeme tarafından da kabul edildiği üzere

⁶⁹ Federal Mahkeme'nin önceki kararlarında sadece "kanuni dayanak" koşuluna dayalı olarak geliştirdiği görüşünün "gelişigüzel bir formül" olarak değerlendirilmesi ve eleştirisi için bkz. **ZIMMERLI**, s.138. Özellikle karş. BGE 98 Ia 664.

⁷⁰ "Saf ekonomik yarar" dışında her türlü toplumsal yararın, bu başlık altında değerlendirilebileceği yönünde **HÄFELIN/MÜLLER/UHLMAN**, s.458. Temlik, yıkım, dönüşüm veya benzer yasaklar öngörerek plansız yapılaşmayla mücadeleleyi amaçlayan mülkiyet kısıtlamalarında toplum yararı bulunduğu yönünde BGE 116 Ia 401; BGE 113 Ia 23. Ayrıca bkz. BGE 119 Ia 348. Tarihi değeri nedeniyle korunması gereken yapılara ilişkin yıkım yasağı getiren kısıtlamalarda toplum yararı bulunduğu yönünde BGE 120 Ia 270; BGE 115 Ia 27. Orantısız inşaat alanlarının ortaya çıkışını engellemek amacıyla alınan arazi planlaması önlemlerinde toplum yararı bulunduğu yönünde BGE 121 II 430; BGE 117 Ia 302.

⁷¹ *Uygunluk* (BGE 111 Ia 93; BGE 110 Ia 167; BGE 112 Ia 65), *zorunluluk* (BGE 109 Ia 185) ve *toplum yararı ile ilgililerin özel yararının değerlendirilmesi* (BGE 101 Ia 213; BGE 94 I 52; BGE 126 II 1219) unsurlarının bir araya gelmesiyle birlikte ölçülülük koşulu da gerçekleşmiş olur.

⁷² **HÄFELIN/MÜLLER/UHLMAN**, s.457; **RUCH**, s.618; **ZIMMERLI**, s.139.

⁷³ **LIVER**, Peter: "Die Anmerkung", ZBGR 1969/50, s.10.

⁷⁴ **LIVER**, s.24. Özellikle kamu hukuku alanında geniş bir uygulama bulan beyanlar bakımından, federal hukuk veya kanton hukukunda dayanağını bulması koşuluyla gerçek anlamda bir numerus clausus sistemin mevcut olmadığı yönünde **ZOBL**, s.139.

⁷⁵ **LIVER**, s.25; **ZOBL**, s.140.

⁷⁶ **ZOBL**, s.140.

kanton hukukuyla ilgili bazı istisnai durumlarda tapu siciline yapılacak beyan kurucu etki taşıyabilir⁷⁷.

Kamu Hukuku kısıtlamalarının beyanlar hanesinde gösterilmesi mülkiyet veya sınırlı ayni hak kazanacak kişiler bakımından taşınmazın hukuki durumunu açıklığa kavuşturmakla birlikte bu tür kayıtların tapu sicili bakımından olumsuz sonuçlar doğurması da mümkündür. Her şeyden önce, tapu sicilinin bu kayıtlar nedeniyle aşırı yüklenmesi ve ağırlaşması yanında Özel Hukuk karakteri taşıyan tapu siciline Kamu Hukuku karakterli unsurların dahil edilmesine bağlı kaygı dile getirilmektedir⁷⁸. Aynı kaygı Türk hukuku bakımından da geçerli olmakla birlikte ZGB Art.962 Abs.1'den farklı bir düzenleme getiren TMK m.1012/f.2 bu kaygıyı büyük oranda ortadan kaldırmaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre, taşınmaz mülkiyetine ilişkin Kamu Hukuku kısıtlamalarının beyanlar hanesine yazılması tüzükle belirlenir. Bu kapsamda, her Kamu Hukuku kısıtlaması değil, ancak tüzükte öngörülen kısıtlamaların tapu sicilinde gösterilmesi mümkündür⁷⁹.

⁷⁷ Kurucu etki özellikle İmar Hukuku bakımından söz konusu olur. Bu yönde BGE 89 II 203. Ayrıca bkz. **HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL**, Art.702, s.16; **ZOBL**, s.140. Bunun yanında “Kamu hukuku kısıtlamaları” kenar başlığını taşıyan ZGB Art.962 Abs.1 kapsamında kantonlar tarafından getirilen Kamu Hukuku kısıtlamaların tapu sicilinin beyanlar hanesinde gösterilmesi mümkün olduğundan, söz konusu kısıtlamaların büyük bölümü aynı zamanda beyanlar hanesinde gösterilir. Bu nedenle, Federal Mahkeme tarafından belirtilen istisnai durum uygulamada büyük bir önem taşımaz. Bu yönde **ZOBL**, s.140. Kanton hukukundan örnekler için bkz. ZBauG (zürcherischen Baugesetzes) § 68d ve BMelG (bernische Meliorationsgesetzes) Art.19. Başka örnekler için bkz. **LIVER**, s.26 vd..

⁷⁸ **LIVER**, s.33; **ZOBL**, s.122.

⁷⁹ TST m.60'a göre; “Kütüğün beyanlar sütununa, mevzuatın yazılmasını öngördüğü hususlar tarih ve yevmiye numarası belirtilerek yazılır”. TMK m.710'a göre; “Arazi kaymasının sınır değişikliğine yol açmayacağı ilkesi, yetkili makamlarca heyelan bölgesi olduğu belirlenen yörelerde uygulanmaz. Bu yörelerin belirlenmesi sırasında yöredeki arazinin yapısı göz önünde bulundurulur. Bir taşınmazın böyle bir yörede bulunduğu, ilgililere uygun biçimde bildirilir ve tapu kütüğünün beyanlar sütununa yazılır”. Ayrıca, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma K. m.7/f.3'e göre; “Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile ilgili yapılan tespitler koruma kurulu kararı ile tescil olunur”. İmar K. m.11/f.2'ye göre; “Bu suretle maledilen arazi ve arsalar belediye veya özel idare tarafından satılamaz ve başka bir maksat için kullanılamaz. Bu hususta tapu kütüğünün beyanlar hanesine gerekli şerh konur”. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma K. m.7/3'de geçen “tescil” ifadesi ve İmar K. m.11/f.2'de geçen “şerh” ifadesinin “beyan” olarak anlaşılması gerektiği yönünde **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.196, 197.

b. Özel Hukuk Kısıtlamaları

Özel yararı koruma amacıyla getirilen bu kısıtlamalar genellikle Türk Medeni Kanunu tarafından düzenlenir. Medeni Kanunun çeşitli düzenlemelerinde yer bulan Özel Hukuk kısıtlamaları ile yoğun olarak Eşya Hukuku kitabında özellikle de TMK m.731-754 arasındaki düzenlemelerde karşılaşılır. Kamu Hukuku kısıtlamalarıyla aynı doğrultuda Özel Hukuk kısıtlamaları da tapu siciline tescil edilmeksizin etkili olur⁸⁰. Buna karşılık, Kamu Hukuku kısıtlamaları ile kıyaslandıklarında iki temel noktada farklılık göze çarpar. Bunlardan birincisi, Kamu Hukuku kısıtlamalarının tapu sicilinde görülmesini sağlayan genel düzenlemenin (TMK m.1012/f.2-ZGB Art.962) benzerine Özel Hukuk kısıtlamaları bakımından yer verilmemiş olmasıdır. Bu durumda, kural olarak Özel Hukuk kısıtlamaları tapu sicilinde görülmezler. Tapu sicilinde yer alabilecek kayıtlar birer birer kanun tarafından belirlenir. Bunun dışında taraf iradeleri ile kanunda belirtilmeyen bir unsur tapu siciline taşınmaz⁸¹. Aksi durum, tapu sicilinin aşırı yüklenmesi ve karmaşık bir durum alması sonucunu doğurabileceği gibi bu olasılıkta tapu siciline egemen olan sistem de ağır biçimde zarar görür⁸². Buna karşılık, genel bir düzenlemeye yer verilmemiş olması Özel Hukuk kısıtlamalarının hiçbir zaman tapu sicilinde yer almayacağı sonucunu doğurmaz. Kural olarak tapu siciline taşınamayan bu kısıtlamaların özel düzenlemelere tabi tutulması ve bu yolla tapu siciline taşınmaları mümkündür⁸³. Diğer fark ise kamu yararını amaçlayan Kamu Hukuku kısıtlamaların aksine özel yararı hedefleyen bu kısıtlamaların ortadan kaldırılmasına veya değiştirilmesine olanak tanınmasıdır. TMK m.731/f.2'ye göre, resmi şekilde düzenlenen sözleşmenin tapu kütüğüne şerh verilmesi yoluyla Özel

⁸⁰ Bu durum sadece doğrudan mülkiyet kısıtlamaları bakımından geçerlidir. Kanunda özel düzenleme getirilen zorunlu mecra hakkı dışında tüm dolaylı mülkiyet kısıtlamalarının doğumu için tapu siciline tescil gerekir. Bu yönde **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, (**TUOR/SCHNYDER/SCHMID**), s.878; **GÜMÜŞ**, s.132; **KIRCA**, Çiğdem: “Zorunlu İrtifakların Hukuki Niteliği”, AÜHFD, C.54, S.4, 2005, s.70. Aksi yönde **HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL**, (**HAAB**), Art.691, s.482-Art.694, s.483. Karş. BGE 111 Ia 183.

⁸¹ **ZOBL**, s.284; **SCHMID**, Jörg/**HÜRLIMANN-KAUP**, Bettina: Sachenrecht, Zürich 2009, s.95; **MEIER-HAYOZ**, Syst. Teil, s.77; Aynı yönde BGE 102 Ib 10. Ayrıca bkz. **MEIER-HAYOZ**, Syst. Teil, s.86, BGE 103 II 181.

⁸² **MEIER-HAYOZ**, Syst. Teil, s.78-86; **ZOBL**, s.122.

⁸³ Aile konutuna ilişkin tasarruf yetkisi kısıtlaması hakkında TMK m.194/f.3; ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesini amaçlayan tasarruf yetkisi kısıtlaması hakkında TMK m.199/f.3. Ancak bu olasılıklarda, Kamu Hukuku kısıtlamalarının aksine Özel Hukuk kısıtlamalarının tapu siciline yansıma aracı beyan değil şerhtir.

Hukuk kısıtlamasının ortadan kaldırılması veya değiştirilmesi mümkündür. TMK m.731/f.2'ye tabi olma bakımından, kısıtlamanın Özel Hukuk karakterli olması yeterli olup, başka bir niteliğin önemi yoktur. Diğer bir söyleyişle her Özel Hukuk kısıtlaması kanunda öngörülen şekilde ortadan kaldırılabilir veya değiştirilebilir⁸⁴. Bununla birlikte kanunda belirtilen formülün dışında başka yollarla da ortadan kaldırma veya değiştirme sonucuna ulaşılması mümkündür⁸⁵. Öncelikle mülkiyete ilişkin bir kısıtlamanın ihlaline izin verilmesi durumunda söz konusu izin geri alınmaya kadar kısıtlama ortadan kaldırılmış veya değiştirilmiş olur. Böyle bir izin herhangi bir şekil şartına tabi değildir ve muhatap bakımından bir hak doğurmaz. Sadece hukuka aykırılığı ortadan kaldırır. “Hak sağlayıcı niteliği olmayan ve her zaman geri alınabilir izin⁸⁶” yoluyla sadece taraflar bakımından arzu edilen sonucun elde edilmesi mümkün olduğu gibi geçerliliği tartışmasız olarak kabul gören diğer bir yol da nisbi etkili borç ilişkisine dayalı yükümlülüklerden doğan sonuçlardır. Böylece, şekle tabi olmayan hatta örtülü irade beyanı ile dahi kurulabilen bir sözleşme ile mülkiyete ilişkin kısıtlamanın ortadan kaldırılması veya değiştirilmesi mümkündür⁸⁷. Bununla birlikte, yukarıda belirtilen her iki yol da mülkiyet kısıtlamasının önüne geçilmesi bakımından aynı etkili sonuçlar doğurmaya elverişli değildir. İsviçre hukukunda kısıtlamanın ortadan kaldırılması veya değiştirilmesi bakımından aynı etkiler elde edilmek istendiğinde başvurulacak yol ise bir irtifak aracılığıyla arzu edilen sonuca ulaşmaktır⁸⁸. Kısıtlamadan yararlanan taşınmaz üzerinde, aleyhine kısıtlama öngörülen taşınmaz lehine bir irtifak hakkı

⁸⁴ Kanton hukukundan, özellikle de komşuluk hukukundan doğan kısıtlamaların ortadan kaldırılamayacağını savunan görüşün isabetsiz olduğu yönünde **HAAB/SIMONIUS/ SCHERRER/ ZOBL, (HAAB)**, Art.680, s.391.

⁸⁵ Söz konusu formülün dar kapsamlı olduğu ve kısıtlamanın ortadan kaldırılması veya değiştirilmesi bakımından sadece bir tek olasılığı dikkate aldığı için eleştirilmesi gerektiği yönünde **HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, (HAAB)**, Art.680, s.391. Aynı sonuç bakımından **HUBER, Felix/SCHWENDENER**, Niklaus: “Strittige Näherbaurechte gemäss §270 Abs.3 Planungs und Baugesetzes”, PBG 1999/1, s.28.

⁸⁶ **MEIER-HAYOZ**, Art.680, s.35; **HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, (HAAB)**, Art.680, s.391; **SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP**, s.256; **ROOS**, Lukas: Pflanzen im Nachbarrecht, Zürich 2004, s.103. Ayrıca bkz. BGE 99 Ib 481; BGE 83 II 141; BGE 127 III 506.

⁸⁷ **MEIER-HAYOZ**, Art.680, s.35; **ROOS**, s.103; **HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, (HAAB)**, Art.680, s.391; **SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP**, s.256, 257; **GÜMÜŞ**, s.131; **SUNGURBEY**, İsmet: Medeni Kanun Öntasarısının Nesneler Hukukunun Eleştirisi, İstanbul 1972, s.253. Adi yazılı şeklin gerektiği yönünde **HUBER/SCHWENDENER**, s.28.

⁸⁸ **ROOS**, s.104; **HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, (HAAB)**, Art.680, s.391, 392; **HUBER/SCHWENDENER**, s.28.

kurulması yoluyla; kanunda belirtilen kısıtlamalardan yararlanan malik, kanunun kendisine tanıdığı yetkileri kullanmaktan kaçınma veya engelleme yetkisi tanınan müdahalelere katlanma yükümlülüğü altına girer. Bunun için yazılı şekil yeterli olmayıp resmi şekilde yapılacak bir irtifak sözleşmesi ve buna bağlı olarak gerçekleşecek tescile ihtiyaç duyulur⁸⁹. ZGB Art.732'ye göre, eşyaya bağlı irtifakların kurulmasına ilişkin sözleşmelerin geçerliliği yazılı şekle tabidir. Bununla bağlantılı olarak ZGB Art.781 Abs.3'de eşyaya bağlı irtifaklara yollama yapılarak buradaki sözleşmenin de yazılı şekle tabi olduğu düzenlenir. Söz konusu düzenlemeler kapsamında irtifak sözleşmesinin geçerliliğini yazılı şekle bağlayan İsviçre kanun koyucusu, ZGB Art.680 Abs.2'de bu görüşünden ayrılmıştır⁹⁰. Bu nedenle, irtifak kurulması yoluyla bir Özel Hukuk kısıtlamasını ortadan kaldıran veya değiştiren sözleşmenin geçerliliğini resmi şekle bağlayan ZGB Art.680 Abs.2 istisnai nitelikte bir düzenleme olarak değerlendirilir.

Federal Mahkeme bir Özel Hukuk kısıtlamasını irtifak kurulması yoluyla değiştiren sözleşmelerin, herhangi bir ayırım yapılmaksızın, ZGB Art.680 Abs.2'ye tabi olduğu görüşündedir⁹¹. Buna karşılık diğer bir görüş ise Kamu Hukuku kısıtlamalarında olduğu gibi Özel Hukuk kısıtlamaları bakımından da bir ayırım yapılmasını savunur⁹². Buna göre, kısıtlamayı ortadan kaldıran veya kısıtlamanın kapsamını daraltan sözleşmeler bakımından resmi şekil geçerli olmakla birlikte kısıtlamanın kapsamını genişleten sözleşmeler bakımından yazılı şekil kuralından ayrılmayı gerektiren bir durum söz konusu olmaz⁹³. Bu görüş, sözleşme taraflarına daha geniş bir hareket alanı sağlaması ve Özel Hukukun genel ilkelerine daha uygun görünmesi bakımından elverişli olmakla birlikte beraberinde önemli bir sorunu da doğurur. Federal Mahkeme tarafından da vurgulandığı üzere sözleşme hükümlerinin kısıtlamayı daraltıcı mı yoksa genişletici mi nitelik taşıdığı sorusuna kesin cevap bulmak bazı durumlarda oldukça güç

⁸⁹ İrtifakın tescili için sözleşmenin resmi şekilde yapılmasının zorunlu olduğu yönünde BGE 116 II 419.

⁹⁰ **MEIER-HAYOZ**, Art.680, N.98; **ROOS**, s.104; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, (TUOR/SCHNYDER/SCHMID), s.778; **HUBER/SCHWENDENER**, s.28.

⁹¹ BGE 44 II 394. Ayrıca bkz. BGE 116 II 419.

⁹² **PFISTER**, s.339 (Naklen: **HAAB/SIMONIUS/ SCHERRER/ZOBL**, (HAAB), Art.680, s.392).

⁹³ Aksi yönde **ROOS**, s.104; **WALDIS**, s.125, **LINDENMANN**, Alfred: Bäume und Sträucher im Nachbarrecht, Baden 1988, s.73.

olabilir. Böyle bir rizikoyu üstlenmek yerine herhangi bir ayrıma gidilmeksizin tüm değiştirici sözleşmeleri aynı şekil kapsamında değerlendirmek daha uygun olabilir⁹⁴.

Türk hukukunda ise kısıtlamanın değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması için öngörülen sistem bu amaçla resmi şekilde düzenlenen sözleşmenin tapu siciline şerh edilmesi üzerine kuruludur. TMK m.731/f.2'ye göre, Özel Hukuk kısıtlamalarının ortadan kaldırılması veya değiştirilmesi buna ilişkin sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesi ve ZGB Art.680 Abs.2'den farklı olarak tapu kütüğüne şerh verilmesiyle gerçekleşir. Eski Medeni Kanun'da da benzer bir düzenleme yer almakla birlikte söz konusu kısıtlamaların tapu siciline kayıt ile ortadan kaldırılabilmesi veya değiştirilebilmesi kabul edilmişti. Kanunda "kayıt" ifadesine yer verilmekle birlikte bu kaydın nasıl gerçekleşeceği yönünde açıklık bulunmamaktaydı⁹⁵. TMK m.731/f.2 ise kısıtlamayı ortadan kaldıran veya değiştiren anlaşmanın tapu kütüğüne şerh edileceğini düzenleyerek konuya ilişkin tartışmalara son vermiştir⁹⁶. Böylece, bir Özel Hukuk kısıtlamasının aynı etkili sonuçlar doğuracak biçimde değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması bakımından ZGB'den farklı bir yol benimsendiği görülür. Arzu edilen sonucun elde edilmesi için resmi şekle bağlanmış bir irtifak sözleşmesi ve buna dayanan bir irtifak kurulması yerine resmi şekilde düzenlenen sözleşmenin şerhi yolu benimsenmiştir⁹⁷.

aa. Doğrudan Kısıtlamalar

Mülkiyetin gerçek kısıtlamaları olarak adlandırılan doğrudan kısıtlamalar, kanunda öngörülen koşulların gerçekleşmesiyle birlikte herhangi bir işleme

⁹⁴ Tartışmalar ve kararlar için bkz. **MEIER-HAYOZ**, Art.680, s.31; **HAAB/SIMONIUS/ SCHERRER/ ZOBL, (HAAB)**, Art.680, s.392.

⁹⁵ Eski kanun dönemindeki görüşler ve açıklamalar için bkz. **GÜMÜŞ**, s.134 vd..

⁹⁶ *Yürürlükteki kanunun 657 inci maddesini karşılamaktadır. Madde İsviçre Medeni Kanununun 680 inci maddesine uygun olarak üç fıkra haline getirilmiş ve kenar başlığı ile birlikte arılaştırılmak suretiyle yeniden kaleme alınmıştır. İkinci fıkra, kısıtlamaların ortadan kaldırılması veya değiştirilmesine ilişkin sözleşmelerin tapu kütüğünde nereye kaydedileceği hususundaki tereddütleri gidermek üzere, bunların şerh verilmeleri gerektiği belirtilmiştir (Gerekçe).*

⁹⁷ **GÜMÜŞ**, s.135.

gerek olmaksızın kendiliğinden doğan kısıtlamalardır⁹⁸. Malik, söz konusu kısıtlamalar gereğince mülkiyete dahil yetkilerden bazılarını kullanmaktan kaçınma ya da bunları bir başkasının kullanmasına katlanma yükümlülüğü altına girer⁹⁹. Doğrudan kanundan doğan kısıtlamalar mülkiyetin içeriğine dahil oldukları için tescile ihtiyaç olmaksızın doğarlar. Söz konusu kısıtlamalar niteliği gereği tescile de elverişli değildir¹⁰⁰. Doğrudan kısıtlamalarla yüklenmiş içerik, aynı zamanda mülkiyetin normal içeriğini oluşturur¹⁰¹. Her mülkiyet bu kısıtlamalarla birlikte var olduğu için her malik bakımından etkili, genel bir kısıtlama sistemi öngörürler. Kendi mülkiyeti içeriğindeki kısıtlamalardan olumsuz etkilenen malik, diğer mülkiyetlerin tabi olduğu kısıtlamalardan yararlanır. Böylece, malikler arasında karşılıklı yetki ve yükümlülüklerle dayalı bir ilişki oluşur. Karşılıklı yetki ve yükümlülük ilişkisi gereğince hiçbir malik kendi mülkiyetine yönelik doğrudan kısıtlama için tazminat isteyemez. Çünkü, tüm mülkiyetler aynı ölçüde yetkili ve yükümlü kılınmışlardır. Kanundan doğan doğrudan kısıtlamalar farklı alanlarda söz konusu olmakla birlikte bu tür kısıtlamalarla daha çok komşuluk hukukuna dayalı ilişkiler çerçevesinde karşılaşılır¹⁰².

Komşuluk hukukuna dayalı doğrudan kısıtlama niteliği taşıyan en önemli düzenleme TMK m.737’de (ZGB Art.684) yer alır¹⁰³. Bununla birlikte m.737’yi (ZGB Art.684) izleyen çeşitli hükümlerde de komşuluk hukukuna dayalı doğrudan kısıtlamalara rastlanır. Tüm doğrudan kısıtlamaların ortak özelliği malikin yetkilerini kısıtlamakla birlikte bu kısıtlamadan yararlananlar bakımından bir alacak hakkı

⁹⁸ **LIVER**, Einleitung, s.35; **SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP**, s.141; **ÖZSUNAY**, s.163; **AKİPEK**, Mülkiyet, s.207; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s.547; **KARAHASAN**, C.I, s.959.

⁹⁹ **LIVER**, Einleitung, s.35; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.448; **ÖZSUNAY**, s.163; **AKİPEK**, Mülkiyet, s.207; **ŞAHİNİZ**, Salih: “Gayrimenkul Mülkiyetinin Komşuluk Hukukuna İlişkin Dolayısıyla Kanundan Doğan Sınırlamaları: Zaruri İrtifaklar”, Nuri Çelik’e Armağan, İstanbul 2001, s.641.

¹⁰⁰ **LIVER**, Einleitung, s.35; **MEIER-HAYOZ**, Syst. Teil, s.194.

¹⁰¹ **ÖZSUNAY**, s.164; **ŞAHİNİZ**, s.642.

¹⁰² Komşuluk ilişkisinin tanımı için bkz. **OĞUZMAN/SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, s.456, dn.1068; **TEKİNAY**, s.68; **HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL**, (HAAB), Art.684, s.442; BGE 55 II 246.

¹⁰³ TMK m.737’nin (ZGB Art.684) komşuluk hukukuna dayalı kısıtlamalar bakımından merkez niteliği taşıdığı yönünde **WIRZ**, s.117; **SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP**, s.211.

sağlamamasıdır¹⁰⁴. Malikin bu kısıtlamalara aykırı davranması durumunda zarar gören veya zarar tehlikesiyle karşılaşan kişiler TMK m.730'a (ZGB Art.679) dayalı taleplerde bulunabilirler¹⁰⁵. Türk ve İsviçre hukuklarında¹⁰⁶ açık olarak reddedilmekle birlikte Fransız hukukunda doğrudan sınırlamaların irtifak hakları ile olan benzerliğinden hareket eden bir görüş söz konusu kısıtlamaları kanuni irtifak olarak nitelendirir¹⁰⁷. Oysa ki doğrudan kısıtlama olarak nitelendirilen bu düzenlemeler TMK m.683/f.1 (ZGB Art.641 Abs.1) anlamında mülkiyetin doğal içeriğini belirler. Herhangi bir işleme gerek olmadan bu içeriği doğrudan kısıtlar. Doğrudan kısıtlamalara aykırı davranılması durumunda zarar görenler veya zarar tehlikesi ile karşılaşanlar TMK m.730'a (ZGB Art.679) başvurarak durumun eski hale getirilmesini, tehlikenin veya uğranılan zararın giderilmesini talep edebilirler¹⁰⁸.

bb. Dolaylı Kısıtlamalar

Doğrudan kısıtlamaların aksine dolaylı kısıtlamalar kanunda belirtilen koşulların gerçekleşmesiyle birlikte mülkiyet hakkı sahibine karşı ileri sürülebilecek bir talep hakkı tanır. Söz konusu talep ileri sürülmediği sürece malik bakımından herhangi bir yükümlülüğün söz edilmez. Diğer bir söyleyişle, kısıtlamanın gerçekleşmesi talebin ileri sürülmesine bağlıdır¹⁰⁹. Doğrudan kısıtlamalar kanundaki koşulların gerçekleşmesiyle birlikte başka bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden doğarken, dolaylı kısıtlamaların doğumu bakımından talep gerekir¹¹⁰. Böylece, kısıtlamanın gerçekleşip gerçekleşmemesi kısıtlamadan yararlanacak kişinin iradesine bırakılır¹¹¹.

¹⁰⁴ **OĞUZMAN**, Kemal: "Eşyaya Bağlı Borçlara Hakim Olan Esaslar", Medeni Kanun 50.Yıl Sempozyumu, İstanbul 1978, s.231; **ŞAHİNİZ**, s.636.

¹⁰⁵ BGE 91 II 100; BGE 81 II 439; BGE 107 II 134; BGE 114 II 230; BGE 108 IA 55.

¹⁰⁶ **LIVER**, Einleitung, s.36; **OĞUZMAN**, Eşyaya Bağlı Borç, s.230, dn.15; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.448

¹⁰⁷ Bu görüşü benimseyen yazarlar için bkz. **LIVER**, Einleitung, s.36.

¹⁰⁸ BGE 91 II 100; BGE 107 II 134; BGE 123 II 481.

¹⁰⁹ **LIVER**, Einleitung, s.35; **SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP**, 142.

¹¹⁰ TMK m.731/f.1 (ZGB Art.680 Abs.1) anlamında sadece doğrudan kısıtlamaların gerçek mülkiyet kısıtlaması olarak nitelenmesi yönünde bkz. **LIVER**, Einleitung, s.35.

¹¹¹ **LIVER**, Einleitung, s.35; **MEIER-HAYOZ**, Syst. Teil, s.89.

Genel olarak, dolaylı kısıtlamalar komşuluk ilişkilerinden doğarlar¹¹² ve zaruret halindeki taşınmaz maliki lehine, komşu taşınmaz maliki bakımından özel ve yoğun bir katlanma yükümlülüğü getirirler¹¹³. Buna bağlı olarak da, doğrudan kısıtlamalar bakımından mülkiyetin normal içeriğinden söz edilirken, dolaylı kısıtlamalarda mülkiyetin olağanüstü içeriği söz konusu olur¹¹⁴. Komşuluk ilişkileri temelinde yer alan dolaylı kısıtlamaların en önemlilerinden biri de zorunlu geçit hakkı oluşturur. Böyle durumlarda; genel yola ulaşmak veya yetersiz kalan mevcut genel yol bağlantısını daha elverişli duruma getirmek için komşu taşınmaz üzerinde bir geçit yoluna ihtiyaç duyan malik ve komşuluk ilişkileri gereğince bir katlanma yükümlülüğü altına girerek zaruret haline son verebilecek komşu taşınmaz maliki ile karşı karşıya kalınır. Oluşan zaruret durumunun ortadan kaldırılmasını amaçlayan geçit hakkı da bir “zaruret hakkı” olarak adlandırılır¹¹⁵. Zaruret hakları bakımından birçok konu tartışmalı olmakla birlikte bu tartışmaların temeli zaruret haklarının hukuki niteliğini açıklama noktasında toplanır. Bu konuda ağırlıklı olarak savunulan her iki görüş de zaruret haklarının dolaylı kısıtlama¹¹⁶ oluşturduğunu kabul etmekle birlikte söz konusu hakların niteliği üzerinde uzlaşma sağlanamaz. Buna göre, zaruret haklarını mülkiyetin kanundan doğan sınırlaması olarak değerlendiren görüşün karşısında; diğer bir görüş ise kanuni irtifak kavramından hareket eder.

¹¹² Kaynağını komşuluk hukuku dışında bulan dolaylı kısıtlamalara örnek olarak yasal önalım hakkı (TMK m.732), kamu hukukuna dayalı taşınmaz yükü kurulmasını isteme hakkı (TMK m.841) ve yasal ipoteğin kurulmasını isteme hakkı (TMK m.893) gösterilebilir (**LIVER**, Einleitung, s.35, 36; **ÖZSUNAY**, s.165, dn.49; **ŞAHİNİZ**, s.644, dn.41).

¹¹³ **ŞAHİNİZ**, s.643.

¹¹⁴ **ÖZSUNAY**, s.166;

¹¹⁵ **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO (TUOR/SCHNYDER/SCHMID)**, s.892; **SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP**, s.200; **ÖZSUNAY**, s.36, 165; **ÖZAKMAN**, s.169. Zaruret hakları kanunda belirtilen koşullar çerçevesinde doğarlar ve her zaruret hakkı bakımından kanunda belirtilen koşullar kümülatif olarak kabul edilirler. Bu yönde **WIRZ**, s.129.

¹¹⁶ **LIVER**, Einleitung, s.35; **TANDOĞAN**, Haluk: “Türk Hukukunda Mecralar”, AÜHFD, C.9, S.1-4, 1953, s.614; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.468, 473; **ÖZSUNAY**, s.172; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s.562; **TEKİNAY**, s.91, 105, 117; **ÖZAKMAN**, s.160; **ŞAHİNİZ**, s.643. Karş. **KIRCA**, s.67 vd..

Bizim de benimsediğimiz görüş doğrultusunda, tüm zaruret hakları gibi zorunlu geçit hakkı da kanuni irtifak niteliği taşır¹¹⁷. Buna göre, kanunda belirtilen koşulların gerçekleşmesiyle birlikte zaruret halindeki taşınmaz maliki için söz konusu zaruret hakkının kurulması amacıyla komşu taşınmaz malikine karşı yöneltilecek bir talep hakkı doğar. Talebin yöneltilmesiyle, komşu taşınmaz maliki de, talebe uygun davranma yükümlülüğü altına girer. Zaruret hakkının kurulmasına yönelik talep ve yükümlülük mülkiyetin doğal içeriğinde yer almaz. Bu nedenle de zorunlu geçit hakkının kurulması bakımından tapu siciline tescil gerekir¹¹⁸. Komşu taşınmaz malikinin tescil talebinde bulunmaması durumunda zorunlu geçit mahkeme kararıyla kurulur. Uygulamada çoğu zaman mahkeme kararına gerek olmakla birlikte tarafların anlaşma yoluyla bir zaruret hakkı kurmaları da mümkündür. Bu durumda zaruret hakkının temelinde irtifak sözleşmesi bulunur¹¹⁹.

Zaruret haklarının kural olarak tapuya tescille doğduğunu savunan kanuni irtifak görüşü tüm zaruret haklarının aynen zorunlu geçit hakkında olduğu gibi tescille doğması gerektiğini kabul ederken, zorunlu mecra hakkına ilişkin TMK m.744/f.3 (ZGB Art.691 Abs.3) hükmünü de istisna olarak değerlendirir¹²⁰. Tescile istisna getiren düzenlemelerin dar yorumlanması ve zaruret haklarının doğumunun tescile bağlı tutulması kuralı Eşya Hukukunun temel ilkelerinden olan aleniyet ilkesinin doğal bir sonucu olarak görülür. Bir aynı hakkın ihtiyaç duyduğu kadar, bir kanuni irtifak hakkının da aleni kılınmaya ihtiyacı vardır ve aleni kılınma bakımından tescil

¹¹⁷ **LIVER**, Einleitung, s.38; **MEIER-HAYOZ**, Art.691, s.344; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO (TUOR/SCHNYDER/SCHMID)**, s.892; **SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP**, s.261; **REY**, Heinz: “Die Privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts, veröffentlicht im Jahre 2004”, ZBJV 2007, s.13; **JENT-SORENSEN**, Ingrid: Die Rechtsdurchsetzung bei der Grundstückverwertung in der Spezialexécution, Zürich 2003, s.105; **ÖZSUNAY**, s.172 vd.; **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s.47; **TEKİNAY**, s.91, 105; **KIRCA**, s.69; **ŞAHİNİZ**, s.660.

¹¹⁸ Aynı kural zorunlu mecra hakkı hariç diğer zaruret hakları bakımından da uygulama alanına sahiptir. Zorunlu mecra hakkının tescilsiz doğumunu öngören hükmün eşya hukuku sistemi ile bağdaşmadığı ve kanun yapma tekniği bakımından isabetsiz olduğu yönünde **MEIER-HAYOZ**, Art.691, N.68; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO (TUOR/SCHNYDER/SCHMID)**, s.893, dn.74. Benzer yönde **LIVER**, Einleitung, s.37.

¹¹⁹ Bkz. **SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP**, s.261.

¹²⁰ **LIVER**, Einleitung, s.37; **SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP**, s.262; **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s.47; **KIRCA**, 72.

zorunlu kabul edilmelidir¹²¹. Kurucu işlevin söz konusu olduğu durumlarda, tescil gerçekleşmemişse aynı hak da varlık kazanamaz¹²². Bu doğrultuda, aynı etkiye benzer sonuçlar doğuran eşyaya bağlı borç ilişkisinin de aynı gerekçelerle aleni kılınmasında, pratik faydanın¹²³ ötesinde hukuki zorunluluk bulunur¹²⁴. Aynı haklar bakımından öngörülen zorunlu tescil ilkesinin mülkiyetin kanundan doğan dolaylı kısıtlamaları niteliğindeki zaruret hakları bakımından da uygulanması kabul edilmelidir¹²⁵. Böylece, birbirine sıkı biçimde bağlanmış olan zorunlu tescil ve aleniyet ilkeleri yoluyla eşyaya bağlı borç ilişkisi dış dünyaya açıklanmış olur¹²⁶.

Kanuni irtifak görüşü gereğince, mülkiyetin dolaylı kısıtlaması niteliğindeki zaruret hakları eşyaya bağlı borç ilişkisi oluştururlar¹²⁷. Bu ilişkinin tarafları eşya üzerindeki yetkiye göre diğer bir söyleyişle aynı hak sahipliğine (veya zilyetliğe) göre belirlenir¹²⁸. Böylece, eşya üzerinde o anda aynı hak sahibi veya zilyet olanlar yanında onların cüz'i halefleri de yükümlülük altına girerler. Cüz'i halefler, borçlanma yönünde bir irade taşımamalarına karşılık aynı hakkın veya zilyetliğin kazanılmasıyla birlikte talebin muhatabı durumuna gelerek bir müspet edimi yerine getirmeyi borçlanırlar¹²⁹. Söz konusu sonuç nedeniyle, eşyaya bağlı borç ilişkilerinin nisbi karakterli talebe aynı etki kazandırdığı veya aynı haklar ile nisbi haklar arasında orta kademedede bir hak türü oluşturduğu ileri sürülmüştür. Buna karşılık, bizim de

¹²¹ **BRÜCKNER**, Christian: "Ausserbuchlicher Eigentumserwerb an Grundstücken", ZBGR 81/2000, s.217; **ZOBL**, s.62; **LIVER**, Einleitung, s.37; **SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP**, s.119; **JENT-SORENSEN**, s.23; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO (TUOR/SCHNYDER/SCHMID)**, s.988; **OĞUZMAN/SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, s.198; BGE 124 III 293; BGE 95 II 36; BGE 92 II 229.

¹²² **SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP**, s.118, 119; **ZOBL**, s.62 vd., özellikle s.65; BGE 123 III 346.

¹²³ **TANDOĞAN**, s.631.

¹²⁴ Bu sonuç, taşınmaz üzerindeki tüm yükler bakımından, "tescil edilmeyen varlık da kazanamaz" formülüyle ifade edilir. Bu yönde **JENT-SORENSEN**, s.22; **ZOBL**, s.136.

¹²⁵ **ZOBL**, s.63; **MEIER-HAYOZ**, Syst. Teil, s.341; **LIVER**, Einleitung, s.36.

¹²⁶ Bkz. **ZOBL**, s.65.

¹²⁷ **SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP**, s.262; **LIVER**, Einleitung, s.56 vd.; **EREL**, s.33.

¹²⁸ **EREL**, s.5. Eşyaya bağlı borç kavramının dar anlamda sadece mülkiyete yüklenmiş borçlar için kullanımı; irtifaka yüklenmiş borçlar için "irtifaka bağlı borç" ve zilyetliğe yüklenmiş borçlar için "zilyetliğe bağlı borç" kavramlarının tercih edilmesi yönünde bkz. **OĞUZMAN**, Kemal: "Eşyaya Bağlı Borçlara Hakim Olan Esaslar", Medeni Kanun 50.Yıl Sempozyumu, I.Tebliğler, İstanbul 1978, s.27.

¹²⁹ **OĞUZMAN**, Eşyaya Bağlı Borç, s.227; **EREL**, s.6 vd..

benimsediğimiz görüş doğrultusunda talebin aynı nitelik kazanması eşya üzerindeki doğrudan hakimiyetin bir sonucudur¹³⁰. Bu anlamda aynı hakları diğer haklardan ayıran temel ölçüt eşya üzerindeki doğrudan hakimiyettir. Eşyaya bağlı borç ilişkilerinden doğan müspet edimin yerine getirilmesine yönelik talep ise nisbi karakterli bir borç ilişkisinden doğar ve eşya üzerinde doğrudan hakimiyeti temel almaz. Talep, sadece o anki aynı hak sahibini veya zilyedi hedef alır ve yine sadece onlar aracılığıyla başarıya ulaşabilir. Bunun ötesinde herkes talebin potansiyel yükümlüsü olarak görülemez. Talebin yükümlü kişi aracılığıyla başarıya ulaşabildiği durumlarda ise doğrudan hakimiyetten söz edilmesi mümkün değildir¹³¹. Nisbi karakterli borç ilişkilerine kıyasla eşyaya bağlı borç ilişkilerinin ayırt edici bir karakter taşıdığı açıktır. Ayırt edici karakter, özellikle ilişkinin taraflarının belirlenmesinde ortaya çıkar. O anda ilişkiye taraf olanlar dışında onların cüz'î haleflerinin de taraf durumuna gelmesi borç ilişkisinin nisbi karakterine istisna oluşturur¹³². Ancak, bu istisna eşyaya bağlı borçlara aynı nitelik kazandırmaz. Eşyaya bağlı borçlarda talebe muhatap olabileceklerin çevresi sınırlıdır. Bu sınır, eşya üzerinde sonradan aynı hak kazananlar ile belirlenmiştir.

Benimsediğimiz görüşün dayanak olarak aldığı bir diğer gerekçe de, müspet edimlerin aynı hakkın konusunu oluşturamayacağı temeli üzerine yapılır. Aynı hakkın konusu daima katlanma veya kaçınma niteliğinde bir yükümlülüktür. Doğrudan hakimiyet hakları olarak nitelenen aynı haklar, hak sahibine eşya üzerinde hükmetme yetkisi tanılırlar. Eşyaya doğrudan hükmetme yetkisi ise niteliği gereği müspet edimleri dışlar¹³³. Müspet edimi konu alan bir talep eşyaya değil, yükümlü kişinin iradesine yönelir. Bu nedenle müspet edimler aynı hakkın konusunu oluşturamazlar.

¹³⁰ **MEIER-HAYOZ**, Syst. Teil, s.131; **LIVER**, Einleitung, s.5; **EREL**, s.39.

¹³¹ **LIVER**, Einleitung, s.5.

¹³² Böyle bir istisna doğrudan kanuna dayalı olarak ya da kanunun öngördüğü bir hukuki ilişki sonucunda gerçekleşebilir. Sınırlı sayı ilkesi, aynı haklar alanında olduğu gibi eşyaya bağlı borçlar bakımından da geçerlidir. Bkz. **LIVER**, Einleitung, s.57; **MEIER-HAYOZ**, Syst. Teil, s.165. Bu durumun, aynı haklara özgü sınırlı sayı ilkesi ile açıklanamayacağı, bunun yerine sözleşmenin nisbiliği kuralının dikkate alınması gerektiği ve eşyaya bağlı borçların bu kurala istisna oluşturduğu için ancak kanunun öngördüğü durumlarda kurulmasına izin verildiği yönünde **OĞUZMAN**, Eşyaya Bağlı Borç, s.238, 239.

¹³³ **LIVER**, Einleitung, s.56.

Bir müspet edim ancak yan yükümlülük olarak aynı hakkın konusuna dahil olabilir¹³⁴. Oysa ki eşyaya bağlı borç ilişkilerinde talebin konusu daima bir müspet edimdir. Katlanma veya kaçınma tarzındaki menfi edimler eşyaya bağlı borç ilişkisinin konusunu oluşturamazlar. Bu anlamda bir müspet edim ancak eşyaya bağlı borç ilişkisinin konusunu oluşturabilir. Ancak, burada sözü edilen borç ilişkisi nitelikli bir ilişkidir ve bu niteliği nedeniyle diğer borç ilişkilerinden ayrılır¹³⁵. Bu özel borç ilişkisinden doğan talebin muhatabı belirli bir kişi değildir. Belirli bir hukuki ilişki sonucunda bir statüye yerleşen herkes bu talebin muhatabı olabilir¹³⁶. Söz konusu statü de eşya üzerinde aynı hak sahipliğidir¹³⁷.

Kanuni irtifak görüşü karşısında yer alan komşuluk hukukuna dayalı kısıtlama görüşüne göre zaruret hakları, taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan dolaylı kısıtlaması olarak değerlendirilir ve her mülkiyetin bu kısıtlamalarla doğduğu kabul edilir¹³⁸. Bu doğrultuda, komşu taşınmaz malikine yüklenen katlanma yükümlülüğü, mülkiyetin içeriğine dahildir. Söz konusu yükümlülük veya zaruret halindeki taşınmaz maliki açısından talep yetkisi tamamen mülkiyetle ilişkilidir. Talep yetkisi, zaruret halindeki taşınmaz malikinin mülkiyetine bağlıdır ve bu mülkiyetin yetkiler alanını genişletir. Katlanma yükümlülüğü ise yüklü taşınmaz mülkiyetinin içeriğinde yer alır ve bir ödev olarak bu mülkiyetin parçasını oluşturur¹³⁹.

¹³⁴ Taşınmaz yükü örneğinden hareket edilerek bir müspet edimin de aynı hakkın konusunu oluşturabileceği yönündeki düşünce isabetli değildir. Taşınmaz yüküne aynı karakter sağlayan unsur müspet edim olmayıp, müspet edimin güvence altına alınmasını sağlayan aynı güvence işlevidir. Edim borcu bakımından taşınmaz yükü bir aynı hak değildir. Bu nedenle, edim borcundan hareket edilerek bir müspet edimin, doğrudan bir aynı hakkın konusunu oluşturabileceği savunulamaz. Taşınmaz yükü, edim borcunu oluşturan müspet edim yükümlülüğü ile eşyaya bağlı borç karakteri taşıırken, aynı güvence yönüyle de bir aynı hak olarak değerlendirilir. Bu yönde **OĞUZMAN**, Eşyaya Bağlı Borç, s.228; **EREL**, s.40; **TUOR/SCHNYDER/ SCHMID/RUMO-YUNGO (TUOR/ SCHNYDER/SCHMID)**, s.945. Karş. **SAYMEN/ELBİR**, s.448.

¹³⁵ **LIVER**, Einleitung, s.58.

¹³⁶ Eşyaya bağlı borç ilişkisinin, aynı hakların sahip olduğu etkiye benzer bir sonuç meydana getirdiği yönünde **LIVER**, Einleitung, s.56.

¹³⁷ **EREL**, s.6.

¹³⁸ **HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL**, (HAAB), Art.691, s.472; **WIRZ**, s.129, 130; **TANDOĞAN**, s.614; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s.549 vd.. Özellikle karş. **KIRCA**, s.72.

¹³⁹ **HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL**, (HAAB), Art.691, s.482; **TANDOĞAN**, s.614; **ÖZAKMAN**, s.157.

Doğrudan kısıtlamalardan farklı olarak dolaylı kısıtlamalar doğrudan kanundan doğmadıkları için bunların gerçekleşmesi için bu yöndeki talebin başarıyla ileri sürülmesi ve buna ek olarak belirli bir tazminatın ödenmesi aranır¹⁴⁰. Talebin başarıyla ileri sürülmesiyle kastedilen, kanunda belirtilen koşulların gerçekleştiğinin muhatap veya hakim tarafından kabul edilmesidir¹⁴¹. Komşuluk hukukundan doğan kısıtlamalar mülkiyetin doğal yapısında var olduğu için bunların ayrıca tesciline gerek duyulmaz. Buna rağmen yapılacak tescil kurucu değil açıklayıcıdır¹⁴². Ayrıca mahkeme kararının söz konusu olduğu durumlarda da bu karar sadece koşulların gerçekleştiğini tespit eder¹⁴³. Kanunda belirtilen koşulların gerçekleşmesiyle birlikte başka bir işleme gerek olmaksızın zaruret hakkı kazanılır¹⁴⁴.

2. Malikin İradesine Dayalı Kısıtlamalar

İradi kısıtlamalar, irtifak haklarının mülkiyet kısıtlamaları içindeki yerini oluşturur ve çalışma konumuzun temelinde yer alır. Söz konusu kısıtlamalar, mülkiyetin sağladığı tam hakimiyetin, malikin ivazlı veya ivazsız olarak gerçekleştireceği hukuki işlemlere dayanılarak kısıtlanması üzerine yapılanırlar¹⁴⁵. Kısıtlamanın kaynağını oluşturan hukuki işlem borçlandırıcı nitelik taşır ve “temel hukuki ilişki” olarak adlandırılır. Zorunlu tescil kuralı karşısında tescilin yapı taşını oluşturan temel hukuki ilişki asli önem taşır¹⁴⁶. Kuralın en önemli istisnası ise malik lehine kurulan irtifak

¹⁴⁰ HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, (HAAB), Art.691, s.473; TANDOĞAN, s.615; ÖZSUNAY, s.166; TEKİNAY, s.89; AKİPEK/AKINTÜRK, s.549.

¹⁴¹ Talebin muhatap tarafından kabul edilmesini aynı sonuçların doğumu bakımından yeterli görmeyen bir görüşe göre böyle bir durumda sadece nisbi karakterli bir ilişki söz konusudur. Komşu taşınmaz maliki, zaruret halindeki taşınmaz maliki yararına kişisel olarak katlanma borcu altına girmiştir. Borcun, aynı sonuçlar doğuracak biçimde kurulması isteniyorsa muhatapın kabulünün ötesinde mahkeme kararı ile durumun tespit edilmesi gerekir. Özellikle WALDIS, s.267; TANDOĞAN, s.615 dn.8’de belirtilen yazarlar. Aksi yönde HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, (HAAB), Art.691, s.473-Art.674, s.349.

¹⁴² HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, (HAAB), Art.691, s.482; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.465; AKİPEK, Mülkiyet, s.209; AKİPEK/AKINTÜRK, s.549. Zorunlu geçit hakkı için karşı. HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, (HAAB), Art.694, s.483.

¹⁴³ Mahkeme kararı gibi komşu taşınmaz malikinin rızası da kurucu niteliğe sahip değildir. Bu yöndeki rızanın tek işlevi koşulların gerçekleştiğinin muhatap tarafından tanındığını göstermesidir. Bu yönde WALDIS, s.157; TANDOĞAN, s.615.

¹⁴⁴ WIRZ, s.129.

¹⁴⁵ STREIFF, Ullin/PELLEGRINI, Bruno/von KAENEL, Adrian: Vertragsvorlagen, Zürich 2008, s.482.

¹⁴⁶ LIVER, Art.732, s.195.

haklarında görülür. Bu olasılıkta temel hukuki ilişkiye ihtiyaç duyulmaz¹⁴⁷. Söz konusu ilişki çeşitli ölçütlere göre sınıflandırılabilir. Öncelikli olarak gerekli irade beyanı sayısı bakımından, mülkiyet kısıtlamasının kaynağı tek taraflı bir işleme dayanabileceği gibi çoğu zaman karşımıza çıktığı biçimiyle bir sözleşmeye de dayanabilir. Vasiyetname, tek taraflı işleme verilebilecek en tipik örneği oluşturur. Bununla birlikte işlemin hüküm ve sonuçlarını doğuracağı zaman dilimi dikkate alınarak sağlıkta hüküm ifade eden işlemler ve ölüme bağlı tasarruflar ayrımının yapılması da mümkündür. Sağlıkta hüküm ifade eden hukuki işlemler çeşit bakımından geniş bir alana yayılmakla birlikte ölüme bağlı tasarruflar bakımından durum aksi yöndedir. Ölüme bağlı tasarruf, mirasbırakanın ölümünden sonra hüküm doğuracak emirlerini içeren hukuki işlem olarak tanımlanır¹⁴⁸. Mirasbırakan, terekesini etkileyecek tasarruflarını gerçekleştirirken Miras Hukukunun çizdiği sınırlar içinde özellikle de tipe bağlılık ve sınırlı sayı ilkeleri çerçevesinde hareket edebilir¹⁴⁹. Bu anlamda ölüme bağlı tasarrufun şekli bakımından vasiyetname veya miras sözleşmesinden birini seçmek zorunda olan mirasbırakan maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflarını belirlerken de benzer bir sınırlama ile karşılaşır. Özellikle ehliyet ve şekil bakımından Miras Hukuku kurallarına tabi olarak gerçekleşecek bu işlemler birer mülkiyet kısıtlaması kaynağı oluştururlar¹⁵⁰. Çalışma konumuzun sınırları gereğince, aşağıda sağlararası hüküm ifade etmek üzere kurulan sözleşmeye dayalı mülkiyet kısıtlamaları dikkate alınacak olup, diğer kısıtlama türlerine değinilmeyecektir.

¹⁴⁷ **LİVER**, Art.732, s.195. Farklı bir istisnaya ise TMK m.727/f.3'de (ZGB Art.676 Abs.3) yer verilir. İlk durumun aksine bu olasılıkta temel hukuki ilişkinin varlığı zorunlu olup tescile ihtiyaç duyulmaz.

¹⁴⁸ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s.125; **ANTALYA**, s.108.

¹⁴⁹ **ANTALYA**, s.115.

¹⁵⁰ **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s.58, 59; **KARAHASAN**, C.II, s.81, 128 vd..

İkinci Bölüm

SÖZLEŞMEYE DAYALI GEÇİT HAKKININ KURULMASI, İÇERİĞİ, HÜKÜMLERİ, KORUNMASI VE SONA ERMESİ

I. GEÇİT HAKKININ KURULMASI

A. Genel Olarak

Geçit hakkı, taşınmaz üzerinde belirlenmiş veya kullanıma göre belirlenecek bir yolu geçit olarak kullanma yetkisi sağlayan bir irtifak hakkıdır. Zaruret hakkı niteliğindeki geçit hakkının zorunlu unsurunu oluşturan “genel yola çıkma” amacı sözleşmeye dayanan geçit hakkı bakımından önemini yitirir. Uygulamada ise çoğu zaman, taşınmazın genel yol ile bağlantısını sağlamak veya yetersiz kalan bağlantıyı elverişli duruma getirmek amacın hizmet ettiği görülür¹⁵¹. Geçit irtifakı, hak sahibine, yüklü taşınmazdan “geçme suretiyle yararlanma” yetkisi tanıdığından olumlu irtifaklar arasında yer alır¹⁵². Zorunlu geçit hakkı, kaynağını komşuluk hukukunda bulduğu için hakkın kullanılmasından doğan tüm uyuşmazlıklarda komşuluk ilişkilerine hakim olan kurallar gözden uzak tutulmaz¹⁵³. Buna karşılık, sözleşmeye dayanan geçit hakkının kaynağında taraf iradeleri bulunduğundan komşuluk hukuku kurallarından yararlanılması mümkün olmakla birlikte temel belirleyici ölçüt ortak irade olarak kabul edilir. Kanuni dayanağını TMK m.838’de (ZGB Art.781) bulan geçit hakkı bir taraftan taşınmazların tahsis edildikleri ekonomik amaca en iyi biçimde hizmet etmelerini sağlayarak hak sahiplerinin kişisel yararını gerçekleştirirken, diğer taraftan da tüm taşınmazları ekonomik ve sosyal hayata bağlayarak toplum yararına da hitap eder.

¹⁵¹ “Genel yola bağlantı” koşulu zorunlu geçit hakkının değiştirilemez kanuni doğasında yer alır. Sözleşmeye dayanan geçit hakkı bakımından ise aynı zorunluluktan söz edilemez. Genel yola bağlantı yanında herhangi bir amaçla sözleşmeye dayalı geçit hakkı kurulması mümkündür. Bununla birlikte uygulamada bu son olasılığa ender rastlanır. Sözleşmeye dayanan geçit hakkı da aynen zaruret hakkı niteliğinde olduğu gibi genel yola çıkmak üzere kurulur.

¹⁵² SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, s.258; WIRZ, s.200; GERMANN, s.44; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.626.

¹⁵³ Yarg. 14.HD 02.04.2007 E.2007/2875, K.2007/3534 (LHD, Nisan 2008, S.64, s.1370); Yarg. 14.HD 26.06.2006 E.2006/6326; K.2006/7392 (LHD, Kasım 2006, S.47, s.3514).

Taşınmazın tahsis edildiği ekonomik amaca uygun ve rasyonel biçimde işletilmesi düşüncesi geçit hakkının temelini oluşturur¹⁵⁴. Bu doğrultuda zorunlu geçit hakkı ile sözleşmeye dayalı geçit hakkı aynı temele dayanırlar. Taşınmazların ekonomik amaca uygun, rasyonel biçimde işletilmesi düşüncesi ve bunun gerçekleşmesi için genel yola ulaşma çabası teorik açıdan olmasa dahi uygulamada her iki geçit hakkı bakımından ortaktır¹⁵⁵. Ancak, amaç ortaklığı bir zorunluluk olarak algılanmaz. Sözleşmeye dayanan geçit hakkı bakımından amaç, çeşitli görünümeler taşıyabilir.

Öğreti ve uygulamada kabul edildiği üzere geçit hakkı kurulması sonucunu doğuran durumlar, geçit ihtiyacı içindeki taşınmazın fiili konumuna göre “mutlak geçit ihtiyacı” ve “nisbi geçit ihtiyacı” olarak iki ana başlık altında incelenir¹⁵⁶. Geçit hakkının sözleşmeye dayalı olarak kurulduğu olasılıklarda taşınmazın mutlak veya nisbi geçit ihtiyacı içinde olmasının önemi bulunmaz. Buna karşılık, söz konusu ayırım zaruret hakkı niteliğindeki geçit hakkı bakımından ödenecek tazminat miktarının belirlenmesi yanında diğer konular bakımından da önem taşır. Öncelikle, geçit yoksunluğuna kıyasla geçit yetersizliğinin belirlenmesinde başvurulacak ölçütler karmaşık ve değişken karakterlidir. Özellikle TMK m.747/f.1’de (ZGB Art.694 Abs.1) kullanılan “yeterli geçidi bulunmayan” ifadesi yoruma açıktır. Daha da önemlisi geçit yetersizliği kavramının hangi ölçütler doğrultusunda yorumlanacağı belirsizdir. Genel olarak, hakimın takdir yetkisi çerçevesinde çözüme bağlanacak bu durumda ekonomik

¹⁵⁴ ZÜRCHER, s.43; ÖZSUNAY, s.2 vd..

¹⁵⁵ (...) Sözleşmeye dayalı geçit hakkı, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının sonucu olarak doğduğundan, zorunlu geçit hakkından farklı olarak genel yola ulaşma amacıyla geçit zaruretinin bulunması koşulunun varlığı aranmaz. Bununla birlikte uygulamada rastlanılan hemen hemen tüm örnekler geçit zarureti üzerine yapılmırlar. Bu durumlardan bazılarında taraflar arasında anlaşma sağlanarak geçit hakkı kurulurken, bazılarında ise zaruret halinin belirlenmesi ve zaruret hakkı niteliğindeki geçit hakkının kurulması için mahkeme kararına ihtiyaç duyulur. Geçit ihtiyacı içindeki taşınmaz malikinin bir kanuni irtifak veya iradi irtifak kurmak yerine nisbi karakterli borç ilişkisi yoluyla da aynı sonuca ulaşabileceği yönünde (karşı taraf açısından hak doğurmayan ve her zaman geri alınabilir iznin hariç tutulduğu açıkça vurgulanarak) (...). BGer 19.11.2009 5A_500/2009 (BR 2010, s.74).

¹⁵⁶ ÖZSUNAY, s.38; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.468; MEIER-HAYOZ, Art.694, s.44; (...) Geçit hakkı verilmesiyle genel yola bağlantısı olmayan veya yolu bulunsa bile bu yol ile ihtiyacı karşılanamayan taşınmazın genel yolla kesintisiz bağlantısı sağlanır. Uygulama ve doktrinde genellikle bunlardan ilkinde mutlak geçit ihtiyacı veya geçit yoksunluğu, ikincisine de nispi geçit ihtiyacı ya da geçit yetersizliği denilmektedir (...). Yarg. 14.HD 09.05.2005 E.2005/3139, K.2005/4431 (LHD, Haziran 2005, S.30, s.2208). Aynı yönde Yarg. 14.HD 17.06.2004 E.2004/3677, K.2004/4806 (LHD, Temmuz 2004, S.19, s.1943); BGE 117 II 35; BGE 110 II 126; BGE 105 II 180.

bakış açısıyla hareket edilmesi gerektiği kabul edilir¹⁵⁷. Buna göre, mevcut geçit bağının söz konusu taşınmazın ekonomik ihtiyaçlarına cevap veremediği ve taşınmazdan rasyonel yararlanmayı sağlayamadığı her olasılıkta geçit yetersizliği söz konusu olur¹⁵⁸. Zorunlu geçit hakkının kurulmasında başvuru ve her biri soyut nitelik taşıyan “ekonomik ihtiyaçlar”, “rasyonel yararlanma” veya “usule uygun yararlanma” kavramları kapsamında kullanılan takdir hakkı beraberinde değişken sonuçları da doğurabilir. Oysa ki sözleşmeye dayanan geçit hakkı bakımından bu ölçütler sadece ivazın belirlenmesinde etkili olabilirler. Bir adım ötesinde zorunlu geçit hakkı bakımından olmazsa olmaz koşul olarak değerlendirilen zaruret halinin varlığı, iradi geçit hakkı bakımından aranmaz¹⁵⁹. Zaruret halinin varlığından bağımsız olarak taraflar karşılıklı iradeleri doğrultusunda bir geçit hakkı kurabilirler. “Diğer irtifak hakları” kenar başlığı altında yer alan TMK m.838’in (ZGB Art.781) özelliği de burada ortaya çıkar. TMK m.747’de (ZGB Art.694) düzenlenen zorunlu geçit hakkından farklı olarak zaruret halinin varlığı zorunlu kanuni tipe dahil değildir. Taraflar geçit hakkının kapsam ve içeriğini belirlemede büyük oranda serbestiye sahiptirler. Bunun doğal sonucu olarak sözleşmeye dayanan geçit hakkından doğan karşılıklı haklar ve yükümlülükler ilişkisi, zorunlu geçit hakkından doğan ilişkiye kıyasla daha zengin içerikli tasarlanabilir¹⁶⁰. Serbestiyi sınırlayan kural ise TMK m.779/f.2’de (ZGB Art.730 Abs.2) yer alır. Taraflar, olumlu edimin geçit hakkının asli içeriğine dahil edilemeyeceği kuralına sadık kalarak kendilerine tanınan serbestiyi kullanabilirler¹⁶¹.

Yukarıda açıklanmaya gayret edildiği üzere tüm zaruret hakları bakımından benimsediğimiz görüş doğrultusunda zorunlu geçit hakkı da bir kanuni irtifaktır. Zaruret halindeki taşınmaz maliki, komşu taşınmazın her malikine ve o taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak kazanan herkese karşı ileri sürülebilir bir talep hakkına sahiptir. Bu talep hakkının ötesinde zaruret halindeki taşınmaz malikinin komşu

¹⁵⁷ ÖZSUNAY, s.41.

¹⁵⁸ Ekonomik ihtiyaçlar ve rasyonel yararlanma ölçütlerine başvurulurken söz konusu taşınmazın fiziki özellikleri de göz önünde bulundurulur.

¹⁵⁹ TEKİNAY, s.104.

¹⁶⁰ ZÜRCHER, s.22.

¹⁶¹ PFÄFFLI, Roland: “Neuerungen mit besonderer Berücksichtigung des Bereinigungsverfahrens”, ZBGR 91/2010, s.363; WIRZ, s.153.

taşınmaz üzerinde doğrudan hakimiyeti söz konusu olmaz. Taraflar arasındaki ilişki, eşyaya bağlı borç ilişkisine dayanır. Karşılıklı hak ve yükümlülükler bu kapsamda belirlenir. Buna karşılık bir irtifak hakkı niteliğindeki geçit hakkı, hak sahibine, sınırlı aynı hakların sağladığı doğrudan hakimiyeti sunar. Geçit hakkının ihlali durumunda, hak sahibi, söz konusu hakkını ihlali gerçekleştiren herkese karşı ileri sürebilir.

Mülkiyetin kanundan doğan dolaylı kısıtlaması niteliğindeki zorunlu geçit hakkı bakımından, kanunda belirtilen koşulların gerçekleşmesi üzerine komşu taşınmaz maliki zaruret hakkını kurma yükümlülüğü altına girer. Sözleşmeye dayalı geçit hakkının kurulması ise tarafların iradesine bağlıdır. Birinci durumda kanundan doğan zorunluluk söz konusuyken diğerinde ortaya çıkan hukuki durum taraf iradesi kapsamında şekillenir¹⁶². Bu nedenledir ki, çalışma konumuzu oluşturan geçit hakkının incelenmesi bakımından irtifak sözleşmesi olarak adlandırılan hukuki işlem temel hareket noktasını oluşturur.

Hak sahibinin belirlenmesi ölçütü bakımından irtifak hakları “Eşyaya bağlı irtifaklar” ve “kişiyeye bağlı irtifaklar” olmak üzere ikiye ayrılırlar. Eşyaya bağlı irtifaklar yüklü taşınmaz üzerinde yararlanan taşınmaz lehine kurulurken, kişiyeye bağlı irtifaklarda hak sahibi belirli bir kişi olarak karşımıza çıkar. Eşyaya bağlı irtifakın sahibi yaralanan taşınmazın mülkiyetine sahip olan kişidir. Hak sahipliği sıfatı yararlanan taşınmazın mülkiyeti izler¹⁶³. Kişiyeye bağlı irtifaklarda ise söz konusu hak kimin lehine kurulmuşsa hak sahibi de o kabul edilir¹⁶⁴. Devri ve mirasçılara geçişi mümkün olan irtifaklarda hak sahipliği devir veya geçiş olgusuna göre belirlenir. Kişiyeye bağlı irtifaklarda, bir taşınmazın mülkiyetine sahip olup olmamaktan bağımsız olarak kişisel ihtiyaçların karşılanması amacıyla hak sahibinin kişiliği dikkate alınır¹⁶⁵. Ancak,

¹⁶² **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s.47; **SURLU/ÖZTÜRK**, s.55.

¹⁶³ **SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP**, s.259; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.629; **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI (HATEMİ)**, s.686; **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s.44.

¹⁶⁴ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.629; **STREIFF/PELLEGRINI/von KAENEL**, s.481.

¹⁶⁵ **STREIFF/PELLEGRINI/von KAENEL**, s.483; **KOLLER**, *Entwicklungen* 2007, 60; **SCHUMACHER**, Rainer: *Das Bauhandwerkerpfandrecht*, Zürich 2008, s.278; **AKİPEK/**

belirtmek gerekir ki, kişiye bağlı irtifak biçiminde kurulan bir geçit hakkı bakımından da hak sahibine ait taşınmazın ihtiyaçları belirleyici olur. Diğer bir söyleyişle, eşyaya bağlı geçit hakkı bakımından söz konusu olan “yararlanan taşınmazın ihtiyaçları” ile kişiye bağlı geçit hakkı bakımından “hak sahibinin ihtiyaçları” çoğu zaman örtüşür. Yararlanan taşınmazın ihtiyaçları kavramı, kişiye bağlı irtifaklarda, hak sahibine ait taşınmazın ihtiyaçları olarak karşımıza çıkar. Bu nedenle, kişiye bağlı geçit hakkı bakımından, “bir taşınmazın mülkiyetine sahip olup olmamaktan bağımsız olarak” ifadesi pratik önemini yitirebilir. Mevcut bağlantı yollarının varlığına rağmen hak sahibinin daha rahat biçimde veya manzaralı yol üzerinden taşınmazına ulaşma arzusunu karşılamak üzere taşınmazdan bağımsız olarak sadece hak sahibinin ihtiyaçlarını amaçlayan bir geçit hakkı kurulması mümkündür. Ancak, bu amaçların irtifaka temel oluşturması olasılığı oldukça düşüktür. Kanaatimizce, TMK m.838/f.2’de (ZGB Art.781 Abs.2) yer verilen “hak sahibinin olağan ihtiyaçları” kavramı da yukarıda belirttiğimiz yönde anlaşılmalıdır.

Kişiye bağlı irtifaklardan intifa ve oturma zorunlu olarak belirli bir kişi lehine kurulurken, “düzensiz kişisel irtifak¹⁶⁶” olarak adlandırılan diğer irtifakların hem kişiye bağlı hem de eşyaya bağlı olarak kurulabilmeleri mümkündür. Düzensiz kişisel irtifaklar arasında yer alan geçit hakkı da kişiye bağlı olarak kurulduğunda kural olarak, devredilemez ve mirasçılara geçmez. Ancak, taraflar aralarında bu sonucun aksini kararlaştırabilirler. Sözleşme hükümleri çerçevesinde kişiye bağlı irtifak biçiminde kurulan geçit hakkının devri ve mirasçılara geçmesi kararlaştırılabileceği gibi devri mümkün fakat miras yoluyla geçişi mümkün olmayan ya da miras yoluyla geçişi mümkün fakat devir olanağı ortadan kaldırılmış bir geçit hakkı oluşturulması da mümkündür. Bunun yanında taraf iradesi doğrultusunda eşyaya bağlı irtifak niteliğinde bir geçit hakkı da kurulabilir. Uygulamada daha çok karşılaşılan model de budur.

AKINTÜRK, s.643; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.628; **AYBAY/HATEMİ**, s.258; BGer 13.05.2008 5A_171/2008 (ZBGR 90/2009, s.174; **KOLLER**, Entwicklungen 2008, s.41).

¹⁶⁶ “Düzensiz kişisel irtifaklar” yerine “Karışık irtifak hakları” ifadesi de kullanılmaktadır. Bu yönde **AKİPEK/ AKINTÜRK**, s.636. TMK m.838’de (ZGB Art.781) düzenlenen, aralarında geçit hakkının da bulunduğu diğer irtifak haklarının nadiren düzensiz kişisel irtifak olarak adlandırıldığı yönünde **SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP**, s.259. Ayrıca bkz. **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI (HATEMİ)**, s.686.

Geçit hakkı bakımından temel düzenleme niteliğindeki TMK m.838'e (ZGB Art.781) göre,

“Malik, taşınmazı üzerinde herhangi bir kişi veya topluluk lehine atış eğitimi veya spor alanı ya da geçit olarak kullanılmak gibi belirli bir yararlanmaya hizmet etmek üzere başka irtifak hakları da kurabilir.

Bu haklar aksi kararlaştırılmadıkça, başkasına devredilemez ve mirasçılara geçmez. Bu hakları kapsamı, hak sahibinin olağan ihtiyaçlarına göre belirlenir.

Taşınmaz lehine irtifaklara ilişkin hükümler, bu tür irtifak haklarına da uygulanır”.

Medeni Kanunumuzda eşyaya bağlı irtifaklar genel hüküm niteliğine sahip TMK m.779 vd. (ZGB Art.730) düzenlenmişken, kişiye bağlı irtifakları düzenleyen genel bir hükme yer verilmemiştir. İntifa hakkı ve üst hakkına dayalı kanundan doğan borç ilişkisini çok sayıda hükümle düzenleyen kanun koyucu “diğer kişisel irtifaklar” bakımından bu eğilimini devam ettirmemiştir¹⁶⁷. Buna karşılık, TMK m.838/f.3'de (ZGB Art.781 Abs.3) öngörülen yollama gereğince eşyaya bağlı irtifaklara ilişkin düzenlemeler kişisel irtifaklar bakımından da uygulanabilir kılınmıştır¹⁶⁸. Biz de eşyaya bağlı irtifaklara ilişkin genel hükümlerin, irtifaklar bakımından genel karakterli olduğu görüşünden hareket ederek, söz konusu hükümlerin özel bir düzenleme bulunmadığı sürece kişiye bağlı irtifaklar bakımından da uygulanabilir olduğunu kabul ediyoruz. Bu doğrultuda, bundan sonraki açıklamalarımızda eşyaya bağlı irtifaklar üzerinden konunun anlatılmasına çalışılacak, gerekli oldukça kişiye bağlı irtifaklara özgü durumlardan ayrıca söz edilecektir.

¹⁶⁷ LIVER, Einleitung, s.25.

¹⁶⁸ TMK m.779 vd. yer alan düzenlemelerin tüm irtifaklar bakımından doğrudan veya kıyas yoluyla uygulanabilir olduğu yönünde SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, s.261; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.630; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.750; AKİPEK/AKINTÜRK, s.636; BGE 88 II 331. Buna karşılık eşyaya bağlı irtifaklara ilişkin düzenlemelerin kişiye bağlı irtifaklar bakımından uygulanamaz olduğunu savunan görüşler de bulunmaktadır. Buna göre, TMK m.838/f.3'de (ZGB Art.781 Abs.3) yer verilen atıf hükmü, sadece diğer irtifak haklarını kapsar. Söz konusu özel düzenlemenin uygulama alanını tüm kişiye bağlı irtifaklar alanına yaymak isabetsizdir. Bkz. BAUMANN, Art.745, s.46.

B. İrtifak Sözleşmesi

1. Hukuki Niteliği

İrtifak sözleşmenin borçlandırııcı işlem niteliğine sahip olduğu tartışmasızdır¹⁶⁹. İrtifak sözleşmesine dayalı borç ilişkisi gereğince, bir taraftan irtifakın tescilini; ivazlı sözleşmelerde ise diğer taraftan bunun karşılığında kararlaştırılan ivazı talep etme hakları doğar. Olağan bir Borçlar Hukuku sözleşmesi olduğu için kurulması, ifa edilmesi ve sona ermesi de Borçlar Kanununun genel hükümleri çerçevesinde gerçekleşir¹⁷⁰. Özellikle karşılıklı haklar ve yükümlülükler sözleşme özgürlüğü doğrultusunda kararlaştırılır. Ancak, bu sırada Eşya Hukukunun temel ilkeleri gözden uzak tutulmaz. İrtifak sözleşmesi, bir borçlandırııcı işlem olarak kendisinden sonra gelecek olan tasarruf işleminin temelini oluşturur. Bu nedenle de temel ilişki olarak adlandırılır¹⁷¹. Bu yön tartışmasız olmakla birlikte asıl tartışmalar, sözleşmeler sınıflandırması içinde irtifak sözleşmesinin nerede yer aldığı üzerinde yoğunlaşır.

a. Hukuki Niteliği Açıklayan Görüşler

aa. İsimsiz Sözleşme Görüşü

Genel kabul gören görüş¹⁷² doğrultusunda isimsiz sözleşme niteliğinin ağır bastığını söylemek mümkündür. Bu doğrultuda, kanunda karakteristik unsurlarıyla birlikte düzenlenmeyen her sözleşmenin isimsiz sözleşmeler sınıflandırmasında yer aldığı kabul edilir¹⁷³. Asli edim yükümleri üzerinden asgari hüküm ve sonuçlarıyla düzenlenen sözleşmeler dışında kanunda bir sözleşmenin adının geçmesi tipik sözleşme

¹⁶⁹ GERMANN, s.35; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, s.267; ZÜRCHER, Richard: Die Wegrechte des Schweizerischen Privatrechts, Aarau 1947, s.19; LIVER, Art.730, s.141 vd.; ESCHMANN, s.48; BGE 122 III 10; ÖZEN, s.107; SURLU/ ÖZTÜRK, s.57.

¹⁷⁰ RIEMER, s.54; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, s.267; GERMANN, s.35; LIVER, Art.732, s.195; BGE 117 II 26.

¹⁷¹ BGer 02.08.2006 5C.96/2006 (GERMANN, s.35, dn.27); Yarg.14. HD 17.11.2006 E.2006/10869; K.2006/13321; Yarg. HGK 03.03.2010 E.2010/12-101, K.2010/128 (Legalbank).

¹⁷² LIVER, Art.732, s.207; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, s.267; ESCHMANN, s.48; RIEMER, s.54; GERMANN, s.36; REY, Heinz: "Funktionen des Dienstbarkeitsvertrages", ZBGR, 1983/64, s.257; SCHMID, Jörg: "BGer 02.08.2006 5C 96/2006 - Anmerkung", BR 2006, s.173; ÖZEN, s.125; ÖZSUNAY, s.146. Üst hakkı dışındaki diğer irtifaklar bakımından GÜMÜŞ, Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler C.I, İstanbul 2008, s.6.

¹⁷³ GERMANN, s.36; GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s.5 vd..

karakterini kazanma bakımından yeterli olmaz¹⁷⁴. Ayırt edici ölçüt, sözleşmenin zorunlu unsurlarının (essentialia negotii) düzenlenmiş olmasıdır¹⁷⁵. Buna göre, çeşitli kanun hükümlerinde irtifak sözleşmesi kavramına yer verilmesi sözleşmenin tipik olarak kabulünü zorunlu kılmaz. Her ne kadar taşınmaz lehine irtifak haklarına ilişkin olarak “Sözleşme” kenar başlığı altında TMK m.781’de (ZGB Art.732) irtifak sözleşmesinin şekline ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiş olsa da bu düzenleme irtifak sözleşmesinin tipik sözleşme olarak kabulü için yeterli değildir¹⁷⁶. İntifa, oturma, üst ve kaynak irtifakları bakımından kanunda yer alan düzenlemeler de irtifak sözleşmesinin tipik sözleşme olarak değerlendirilmesi bakımından yeterli görülmez.

Buna karşılık isimsiz sözleşme görüşü içinde yer alan bir alt görüşe göre söz konusu sonuç; intifa, oturma ve kaynak irtifakı ile TMK m.838’de (ZGB Art.781) düzenlenen diğer irtifak haklarını kuran sözleşmeler bakımından geçerli olmakla birlikte üst hakkı bakımından geçerli olmaz¹⁷⁷. Bu görüşe göre, eşyaya bağlı irtifakları kuran sözleşmeler için temel düzenlemeyi oluşturan TMK m.779 (ZGB Art.730) tüm irtifaklar bakımından genel bir çerçeve çizerken, üst hakkına ilişkin düzenlemeler bu genel çerçevenin içini doldurur. Nitekim, gerek TMK m.726 (ZGB Art.675) gerek TMK m.826 vd. (ZGB Art.779 vd.) düzenlemeler dikkate alındığında hem üst hakkını kuran sözleşmeden doğan, hem de kanundan doğan borç ilişkisinin genel çerçevesinin açık ve detaylı biçimde doldurulduğu görülür. Tüm bu düzenlemelerde üst hakkı sözleşmesi kavramına yer verilmemiş olsa dahi bu durum söz konusu sözleşmenin isimsiz olarak nitelendirilmesine dayanak oluşturmaz. Kanunda, bir sözleşmenin hukuki sonuçlarına ilişkin düzenlemeler yer bulmuş fakat sadece sözleşmenin teknik anlamda adı konmamışsa isimsiz sözleşmenin varlığından söz edilemez. Ayrıca, üst hakkı sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak kaynak TMK m.1 doğrultusunda belirlenir. Sözleşmenin boşluklarının doldurulmasında başta TMK ve BK olmak üzere tüm hukuk kaynaklarına başvurulabilir, doğrudan veya kıyasen bu

¹⁷⁴ GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s.6.

¹⁷⁵ GERMANN, s.36.

¹⁷⁶ GERMANN, s.37.

¹⁷⁷ GÜRZUMAR, s.164; GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s.6.

kaynaklardan yararlanılabilir. Böylece, düzenleme eksikliklerinden hareket edilerek üst hakkı sözleşmesine isimsiz sözleşme niteliği verme yolu kapanmış olur¹⁷⁸.

İsimsiz sözleşme görüşü doğrultusunda, sözleşmenin ivazlı veya ivazsız olmasının nitelik üzerinde bir etkisi olmaz¹⁷⁹. Sözleşmeye niteliğini kazandıran ölçüt ivazlı veya ivazsız olma ayrımını dikkate almaz. Önemli olan, karakteristik unsurların kanunda yer bulmasıdır. Buna karşılık, irtifak sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesinde ivazlı olma ölçütünü temel alan görüşler de bulunur.

bb. İvazlı Olma Ölçütünü Dikkate Alan Görüşler

İvazlı olup olmama ölçütünden hareket eden görüş, sözleşmenin ivazsız olarak kurulduğu durumları bağışlama olarak nitelerken, ivazlı irtifak sözleşmelerinin niteliğini belirlemede ikiye ayrılır. Bu görüşlerden biri ivazlı irtifak sözleşmelerinin satım niteliği taşıdığını savunur¹⁸⁰. Diğerleri ise bunları isimsiz sözleşme olarak kabul eder¹⁸¹. Bu son görüş, ivazsız irtifak sözleşmelerini bağışlama olarak nitelediği için isimsiz sözleşme görüşünden ayrılır. Bununla birlikte, sözleşmenin ivazlı kurulması durumunda isimsiz sözleşme görüşüyle örtüşür. İsimsiz sözleşme görüşünden yukarıda söz edildiği için aşağıda bağışlama ve satım görüşlerine yer verilecektir.

aaa. Bağışlama Görüşü

İvazlı olma ölçütünden hareket eden görüşler, irtifak kurma borcunun ivaz karşılığı üstlenildiği durumlarda alt kollara ayrılırken, söz konusu borcun ivazsız olarak üstlenilmesi durumunda irtifak sözleşmesinin bağışlama niteliği taşıdığı hususunda uzlaşırlar¹⁸². Buna göre, bir irtifak kurma taahhüdünün de bağışlamanın konusunu oluşturması mümkündür. Önemli olan bağışlama kasdıyla hareket edilmesi ve bağışlayanın mal varlığı ile bağışlananın mal varlığı arasında birbirine uygun illiyet

¹⁷⁸ GÜRZUMAR, s.164, 165.

¹⁷⁹ ESCHMANN, s.48; LIVER, Art.732, s.207.

¹⁸⁰ ARPACI, Abdülkadir: “Gayrimenkuller Üzerinde İntifa Hakkı Kurulması”, İBD, C.60, S. 1-2-3, 1986, s.13.

¹⁸¹ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s.59; AYAN, s.28, dn.61.

¹⁸² KÖPRÜLÜ/KANETİ, s.58; AYAN, s.28, dn.61.Üst hakkı bakımından karşı. GÜRZUMAR, s.166.

bağıyla bağlanmış ters orantılı bir hareketin gerçekleşmesidir. Diğer bir söyleyişle irtifak hakkı kurma taahhüdünde bulunulması sonucunda irtifak yükü altına girecek tarafın mal varlığının pasifinde bir artma meydana gelirken, diğer tarafın mal varlığının aktifinde artış sağlanmalıdır. Her ne kadar kanunda temlik ifadesi kullanılmış olsa da bağışlamanın, bir hak tesisi yoluyla yapılmasında herhangi bir engel bulunmadığına göre ivazsız irtifak sözleşmesinin bağışlama olarak nitelenmesi de isabetsiz olmaz.

bbb. Satım Görüşü

Bu görüş tam iki tarafa borç yükleyen nitelikteki irtifak sözleşmelerinin satım sözleşmesi olduğu düşüncesine dayanır¹⁸³. Her ne kadar açıkça vurgulanmamış olsa da bu görüş çerçevesinde ileride irtifak hakkını kazanacak kişinin üstlenmiş olduğu borç bir miktar para borcudur. Nitekim, uygulamada hemen hemen istisnasız olarak irtifak kurma borcunun karşılığında bir miktar para ödenmesi kararlaştırılır. Buna göre, taraflar irtifak kurma borcu karşılığında bir miktar para ödenmesi hususlarında uzlaştıkları anda satım sözleşmesi niteliği taşıyan irtifak sözleşmesi kurulmuş olur. İrtifak sözleşmesi, mülkiyetin içeriğindeki yetkilerin ayrılarak satılmasından başka bir şey değildir. Hak satımının mümkün olduğu sistemimizde hakkın parçalanarak satılması da mümkün olabilmelidir.

b. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Kanaatimizce irtifak sözleşmesinin hukuki niteliğini açıklayan görüşlerden isimsiz sözleşme görüşü daha isabetlidir. Bir sözleşmenin isimsiz olarak nitelenmesi bakımından ileri sürülen görüşler savunulabilir olmakla birlikte, bu nitelendirmede başvuru olan ölçütten farklı bir ölçüt kullanarak, biz de irtifak sözleşmesinin hukuki niteliği bakımından hakim görüşün isimsiz sözleşme nitelendirmesini benimsemekteyiz. Buna göre, irtifak sözleşmesinin tipik bir sözleşme olup olmadığı konusunda, asgari karakteristik unsurlara göre karar verilemez. Ayırt edici ölçüt, irtifak hakkı kurma borcu doğuran sözleşmeye özgü sonuçların özel olarak düzenlenmesinde yatar. Sözleşmeye özgü bu sonuçlar kanunda yer bulmuşsa, söz konusu sözleşme tipik olarak sınıflandırılır. Kanunda, eşyaya bağlı irtifaklar

¹⁸³ ARPACI, s.13.

bakımından öngörülen düzenlemeler irtifak hakkının kurulmasından sonra ortaya çıkan kanuni borç ilişkisine ilişkin hükümlerdir. Bunlar, irtifak sözleşmesinden doğan özgün sorunları hedeflemediklerinden irtifak sözleşmesi tipik sözleşmeler arasında yer almaz.

İrtifak sözleşmesinin ivazlı olarak kurulması olasılığında ise bunun satım olarak nitelendirilmesi de güçtür. BK m.182/f.1'e (OR Art.184 Abs.1) göre satım sözleşmesinin unsurları arasında yer alan satım konusu, para ile değiştirilmesi mümkün maddi ve maddi olmayan varlıklardan oluşur. Sınırlı ayni hakların, bu anlamda bazı irtifak haklarının da satım sözleşmesinin konusunu oluşturması mümkündür¹⁸⁴. Ancak, irtifak hakkı kurma borcu yükleyen sözleşme bu kapsamda yer almaz¹⁸⁵. Bir hakkın kurulması ile satılması farklı hukuki araçlarla gerçekleşir. İrtifak haklarının satım konusu olabileceğini kabul eden görüş de bu farkı dikkate alır. Buna göre, geçit hakkını kuran sözleşmeler ile kurulmuş bir geçit hakkının devrini amaçlayan sözleşmelerin farklı nitelik taşıdıkları da kabul edilmelidir.

İrtifak sözleşmesinin ivazsız olarak kurulduğu olasılıkların bağışlama olarak nitelendirilemeyeceği sonucu ise bağışlamanın tanımından çıkarılır. BK m.234'de (OR Art.239) yer verilen tanımın yorumu doğrultusunda bağışlamanın söz konusu olabilmesi için bağışlayanın mal varlığında bir fakirleşme ve bu fakirleşmeyle bağlantılı olarak bağışlananın mal varlığında bir zenginleşme gerçekleşmelidir¹⁸⁶. Mülkiyet ve sınırlı ayni haklar arasındaki ilişki bakımından benimsediğimiz görüş doğrultusunda bir sınırlı ayni hakkın varlığı, mülkiyetin kapsamındaki yetkilerden bazılarının nihai olarak ayrıldığı biçiminde anlaşılmaz. Her sınırlı ayni hak mülkiyet üzerinde bir kısıtlama oluşturur. Ancak, söz konusu kısıtlamanın varlığı geçicidir. Sınırlı ayni hak nedeniyle kısıtlanan tam hakimiyet, bu hakkın son bulmasıyla birlikte malik tarafından tekrar kullanılabilir duruma gelir. Diğer bir söyleyişle, sınırlı ayni hak sahibine bırakılan hakimiyet kesiti, mülkiyetin içeriğine geri döner. Mülkiyetin

¹⁸⁴ Şahısla kaim niteliğe sahip intifa ve oturma hakkı ile bağımlı ayni hak niteliğindeki rehin hakkı gibi haklar satım sözleşmesinin konusunu oluşturmazlar. Bu yönde YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.47; GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s.46.

¹⁸⁵ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s.59; GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s.46.

¹⁸⁶ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.222; GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s.275.

esnekliği veya elastikliği kuralı da bu anlama gelir. Malik, kendisinden alınan bölümsel hakimiyetin bir gün tekrar kendi elinde toplanacağı umudunu objektif olarak taşımaya devam ettiği sürece malik kalmaya da devam eder. Bu umut sadece malike tanınan bir ayrıcalıktır¹⁸⁷. Buna göre, bir sınırlı ayni hakkın varlığı mülkiyet üzerinde nihai bir bölünmeye neden olmaz. Malik sıfatı, sınırlı ayni hak sahibine tanınan bölümsel hakimiyetten geri kalan hakimiyetin bir gün mutlaka tamamlanacağı umuduyla var olur. Umut objektif olarak yitirildiği anda nihai bölünme de gerçekleşir ve bundan sonra nihai bölünmeden geri kalan hakimiyet mülkiyet olarak nitelendirilemez. Tüm bu gerekçelerle, bir sınırlı ayni hakkın kurulması, mülkiyet kapsamındaki yetkilerin nihai olarak elden çıkması anlamına gelmez. Buna bağlı olarak malikin mal varlığında bir fakirleşme gerçekleşmez. Fakirleşmenin gerçekleşmediği bu durumda bağışlamanın varlığından söz edilemez. Ancak şunu da ifade etmek gerekir ki yukarıda ortaya koymaya çalıştığımız gerekçe tamamen hukuki açıdan yapılan bakış açısına dayanır. Oysa ki irtifak sözleşmesinin nitelendirilmesi özellikle ekonomik bakış açısı başta olmak üzere daha geniş bir açıdan yapılacak değerlendirmeyi gerektirir¹⁸⁸. Bu anlamda mülkiyetin bir irtifak hakkı ile yüklenmesi ekonomik açıdan yüklü taşınmaz malikinin fakirleşmesi sonucunu doğurur. İrtifak nedeniyle kısıtlanan mülkiyetin taşıdığı ekonomik değer, kısıtlanmamış mülkiyete kıyasla daha az olduğu tartışmasızdır¹⁸⁹. Dolayısıyla irtifak hakkının kurulması yüklü taşınmaz malikinin mal varlığında ekonomik anlamda bir azalma oluşturur. Böylece, fakirleşme şartının gerçekleşmediği yönündeki iddia çürütülebilir. Ancak, ivazsız olarak kurulan irtifak sözleşmesinin

¹⁸⁷ Bu açıklamalar için bkz. **ÖZEN**, s.4 vd..

¹⁸⁸ **REY**, Dienstbarkeitsvertrag, s.257.

¹⁸⁹ (...) Üzerinde irtifak hakkı kurulması nedeniyle taşınmazda oluşacak değer düşüklüğü oranının saptanmasında taşınmaz malın cinsi, kullanım biçimi ile irtifak hakkının niteliği (boru hattı, enerji nakil hattı vs.) kapladığı alan, yeri ve yönü göz önünde bulundurulmalıdır. Yargıtay uygulamalarında üzerinde irtifak hakkı kurulmuş olan taşınmazda bu irtifak nedeniyle oluşacak değer düşüklüğünün (taşınmazın cins ve niteliğine uygun kullanımı önemli ölçüde etkileyen özel bir durum yoksa) irtifaktan etkilenen alanın mülkiyet değerinin arazide en fazla %35'ini, arsada ise en fazla %50'sini geçmeyeceği kabul edilmektedir (...). Yarg. 18.HD 20.09.2005 E.2005/7450, K.2005/5634 (LHD, Kasım 2005, S.35, s.4079); (...) Dava konusu taşınmazın geometrik durumu, yüzölçümü ve doğalgaz boru hattının taşınmazdan geçiş güzergahı dikkate alındığında irtifak hakkı nedeniyle meydana gelecek olan değer düşüklüğü oranının taşınmazın tüm değerinin % sekizini geçmeyeceği gözetilmeden, daha yüksek oranda değer düşüklüğü tespit eden rapora göre fazla bedele hükmedilmesi (...). Yarg. 5.HD 24.01.2005 E.2004/10612, K.2005/90 (LHD, Şubat 2005, S.26, s.698).

bağışlama oluşturmadığı yönündeki görüşe bir başka gerekçe daha sağlam bir dayanak oluşturabilir.

Bağışlamadan söz edilebilmesi için aranan koşullardan biri de kazandırmanın karşılıksız olmasıdır. Kazandırma karşılığında, ağırlığı ne olursa olsun herhangi bir yükümlülük altına girilmesi karşılıksız olma koşulunun gerçekleşmesine engel olacağı için hukuki işlemin bağışlama olarak nitelendirilmesi de mümkün olmaz. Bu açıdan bakıldığında irtifakın, bu anlamda geçit hakkının, kurulmasıyla birlikte taraflar arasında temelini kanunda bulan bir borç ilişkisi oluşur. Bu ilişki gereğince irtifak hakkı sahibi elde ettiği yetkiler karşısında bazı yükümlülükler altına girebilir. Her ne kadar doğrudan irtifak sözleşmesine dayanan yükümlülükler söz konusu olmasa da, kanundan doğan borç ilişkisi de bu sözleşmenin bir sonucudur. Kaynağı kanun olsa dahi böyle yükümlülüklerin varlığı kazandırmanın karşılıksız sayılmasını engeller¹⁹⁰.

Üst hakkı kurma sözleşmesi dışındaki diğer irtifak sözleşmelerini isimsiz olarak nitelendiren görüşe ise şu gerekçeyle katılmamaktayız. Bir sözleşmenin isimsiz olarak nitelendirilmesi bakımından dikkate alınacak ölçüt, sözleşmeye özgü sorunlara, kanunda yer verilmiş olup olmadığıdır. İrtifak haklarına, özellikle de intifa ve üst hakkına ilişkin kapsamlı düzenlemelerin büyük bölümü irtifak sözleşmesine özgü sorunları değil, irtifak hakkına bağlı kanuni borç ilişkisini hedef almaktadır. İntifa hakkı sahibinin eşyadan yararlanma biçimi, eşyanın idaresi, eşyanın sigortalanması, sorumluluk gibi birçok alanı düzenleyen hükümler kanuni borç ilişkisiyle ilgilidir. Tüm bu hükümler, kanuni borç ilişkisinin kanun tarafından tanımlanmasının sonucudur¹⁹¹. İntifa veya üst hakkı kurma sözleşmelerinin diğer irtifak sözleşmelerinden farklı nitelendirilmesini gerektiren bir durum bulunmamaktadır. İrtifak hakkına bağlı kanuni borç ilişkisini konu alan düzenlemeler irtifak sözleşmesinden doğan temel borç ilişkisinden bağımsızdır. Kanunda irtifak sözleşmesinden söz edilmesi ya da çeşitli

¹⁹⁰ İvazsız intifa hakkı kurulmasına ilişkin irtifak sözleşmesinin, kanuna dayalı yükümlülüklerin doğumuna neden olduğu için sadece yarar sağlayan bir işlem olarak kabul edilemeyeceği yönünde **ÖZEN**, s.26.

¹⁹¹ **ÖZEN**, s.105, 106.

irtifaklara bağı kanuni borç ilişkisinin düzenlenmesi, irtifak sözleşmesinin isimsiz sözleşme olarak nitelendirilmesine engel oluşturmaz.

2. Tarafları

Bir mülkiyet kısıtlaması olarak her irtifak hakkı malik bakımından mülkiyete dahil yetkilerden bazıları kullanmaktan kaçınma veya bunların irtifak hakkı sahibi tarafından kullanılmasına katlanma borcu yükler. Geçit hakkı bakımından, sözleşmenin bir tarafını kurulacak geçit yükünün borçlusu, diğer tarafını ise geçitten yararlanacak kişi oluşturur. Her iki tarafın gerçek veya tüzel kişi olması mümkündür¹⁹². Katlanan veya kaçınan taraf daima malik olacağı için sözleşmenin bir tarafını da malik oluşturur. Bu durum, olması gerekeni yansıtmakla birlikte irtifak sözleşmesinin borçlandırıci niteliği dikkate alındığında tasarruf yetkisi bulunmayan kişilerin de irtifak kurma borcu altına girmeleri teorik açıdan mümkündür. Satış vaadi alacaklısı gibi mülkiyeti kazanacağı yönünde beklenti sahibi olanların sözleşmenin tarafını oluşturmalarında bir engel bulunmaz¹⁹³. Ancak, geçit irtifakının doğumu, söz konusu kişilerin tasarruf yetkisine sahip olmalarını gerektirir¹⁹⁴. Sözleşmenin karşı tarafını ise kişiye bağı geçit hakkının söz konusu olduğu durumlarda kısıtlamadan yararlanacak kişi veya kişiler; eşyaya bağı geçit hakkının söz konusu olduğu durumlarda ise yararlanan taşınmazın maliki oluşturur.

Bir görüşe¹⁹⁵ göre, irtifak sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen sözleşme niteliği taşıdığı durumlarda, borç altına giren taraf olarak, kurulacak geçit yükü borçlusunun fiil ehliyetine sahip olması yeterli görülür. Bu doğrultuda, sınırlı ehliyetsizin yük alacaklısı sıfatıyla yer aldığı irtifak sözleşmeleri yasal temsilcinin rızasına gerek duyulmaksızın geçerli kabul edilir. Konuya değinen diğer bir görüş¹⁹⁶ ise

¹⁹² GERMANN, s.31.

¹⁹³ GERMANN, s.32.

¹⁹⁴ Uygulamada, borçlandırıci işlem ile tasarruf işlemi arasında zaman farkı bulunmadığından tasarruf yetkisi olmayan bir kişinin irtifak sözleşmesine taraf olması da tapu memurunun tutumu karşısında mümkün olmaz.

¹⁹⁵ GERMANN, s.32.

¹⁹⁶ ÖZAKMAN, s.62.

irtifak sözleşmesinin taraflarını oluşturan kişilerin fiil ehliyetine sahip olmaları gerektiğini belirttikten sonra; kendisine oy danışmanı atanmış kişinin irtifak sözleşmesi ile borç altına girmesinin oy danışmanının rızasına bağlı olduğunu, sınırlı ehliyetsizin yük borçlusu olarak sözleşmeye taraf olması durumunda ise yasal temsilcinin rızası tek başına yeterli olmadığından, bunun yanına vesayet makamının izninin de eklenmesi gerektiğini ifade eder. Ancak, verilen örnekler sınırlı ehliyetlinin ve sınırlı ehliyetsizin irtifak sözleşmesinde yük borçlusu sıfatıyla yer aldığı olasılıklara ilişkindir. Bu kişilerin, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmeye yük alacaklısı sıfatıyla taraf olmaları durumu yoruma açık bırakılmıştır. Bizim de benimsediğimiz görüşe göre, TMK m.429/b.2’de yer alan düzenleme kendisine yasal danışman atanmış kişiye ait taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasını konu alır. Aynı doğrultuda TMK m.462/b.1 de sınırlı ehliyetsize ait taşınmazın bir sınırlı ayni hakla yüklenmesini düzenler. Sınırlı ehliyetli veya sınırlı ehliyetsiz lehine sınırlı ayni hak kurulması bu düzenlemelerin kapsamında yer almaz¹⁹⁷. Buna göre, kendisine yasal danışman atanmış kişi, yasal danışmanının rızasına gerek olmadan irtifak sözleşmesinin alacaklı tarafında yer alabilir. TMK m.429’da yasal danışmanın rızasına bağlanan işlemler sınırlı olarak sayılmıştır. Bunların dışında kalan işlemler bakımından kendisine yasal danışman atanan kişi tek başına yapabilir¹⁹⁸. Sınırlı ehliyetsizler bakımından ise durum farklıdır. TMK m.16/f.1 (ZGB Art.19 Abs.1) gereğince, sınırlı ehliyetsiz yasal temsilcinin rızası olmadıkça, kendi işlemleri ile borç altına giremez. Bununla birlikte kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında ve karşılıksız kazanmalarda rıza gerekli görülmez. Söz konusu düzenlemeye göre, sınırlı ehliyetsizin taraf olduğu irtifak sözleşmesinin, yasal temsilcisinin rızasına gerek duyulmadan gerçekleştirilebilmesi için sözleşmenin sınırlı ehliyetsize sadece yarar sağlayıcı niteliğine sahip olması aranır. Sadece yarar sağlayıcı nitelikteki bu işlem karşısında sınırlı ehliyetsizin korunmasına gerek kalmaz. Sınırlı ehliyetsiz, böyle bir işlemi bir tam ehliyetli gibi gerçekleştirebilir¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Sınırlı ehliyetsizler bakımından **DURAL**, Mustafa/**ÖĞÜZ**, Tufan/**GÜMÜŞ**, Alper: Türk Özel Hukuku C.III, Aile Hukuku, İstanbul 2010, s.354; **ÖZEN**, s.25.

¹⁹⁸ **HELVACI**, Serap: Gerçek Kişiler, İstanbul 2010, s.62; **HELVACI/ERLÜLE**, s.66.

¹⁹⁹ **HELVACI**, s.77.

Geçit hakkının ivazsız olarak kurulmasının borçlanıldığı bir sözleşme ilk bakışta sadece yarar sağlayıcı olarak değerlendirilebilir. Kanaatimizce, böyle bir değerlendirme yanıltıcıdır. Her ne kadar sözleşme ivazsız olsa dahi buna dayanılarak kurulacak irtifak ilişkisi gereğince taraflar kanundan doğan bazı yükümlülükler altına girerler. Bu yükümlülükler, kaynağını kanunda bulmalarına karşılık, irtifak sözleşmesinin bir sonucu olarak kabul edilirler²⁰⁰. Diğer bir söyleyişle, görünüşte ivazsız olarak kurulmuş bir irtifak sözleşmesi aslında her iki taraf bakımından çeşitli yükümlülükler ve buna bağlı sorumluluklar doğuracak niteliktedir. Bu nedenle, irtifak sözleşmesinin ivazsız kurulduğu durumlarda dahi sınırlı ehliyetsiz bakımından sadece yarar sağlayıcı bir işlemin varlığından söz edilemez. Bunun sonucunda TMK m.16/f.1’de (ZGB Art.19 Abs.1) yer verilen istisna da gerçekleşmez. Sınırlı ehliyetsizler için ehliyetsizlik asıl, ehliyetli olma ise istisnadır²⁰¹. İstisnanın gerçekleşmesi için gerekli olan durumlardan biri de işlemin sadece yarar sağlayıcı nitelikte olmasıdır. Bu durum gerçekleşmediğine göre sınırlı ehliyetsizin irtifak sözleşmesini kurabilmesi için yasal temsilcinin rızası aranır.

3. Şekli

TMK m.781 gereğince irtifak sözleşmesinin geçerliliği resmi şekle bağlanmıştır. Resmi şekil geçerlilik şartı olarak aranır²⁰². Söz konusu düzenleme, Tapu K. m.26 ve sözleşmeyi gerektiren işlemler bakımından resmi senet düzenleneceği belirten TST m.16’nın uygulamasıdır. Resmi şekil şartı tapu memuru tarafından gerçekleştirilir. Resmi senet kapsamında, geçit hakkının tüm esaslı unsurlarına yer verilmesi gerekir. Bu anlamda irtifak kurma iradesi, irtifakın türü, yararlanın taşınmaz, yüklü taşınmaz, ivaz kararlaştırılan durumlarda ivazın miktarı veya nasıl belirleneceği

²⁰⁰ ÖZEN, s.26.

²⁰¹ HELVACI, s.73.

²⁰² (...) İktisap sebebini teşkil eden hukuki işlem, çoğunlukla bir irtifak sözleşmesi görünümünü taşır: Mecra irtifakı sözleşmesiyle, tarafların mecra hakkının tesisi hususundaki karşılıklı birbirine uygun iradelerin yer aldığı borçlandırıcı işlem kastolunmaktadır (...).Ancak, mecra irtifakının geçerli olarak doğabilmesi için (diğer unsurların varlığı yanında) mecra irtifakı sözleşmesinin yasada öngörülen şekilde yapılması zorunludur (MK. 705,2644 sayılı Kanun m. 26, Tapu Sicil Nizamnamesi m. 19; 10.6.1931 gün ve 2/40 sayılı Yargıtay İnançları Birleştirme Kararı). Yarg. 1.HD 08.03.1990 E.1990/3773, K.1990/3201 (Legalbank).

hususları resmi şekil kapsamında yer alır²⁰³. TMK m.779/f.2 (ZGB Art.730 Abs.2) doğrultusunda bir olumlu edim irtifakın içeriğine dahil edilmek istendiğinde, söz konusu olumlu davranışın da bir yan edim olarak resmi senette gösterilmesi gerekir²⁰⁴.

Ön sözleşme niteliğindeki irtifak kurma vaadi sözleşmesi de BK m.22/f.2 (OR Art.22 Abs.2) gereğince irtifak sözleşmesi gibi resmi şekle tabidir. Ancak, uygulamada irtifak kurma iradesine sahip olan malikin çoğu zaman doğrudan irtifak sözleşmesine taraf olduğu görüldüğünden irtifak kurma vaadi sözleşmesiyle karşılaştırılması olasılığı düşüktür²⁰⁵. Konuya ilişkin açıklamalar daha çok teorik önem taşır. Söz konusu teorik tartışmaların temelinde irtifak kurma vaadinin hangi makam tarafından resmi senede bağlanacağı sorusu yatar. İrtifak sözleşmesi bakımından açık olmakla birlikte irtifak kurma vaadi sözleşmesinin hangi makam tarafından şekle bağlanacağı tartışmalıdır. Tartışmanın temel noktasını Noterlik K. m.60/b.3'e göre taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin düzenlenmesi bakımından yetkili olan noterlerin irtifak kurma vaadi sözleşmesi bakımından da yetkili olup olmadıkları sorusu oluşturmaktadır. Yargıtay ilk kararlarında bu soruyu olumsuz cevaplandırırken²⁰⁶; öğretilde bu görüşün isabetsiz olduğu satış vaadi sözleşmelerini düzenleyebilen noterlerin irtifak kurma vaadi sözleşmelerini evleviyetle düzenleyebilecekleri savunulmuştur²⁰⁷. Sonraki kararlarında görüşünü değiştiren Yargıtay taşınmaz satış vaadi sözleşmesini düzenleme yetkisine sahip olan noterlerin irtifak kurma vaadi sözleşmesini de düzenleyebileceklerini kabul etmiştir. Buna göre, mülkiyetin devri vaadi, mülkiyet üzerinde irtifak hakkı kurulması vaadine kıyasla hukuki sonuçlar bakımından daha önemli bir sözleşmedir. Bu sözleşme bakımından noterleri yetkili kılan kanun koyucunu daha az önemli olan irtifak kurma vaadi sözleşmesinin noterler tarafından düzenlenemeyeceğini kabul edemez. Bir hukuk ve mantık kuralı olarak

²⁰³ **LIVER** Art.732, s.198; **ERTAŞ**, s.259; **KARAHASAN**, C.I, s.480.

²⁰⁴ **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s.59; **AYAN**, s.28; **REY**, Dienstbarkeitsvertrag, s.259.

²⁰⁵ **LIVER**, Art.732, s.219.

²⁰⁶ Bu yönde kararlar için bkz. **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s.60, dn.5.

²⁰⁷ **SUNGURBEY**, İsmet: Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul 1963, s.16; **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s.61.

“çoğun içinde azı da vardır” kuralı gereğince irtifak kurma vaadi sözleşmesi noterler tarafından düzenlenebilir²⁰⁸.

Kanaatimizce de isabetli olan bu görüşün kabulü beraberinde bir başka soruyu daha getirir. Noterde düzenlenen, bu nedenle de şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olan irtifak sözleşmesinin tahvil yoluyla irtifak kurma vaadi olarak ayakta tutulup tutulamayacağı sorusuna verilecek cevap taşınmaz satış sözleşmesi ve satış vaadi bakımından benimsenen görüşle aynı doğrultuda olabilir. Yerleşik görüş doğrultusunda taşınmazlar üzerinde aynı hakları konu alan sözleşmeler bakımından şekle aykırılığın yaptırımını kesin hükümsüzlüktür²⁰⁹. Klasik görüş olarak adlandırılan bu görüşe göre, şekle aykırı bir sözleşmeye dayanılarak tescil gerçekleşmiş olsa dahi yapılan tescil şekil eksikliğini onarmayacağı için yolsuz tescil nedeniyle aynı hakkı zarar görenler tescilin terkinde talebinde bulunabilirler (TMK m.1025-ZGB Art.975).

Klasik görüşe bağlı kesin hükümsüzlük yaptırımını ile Özel hukuka hakim iradenin korunması ilkesi arasında uyum sağlama çabaları, şekle aykırılığın hukuki sonuçlarının hafifletilmesi yollarının aranmasına sebep olmuştur²¹⁰. Bu doğrultuda, kendine özgü geçersizlik kavramından hareket eden bir görüşün giderek güçlendiği görülür. Şekle aykırı sözleşmelerin sonradan geçerli hale getirilememesini ve kesin hükümsüzlüğün hakim tarafından re’sen dikkate alınmasını şekil kuralının amacı ve sözleşme özgürlüğü ilkesine uygun bulmayan bu görüş kendine özgü kuralları olan bir geçersizlik türü oluşturur. Buna göre, şekle aykırılık iddiası ancak taraflarca ileri sürülebilir. Bir hakkın kullanılıp kullanılmayacağına veya hangi ölçüde kullanılacağına karar verecek olan taraflardır. Özel hukuk kuralları hakim tarafından re’sen uygulanamayacağına göre şekle aykırılık iddiası da ancak taraflarca ileri sürülmüşse

²⁰⁸ Yarg. HGK 17.02.1965 51/D, 1/73 (KÖPRÜLÜ/KANETİ, s.60); Yarg. HGK 01.11.1972 (İBD 1973, s.468). Satış vaadi sözleşmesinin, irtifak kurma vaadi sözleşmesinin kıyaslanması isabetli olup olmadığının tartışmaya açık olduğunu belirtmekle birlikte “çoğun içinde azı da vardır” kuralının yine de uygulanabilir olduğu yönünde HATEMİ/SEROZAN/ARPACI (HATEMİ), s.697.

²⁰⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.302; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.674; ERTAŞ, s.259; ANTALYA, Gökhan: “Geçerlilik Şekline Aykırılığın Yaptırımı ve Sınırları” YD,C.18, S.3, Temmuz 1992, s.366 vd.; Yarg. HGK 11.03.2009 E.2009/8-75, K.2009/116 (LHD, Ağustos 2009, S.80, s.2474); Yarg. 8.HD 14.05.2007 E.2007/1975, K.2007/2937 (LHD, Ekim 2007, S.58, s.3310); Yarg. 13.HD 04.04.2007 E.2007/914, K.2007/4680 (LHD, Temmuz 2007, S.55, s.2264).

²¹⁰ ANTALYA, Şekle Aykırılık, s.371.

hakim tarafından incelenebilir. Ayrıca kesin hükümsüz bir sözleşmenin belirli şartlar altında sonradan geçerli duruma gelmesi mümkün olmalıdır²¹¹.

Kanaatimizce, şekil kuralları ile gözetilen menfaat sadece taraflara ait olmayıp toplum yararına da hizmet eder. Miras Hukuku veya Aile Hukukuna özgü iptal edilebilirlik yaptırımından hareket edilerek bu yaptırım tüm Özel hukuk alanına taşınamaz²¹². Bu nedenle, noterde düzenlenen irtifak sözleşmesi şekle aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz kabul edilir. Bununla birlikte kesin hükümsüzlük yaptırımının ağır sonuçlarının yumuşatılması amacıyla tahvil ya da yorum yoluna başvurulabilir. Bu amaçla, noterde düzenlenen satış sözleşmesinin tahvil yoluyla satış vaadi olarak ayakta tutulmasına yönelik uygulama, irtifak sözleşmesinin irtifak kurma vaadine tahvil edilmesinde de kabul edilebilir. Ancak, şekle aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olan işlemin ayakta tutulması için tahvil yerine yorum yoluna başvurulması da savunulabilir. Son olarak, yine tahvilden yararlanılarak, geçit yolu olarak kullanma olgusunun nisbi karakterli bir borç ilişkisi kapsamında tasarlandığı da kabul edilebilir²¹³. Böyle bir borç ilişkisinin doğumu şekil şartına bağlı olmadığı için açıklanan iradenin hukuk düzeni tarafından görmezden gelinmesinin oluşturacağı olumsuz sonuçların da önüne geçilebilir. Bunların başarılmaması durumunda, özel hukukun temel kurallarından biri olan “iradenin üstün tutulması” kuralına sadık kalınması amacıyla son yol olarak geçersiz irtifak sözleşmesinde yer alan iradenin geçit yolu olarak kullanıma rıza biçiminde yorumlanması mümkün olabilir. Ancak buradaki rıza karşı taraf bakımından hak doğurmayan ve her zaman geri alınabilir izin olarak anlaşılmalıdır. Böylece, geçit yolu olarak kullanımın hukuka aykırılığı önlenmiş olur²¹⁴.

²¹¹ Bu yönde **MEIER-HAYOZ**, Art.657, N.130; **HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, (HAAB)**, Art.657, N:35; **ALTAŞ**, Hüseyin: Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998, s.143 vd..

²¹² **ANTALYA**, Şekle Aykırılık, s.385.

²¹³ Karş **HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, (HAAB)**, Art.680, s.391; **LIVER**, Art.732, s.220.

²¹⁴ **LIVER**, Art.732, s.220; BGE 51 II 498.

Kanaatimizce, tahvile kıyasla BK m.18/f.1'e dayalı yorum yönetiminin öncelikli olarak tercih edilmesi daha sağlıklıdır²¹⁵. Yorumun temel amacı işlem taraflarının gerçek iradelerine ulaşılmasıdır. Yorum, karşılıklı irade beyanlarının anlam ve içeriğinin araştırılmasına yönelik mantıksal bir faaliyettir. Bu aşamada, yoruma yüklenen işlev, irade beyanlarının anlam ve içeriğinin araştırılması yoluyla, karşılıklı uyuşmanın sağlanıp sağlanmadığını belirlemek değildir. Sözleşmenin kurulmasıyla ilgili olan bu yorumun bir adım ötesinde karşılıklı uyuşmanın varlığı kabul edilerek sözleşmenin anlam ve içeriğinin belirlenmesine çalışılır²¹⁶. Bu belirlemede daima gerçek irade dikkate alınır²¹⁷. Tarafların kullanmış oldukları kavram ve ifadeler ile yapmış oldukları nitelendirmeler, gerçek irade doğrultusunda anlamlandırılır²¹⁸. Tüm yorum faaliyeti gerçek irade üzerine yapılandırıldığı için anlamlandırma işlemi de; sözleşme metni, benimsenen sistematik veya tarafların içinde bulunduğu somut koşullar gibi sübjektif unsurlar yardımıyla gerçekleşir²¹⁹. Yorum faaliyeti bakımından bizim de benimsediğimiz bu görüş, metin ile birlikte metin dışı unsurların da yorumda dikkate alınması gerektiğini savunarak, diğer unsurların yoruma katılmasıyla birlikte, başlangıçta "açık" olarak nitelenen metindeki anlamın değişebileceğini kabul eder. Böyle olmakla birlikte, Federal Mahkeme bir kararında sözleşme metninin açık olduğu durumlarda gerçek iradeye ulaşılması için diğer unsurların araştırılmasına gerek olmadığını kabul etmiştir²²⁰. Kararda, kural olarak, açık sözleşme metninin varlığı durumunda diğer unsurlara başvurulamayacağı belirtilirken, özel koşullar bu kuraldan ayrı tutulmuştur. Buna göre, özel koşulların gerçekleşmesi durumunda metin yanında diğer unsurların da yoruma dayanak olarak alınması mümkündür. Ancak, özel koşullar ile neyin kastedildiği kararda belirtilmemiştir.

²¹⁵ Özel olarak, OR Art.18 Abs.1'e (BK m.18/f.1) dayalı yorum yönteminin şekle aykırılığa dayalı hükümsüzlüğün önlenmesi ve sözleşmenin ayakta tutulması bakımından uygulama alanı bulacağı yönünde GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, s.215. Ayrıca bkz. BGE 117 II 385.

²¹⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, s.215; OĞUZMAN/ÖZ, s.150. Karş. KRAMER, A.Ernst/PROBST, Thomas: Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 2003, s.88.

²¹⁷ "Gerçek iradeye önem verme ilkesi" için bkz. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, s.215.

²¹⁸ Hukuki nitellemenin taraf iradelerinden bağımsız olarak hukuk düzeni tarafından gerçekleştirildiği yönünde BGE 84 II 496; BGE 99 II 313. Taraflarca yapılan nitelendirmenin hakim tarafından re'sen denetlenmesi gerektiği yönünde BGE 112 II 43; BGE 113 II 266.

²¹⁹ KRAMER/PROBST, s.87.

²²⁰ BGE 111 II 284.

BK m.18/f.1 (OR Art.18 Abs.1) metni, yorumun asli dayanağı olarak kabul ederken, diğer unsurların da yoruma katılmasıyla birlikte metinden çıkan anlamın her zaman değişebileceği düşüncesini de gözden uzak tutmaz. Buna karşılık, açıklık görüşünün isabetsiz yönü metin dışında başka unsurların varlığını görmezden gelmesi ya da bu unsurları metnin çizdiği sınırlar çerçevesinde dikkate almasıdır. Açıklık görüşü kapsamında diğer unsurlara metinden çıkan anlamı değiştirici veya düzeltici etki tanınmaz. Metinden çıkan anlamın çoğu zaman diğer unsurların yoruma katılmasıyla birlikte açıklık ve kesinlik kazandığı gerçeği karşısında “açıklık görüşünün” kabul edilebilirlikten uzak olduğu ortadadır²²¹.

Tahvil ise, kanunda düzenlenmemiş olmakla birlikte öğreti²²² ve uygulamada²²³ tartışmasız olarak kabul gören bir kurumdur. Genel olarak, arzu edilen sonucu gerçekleştirmek üzere tercih edilen hukuki işlemin geçersiz olması durumunda; hukuki ilişkinin, amacı hiç olmazsa belirli bir ölçüde gerçekleştirebilecek başka bir işlem üzerinde biçimlendirilmesi olarak tanımlanır²²⁴. Böylece şekil veya içerik olarak yeni bir model üzerinden arzu edilen en yakın hukuki sonuca ulaşılması sağlanır²²⁵. Bunun için geçersiz olan işlemin, kendisine tahvil edilecek olan işlemin gereklerini sağlamış olması aranır. Koşullar yerine geldiğinde, gerçek iradenin aşılması yoluyla varsayıli iradenin belirlenmesine çalışılır. Diğer bir söyleyişle, tahvil varsayıli iradenin belirlenmesine hizmet eder²²⁶. Tarafların, irtifak sözleşmesini hangi içerik, kapsam ve sonuçlarla biçimlendirmek istedikleri açıkça anlaşılabiliriyorsa, şekle aykırı irtifak sözleşmesinin yorum yoluyla ayakta tutulması mümkün olmaz. Yorum, ancak karanlık

²²¹ **KRAMER/PROBST**, s.87.

²²² **OĞUZMAN/ÖZ**, s.128; **EREN**, Borçlar Genel, s.265; **KRAMER/PROBST**, s.142; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, s.111 ve orada belirtilen yazarlar.

²²³ BGE 124 III 119; BGE 109 II 44; BGE 103 II 176; BGE 95 II 223; BGE 93 II 223.

²²⁴ **KANETİ**, Selim: Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili), İstanbul 1972, s.2; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, s.111; BGE 54 II 330. Tahvili, geçersiz olan hukuki işlemin yeniden yorumlanması yoluyla tamir edilmesi olarak tanımlayan Federal Mahkeme kararı için bkz. BGE 126 III 182. Buna göre, yeniden yorumun amacı, tercih edilen geçersiz hukuki işlem yerine başka bir hukuki işlem koyarak, arzu edilen hukuki sonuca yaklaşan bir sonuç elde etmektir.

²²⁵ **KRAMER/PROBST**, s.142.

²²⁶ **KANETİ**, s.19, 151 vd..

olan noktaların açıklığa kavuşturulmasına hizmet eder. Diğer bir söyleyişle, açıklık her zaman yorumun dışlanması sonucunu doğurur. Yorumla başvurma yolunun kapandığı bu durumda son çare olarak tahvile başvurulabilir. Bu doğrultuda, tarafların, hukuki sonuç olarak biçimlendirmek istedikleri amaç, içerik, kapsam ve sonuçlar değerlendirildiğinde, ortak iradenin şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olan irtifak sözleşmesi üzerinde bulunduğu kanaati açık olarak ortaya çıkmışsa geçersiz işlem yorum yoluyla kurtarılamaz. Çünkü, ortak irade yoruma yer bırakmayacak kadar açıktır. Yukarıda benimsediğimiz, BK m.18/f.1'e (OR Art.18 Abs.1) dayalı yoruma üstünlük tanıyan görüş de bu kapsamda uygulama alanı bulabilir. Gerçek iradenin, geçersiz irtifak sözleşmesi üzerinde uzlaştığı sonucuna ulaşılmışsa, bu durum söz konusu uygulama alanının dışında kalır. Hukuki işlemin korunması ilkesi gereğince son çare olarak tahvil yolunun kapıları aralanır²²⁷. Her ne kadar şekle aykırı bir irtifak sözleşmesinin öncelikle yorum yoluyla kurtarılması tercih edilmesi gereken bir yol olsa da bu olasılıkta gerçek iradenin yoruma yer bırakmayacak kadar açık olduğu kanaatini taşıdığımızdan tahvil yoluna başvurulmasının daha uygun olduğunu düşünmekteyiz.

TMK m.781'nin karşılığını oluşturan ZGB Art.732 ise irtifak sözleşmesini geçerlilik şekline bağlamakla birlikte yazılı şeklin varlığını yeterli görür. Geçerlilik şekli olarak yazılı şekil kabul edildiğinden irtifak sözleşmesinin, yazılı şekilde yapılmış olma koşuluyla diğer sözleşmelerin bir parçasını oluşturabileceği kabul edilir²²⁸. Türk hukukunda da irtifak sözleşmesinin, bağımsız bir sözleşme olarak kurulması mümkün olduğu gibi bir başka sözleşmenin parçasını oluşturması mümkündür. Uygulamada, irtifak sözleşmesinin daha çok bağımsız bir sözleşme olarak kurulduğuna rastlanmakla birlikte eğer başka bir sözleşmenin parçası olarak kurulacaksa da bu sözleşme çoğu zaman taşınmaz satım sözleşmesidir. Geçit hakkının kurulmasını sağlayan irtifak sözleşmesi, taşınmaz satım sözleşmesinin parçası olarak gerçekleştiğinde, her iki hukuk sistemi açısından şekle ilgili bir soruna rastlanmaz. Bu noktada, irtifak sözleşmesinin geçerliliğini yazılı şekle bağlayan ZGB Art.732 ile

²²⁷ KANETİ, s.95.

²²⁸ ESCHMANN, s.48; GERMANN, s.35; LIVER, Art.732, s.195. Taşınmaz devir sözleşmesi kapsamında yer alan irtifak sözleşmesi için bkz. BGE 128 III 169; Miras taksim sözleşmesi kapsamında yer alan irtifak sözleşmesi için bkz. BGE 122 III 150.

taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerin geçerliliğini resmi şekle bağlayan ZGB Art.657 Abs.1 karşısında bir istisna hükmü niteliği taşır²²⁹. ZGB Art.732’de öngörülen yazılı şekil OR 13-16 (BK M.13-16) çerçevesinde gerçekleşir²³⁰. Buna göre irtifak sözleşmesinin ivazsız olduğu durumlarda sadece yüklü taşınmaz malikinın imzası yeterlidir. Tam iki tarafa borç yükleyen irtifak sözleşmelerinde ise her iki tarafın imzasının bulunması OR Art.13/f.1 (BK m.13/f.1) gereğidir. Böyle bir durumda her iki tarafın da imzalamış olduğu sözleşme metinlerinin birer nüshası taraflara bırakılır²³¹. Yazılı şekil şartı daha sonra sözleşmede yapılacak değişiklikler bakımından da aranır. Tamamlayıcı ek anlaşmaların ise şekle bağlı olmadan gerçekleştirilmesi mümkündür. Buna karşılık kurulmuş geçit irtifakına ilişkin bir değişiklik getirilmek istendiğinde bu durum yeni bir sözleşme yapılmasını gerektirdiğinden söz konusu yeni sözleşme bakımından da şekil şartı uygulanır. İrtifak kurma vaadini içeren ön sözleşmeler bakımından da BK m.22/f.2’yi karşılayan OR Art.22 Abs.2 gereğince asıl sözleşmenin bağlı olduğu yazılı şekil şartı aranır²³². İrtifak sözleşmesinin geçerliliğini resmi şekle bağlayan TMK m.781 bakımından önem taşımamakla birlikte yazılı şekil şartını öngören ZGB Art.732 bakımından tartışılan konulardan biri de tarafların irtifak sözleşmesini ağırlaştırılmış şekil şartına tabi tutmaları durumudur. Ağırlaştırılmış şekli şartı öngören bu sözleşmenin kendisi şekle tabi olmayıp örtülü olarak da kurulabilir²³³. Yazılı şekil şartı masrafsız olma ve kolay gerçekleşme gibi fiili gerekçelerle tercih edilebilirse de ağırlaştırılmış şekil şartı, resmi kayıtların sağlıklı ve açık dayanakları olması amacıyla, tavsiye edilir²³⁴. Özellikle, taşınmaz mülkiyetini kısıtlayan irtifak hakları bakımından bu tavsiyenin isabetli olduğu

²²⁹ **LIVER**, Art.732, s.194. Yazılı şekil kuralının da istisnaları bulunduğu; özellikle bağışlama vaadine ilişkin OR Art.243 Abs.2, doğrudan kanundan doğan mülkiyet kısıtlamalarının irtifak yoluyla kaldırılması veya değiştirilmesine ilişkin ZGB Art.680 Abs.2 ile bağımsız ve sürekli üst hakkı kurulmasına ilişkin ZGB Art.779a düzenlemeleri gereğince irtifak sözleşmesinin resmi şekle bağlandığı yönünde **STREIFF/PELLEGRINI/von KAENEL**, s.483; **SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP**, s.268; **ZÜRCHER**, s.19.

²³⁰ **HUGUENIN**, Claire: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 2008, s.52.

²³¹ **LIVER**, Art.732, s.214; **HUGUENIN**, s.51 vd.; BGE 50 II 282.

²³² **ZÜRCHER**, s.20; **LIVER**, Art.732, s.219.

²³³ **LIVER**, Art.732, s.219.

²³⁴ **LIVER**, Art.732, s.219.

açıktır. Bu nedenle de İsviçre uygulamasında irtifak sözleşmesinin yaygın olarak ağırlaştırılmış şekil şartına bağlandığı görülür.

Şekil bakımından tartışılması gereken konulardan biri de geçit hakkının bağışlamaya dayanması olasılığıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, irtifak sözleşmesi ile taşınmaz üzerindeki aynı haklara ilişkin bağışlama vaadinin resmi şekle bağlandığı Türk hukuku bakımından böyle bir tartışmaya yer yoktur. TMK m.781 ve TMK m.238/f.2 arasında bir çatışmaya rastlanmaz. Buna karşılık İsviçre hukukunda durum aksi yöndedir. Bir tarafta irtifak sözleşmesinin geçerliliği için yazılı şekli yeterli gören ZGB Art.732, diğer tarafta ise taşınmaz üzerindeki aynı hakları konu alan bağışlama vaadi sözleşmesini resmi şekle bağlayan OR Art.243 Abs.2 arasındaki çatışmaya dikkat çekilir²³⁵. Bağışlama vaadinin ifası amacıyla yapılacak tasarruf işleminin tescil yoluyla gerçekleşeceğini ve tescil talebinin geçerli bir borçlandırııcı işleme dayanması gerektiği belirten OR Art.243 Abs.2 ve Abs.3 birlikte değerlendirildiğinde söz konusu çatışma daha açık biçimde ortaya çıkar. İsviçre öğretisi söz konusu çatışmayı, ZGB Art.680 Abs.2'de olduğu gibi genel kuralın istisnası biçiminde değerlendirme yoluyla aşmaya çalışmıştır²³⁶.

4. İrtifak Sözleşmesinin İçeriği

İrtifak sözleşmesinde bulunması gereken zorunlu unsurlar (essentialia negotii) şu şekilde sıralanır²³⁷.

a. Yararlanan ve Yüklü Taşınmaz

Eşyaya bağlı geçit irtifakı bakımından hangi taşınmazın geçit irtifakıyla yükleneceğinin ve hangi taşınmazın yararlanan taşınmaz olarak kararlaştırıldığının

²³⁵ Söz konusu çatışmanın İsviçre kanun koyucusunun özensizliği olarak değerlendirilmesi yönünde LIVER, Art.732, s.21.

²³⁶ Bkz. LIVER, Art.732, s.223 vd.; HUBER/SCHWENDENER, s.28; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, (TUOR/SCHNYDER/SCHMID), s.778; STREIFF/PELLEGRINI/von KAENEL, s.483; ZÜRCHER, s.19.

²³⁷ REY, Dienstbarkeitsvertrag, s.259; ESCHMANN, s.48; LIVER, Art.732, s.198; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, s.267; BGE 122 III 157; BGE 44 II 397; BGE 124 III 295.

sözleşmede ye alması gerekir. TST m.30/f.3'e göre, yararlanan taşınmazın sayfasına hak anlamına gelen "H" harfi ile yüklü taşınmazın sayfasına "M" harflerinin işlenmesi; buna bağlı olarak yararlanan taşınmazın sayfasındaki irtifak hakları sütununa hangi taşınmaz üzerinde geçit hakkının kurulduğunun ve yüklü taşınmazın sayfasında hangi taşınmaz lehine geçit irtifakı kurulduğunun gösterilmesi için taşınmazların sözleşmede tanımlanması zorunludur²³⁸. Tanımlama ile ifade edilmek istenen taşınmazların tapu sicilindeki künyelerinin belirtilmesi değildir. Ada, pafta veya parsel numaraları belirtilmemiş olsa dahi her türlü tereddütten arınmış olarak taşınmazların belirlenmesi mümkün kılınmışsa tanımlama gerçekleşmiş sayılır²³⁹. Bununla birlikte geçit hakkının yüklü taşınmazın neresinde kurulacağın bir kroki ile gösterilmesi ve bunun da irtifak sözleşmesine eklenmesinde fayda bulunur²⁴⁰. Kişiye bağlı irtifaklar bakımından doğal olarak sadece yüklü taşınmaz gösterilir. Sözleşmede sadece yüklü taşınmazın belirtilmiş olması geçit hakkının kişiye bağlı irtifak olarak kurulduğuna da karine oluşturur²⁴¹.

Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların yararlanan veya yüklü taşınmaz olarak geçit irtifakı sözleşmesinde yer alıp alamayacağı sorusuna verilecek cevap ise olumsuzdur²⁴². Tapulu taşınmaz kavramı, kanun ve tüzük hükümlerine uygun olarak tapu kütüğüne kayıtlı olmayı ifade eder²⁴³. Bu anlamda hakkında hiçbir resmi kayıt bulunmayan taşınmazlar ile mevcut hukuk sistemimiz karşısında tapu kaydı sayılmayan eski hukuktan kalma bazı belgelere bağlanmış taşınmazlar tapusuz olarak

²³⁸ **LIVER**, Art.732, s.198; **ESCHMANN**, s.49; BGE 124 III 295; BGE 122 III 158.

²³⁹ **LIVER**, Art.732, s.198; **ÖZAKMAN**, s.48; **STREIFF/PELEGRINI/von KAENEL**, s.484 vd..

²⁴⁰ **PFÄFFLI**, Roland: "Die Auslegung von Dienstbarkeiten Zum Urteil des Bundesgerichts vom 20 November 2007 5A_478/2007", BR 2008, s.59; **LIVER**, Art.732, s.199 ve Art.731, s.166. İrtifakın fiili kullanım durumunun kroki ile gösterilmesinin sağlayacağı yarar dikkate alınarak İsviçre Medeni Kanunu revizyon çalışmaları sırasında Art.732'ye ikinci bir fıkra eklenerek krokinin eklenmesi zorunluluğunun kanun hükmü olarak düzenlenmesi Federal Konsey tarafından önerilmiştir. Bkz. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht), BBI 2007, s.5283, 5310 ve 5350.

²⁴¹ Bu yönde bkz. **LIVER**, Art.732, s.198.

²⁴² **ACEMOĞLU**, Kevork: Türk Hukukunda Tapu Kütüğüne Kayıtlı Olamayan Gayrimenkullerin Hukuki Durumu, İstanbul 1965, s.37; **AKİPEK**, Tapuya Kayıtlı Olmayan Gayrimenkuller, s.88.

²⁴³ **OKTAY**: Saibe, Türk Hukukunda Tapuda Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Zamanaşımı ile Kazanılması, İstanbul 1990, s.3; **ACAR**, Faruk: Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi, Ankara 2008, s.6.

değerlendirilirler²⁴⁴. Geçit hakkı tapu siciline tescil ile kurulacağı için tapusuz taşınmazların bu sözleşmeye konu olması kabul edilmez²⁴⁵. Aynı haklar ancak tapuya kayıtlı taşınmazlar üzerinde kurulabilir²⁴⁶. Aynı hakların kurulması ve devrini düzenleyen hükümler, bu hakların varlığını diğer bir söyleyişle eşya üzerinde hak sahibine ait doğrudan hakimiyeti üçüncü kişiler bakımından anlaşılabilir kılan aleniyet ilkesi başta olmak üzere tapu sicil sistemine hakim olan diğer ilkeler taşınmazların tapuya kayıtlı olmasının önemini vurgular²⁴⁷. Buna karşılık tapulama faaliyetlerinin henüz tamamlanmadığı veya tapu sisteminin aksadığı olasılıklarda aynı kurala kesin olarak bağlı kalınıp kalınamayacağı da tartışmaya değerdir²⁴⁸. Kanun koyucu, tapusuz taşınmazlara sadece TMK m.713'de olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı bakımından yer vermiş, bunun dışında başka bir düzenleme öngörmemiştir. Bu doğrultuda, tapusuz taşınmazların irtifak sözleşmesine konu oluşturup oluşturamayacağı sorusuna verilen cevap olumsuzdur. Buna karşılık, tapuya kayıtlı olmayan fakat üzerinde mülkiyet bulunan taşınmazların²⁴⁹ yararlanan veya yüklü taşınmaz olarak irtifak sözleşmesinde yer alabileceği de savunulur²⁵⁰. Söz konusu tartışma uygulamada 11.02.1959 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında ele alınarak öğretilerdeki görüşler doğrultusunda tapuya

²⁴⁴ OKTAY, s.7. Ayrıca bkz. dn.38.

²⁴⁵ ÖZAKMAN, s.49. (...) Kabule göre de geçit hakkı kurulması istenen taşınmaz tapulama harici bırakılan tapuda kayıtlı olmayan yerlerden olup bu tür taşınmaz üzerinde geçit hakkı kurulması mümkün olmadığından davanın reddi gerekirken yazılı gerekçeyle geçit hakkı kurulması doğru olmamış kararın bozulması gerekmiştir (...). Yarg. 14.HD 23.06.2005 E.2005/3972, K.2005/6348 (LHD, Temmuz 2005, S.31, s.2545); (...) Bu durumda irtifakın geçtiği taşınmaz tapuda kayıtlı olmadığına göre bunun üzerinden geçen irtifakın tapuya tescilinin olanaksız olduğu gözetilmeden (...). Yarg. 18.HD 23.09.2004 E.2004/6165, K.2004/6385 (LHD, Ekim 2004, S.22, s.2942).

²⁴⁶ Bu sonuç TMK m.853'de (ZGB Art.796) açık olarak düzenlenir. Buna göre, "Rehin hakkı, ancak tapuya kayıtlı taşınmazlar üzerinde kurulabilir". Bkz. GÜRAL, Jale: "Türk Hukukunda Tapuya Kayıtlı Olmayan Gayri Menkullerin Hukuki Rejimi ve MK 639/I", AÜHFD, 1952, C.9, S.3-4, s.43; ACEMOĞLU, s.37. Buna karşılık Yargıtay tapusuz taşınmazları taşınır eşya olarak değerlendirmekte ve tapusuz taşınmazlar üzerinde taşınır rehni hükümlerine tabi olacak biçimde rehin hakkı kurulmasını kabul etmektedir. Bu yönde, (...) Tapusuz taşınmazlar, satış ve devir bakımından TMK'nın 762 ve devamı maddelerinde düzenlenen taşınır mal hükmündedir. TMK'nın 939/1. maddesi hükmüne göre, taşınır mallar ancak zilyetliğin alacaklıya devri suretiyle rehnedilir, teslim koşulu yerine getirilmedikçe rehin kurulmuş sayılmaz (...). Yarg. 8.HD 13.02.1007 E.2006/7967, K.2007/692 (LHD, Eylül 2007, S.57, s.2928).

²⁴⁷ ACAR, s.6.

²⁴⁸ AKİPEK, Tapuya Kayıtlı Olmayan Gayrimenkuller, s.43 vd..

²⁴⁹ Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkı bulunup bulunamayacağına ilişkin bkz. YAVUZ, Cevdet: "Tapusuz Gayrimenkullerin Devren Kazanılması", Ümit Yaşar DOĞANAY'ın Anısına Armağan, İstanbul 1982, s.389 vd..

²⁵⁰ ÖZAKMAN, s.49.

kayıtlı olmayan taşınmazların yararlanan veya yüklü taşınmaz sıfatıyla geçit hakkına konu oluşturmayaacağı sonucuna varılmıştır²⁵¹. Yargıtay, güncel kararlarında da aynı görüşü devam ettirmektedir. Buna göre, tapusuz bir taşınmazın zilyedi söz konusu taşınmaz lehine bir geçit hakkı kurmak istiyorsa öncelikle taşınmazı tapuya kaydettirmelidir. Üzerinde geçit hakkı kurulmak istenen taşınmaz tapuya kayıtlı değilse kayıt talebi onun zilyedi tarafından yapılabileceği gibi geçit yolundan yararlanacak taşınmazın maliki de hukuki yararı bulunduğu için geçit hakkıyla yüklenecek taşınmazın zilyedi adına tapuya kaydını talep edebilir²⁵².

b. Geçit Olarak Yararlanma Olgusunun Bir Ayni Hak Olarak Tahsisi İradesi

Geçit irtifakı kurma sözleşmesi borçlandırııcı karakter taşıdığından bu ilişkiden doğan hak ve yükümlülöklere ayni karakter kazandırma iradesinin sözleşmeye aktarılması gerekir²⁵³. Sözleşmede mülkiyetin ayni bir ilişki oluşturacak biçimde kısıtlandığı, bir irtifak hakkı ile yüklenmek istediğı sonucu açık olarak ortaya konmalıdır²⁵⁴. Böyle bir iradenin varlığı kesin olarak anlaşılamıyorsa, geçit olarak yararlanma olgusunun; bir ayni hak veya nisbi karakterli bir yararlanma hakkı olarak mı tesis edildiğı ya da muhatap bakımından bir hak doğurmayan ve her zaman geri alınabilir izin temeline mi dayandığının belirlenmesi sözleşmenin yorumundan elde

²⁵¹ (...)Tapuda kayıtlı olmayan gayrimenkul lehine ve yine tapuda kayıtlı bulunmayan gayrimenkul aleyhine geçit hakkına müteallik bir karar istihsal edilse bile bu hakkın Medenî Kanun'un 672 nci maddesi hükmü dairesince tapu siciline tescili mümkün değildir. Halbuki sözü geçen madde bu hakkın tapuya tescil edilmesi lüzumuna âmirdir. İşte bu madde hükmü dahi tapuda kayıtlı olmayan gayrimenkul zilyedinin yine de tapuda kayıtlı bulunmayan diğer bir gayrimenkul zilyed aleyhine lüzumlu geçit talebinde bulunmayacağını teyit etmektedir. Tariki âmme çıkmak için kâfi bir yolu bulunmayan zilyedin eğer o gayrimenkulü tescil ettirmek hakkını kazanmışsa evvelâ o gayrimenkulünü tapuya tescil ettirdikten ve geçit hakkına mevzu olacak komşu gayrimenkul de tapuda kayıtlı olmayıp o gayrimenkulün zilyedi lehine iktisap şartları tahakkuk etmişse lüzumlu geçit hakkını, haiz olan şahsın hukukî menfaati dolayısıyla sözü geçen bu gayrimenkulün zilyed adına tescilini talep ve temin ettikten sonra lüzumlu geçit isteme hakkını kullanması lâzımdır. Netice; Medeni Kanun'un 671 inci maddesinin tatbiki bakımından leh veya aleyhine lüzumlu geçit hakkının tanınması istenen gayrimenkullerin tapuda müseccel olması lâzım geldiğine 11 Şubat 1959 tarihinde ittifakla karar verilmiştir (...). Yarg. İBGK 11.02.1959 E.1958/14, K:1959/13 (Legalbank).

²⁵² Yarg. 14.HD 29.04.2008 E.2008/4521, K.2008/5545 (LHD, Ağustos 2008, S.68, s.2792).

²⁵³ Çoğu zaman, "irtifak" veya daha özel olarak "geçit irtifakı" ifadesine yer verilerek, ayni hak kurma iradesinin bu şekilde açıklandığı yönünde ESCHMANN, s.49.

²⁵⁴ LIVER, Art.732, s.202; BGE 95 II 614.

edilecek sonuca bağlıdır²⁵⁵. Bu nedenle tarafların kullanmış olduğu ifadelerin de her türlü karmaşadan uzak, anlaşılabilir olması önem taşır. Örneğin, sözleşmede sadece geçit yolu ifadesi kullanılmış ise bu hakkın niteliği üzerinde tarafların nasıl bir anlaşmaya vardığının yorumlanması gerekebilir. Buna karşılık, sadece geçit hakkı kavramının kullanılmış olması tartışmadan uzak olarak tarafların bir irtifak hakkı kurma yolunda anlaştığı şeklinde yorumlanmaktadır²⁵⁶. Uygulamada, irtifak sözleşmesinin her türlü karmaşadan uzak biçimde oluşturulması amacıyla, sözleşme hükümlerinin “aynı içerik” veya “aynı düzenlemeler” başlığı ile “nisbi içerikli düzenlemeler” başlığı altında bir ayrıma tabi tutulması gerektiği savunulur²⁵⁷.

Kanaatimizce “geçit hakkı” ifadesi bir ayni hak olarak geçit irtifakını tanımlar. Bununla birlikte her türlü karışıklığa son vermek amacıyla bu hususun sözleşmede belirtilmesinde yarar bulunur. Bu konuda en büyük karışıklık olasılığı zorunlu geçit ile iradi geçit arasında doğabilir. Zaruret haklarının sözleşmeye dayalı olarak kurulabilmesi olanağı karşısında sözleşmeye dayalı geçit hakkının türünün belirtilmesi önem taşır²⁵⁸.

c. Geçit Hakkının İçeriği, Kapsamı ve Kullanılış Biçimi

Yararlanan taşınmaz maliki lehine yüklü taşınmaz malikine yüklenecek katlanma yükümlülüğünün asgari kapsamı ve sınırları kanuni borç ilişkisi doğrultusunda belirlenir. Ancak, kanuni borç ilişkisini düzenleyen hükümler, kural olarak, emredici karakterli olmadığından sözleşme yoluyla kapsam ve içeriğin değiştirilmesi mümkündür. Ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların önüne geçmek amacıyla sözleşmede ayrıntılı hükümlere yer vermek tercih edilebilir²⁵⁹. Özellikle tescilin sade niteliği

²⁵⁵ ESCHMANN, s.49.

²⁵⁶ LIVER, Art.732, s.202.

²⁵⁷ STREIFF/PELEGRINI/von KAENEL, s.484 vd..

²⁵⁸ Ayni ilişki ile eşyaya bağlı borç ilişkisi arasındaki farkın belirtilmesi gerektiği yönünde LIVER, Art.732, s.203. Bu konunun irtifak sözleşmesini yazılı şekle bağlayan İsviçre hukuku bakımından geçerli olduğu, resmi şekil şartının arandığı Türk hukukunda resmi memur aracılığıyla belirsiz ifadeler aydınlatılacağı için böyle kaygılara gerek olmadığı yönünde ÖZSUNAY, s.147.

²⁵⁹ Doğabilecek uyuşmazlıkların önüne geçilmesi için içerik ve kapsama ilişkin ayrıntılı düzenlemeler getirilmesi yönünde HÜRLIMANN-KAUP, Grunddienstbarkeit, s.6 vd.; PFÄFFLI, s.59.

dikkate alındığında sözleşmeye yüklenen önem artar. Aynı haklar alanının karakteristik özelliği olan “açıklık ve kesinlik” sözleşmede yer alan açıklamalarla pekişir. Karmaşık veya eksik bir sözleşmenin açıklığa kavuşturulması veya tamamlanması tapu memurunun görevi olmadığından²⁶⁰ sözleşmenin eksiksiz hazırlanması tamamen tarafların tasarrufundadır. Tapu memuruna yüklenen meşruluk denetimi yapma görevi karmaşık veya eksik sözleşmeleri kapsamaz. Tescilin geçerli bir dayanağının olması tapu memurunun denetimi bakımından gerekli ve yeterlidir. Uyuşmazlıkların önlenmesi amacıyla taşınmazın hangi koşullar altında geçit yolu olarak kullanılmaya bırakılacağı veya bir verme ya da özellikle yapma borcu yan edim olarak irtifaka eklenecekse bu hususların sözleşmede yer alması gerekir²⁶¹. Her irtifak hakkı gibi geçit hakkının da malike yükleyeceği yükümlülük kaçınma veya katlanma tarzında olabileceği için geçit olarak kullanılan yolun bakımı ve onarımı gibi yapma niteliğindeki bir davranış biçimi ancak yan edim olarak geçit hakkına dahil edilebilir²⁶². Tüm bu unsurların belirtilmesiyle irtifakın somutlaştırılması veya ferdileştirilmesi sağlanır²⁶³. Geçit olarak kullanılacak yolun nitelikleri önemliyse, diğer bir söyleyişle en uygun geçit yolu taşınmazın sadece belirli bir bölümünden elde edilebiliyorsa kroki planlarının da bu kapsamda sözleşmeye eklenmesi aranabilir²⁶⁴. Kapsam ve içerik bakımından tarafların üzerinde uzlaşarak sözleşmeye dahil ettikleri hususlar üçüncü kişiler özellikle de sonraki malikler ve sınırlı aynı hak sahipleri bakımından bağlayıcı olduğundan bunların sözleşmeden açık biçimde anlaşılabilir olması önemlidir²⁶⁵.

²⁶⁰ **ESCHMANN**, s.50; **LIVER**, Art.732, s.200.

²⁶¹ Üst hakkına ilişkin olarak tüm esaslı unsurların, bu anlamda yapılacak yapının yüksekliğinin de irtifakı sınırlayan bir unsur olarak sözleşmede gösterilmesi gerektiği yönünde BGE 44 II 395.

²⁶² **STREIFF/PELLEGRINI/von KAENEL**, s.482; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-YUNGO (TUOR/SCHNYDER/SCHMID)**, s.945; BGE 93 II 295; BGE 86 II 252; BGE 114 II 314; BGE 123 III 337.

²⁶³ **LIVER**, Art.732, s.199; **ÖZSUNAY**, s.146.

²⁶⁴ **LIVER**, Art.732, s.199.

²⁶⁵ **LIVER**, Art.732, s.200. Sözleşmede yer alan boşluk ve çelişkiler yönünden bkz. BGE 87 I 313.

d. İvaz veya İvazın Belirlenme Biçimi

Geçit hakkının ivazsız olarak da kurulması mümkün olmakla birlikte çoğunlukla mülkiyetten doğan yetkilerin ivaz karşılığında kısıtlandığına tanık olunur. İvaz, sözleşmenin bir parçası olmadığı gibi sözleşmenin geçerliliği üzerinde de etkili değildir²⁶⁶. Sözleşmenin ivazlı olarak kurulduğu durumlarda ise ivazın sözleşmeye dahil edilmesi aranır²⁶⁷. İrtifak kurma borcunun ivaz karşılığında üstlenilmesi durumunda sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen bir nitelik kazanır. Böylece tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere özgü düzenlemeler irtifak sözleşmesine de uygulanır. Özellikle karşılıklı edimlerin ifa düzeniyle ilgili olarak BK m.81 (OR Art.82) ve karşılıklı edimleri güvence altına alan BK m.82 (OR Art.83) uygulama alanı bulur. Henüz ivazı ifa etmemiş veya usulüne uygun ifa teklifinde bulunmamış olan taraf geçit hakkının kurulması için maliki zorlayamayacağı gibi sözleşmenin kurulmasından sonra karşı tarafın aciz haline düşmesi nedeniyle alacağı tehlikeye düşen malik kanunda kendisine tanınan haklardan yararlanabilir.

5. Hukuki İşlemden Doğan Borcun İfası

a. Tescil

Tescil, taşınmaz üzerindeki aynı hakların tapu sicilinde taşınmaza ait sayfada gösterilmesi anlamında teknik bir ifade olarak tanımlanır²⁶⁸. Sözleşmeye dayanan bir irtifak hakkı olarak geçit hakkının doğumu taşınmazlar üzerinde sınırlı aynı hakların doğumuna ilişkin genel sürece bağlıdır. Bu süreç, hukuki sebebe dayanılarak gerçekleştirilecek tescille birlikte sona erer. Tescil, borçlandırıcı işleme dayalı irtifak kurma yükümlülüğünün ifası niteliğindedir. Böylece, hak sahibi geçit yolunu kullanma yetkisini aynı karakterli bir hak kapsamında elde eder. “Hukuki sebep üzerine yapılanmış tescil” ifadesi tüm aynı hakların doğumu bakımından geçerli olan iki temel kuralı ifade eder²⁶⁹. Bunlardan birincisi zorunlu tescil kuralıdır. Buna göre bir irtifak

²⁶⁶ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, s.267; ESCHMANN, s.50.

²⁶⁷ LIVER, Art.732, s.204; ÖZAKMAN, s.57.

²⁶⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.172;

²⁶⁹ LIVER, Art.731, s.149; AKİPEK/AKINTÜRK, s.651.

hakkının doğumu tapu siciline tescille sağlanır²⁷⁰. Diğerisi ise tescile dayanak oluşturacak borçlandırıcı işlemin varlığıdır. TMK m.780/f.1 (ZGB Art.731 Abs.1) bu kuralların yansımasıdır. Aynı düzenlemenin ikinci fıkrası ise irtifak hakkının kazanılmasında ve tescilinde TMK m.705 vd. (ZGB Art.656 vd.) yer alan düzenlemelere özellikle de sicil dışı kazanıma ilişkin düzenlemelere yollama yapar. Zorunlu tescil kuralı ve buna bağlı olarak tescile yüklenen kurucu işlev asıl olmakla birlikte tescilsiz kazanımların gerçekleşmesi de mümkündür. Bu istisnai durumlarda tescil açıklayıcı işlev üstlenir²⁷¹. Bu noktada, irtifak haklarının kazanılmasında ve tescilinde taşınmaz mülkiyetine yollama yapan TMK m.780/f.2 ve hemen sonrasında irtifak sözleşmesinin geçerliliğini resmi şekle bağlayan TMK m.781 birbiri ile uyum içinde yer alırken, bu düzenlemelerin karşılığını oluşturan ZGB Art.731 Abs.2 ve ZGB Art.732 bakımından bir uyumsuzluk olduğu belirtilir. Uyumsuzluğun sebebi ise taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmeler için resmi şekil şartının getirilmesi, buna karşılık irtifak sözleşmeleri bakımından yazılı şeklin yeterli görülmesidir²⁷². Kanaatimizce, söz konusu durum bir uyumsuzluk olarak nitelenemez. ZGB Art.731 Abs.2’de yer verilen atıf mülkiyetin bir aynı hak olarak tescilsiz de kazanılabileceğine ilişkin kurala yapılmış, böylece tescilsiz kazanım hallerinin irtifaklarda da uygulanabileceği belirtilmek istenmiştir. Söz konusu atıf bunun ötesinde bir anlam taşımaz. İsviçre hukuku bakımından şekle ilişkin bir uyumsuzluktan söz edilecekse, bu uyumsuzluk iddiası ZGB Art.731 Abs.2 üzerinden ileri sürülemez.

Benimsemiş olduğumuz görüş doğrultusunda zorunlu tescil kuralı sözleşmeye dayalı irtifak haklarında olduğu gibi kanundan doğan dolaylı kısıtlama

²⁷⁰ (...) Diğer yandan aynı Yasanın 1022.maddesi gereğince aynı haklar kütüğe tescil ile doğar ve bundan sonra üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir hale gelir (...). Yarg. 6.HD 17.11.2008 E.2008/10313, K.2008/12711 (LHD, Nisan 2009, S.76, s.1211); (...) Taşınmazlarda, intifa hakkı tapu kütüğüne tescil ile kurulur. (TMK m. 795/1(...)). Yarg. 2.HD 08.11.2007 E.2007/12164, K.2007/15412 (LHD, Nisan 2008, S.64, s.1317).

²⁷¹ Zamanaşımı örneği üzerinden tescilsiz kazanım hallerinin irtifak hakları bakımından uygulanabilirliği belirten TMK m.780/f.3’ün (ZGB Art.731 Abs.3) açık olmayan gereksiz bir düzenleme olarak nitelendirilmesi için bkz. **LIVER**, Art.731, s.149. (Her ne kadar atıf olarak gösterilen kaynakta “ZGB Art.730 Abs.3” ifadesine yer verilmiş olsa da söz konusu ifadenin yazım hatasından kaynaklandığı ve ZGB Art.731 Abs.3 olarak anlaşılacağı açıktır).

²⁷² Buna ilişkin eleştiriler ve açıklamalar için bkz. **LIVER**, Art.731, s.150; **ZÜRCHER**, s.19.

niteliğindeki tüm zaruret hakları bakımından da uygulama alanı bulur²⁷³. Böylece zorunlu geçit hakkı ile sözleşmeye dayalı geçit hakkı aynı hukuki süreç kapsamında kurulurlar. İlk durumda tescilin temelinde mahkeme kararı yer alırken ikincisinde ise mahkeme kararının yerini borçlandırııcı işlem niteliğindeki hukuki işlem (sözleşme) alır²⁷⁴. Zaruret haklarının da sözleşme yoluyla kurulabilme olasılığı dikkate alındığında, bu olasılıkta zorunlu geçit hakkı ile sözleşmeye dayalı geçit hakkı arasındaki kuruluşa ilişkin fark ortadan kalkar. Tescil gerçekleşmediği sürece geçit yolu olarak fiili kullanım ve bu kullanımı malikin onaylaması geçitten yararlanan taraf bakımından bir zaruret hakkının veya irtifak hakkının elde edilmesi sonucunu doğurmaz. Malik, her zaman mülkiyetin sağladığı koruyucu yetkilere başvurabilir²⁷⁵. Geçit yolu olarak kullanma hakkı, malik ile kurulan sözlü ya da yazılı bir anlaşma sonucu da elde edilmiş olabilir. Ancak, bu ilişkinin aynı etkiler kazanması ancak tapu siciline yapılacak tescille sağlanır. Diğer bir söyleyişle tescil yoksa aynı etkili içerikten de söz edilemez²⁷⁶.

Eşyaya bağlı irtifak biçiminde kurulan geçit hakkının tescili TMK m.1018'e (ZGB Art.968) tabidir. Buna göre, *“Taşınmaz lehine irtifakların tescil ve terkini hem yüklü hem de yararlanan taşınmazların sayfalarına kaydedilir”*. Söz konusu düzenleme ile çifte tescil kuralı getirilmiştir²⁷⁷. Böylece, bir yük olarak yüklü taşınmazın sayfasında yer alan kayıt aynı zamanda bir yetki olarak da yararlanan

²⁷³ Zorunlu mecra hakkına ilişkin kanun koyucu tarafından öngörülen farklı hukuki statü saklıdır.

²⁷⁴ Zorunlu geçit hakkının mahkeme yoluyla kurulduğu olasılıklarda yapılacak tescil açıklayıcıdır. Yenilik doğurucu nitelikli mahkeme kararıyla birlikte geçit hakkı da kurulmuş olur. **OGUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.471; **KIRCA**, s.70, dn.17. Zorunlu geçit hakkının doğumu bakımından kararın kesinleşmesinin yeterli olmadığı, hakkın doğumu bakımından tescilin kurucu nitelik taşıdığı yönünde **ÖZSUNAY**, s.150.

²⁷⁵ (...) Ancak, yol olarak kullanılan bölüm bakımından, davacının, davalı kullanımına muvafakat etmiş olmasının, bu yerdeki kayda dayalı mülkiyet hakkından vazgeçtiği anlamını taşımayacağı muhakkaktır. Anılan kullanım tarzının Türk Medeni Kanununun 747. maddesi anlamında bir geçit hakkına dönüştürülmediği ve sicile yansımadağı sürece davacının mülkiyetten kaynaklanan hakkını her zaman kullanma olanağına sahip olacağı kuşkusuzdur. Dava açılmakla davacının başlangıçta verdiği varsayılan muvafakati da geri aldığı kabul edilmelidir. Hal böyle olunca, el atmanın önlenmesi isteğinin kabulüne karar verilmesi gerekirken, yanlışlı değerlendirme ile yazılı olduğu üzere hüküm kurulmuş olması isabetsizdir (...). Yarg. 1.HD 05.05.2005 E.2005/5008, K.2005/5634 (LHD, Ağustos 2005, S.32, s.2931). Böylece, açıkça adlandırılmamakla birlikte “hak sağlayıcı niteliği olmayan ve her zaman geri alınabilir izin” kavramına yer verilmiştir.

²⁷⁶ **ZÜRCHER**, s.20.

²⁷⁷ **HÜRLIMANN-KAUP**, s.267; **ESCHMANN**, s.49; **ÖZSUNAY**, s.147; **SURLU/ÖZTÜRK**, s.61.

taşınmazın sayfasına işlenir (TST m.30/f.3-GBV Art.35 Abs.1). Eşyaya bağlı irtifaklarda irtifaka katlanma yükü “M” harfi ile irtifaktan yararlanma hakkı ise “H” harfi ile tanımlanarak ilgili taşınmazların sayfalarında gösterilir²⁷⁸. Kişisel irtifak niteliğindeki geçit hakkının kurulması ise yüklü taşınmazın sayfasına yapılacak tescille gerçekleşir. İrtifak yükü, mükellefiyet anlamına gelen “M” harfi ile gösterilir.

b. Talep

TMK m.1013’e (ZGB Art.963) göre,

“Tescil, tasarrufa konu olan taşınmaz malikinin yazılı beyanı üzerine yapılır.

Edinen kimse, kanun hükmüne, kesinleşmiş mahkeme kararına veya buna eşdeğer bir belgeye dayanıyorsa, bu beyana gerek yoktur.

Bir aynı hakkı tescilden önce kazanan kimse, gerekli belgeleri ibraz ederek tescili isteyebilir”.

Sözleşmeye dayanan geçit hakkının kurulması bakımından bu düzenlemenin özellikle birinci fıkrası önem taşır. Buna göre, tescil amacıyla tapu memuruna yöneltilecek beyan yüklü taşınmaz maliki veya tasarruf yetkisi sahibi kişi tarafından gerçekleştirilir (TST m.12-GBV Art.11). Yüklü taşınmazın paylı mülkiyete tabi olduğu durumlarda aynen elbirliği mülkiyetindeki gibi birlikte malik olanların hepsinin talepte bulunması aranır²⁷⁹. Talebin temsilci tarafından gerçekleştirilmesi olasılığında temsil yetkisi veren beyanın şekle tabi olup olmadığı tartışmalıdır. Borçlandırıci işlemin yapılması amacıyla verilen temsil yetkisinin tasarruf işleminin

²⁷⁸ İrtifak hakkının doğumu bakımından her iki taşınmazın sayfasına yapılacak tescilin mi esas alınacağı yoksa sadece yararlanan taşınmazın sayfasına yapılacak tescilin yeterli mi sayılacağı hususu tartışmalıdır. Hakim görüş, yüklü taşınmazın sayfasına yapılacak tescili kurucu, yararlanan taşınmazın sayfasına yapılacak tescili ise açıklayıcı nitelikte kabul eder. Bu yönde Bkz. **LIVER**, Art.731,s.151; **ESCHMANN**, s.49, dn.245; **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s.61, dn.5c; **ÖZAKMAN**, s.86; **GÜRZUMAR**, s.169; **SURLU/ÖZTÜRK**, s.62. Tescilin yararlanan taşınmaz sayfasına da yapılmasına ilişkin düzenlemenin bir geçerlilik koşulu öngörmediği sadece bir düzen kuralı olduğu yönünde **SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP**, s.267. Her iki taşınmazın sayfalarında yer alan kayıtlar arasında bir çatışma olduğunda ise dikkate alınması gereken yüklü taşınmazın sayfasıdır. Bkz. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.637; **AYAN**, s.30.

²⁷⁹ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.173.

yapılmasını da kapsadığı²⁸⁰ kabul edilirse, tartışma irtifak sözleşmesinin yapılması için verilen temsil yetkisi üzerinden yürütülebilir. Ancak, böyle bir kabul titizlikle yapılacak bir değerlendirmenin sonucu olabilir. Somut olayın koşulları çerçevesinde borçlandırıci işlem amacıyla verilen temsil yetkisinin tasarruf işleminin yapılmasını da kapsadığı sonucu açıkça desteklenmelidir. Bu sonuca ulaşılması durumunda, taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerin yapılması için verilen temsil yetkisinin şekline ilişkin tartışmadan hareket edilebilir. Söz konusu tartışma, uygulamada taşınmaz satımı amacıyla yapılan vekalet sözleşmelerinin şekle tabi olup olmadığı sorunu bakımından önem kazanır²⁸¹. Bizim de benimsediğimiz görüş vekaletin konusunu oluşturan iş görme, geçerlilik şekline bağlanmış bir işlemin yapılması olsa dahi vekalet sözleşmesinin şekle bağlı olmadan kurulabileceğini kabul eder²⁸². Buna göre taşınmaz satımı için yapılan vekalet sözleşmesi resmi şekil şartının dışında kalır. Aynı doğrultuda taşınmaz üzerinde irtifak kurulması amacıyla yapılan vekalet sözleşmesi de şekle tabi olmaz. Buna karşılık TST m.13/f.4'te istem vekaleten yapılmışsa vekilden Noterlik Kanununa göre düzenlenmiş ve istem konusu işleri yapmaya yetkili olduğunu içerir vekaletname isteneceği düzenlenmiştir. Noterlik K. m.89'da ise niteliği bakımından tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşme ve vekaletnamelerin düzenleme biçiminde yapılacağı hükme bağlanmıştır. Noterlik K. m.89'un sadece noterlere hitap eden bir düzen hükmü niteliği taşıdığı ve maddi hukuk bakımından etkili olmadığı göz önünde bulundurulduğunda söz konusu düzenlemenin vekalet sözleşmesinin şekli üzerinde etkisi olmadığı sonucuna ulaşılır²⁸³. Buna karşılık TST m.13/f.4 kapsamında hareket edecek olan tapu memuru sadece Noterlik Kanunu çerçevesinde hazırlanmış bir vekaletnameyi dikkate alacağından bunun dışında gerçekleşen vekalet sözleşmelerinin

²⁸⁰ AKİPEK/AKINTÜRK, s.475.

²⁸¹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.306.

²⁸² MEIER-HAYOZ, Art.657, N.52; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, (HAAB), Art.657, N.5; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.567; GÜMÜŞ, Özel Hükümler, C.II, s.268; AKİPEK/AKINTÜRK, s.465; AYBAY/HATEMİ, s.87, 177; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Genel, s.667. Aksi yönde OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.308; TEKİNAY/ AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.334.

²⁸³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.567; TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.2, Ankara 1987, s.364; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Genel, s.668; ERTAŞ, s.257; ÖZAKMAN, s.75.

tapuya ibrazı olanağının da mümkün olmadığı açıktır²⁸⁴. Buna karşılık, tapu memurunun, noter dışında yapılmış veya sadece noter tarafından onaylanmış bir vekalet sözleşmesine dayanılarak kendisine yöneltilmiş talebi kabul ederek, buna uygun işlem yapması durumunda, bu işlem geçerlidir. Böyle bir durumda tescilin yolsuz olduğu ileri sürülemez²⁸⁵.

aa. Talebin Hukuki Niteliği

Talebin hukuki niteliği bir başka tartışmalı konuyu oluşturur²⁸⁶. Hiç kimseye rızası dışında hak kazandırılmayacağı kuralından hareket eden bir görüş talebi tasarruf işlemi niteliğinde bir sözleşme olarak niteler²⁸⁷. Buna göre tescil talebini tek taraflı tasarruf işlemi olarak değerlendiren görüş TMK m.1013/f.1'nin yanıltıcı söylemini dikkate almaktadır. Bir işlemin sadece bir kişi tarafından imzalanması her zaman o işlemin tek taraflı olduğu yönünde yorumlanamaz. Nitekim alacağın temlik de sözleşme niteliğinde bir tasarruf işlemidir fakat sadece temlik edenin imzasının yeterli görüldüğü gerekçesiyle alacağın temlik tek taraflı tasarruf işlemi olarak nitelendirilemez. Tescil talebi bakımından da sonuç aynı yöndedir. Her ne kadar malikin yazılı beyanından söz edilse de diğer tarafın da bu işleme örtülü rızası vardır. Başka bir görüş ise tescil talebini usuli bir işlem olarak değerlendirir²⁸⁸. Bu doğrultuda, tasarruf işlemi ayrıca gerçekleşen bir işlem olarak görülmeyip, borçlandırıcı işlemin içinde değerlendirilir. Hakim görüş ise talebi çift yönlü niteliğe sahip tek taraflı tasarruf işlemi olarak kabul eder²⁸⁹. Talep, bir yönüyle İdare Hukuku alanında önem taşır ve tapu memurundan tescilin yapılmasını istemek anlamına gelir. Diğer yönüyle ise Medeni

²⁸⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.308; ÖZAKMAN, s.76. Böylece, dolaylı da olsa temsil olunanın resmi şeklin koruyucu etkisinden yararlandığı yönünde KOCAYUSUFPASAOĞLU, s.668.

²⁸⁵ AYBAY/HATEMİ, s.177.

²⁸⁶ İrtifak sözleşmesinin ifası anlamını taşıyan ve irtifak hakkının doğumunu sağlayan işlemin bir tasarruf işlemi olduğu tartışmasız kabul edilir. Bu yönde ÖZEN, Haksız Zilyetlik, s.10. “Tartışmalı konu” ifadesi ile kastedilen tasarruf işlemi ana başlığı altında yürütülen tartışmalardır.

²⁸⁷ AYBAY/HATEMİ, s.87.

²⁸⁸ TUHR v., Andreas: “İsviçre Hukukuna Göre Mülkiyetin Nakli”, Çev. AYİTER, Kudret, AÜHFD, 1948, C.5, S.1-4, s.160.

²⁸⁹ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s.61; ÖZAKMAN, s.84; SURLU/ÖZTÜRK, s.61; SİRMEN, Lale: Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992, s.104; OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006, s.210.

Hukuk alanında taşınmaza ilişkin aynı hak değişikliğine muvafakat beyanıdır. Kanaatimizce de tescil talebi öncelikli olarak bir tasarruf işlemidir. İdare Hukuku anlamında tapu memuruna yöneltilen bir beyan niteliği taşımasının ötesinde çalışma konumuz bakımından tescilin Medeni Hukuk açısından nitelendirilmesi önem taşır. Talebin bir tasarruf işlemi olduğunu belirledikten sonra bunun bir sözleşmeye mi dayandığı yoksa malikin tek taraflı işleminden mi doğduğu sorusu cevaplanmalıdır. Talebin sözleşme niteliğinde olduğu savunan görüşün temel dayanağı kimseye rızası dışında kazandırma yapılamayacağı kuralıdır. Buna göre, tescil talebini tarafların karşılıklı ve birbirine uygun rıza beyanlarından oluşur. Ancak, lehine hak kurulan tarafın rızası örtülüdür. Talebin, tek taraflı bir işlem olduğu kabul edilirse karşı taraf iradesi dışında gerçekleşen bir kazandırmayı kabule zorlanmış olur ki, böyle bir durumun da kabulü mümkün değildir.

Kanaatimizce, talebin tek taraflı tasarruf işlemi olarak nitelendirilmesi, hiç kimseye rızası dışında hak kazandırılmaz kuralına aykırılık oluşturmaz. Geçit hakkında olduğu gibi her irtifak hakkı, hak sahibi bakımından çeşitli yükümlülükleri de beraberinde getirir. Bu nedenle, lehine geçit hakkı (geniş anlamda irtifak hakkı) kurulacak kişinin bu yöndeki iradesini geçerli olarak açıklaması aranır²⁹⁰. Böyle bir rızaya sadece geçit hakkının tescil dışında kazanıldığı durumlarda ihtiyaç duyulmaz. Söz konusu durumlarda sicil dışında doğan irtifak hakkının sicile yansıtılması ve tapu sicili il ilgili kuralların öngördüğü şekli merasimlerin yapılması sadece açıklayıcı nitelik taşır²⁹¹. Kazandırıcı zaman aşımında olduğu gibi geçit hakkının kanun gereği kazanıldığı veya mahkeme kararıyla kurulduğu durumlarda ayrıca hakkın kazanılmasına yönelik bir irade beyanının varlığı aranmaz²⁹². Sözleşmeye dayanan geçit hakkının kurulması bakımından tescil talebi, kendisinden bir basamak önce gerçekleşen irtifak kurma sözleşmesi ile desteklenir. Bu sözleşmede her iki taraf da geçit hakkının kurulması yönünde karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmuştur. Tescil talebi, malikin sözleşmeden doğan borcunun ifasına yönelir ve böyle bir ifaya

²⁹⁰ ÖZEN, s.131.

²⁹¹ ÖZEN, s.132. Açıklayıcı tescilin sadece idari işlem niteliği bulunduğu yönünde SİRMEN, s.105, dn.18.

²⁹² ÖZEN, s.132.

alacaklının katılımı aranmaz²⁹³. Geçit hakkının kurulmasını isteme bakımından alacaklı olan taraf bu hakkı kazanma yönündeki iradesini borçlandırıcı işlem aşamasında ortaya koymuştur. Ayrıca, tasarruf işlemi aşamasında böyle bir iradenin açıklanmasına gerek duyulmaz.

Talepte bulunacak kişi sicilde malik olarak görünen kişidir. Bunun dışında gerçek hak sahibi olsa dahi hak sahibi olduğu sicilden anlaşılamayan kişilerin talepleri tapu memuru tarafından reddedilir. Taşınmazın sicil dışındaki maliki kendi adına tescili yaptırmadığı sürece irtifak kurulması amacıyla talepte bulunamaz²⁹⁴. Diğer bir bakış açısıyla bakıldığında ise gerçek hak sahibi olmamasına rağmen sicilde malik olarak görünen kişinin tescil talebinde bulunması mümkündür. Böyle bir olasılıkta, TMK m.1023'de (ZGB Art.973) belirtilen koşulların gerçekleşmesiyle birlikte karşı taraf geçit hakkının sahibi olur. Taşınmazların devrinde ve taşınmazlar üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasında huzur ve güvenin korunması ile toplum düzeninin sağlanması uğruna tapu kaydında ismi geçmeyen fakat asıl malik olan kişinin hakkı feda edilir²⁹⁵. İyiniyetin tam koruyucu etkisi sayesinde tasarruf yetkisizliği onarılarak, iyiniyetli tarafın irtifak hakkını kazanmasına izin verilir²⁹⁶.

bb. Talebinin Şarta Bağlanması

Tescil talebini şarta bağlanamaz işlemler arasında kabul eden görüşe²⁹⁷ göre taşınmazlar üzerindeki ayni hak durumunun açık ve kesin olarak anlaşılabilir kılınması zorunluluğu tescil talebinin şarta bağlanamaması sonucunu doğurur. Açıklık ve kesinlik ilkeleri ışığı altında şarta bağlı tescil kavramına mesafeli yaklaşılır²⁹⁸. Yürürlükten kalkan Tapu Sicili Nizamnamesinde, açık biçimde yer verilen tescilin

²⁹³ OĞUZMAN/ÖZ, s.210.

²⁹⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.173.

²⁹⁵ Yarg. 14.HD 05.12.2008 E.2008/13402, K.2008/15284 (LHD, Şubat 2009, S.74, s.563).

²⁹⁶ ÖZEN, s.139.

²⁹⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.175; TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s.331; SİRMEN, s.104; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.183, SEROZAN, s.212; GERMANN, s.150.

²⁹⁸ Karş. BGE 87 I 311.

hiçbir kayıt ve şarta bağlanamayacağına ilişkin düzenleme bu görüşün maddi hukuk alanında dayanağını oluşturmaktaydı. Bununla birlikte 07.06.1994 tarihinde yürürlüğe giren Tapu Sicili Tüzüğü ise talebin, tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlanamayacağına yer vermiştir (TST m.11/f.2)²⁹⁹. Düzenlemenin söylemi, tescili bozmayan veya onu hükümsüz kılmayan şartların tescil talebine bağlanabileceği sonucuna ulaşılmasına elverişli olmakla birlikte şartlı tescil talebinde bulunma yasağının genel olarak anlaşılması gerektiği kabul edildiğinden, talebin hiçbir kayıt ve şarta bağlanamayacağı yönündeki görüş varlığını devam ettirir³⁰⁰. Kendisine yöneltilen talebi kabul ya da reddetmekle görevli olan tapu memuru böyle bir talebi kabul ettiği anda bunu yevmiye defterine kaydeder. Aynı haklar tescille kurulmakla birlikte hüküm ve sonuçlarını geriye etkili olarak yevmiye defterine kaydedildikleri tarihte doğurmaya başlar. Bu durum, tescilin etkisinin ertelenemeyeceğini gösterir³⁰¹. Ayrıca, tapu siciline hakim olan ilkelerden özellikle aleniyet ve iyiniyetli güvenin korunması ilkeleri karşısında sicilde yer alan kayıtların mümkün olduğu kadar sağlam hukuki dayanaklara oturması gerekir. Bozucu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin üçüncü kişiler tarafından nasıl anlaşılacağı sorusunun meydana getireceği karmaşa dahi tek başına tescilin şarta kapatılmasının gerekçesini oluşturmaya yeterlidir. Ayrıca, hukuki kesinlik açısından konuya yaklaşıldığında, şarta bağlı tescil kavramının kabul edilemez olduğu bir kez daha ortaya çıkar³⁰². Doğumu veya devamı şarta bağlanmış aynı hakların varlığı tapu sicil sisteminin amacı ile çelişir. Taşınmazlar alanında böyle bir belirsizliğin yeri yoktur.

Tescilin şarta bağlanamayacağı sonucunu kabul eden görüşün diğer bir dayanağı olarak da BK m.214/f.1'i (OR Art.217 Abs.1) gösterilebilir. Tescil talebinin dayanağını oluşturan hukuki sebebin (örn. satım sözleşmesinin) geciktirici veya bozucu şarta bağlanması mümkün olmakla birlikte geciktirici şart gerçekleşmiş veya bozucu

²⁹⁹ GVB Art.12 Abs.1'e göre tescil talebi hiçbir kayıt ve şarta bağlanamaz. Tescilin şarta bağlanamayacağı kuralının TST m.11'e (GVB Art.12) dayandırılmayacağı, bu düzenlemenin sadece tapu memuruna yönelik olarak şarta bağlanmış tescil talebiyle işlem yapılamayacağını belirttiği, bunun ötesinde bir anlam taşımadığı yönünde **GERMANN**, s.147.

³⁰⁰ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.175, dn.562.

³⁰¹ **SİRMEN**, s.105.

³⁰² **GERMANN**, s.147.

şartın gerçekleşmesi olasılığı ortadan kalkmış olmadıkça satım sözleşmesine dayanılarak tescil talebinde bulunulamaz. Her ne kadar BK m.214/f.'in (OR Art.217 Abs.1) söylemi sadece geciktirici şartı kapsar biçimde olsa dahi tapu sicilinin açıklığı ilkesi gereğince bozucu şartın da aynı kapsamda değerlendirilmesi gerekir³⁰³. Tüm bu gerekçelerle tescil talebinin geciktirici veya bozucu şarta bağlanamayacağı savunulur³⁰⁴. Buna karşılık, tescilin şarta bağlanamayacağı görüşünün BK m.214'e (OR Art.217) dayalı olarak savunulması durumunda söz konusu düzenlemenin sadece taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin olduğu sınırlı aynı hakları kapsamadığı iddia edilebilir. Bu nedenle BK m.214 (OR Art.217) isabetli bir dayanak olarak görülmez.

Farklı bir görüş ise tescilin bozucu şarta bağlanabileceğini kabul eder³⁰⁵. Buna göre, irtifak haklarının bozucu şarta bağlanmasının kabulü pratik ihtiyaçlara cevap vermek adına önemli bir adımdır. Aleniyet başta olmak üzere tapu siciline hakim ilkelere sert biçimde sadık kalmak uğruna bu ihtiyaçların göz ardı edilmesi kabul edilmez. Kaldı ki, tescilin bozucu şarta bağlanması bu ilkeler ile çatışmaya neden olmaz. Bozucu şarta bağlı tescil, şartın gerçekleşmesine kadar kendisine bağlanan tüm sonuçları doğurur. Tapu sicilinin açıklığına ve tutarlılığına zarar vermez. Diğer durumlarda olduğu gibi şarta bağlanmış tescil talebi de tapu siciline yansır. Süreye bağlanmış irtifak haklarının tescili tartışmasız kabul edilirken bozucu şarta bağlı tescil bakımından olumsuz tavır alınması isabetli olmaz³⁰⁶. Tescille birlikte varlık kazanan aynı hak şartın gerçekleşmesiyle birlikte ortadan kalkar. Maddi olarak ortadan kalkan

³⁰³ GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMID, Jörg/REY, Heinz: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 2003, s.369; GUHL, Theo/KOLLER, Alfred/ SCHNYDER, Anton K./DRUEY, Jean Nicolas: Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 2000, s.55. Aynı yönde BGE 85 II 615.

³⁰⁴ Buna karşılık, BK m.242/f.2 (OR Art.247 Abs.2) hükmü kanuni dayanak alınarak bozucu şartlı bağışlamaya bağlı tescilin gerçekleşebileceği kabul edilir. Bu kabulün bir istisna oluşturacağı yönünde GUHL/ KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, s.56. Özellikle bkz. Yarg. 1.HD 28.12.1987 E.1987/9690, K.1987/13087 (YKD, 1989, s.189). Söz konusu kararın TST m.11/f.2 kapsamında değerlendirilmesi için bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.229.

³⁰⁵ ESCHMANN, s.127; LIVER, Art.730, s.89 ve orada belirtilen yazarlar. İsviçre öğretisinde yeni eğilimin bozucu şarta bağlanmış tescil talebini kabul edilebilir bulunduğu yönünde SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, s.274. Federal Mahkeme'nin eski uygulaması ve öğretinin bir bölümü tarafından eskiden savunulan görüş kapsamında bozucu şarta bağlanmış tescil talebinin reddedildiği yönünde RIEMER, s.59.

³⁰⁶ Bkz. ZOBL, s.160; LIVER, Art.730, s.87.

ayni hak sicildeki kayıt düzeltilinceye kadar şekli olarak varlığını devam ettirir. Böylece iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından tapu siciline güvene dayalı ayni hak kazanımı devreye girebilir. Ancak, bu olumsuz sonuç bozucu şarta bağlı tescil yanında sicildeki kayıtların gerçek durum ile örtüşmediği her olasılıkta karşılaşılabilecek nitelikte olduğundan tescilin bozucu şarta bağlanmasına engel oluşturmamalıdır. Bozucu şarta bağlı olma durumu tescilden veya tescile dayanak oluşturan belgelerden anlaşılabilirdiği ölçüde iyiniyet iddiasının önüne geçilmiş olacağından tahmin edilen tehlike sanıldığı kadar da büyük değildir. Ayrıca, bozucu şarta bağlı irtifak hakkı kavramı Medeni Kanuna yabancı bir kavram olarak anlaşılmamalıdır³⁰⁷. İntifa hakkının gerçek kişilerde ölümle, tüzel kişilerde kararlaştırılan sürenin dolmasıyla ya da tüzel kişiliğin ortadan kalkmasıyla sona ereceğini düzenleyen TMK m.797/f.1 (ZGB Art.749 Abs.1) ve oturma hakkı bakımından intifaya yollama yapan TMK m.823/f.3 (ZGB Art.776 Abs.3) bozucu şarta bağlı tescil bakımından örnek oluşturur. Kanun koyucu tarafında kabul edilen bir kurumun taraflarca kararlaştırılamayacağı savunulamaz. Bu nedenle, bozucu şarta bağlanmış tescile karşı duyulan önyargı yersizdir.

Bu görüş Alman ve Avusturya hukuklarında pek çok yazar tarafından benimsenirken Türk ve İsviçre hukuklarında pek taraftar bulamamıştır³⁰⁸. Aynı şekilde Federal Mahkeme de eski kararlarında şarta bağlı tescilin tapu sicilinin üstlenmiş olduğu işlev ile bağdaşmadığı görüşünü kabul etmiştir³⁰⁹. Buna karşılık, Solothurn Kantonu Yüksek Eyalet Mahkemesi bir kararında yeniden evlenme bozucu şartına bağlı oturma hakkına ilişkin tescil talebinin, bozucu şartın tescilden veya tescile dayanak oluşturan belgelerden anlaşılabilir olduğu doğrultuda, kabul edilebileceğine karar vermiştir³¹⁰. Federal Mahkeme'nin yeni kararlarında ise bozucu şarta yönelik kesin olumsuz tutumun ortadan kalktığı ve şartın gerçekleştiğinin yoruma gerek

³⁰⁷ Açıklamalar için bkz. **GERMANN**, s.150.

³⁰⁸ **LIVER**, Art.730, s.89 vd.. Tapu sicilinin açıklığı ilkesi kapsamında bozucu şarta bağlı tescile yine de temkinli yaklaşılması yönünde **RIEMER**, Hans Michael: “Die Verträge des ZGB, insbesondere jene des Sachenrechts, aus der Sicht des OR”, Festschrift für Heinz REY zum 60. Geburtstag”, Zürich 2003, s.90. Karş. **GUHL/ KOLLER/SCHNYDER/DRUEY**, s.56.

³⁰⁹ “Açıklık, kesinlik ve bütünlük” ilkleri bakımından bozucu şartın tapu sicilinin güvenilirliğine zarar vereceği yönünde BGE 87 I 311; BGE 106 II 329; BGE 52 II 40.

³¹⁰ Bu karar için bkz. ObG Solothurn 11.06.1963, (ZBGR 45, s.100 vd.).

bırakmayacak biçimde açık olarak anlaşılabilir kılınması durumunda tapu sicilindeki işlem güvenliğinin zarar görmeyeceği gerekçesiyle bozucu şarta bağlı tescilin kabul edildiği görülür³¹¹. Bununla birlikte söz konusu kararlar “oturma hakkına” ilişkin olduğundan Federal Mahkeme’nin, bozucu şarta bağlanmış tescilin geçerli olacağı yönündeki görüşü, tüm irtifak haklarına uygulanabilir biçimde kabul edip etmediği tartışmalıdır³¹². Bu görüşün sadece şahısla kaim irtifak niteliğine sahip intifa ve oturma hakları bakımından geçerli olduğu kabul edilirken³¹³, intikal ve devir kabiliyetine sahip kişiye bağlı irtifakları kapsar biçimde uygulamanın genişletilebilir olduğu da savunulmaktadır³¹⁴. Bununla birlikte Federal Mahkeme’nin son kararlarının bir dönüm noktası olarak görülmesinin isabetli olmadığını, söz konusu kararların irtifak haklarının tabi olduğu kanuni rejimin zorunlu bir sonucu olduğunu savunan farklı bir görüşe de rastlamak mümkündür³¹⁵. Bu doğrultuda, süresiz olarak kurulan tüm kişiye bağlı irtifakların ölüm nedeniyle sona erdiği hatırlandığında “ölüm” olgusunun bir bozucu şart olarak görülmesi mümkündür³¹⁶.

Konuya geciktirici şart açısından bakıldığında ise tescil talebinin bozucu şarta bağlanabileceğini savunan görüş dahi olumsuz bir tutum takınmaktadır. Bu göre, BK m.214/f.1’de (ZGB Art.217 Abs.1) yer verilen “*Bir gayrimenkulün şartla satımı halinde şart tahakkuk etmedikçe satım, tapu siciline kaydedilemez*” düzenlemesi irtifak sözleşmeleri bakımından da uygulandığında geciktirici şart gerçekleşmedikçe sicilde işlem yapılamayacağı sonucuna ulaşılması gerekir³¹⁷.

³¹¹ BGE 106 II 329; BGE 115 II 213. Her iki kararda da uygulaması fazla olan bozucu şarta bağlı oturma hakkının tescili sorunu tartışılmış ve sonuçta tescilin bozucu şarta bağlanması durumunun tapu sicilinden anlaşılabilirdiği gerekçesiyle açıklık ilkesine aykırılık oluşturmeyen tescil talebinin kabul edilebileceğine karar verilmiştir. Bkz. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, s.390; ZOBL, s.159, dn.905; RIEMER, s.59. Ayrıca bkz. ESCHMANN, s.127.

³¹² SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, s.274.

³¹³ GERMANN, s.150

³¹⁴ RIEMER, s.60.

³¹⁵ Buna yönelik açıklamalar için bkz. RIEMER, s.60.

³¹⁶ Karş. BGE 123 III 464. Böyle bir durumda ölüm olgusunun şart olarak kabulü güçtür. Şart ve vade bakımından bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.876; HUGUENIN, s.194 vd.; GUHL/KOLLER/ SCHNYDER/ DRUEY, s.54 vd..

³¹⁷ ZOBL, s.159; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, s.274; LIVER, Art.730, s.88; GAUCH/SCHLUEP/ SCHMID/REY, s.369; RIEMER, Festschrift, s.90; ESCHMANN, s.127. Zorunlu tescil ilkesi gereğince tescili gerçekleşen irtifak hakkının doğumu kabul edilirken, diğer taraftan şart henüz

Kanaatimizce, aynı haklar alanının kendine özgü amacı ve kuralları doğrultusunda “şarta bağlı tescil” kavramının kabulü oldukça güçtür³¹⁸. Aynı hak sahipliğinin şarta bağlanması ve üçüncü kişiler bakımından anlaşılabilir biçimde el değiştirmesi başta aleniyet ilkesi olmak üzere Eşya Hukukuna karakterini kazandıran ilkelere ters düşer³¹⁹. Tapu siciline iyiniyetli güvenin korunması kuralı sicildeki kayıtların sağlıklı, tutarlı ve düzenli tutulmasını zorunlu kılar. Sicil dışı aynı hak değişikliğinin üçüncü kişilerce nasıl anlaşılabilirliği sorusu sicilin açıklığı ve kesinliği üzerine karanlık bir örtü serilmesine sebep olur. Bu nedenle, şarta bağlı tescil kavramına mesafeli yaklaşılması gerekir.

Tüm bu tartışmalar ve yorumlar tasarruf işleminin şarta bağlanmasıyla ilgili olup borçlandırıcı işlem niteliğindeki irtifak sözleşmesinin şarta bağlı olarak kurulabileceği açıktır. Geçit hakkı kurma sözleşmesinin, ana yola bağlantı sağlayan bir yolun açılması bozucu şartına bağlı olarak kurulması mümkündür³²⁰. Ancak, irtifak sözleşmesinin şarta bağlı olarak kurulduğu durumlarda bozucu şartın gerçekleşme olasılığı ortadan kalkmadıkça veya geciktirici şart söz konusu ise şart gerçekleşmedikçe tescilin yapılması mümkün olmamalıdır³²¹.

gerçekleşmediği için hakkın doğmadığının kabul edilmesinin çelişki oluşturacağı yönünde **GERMANN**, s.147.

³¹⁸ Bu sonuç sadece taşınmazlar bakımından değil aynı zamanda taşınırılar üzerindeki aynı hakları konu alan tasarruf işlemleri bakımından da uygulanma alanına sahiptir. Kanunda açıkça öngörülen ve üçüncü kişilerin korunması amacıyla özel sicile tescil yoluyla aleni kılınan mülkiyeti saklı tutma anlaşması bir istisna olarak değerlendirilebilir (TMK m.715-ZGB Art.715). Bu yönde **GAUCH/ SCHLUEP/ SCHMID/ REY**, s.369; **GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY**, s.56.

³¹⁹ **GERMANN**, s.147.

³²⁰ **ESCHMANN**, s.127.

³²¹ **GERMANN**, s.146, 151.

II. GEÇİT HAKKININ İÇERİĞİ

A. Genel Olarak

Her irtifak hakkının içeriğinin belirlenmesinde olduğu gibi geçit irtifakının da içeriği tarafların iradeleri doğrultusunda belirlenir (BK m.19-OR Art.19)³²². Bu aşamada, aynı haklar alanına karakterini kazandıran sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkeleri taraf iradelerinin şekillenmesinde temel işlev üstlenirler. Söz konusu ilkeler başta olmak üzere Eşya Hukukuna hakim olan ilkelerin belirlemiş olduğu çerçeve içinde geçit hakkının içeriği tarafların iradelerine göre oluşur³²³. İntifa veya oturma hakkına kıyasla düzensiz kişisel irtifakların temelini oluşturan irtifak sözleşmesinin daha geniş bir serbesti içinde hazırlanacağı açıktır. TMK m.838’de (ZGB Art.781) “Diğer irtifak hakları” kenar başlığı altında düzenlenen geçit hakkı da bu geniş serbestiden en fazla yararlanan irtifaklar arasında yer alır. Geçit hakkının içeriğinin belirlenmesi bakımından tek emredici karakterli düzenleme TMK m.779’da (ZGB Art.730) yer alır. Buna göre,

“Taşınmaz lehine irtifak hakkı, bir taşınmaz üzerinde diğer bir taşınmaz lehine konulmuş bir yük olup, yüklü taşınmazın malikini mülkiyet hakkının sağladığı bazı yetkileri kullanmaktan kaçınmaya veya yararlanan taşınmazın malikini yüklü taşınmazı belirli şekilde kullanmasına katlanmaya mecbur kılar.

Yapma borçları, irtifaka bağlı başına konu olamaz; ona ancak yan edim olarak bağlanabilir”.

İrtifak haklarını konu bakımından ele alan bu düzenleme, TMK m.786 vd. (ZGB Art.737 vd.) öngörülen diğer düzenlemelerle birlikte irtifak haklarını karakterize eden bir sistem oluşturur³²⁴. Hükmün birinci fıkrası gereğince, yüklü taşınmaz maliki, yararlanan taşınmaz maliki lehine, mülkiyetin sağladığı yetkileri kullanmaktan kaçınma veya bu yetkilerin geçit hakkı sahibi tarafından kullanılmasına katlanma yükümlülüğü altına girer. Buna göre, yüklü taşınmaz malikinin durumu daima pasiftir. Diğer bir söyleyişle, yüklü taşınmaz malikinin bakış açısıyla, bir olumsuz edim

³²² SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, s.270; KOLLER, Entwicklungen 2006, s.35; BGE 132 III 651.

³²³ BGE 116 II 281; BGE 108 II 39.

³²⁴ ZÜRCHER, s.22.

yükümlülüğünden başka bir şey görülmez³²⁵. İkinci fıkra ise “servitus in faciendo consistere nequit” ilkesinin bir uzantısı olarak karşımıza çıkar³²⁶. Bir olumlu edim irtifak hakkının asli içeriğinde yer bulamayacağını ifade eden bu ilke ikinci fıkraya aynen aktarılmıştır. Katlanma ya da kaçınma edimlerinden oluşturulan asli içeriğin yanında yan edim niteliğinde bir olumlu edime yer verilmesi özellikle geçit hakkı bakımından tercih edilen bir durumdur³²⁷. Böylece, geçit yolunun aydınlatılması, bakımı, temizliği ya da güvenliliğinin sağlanması gibi pek çok olumlu edim yan edim niteliği ile irtifakın içeriğine dahil edilir³²⁸. Dikkat edilmesi gereken nokta yan edim niteliğinin objektif ölçütlere göre belirlenmesidir. Geçit hakkının kullanılmasına hizmet eden, asli edimlerin yerine getirilmesini kolaylaştıran veya onları güvenlik altına alan ve irtifakın asli içeriğine kıyasla daha ağır bir yük getirmeyen edimlerin yan edim olarak nitelenmesi mümkündür³²⁹. Bir olumlu edimin sınırlı aynı hakkın asli içeriğinde yer bulması durumunda artık bir irtifak hakkından söz edilmesi mümkün olmamakla birlikte taşınmaz yükü söz konusu olabilir ya da aynı hak meydana getirme iradesi dışında taraflar nisbi karakterli bir borç ilişkisi üzerinde anlaşmış olabilirler³³⁰. Bu sonuç, taraf iradelerinin yorumuna bağlıdır.

B. Yan Edim Olarak Yapma Yükümlülüğü

İrtifakın konusunu düzenleyen TMK m.779/f.1 (ZGB Art.730 Abs.1) sadece olumsuz edimlerin irtifakın asli konusunu oluşturabileceğini, yüklü taşınmaz malikinin kaçınma veya katlanma dışında bir edimle sorumlu tutulamayacağını düzenler. Olumlu edimlerin irtifakın konusunu oluşturamayacağı yönündeki kural, aynı düzenlemenin ikinci fıkrası ile yumuşatılır. Bu doğrultuda, yan edim niteliğinde olma koşuluyla olumlu edimlerin de irtifaka konu oluşturabileceği kabul edilir. TMK m.779 (ZGB Art.730) bir bütün olarak yorumlandığında, hiçbir zaman asli edim statüsüne

³²⁵ GERMANN, s.43.

³²⁶ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, s.271; SCHATZMANN, Alfred Hans: Eintragungsfähigkeit der dingliche Rechte und Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters, Diss. Bern 1939 (Naklen: GERMANN, s.45, dn.36).

³²⁷ STREIFF/PELLEGRINI/von KAENEL, s.482.

³²⁸ LIVER, Art.730, s.138; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, s.272.

³²⁹ BGE 122 III 10; BGE 106 II 315.

³³⁰ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, s.272.

taşınmamak koşuluyla, yapma veya verme tarzındaki olumlu edimlerin de irtifakın konusunu oluşturabileceği sonucuna ulaşılır. Aynı etkili asli içeriğin her zaman olumsuz edimden oluşması koşulu, olumlu edimin irtifakın içeriğine dahil edilmesi bakımından “olmazsa olmaz” niteliktedir³³¹. Diğer bir söyleyişle, Eşya hukukuna egemen olan sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkeleri karşısında asli içeriği olumlu edimden oluşan bir irtifak hakkı kurulamaz.

1. Yan Edim Yükümlülüğünün “Yan” Niteliği

Yan edim yükümleri, asli edime kıyasla ikinci derecede bağımsız amaç ve nitelik taşıyan edimler olarak tanımlanırlar³³². Geçit irtifakının yüklü taşınmaz maliki bakımından getirdiği asli yükümlülük, bir katlanma yükümlülüğü niteliğindedir. İrtifaka yan edim yükümü olarak eklenen olumlu edimler ise katlanma yükümlülüğü ile ilgili olmayıp, geçit hakkı sahibinin diğer menfaatlerine hizmet eder. Diğer bir söyleyişle, yan edim yükümü, katlanma yükümlülüğünden bağımsız ancak ona kıyasla ikinci derecede niteliğe sahiptir. “Bağımsız olma”, asli içeriği oluşturan katlanma yükümlülüğünden bağımsızlığı ifade eder. Bunun bir adım ötesinde, irtifakın amacından bağımsızlık olarak anlaşılamaz. İrtifakın amacıyla bağlantılı olmayan bir olumlu edimin yan edim olarak içeriğe dahil edilmesi mümkün değildir³³³. Yan edim yükümü, genel olarak irtifaktan elde edilmek istenen menfaati kolaylaştıran veya onu güvence altına alan bir niteliğe sahip olabilir. Böylece, geçit hakkının mümkün olduğu kadar amaca uygun şekilde kullanılması sağlanmış olur.

Bu anlamda, geçit hakkının kullanılması için gerekli olan tesislerin yapım borcu da bir yan edim yükümlülüğü olarak, TMK m.779/f.2 (ZGB Art.730 Abs.2) kapsamında, irtifakın içeriğine dahil edilebilir. İleride değinileceği üzere irtifakın kullanılmasına hizmet eden tesislerin bakımı yararlanan taşınmaz malikine aittir (TMK m.790/f.1-ZGB Art.741 Abs.1). Kanunda sadece bakım yükümlülüğü düzenlenmiş, tesislerin kimin tarafından kurulacağı sorusu ise cevapsız bırakılmıştır. Benimsediğimiz

³³¹ **LIVER**, Art.730, s.118; **GERMANN**, s.45; BGE 108 II 39; BGE 106 II 315.

³³² **LIVER**, art.730, s.134 vd.; **GERMANN**, s.46; **EREN**, Borçlar Genel, s.33.

³³³ **GERMANN**, s.46.

görüş doğrultusunda sadece bakım faaliyeti değil aynı zamanda tesislerin kuruluş faaliyetleri de geçit hakkı sahibince gerçekleştirilir. Ancak, taraflar irtifak sözleşmesinde, yan edim niteliğinde olmak koşuluyla, tesisleri kurma borcunun yüklü taşınmaz malikine ait olduğunu kararlaştırabilirler. Geçit yolunun veya istinat duvarının inşa edilmesi ya da aydınlatma tesisatının kurulması gibi faaliyetler geçit hakkının kullanılmasını kolaylaştıran veya onu güvence altına alan yan edim yükümlerinin tipik örneğini oluştururlar. Bunların kurulması borcu kural olarak geçit hakkı sahibine aittir. TMK m.779/f.2 (ZGB Art.730 Abs.2) hükmü, söz konusu olumlu edim yükümlerinin, irtifak kapsamında, yüklü taşınmaz malikine yüklenebilmesini sağlar³³⁴. Aynı durum, konuya ilişkin en tipik örneği oluşturan geçit yolunun temizliği ve bakımı açısından da geçerlidir. Geçit irtifakının asli içeriğini oluşturan “katlanma” yükümlülüğünden bağımsız olan bu yükümlülükler yan edim yükümlülüğü sınırını aşmamak koşuluyla geçit irtifakının aynı etkili içeriğine dahil edilebilirler³³⁵. Asli edim yükümlüne kıyasla sahip oldukları bağımsızlık niteliği doğrultusunda katlanma yükümlülüğünden ayrı olarak ifa talebine konu oluşturabilirler³³⁶.

2. “Yan” Niteliğin Aşılmasının Sonuçları

İrtifak hakkının zorunlu kanuni doğası bir olumlu edimin irtifakın asli içeriğine dahil edilmesini reddeder³³⁷. Kanunun çizdiği sınırları aşarak, olumlu edimi, asli yükümlülük olarak tasarlayan bir irtifak sözleşmesi TMK m.779’a (ZGB Art.730) aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzdür. Asli edim yükümlülüğü ile yan edim yükümlülüğü arasındaki ayırt edici ölçüt irtifakın amacı doğrultusunda her somut olayda ayrı bir değerlendirmeyi gerekli kılar. Bununla birlikte özellikle, yükümlülüğün saf ekonomik düşüncelerle tasarlandığı durumlarda yan niteliğin aşıldığı, başlı başına ekonomik amaca hizmet eden yükümlülüğün asli niteliğe büründüğü kabul edilir³³⁸.

³³⁴ LIVER, Art.741, N.9, 66; GERMANN, s.47; BGE 124 III 289.

³³⁵ ESCHMANN, s.104; WALTER, Peter Hans: “Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Einleitungstitel des ZGB in Jahren 2000 bis 2006”, ZBJV 2007, s.741.

³³⁶ GERMANN, s.46; EREN, Borçlar Genel, s.

³³⁷ BGer 03.05.2004 5C.189 (GERMANN, s.47, dn.44).

³³⁸ BGE 122 III 10.

Böyle durumların, TMK m.779/f.2 (ZGB Art.730 Abs.2) kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmaz.

Kanaatimizce, olumlu edimler bakımından yan edim yükümlülüğü sınırını aşan sözleşmelerin hükümsüzlüğü hukuki imkansızlığa dayanır. Asli içeriğini bir olumlu edimin oluşturduğu irtifak hakkı kavramı “hukuki şartlanmaya” aykırıdır. Diğer bir söyleyişle, hukuk düzeni, böyle bir irtifak hakkı düşüncesine dahi tahammül etmez. İrtifak hakları alanını düzenleyen kurallar ve genel hukuk mantığı karşısında asli içeriğini olumlu edimin oluşturduğu irtifak hakkı kavramından söz edilemez. Bu aşamada iradenin mümkün olduğu kadar ayakta tutulması kuralına bağlı kalınarak, böyle bir sözleşmenin ayakta tutulup tutulamayacağı tartışılabilir. Bir olumlu edimin irtifakın asli içeriğine dahil edilmesi iradesi açık olarak ortaya konduğuna göre gerçek iradenin yorumlanmasından hareket edilerek sözleşmenin ayakta tutulması yolu kesin olarak kapalıdır. Bu doğrultuda, açık olan tek yol tahvildir. Varsayıli iradenin araştırılması yoluna gidilerek tahvil yoluyla en yakın hukuki sonucun doğumu sağlanabilir. Ancak, bu yola başvurulması aynı etkili sonuçlardan vazgeçilmesini zorunlu kılar. Varsayıli irade kapsamında, tarafların bir aynı hak meydana getirme hususunda uzlaştıkları düşüncesi aşılamazsa, diğer bir söyleyişle, geçit yolundan yararlanma olgusunun nisbi karakterli bir ilişkiye konu yapılamayacağı kanaatine ulaşırsa, kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulanır.

C. İçeriğin Belirlenmesi

İrtifakın kurulması ile birlikte taraflar arasında kurulan ilişki çift yönlü nitelik taşır. Bir tarafta irtifak sözleşmesine dayalı ilişki, diğer tarafta ise kanundan doğan ilişki karşılıklı hak ve yükümlülüklerin kaynağını oluştururlar. İrtifakın içeriği belirlenirken iki ilişki de dikkate alınır. İçeriğin belirlenmesi, soyut tartışmalara konu olan ve cevaplanması güç sorular barındıran bir konu olmakla birlikte kanunda yer alan iki düzenleme konuya ilişkin tartışmaların somut kaynaklar üzerinden yürütülmesini sağlar. Bu düzenlemelerden, TMK m.787 (ZGB Art. 738), irtifakın içeriğinin belirlenmesinde temel hareket noktasını oluşturur³³⁹. Hak sahibinin yetkileri ile bunun

³³⁹ ESCHMANN, Beat: Auslegung und Ergänzung von Dienstbarkeiten, Zürich-Basel-Genf, 2005, s.5.

karşısında yüklü taşınmaz malikinin katlanma ya da kaçınma yükümlülüğüne bu yolla ayrıntılı somut varlık kazandırılır³⁴⁰. Söz konusu düzenlemeye göre,

“İrtifaktan doğan yetki ve yükümlükleri açıkça belirlediği ölçüde tescil, irtifakın kapsamını belirlemede esas oluşturur.

Tescilden açıkça anlaşılamadığı hallerde kapsam, tescilin sınırları içinde, irtifak hakkının kazanılma sebebine veya uzun süreden beri davasız ve iyiniyetle kullanılış biçimine göre belirlenir”.

Öncelikle tescile, daha sonra kazanılma sebebine (çalışma konumuz bakımında irtifak sözleşmesine) ve nitelikli kullanılış biçimine yollama yapan temel düzenleme gereğince geçit irtifakının içeriği belirlenirken ilk olarak tescile başvurulur³⁴¹. İkinci fıkrada yer verilen kazanılma sebebine ve kullanılış biçimine ise tescile göre belirlenen içeriğin açıklanması veya tamamlanmasında yardımcı unsur olarak başvurulabilir³⁴². Ancak şu kaygıyı da ifade etmek gerekir ki, irtifakın içeriğinin belirlenmesinde başvurulacak temel düzenlemenin söylemi oldukça sade olmasına karşılık uygulamada bu sade söylemin arkasına gizlenmiş çeşitli sorularla karşılaşılması mümkündür. Aşağıda bu sorulara cevap bulmak amacıyla TMK m.787’nin (ZGB Art.738) hem diğer düzenlemeler ile bağlantısı hem de iki fıkradan oluşan bu düzenlemede belirtilen kaynaklar arasındaki ilişki araştırılacaktır. Özellikle, TMK m.787/f.2’nin (ZGB Art.738 Abs.2)’nin karşıt anlamından hareket edilerek, “tescilin açık olduğu durumlarda irtifakın içeriğinin belirlenmesi için sözleşmeye ya da kullanılış

³⁴⁰ RIEMER, s.68.

³⁴¹ (...) İrtifaktan kaynaklanan hakların ve borçların belirlenmesinde temel kaynak tescildir (ZGB Art.738 Abs.1). Tescilin tamamlayıcısı olarak kazanılma sebebi ve eğer gerekirse irtifakın uzun süreden beri davasız ve iyiniyetli kullanım biçimi de esas alınır. Federal mahkemenin yerleşik uygulaması doğrultusunda son olarak irtifakın anlam ve amacı ile yararlanan taşınmazın ihtiyaçları da değerlendirilmede göz önünde bulundurulur (...). BGE 117 II 536.

³⁴² ESCHMANN, s.6; STREIFF/PELLEGRINI/von KAENEL, s.482; PFÄFFLI s.58; RIEMER, s.68; BGE 130 III 557; BGE 107 II 332. Geçit hakkının içeriğini belirlenmede başvurulacak TMK m.787’nin (ZGB Art.738) hiyerarşik bir sıralama öngördüğü yönünde HÜRLIMANN-KAUP, Grunddienstbarkeit, s.6; BGer 19.05.2006 5C_307/2005 (KOLLER, Entwicklungen 2006, s.38); KÖPRÜLÜ/KANETİ, s.75. (...) İrtifak hakkının içeriği, ZGB Art.738’de hiyerarşik olarak sıralanan unsurlara göre belirlenir. İrtifaktan doğan haklar ve borçlar tescilden açıkça anlaşıldığı kapsamda asıl belirleyici olarak tescil ilk sırada yer alır. Eğer tescil açık değilse onun yerine kazanılma sebebi ve uzun süreli davasız ve iyiniyetli kullanılış biçimi alır (...). BGer 26.01.2010 5A_ 617/2009 (HÜRLIMANN-KAUP, Bettina/SCHMID, Jörg/SCHUMACHER, Rainer/STEINAUER, Paul-Henri, “Sachenrecht-Auslegung von Dienstbarkeiten-Art 738”, BR, 2010, s.75. Aynı yönde BGE 128 III 169; BGE 132 III 651; BGE 131 III 345.

biçimine başvurulamaz” yargısının isabetli olup olmadığı hakkında bir sonuca ulaşılmaya çalışılacaktır. Konuya ilişkin genel eğilim irtifakın içeriğinin belirlenmesinde irtifakın sağladığı yetkilerin ve yüklediği borçların açıkça anlaşılması koşuluyla tescili asli belirleyici unsur olarak kabul eder. Bu görüş, tescilin açık olduğu durumlarda diğer kaynaklara başvurmayı gerekli görmez. Yeterli açıklık sağlanamadığı durumlarda, tescilin sınırları içinde sırasıyla irtifak sözleşmesine ve kullanılış biçimine gönderme yapar³⁴³. Bu doğrultuda, irtifak hakları, belirli ve belirli olmayan irtifaklar olarak iki alt sınıfa ayrılırlar³⁴⁴. Belirli irtifaklarda, içeriğin başta tescil olmak üzere irtifak sözleşmesi ve diğer bağlantılı unsurlar yoluyla anlaşılması mümkündür. Bununla birlikte çoğu zaman, tapu sicilinin doldurulması kaygısıyla, irtifaka ilişkin yeterli bilgiye yer verilmediği de gerçektir³⁴⁵. Belirsiz irtifakların söz konusu olduğu bu gibi durumlarda irtifakın içeriği yararlanan taşınmazın veya hak sahibinin ihtiyaçlarına göre belirlenir³⁴⁶. Belirsiz irtifakların içeriğinin belirlenmesine ilişkin bu kural aynı zamanda diğer düzensiz kişisel irtifaklar bakımından bir kanun hükmü olarak karşımıza çıkar. TMK m.838/f.2 (ZGB Art.781 Abs.2) gereğince diğer düzensiz kişisel irtifakların içeriği hak sahibinin olağan ihtiyaçlarına göre belirlenir³⁴⁷. Söz konusu düzenleme, eşyaya bağlı irtifaklar bakımından yararlanan taşınmazın olağan ihtiyaçlarını ifade eder³⁴⁸.

³⁴³ HÜRLIMANN-KAUP, Grunddienstbarkeit, s.6; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, s.275; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-YUNGO (TUOR/SCHNYDER/SCHMID), s.947; OĞUZMAN/SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s.647; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s.75; BGE 128 III 169; BGE 132 III 651; 123 III 461; BGer 18.06.2002 5C.82/2002 (REY, Heinz: “Die Privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts Veröffentlicht im Jahr 2003/Sachenrecht”, ZBJV 2005, s.281)

³⁴⁴ RIEMER, s.66; LIVER, Art.737, s.372; SAYMEN/ELBİR, s.452.

³⁴⁵ GVB Art.35 gereğince tapu sicilinde ayrıntıya yer verilmeksizin kısaltmalar ve anahtar ifadelerin kullanılmasının zorunlu olduğu yönünde BGE 109 II 414; BGE 107 II 332.

³⁴⁶ Geçit irtifakının çoğu zaman belirsiz irtifak biçiminde kurulduğu, bu nedenle irtifakın içeriğinin belirlenmesinde yararlanan taşınmazın veya hak sahibinin ihtiyaçlarına göre hareket edildiği yönünde RIEMER, s.67

³⁴⁷ TMK m.838/f.2’de kullanılan “kapsam” ifadesinin, ZGB Art.781 Abs.2’de olduğu gibi “içerik” olarak anlaşılması gerekir.

³⁴⁸ LIVER, Art.737, s.373.

1. Temel Düzenlemenin Diğer Düzenlemeler ile İlişkisi

a. TMK m.1021 ve TMK m.1022/f.3 ile İlişkisi

Tescilin olumsuz hükmü olarak adlandırılan TMK m.1021 (ZGB Art.971) gereğince kurulması kanunen tescile bağlanan aynı haklar, tescil gerçekleşmediği sürece varlık kazanamazlar. TMK m.1022/f.3’de (ZGB Art.971 Abs.2) ise bir hakkın içeriğinin, tescilin sınırları içinde, dayandığı belgelere göre veya herhangi bir yolla belirleneceği düzenlenmiştir. İsviçre hukukunda, TMK m.1021’i karşılayan ZGB Art.971 iki fıkra halinde düzenlenmiş, TMK m.1022/f.3’e ise, ZGB Art.971 Abs.2’de yer verilmiştir. İlk bakış açısıyla dahi TMK m.787/f.2 (ZGB Art.738 Abs.2) ile TMK m.1022/f.3 (ZGB Art.971 Abs.2) arasındaki benzerliğin görülmesi mümkündür³⁴⁹. Bu benzerliğin nedeni, TMK m.787/f.2’nin (ZGB Art.738 Abs.2), TMK m.1022/f.3’ün (ZGB Art.971 Abs.2) özel bir görünümü oluşturduğu görüşüyle açıklanır³⁵⁰. Kanun koyucu aynı hakkın içeriğinin belirlenmesinde tescile öncelik tanımış, bunun yanında tescilin önceki basamağını oluşturan belgelere ve diğer kaynaklara da başvurulabilmesini mümkün kılmıştır. TMK m.787 (ZGB Art.738) ise bu genel kuralın özel uygulamasını düzenler. Söz konusu hükümlerden hareket edilerek irtifakın içeriğinin belirlenmesinde “açık tescilin” öncelikli başvuru kaynağı olarak ele alındığı rahatlıkla savunulabilir³⁵¹. TMK m.1022/f.3’de (ZGB Art.971 Abs.2) yer verilen “herhangi bir yol” ifadesi söz konusu düzenlemenin genelliğini vurgular. Bu nedenle TMK m.787’de (ZGB Art.738) söz edilen “tescil, kazanılma sebebi ve nitelikli kullanılış biçimi” irtifakın içeriğinin belirlenmesinde örnek oluşturur. Bunlar dışında başka yollarda da içeriğin belirlenmesi mümkündür. Ancak, tüm bu olasılıklarda “açık tescil” öncelikli başvurulması gereken kaynaktır³⁵². İrtifakın içeriğinin belirlenmesinde tescile öncelik tanıyan kural diğer unsurların özellikle de irtifak sözleşmesinin göz ardı edileceği anlamına gelmeyecek biçimde uygulanır³⁵³. TMK m.997/f.2 (ZGB Art.942

³⁴⁹ **ESCHMANN**, s.10.

³⁵⁰ Özellikle bkz. **ESCHMANN**, s.10, dn.42’de belirtilen yazarlar ve Federal Mahkeme kararları.

³⁵¹ **ESCHMANN**, s.10; **RIEMER**, s.68; BGE 123 III 464.

³⁵² İçeriğin belirlenmesine yönelik TMK m.787’de (ZGB Art.738) öngörülen düzenlemenin mükemmel bir özet olduğu ve tescil ile diğer unsurlar arasında uyumlu bir sıra düzeni getirildiği yönünde **STREIFF/ PELLEGRINI/ von KAENEL**, s.482.

³⁵³ **RIEMER**, s.68; BGer 29.09.1983 (ZBGR, 1985/66, s.174).

Abs.2) gereğince tapu sicilinin tamamlayıcı unsurları arasında yer alan ve TMK m.1002/f.2 (ZGB Art.948 Abs.2) kapsamında özenle sıraya konularak saklanması gereken irtifak sözleşmesi ve diğer belgeler tescilin çizdiği sınırlar kapsamında içeriğin belirlenmesinde yol gösterici olur. Bunlardan bir sonuç elde edilemezse uzun süreden beri davasız ve iyiniyetle kullanılış biçimine göre karar verilir³⁵⁴. Söz konusu son unsur daha çok olumlu irtifaklar bakımından sonuç sağlayıcı olmakla birlikte olumsuz irtifaklarda da uygulanır. Ancak çoğu zaman olumsuz irtifakların içeriğinin davasız ve iyiniyetli uzun süreli kullanılış biçimine göre belirlemek mümkün olmaz³⁵⁵.

b. Aleniyet ve Güvenin Korunması İlkeleri ile İlişkisi

Tapu siciline hakim olan ilkelere aleniyet ilkesi gereğince taşınmaz üzerindeki aynı hakların üçüncü kişilerce anlaşılabilir olması gerekir. Taşınmaz üzerindeki aynı hakların aleni kılınması bakımından zilyetliğe yüklenen işlev taşınmazlar bakımından tescile yüklenir. Toplumun her üyesi aynı hakkın potansiyel yükümlüsü olduğuna göre söz konusu haklara saygı gösterilmesi için öncelikle bunların bilinir, anlaşılır olması zorunludur. Aleniyetin doğrudan sonucu olarak tapu sicilindeki bir kaydın bilinmediği ileri sürülemez. Bununla bağlantılı olarak sicilde yer alan kayıtlara iyiniyetle güven korunur. İyiniyetin mutlak koruyucu etkisine örnek olarak gösterilen bu durum tescilin olumlu hükmü olarak adlandırılır. Her iki ilke ve bunların tapu siciline yansımalarından ortaya çıkan sonuç gerek aynı hakların aleni kılınması gerek sicile güvenin korunması bakımından tescilin önemine vurgu yapar. Yaşamsal bir işlev ve önem üstlenen, temel ilkelere ve tapu sicilinin işleyişine kaynak oluşturan tescilin sicildeki görünümü ise oldukça sadedir. Bu sade kayıt ile taşınmazın hukuki anlamda resmi sergilenir³⁵⁶. Söz konusu sade resimden taşınmaz üzerindeki aynı hakların tam içeriği ile anlaşılabilir olup olmadığı ise tartışmaya açıktır. Tam bu noktada, tescilin yorumlanmasıyla ortadan kaldırılamayan karanlık görüntünün yok edilmesi için tali unsurlar olarak nitelendirilebilecek yardımcıların devreye girmesi gerekebilir. TMK m.1022/f.3'te (ZGB Art.971 Abs.2) soyut olarak belirtilen, TMK m.787/f.2'de (ZGB

³⁵⁴ Geçit hakkı bakımından BGE 87 II 87.

³⁵⁵ **LIVER**, Art.738, s.461; **RIEMER**, s.68; BGE 99 II 158.

³⁵⁶ **ESCHMANN**, s.11

Art.738 Abs.2) kazanılma sebebi ve kullanılış biçimi olarak somutlaştırılan “yollara” bu amaçla başvurulabilir.

İçeriğin belirlenmesinde açık tescile üstünlük tanıyan görüş, özellikle yüklü taşınmazın mülkiyetini veya geçit hakkını sonradan kazanacak iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından önem taşır. Geçit hakkının içeriği belirlenirken başvurulacak asli unsur tescildir³⁵⁷. Diğer unsurlara başvurulması tescilin açıklık taşımadığı durumlarda mümkün olmakla birlikte böyle bir olasılıkta dahi yardımcı kaynaklar ancak tescilin sınırları içinde etkili olabilirler. İkinci derecede başvurulabilecek kaynaklar tescille çatıştığı ölçüde etkilerini de kaybederler³⁵⁸. Üçüncü kişiler bakımından, tescilin dayanağını oluşturan irtifak sözleşmesinin veya nitelikli kullanılış biçiminin araştırılması karşısında tescile dayanmanın sağladığı avantajlı durum ortadadır³⁵⁹. Ancak, vurgulamak gerekir ki, tescile dayalı güvenin korunması iyiniyet koşuluna bağlıdır. Gerekli araştırma yapılmaksızın, irtifaktan doğan hak ve yükümlülükleri açıklamadan yoksun olan “geçit irtifakı” kaydına güvenen kişinin iyiniyet iddiasında bulunması da oldukça güçtür³⁶⁰.

c. TMK m.786 ile ilişkisi

Söz konusu düzenleme ile hak sahibine irtifaklara özgü “kendiliğinden hak alma” yetkisi tanınır³⁶¹. Hak sahibi, bir taraftan hakkını koruma ve kullanma bakımından gerekli tüm önlemleri alma ayrıcalığıyla donatılırken; diğer taraftan da

³⁵⁷ (...) İrtifak hakkının tasarımı sözleşmede gerçekleşmekle birlikte her irtifak hakkı somut sınırlarını tescil ile kazanır. ZGB Art.738 Abs.1'e göre irtifakın içeriğinin belirlenmesinde, irtifaktan doğan hakları ve borçları açık olarak gösterdiği ölçüde, tescil tek başına asli belirleyici unsurdur (...). BGer 04.09.2006 5C_116/2006 (KOLLER, Entwicklungen 2006, s.40).

³⁵⁸ Sözleşmenin, tescili değiştirici ya da düzeltici etkisi yoktur. Bkz. **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s.76. Sözleşmeye kıyasla daha geniş anlamda kazanılma sebebinin tescile aykırı biçimde yorumlanamayacağı yönünde bkz. **OĞUZMAN/SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, s.648, dn.187.

³⁵⁹ **SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP**, s.275.

³⁶⁰ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.648.

³⁶¹ **SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP**, s.77. Hak sahibinin, hakkın gereği gibi kullanılması amacıyla irtifaka hizmet eden tesisler üzerinde de her türlü bakım, tamir-tadilat ve yenileme işlemlerini yapabileceği yönünde BGE 115 IV 26.

yüklü taşınmaz malikine en az zarar verecek biçimde hareket etme yükümlülüğü altına girer³⁶². Hak sahibine yüklenen bu yükümlülük karşısında, yüklü taşınmaz maliki de hakkın kullanılmasını engelleyecek ya da zorlaştıracak davranışlardan kaçınma borcu altındadır³⁶³. Söz konusu düzenlemeye göre,

“İrtifak hakkı sahibi, hakkının korunması ve kullanılması için gerekli olan önlemleri alabilir; ancak hakkını yüklü taşınmaz malikine en az zarar verecek biçimde kullanmak zorundadır.

Yüklü taşınmazın maliki, irtifak hakkının kullanılmasını engelleyecek ya da zorlaştıracak davranışlarda bulunamaz”.

Her hukuki ilişkiden doğan hak ve borçların kullanılmasında genel sınırlayıcı düzenleme olan dürüstlük kuralının özel görünümü olan TMK m.786 (ZGB Art.737), irtifaktan doğan hakların kullanılması ve borçların ifasında dürüst davranma gereğini bir defa daha vurgular. Buna göre, geçit hakkı sahibi, yüklü taşınmaza en az zarar verecek biçimde davranma yükümlülüğü altında bulunurken yüklü taşınmaz maliki de geçit hakkının kullanımını engelleyecek ya da zorlaştıracak davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür. Böyle bir düzenleme bulunmasaydı dahi aynı sonuca TMK m.2 (ZGB Art.2) yoluyla ulaşılması mümkündür. Buna karşılık kanun koyucu genel kuralı irtifaklar bakımından özel olarak düzenleme gereği duymuştur³⁶⁴. Hakların kullanılması ve borçların ifa edilmesinde dürüstlük kuralına uygun davranılıp davranılmadığı sorusuna cevap verilebilmesi için öncelikle ilişkiden doğan hakların ve borçların ortaya konması gerekir. Henüz irtifaka yüklenen yükümlülüklerin ve irtifakın sağladığı yetkilerin neler olduğu veya neye göre belirleneceği bilinmeden bunların

³⁶² RIEMER, s.67.

³⁶³ Yüklü taşınmaz malikinin geçit yolu üzerine kilitli bariyer kurmasının, geçit hakkının gereği gibi kullanılmasını olumsuz etkileyeceği yönünde BGE 113 II 151. Geçit güzergahı üzerine yüklü taşınmaz maliki tarafından direk ve kazık dikilmesinin ZGB Art.737 Abs.2’ye (TMK m.786/f.2) aykırılık oluşturduğu yönünde BGE 118 IV 291.

³⁶⁴ ZGB Art.737’nin (TMK m.786) sadece genel davranış kurallarından söz ettiği, buna karşılık irtifakın kapsamı ya da kapsamın nasıl belirleneceği konusunda herhangi bir düzenleme getirmediği, bu nedenle irtifak haklarının kapsamı belirlenirken ZGB Art.730’un (TMK m.779) dikkate alınması gerektiği yönünde LIVER, Art.737, s.367. ZGB Art. 730’a (TMK m.779) daha uygun olan konu başlığının bir yanılığ sonucunda ZGB Art.737 (TMK m.786) için öngörülmüş olabileceği görüşü için bkz. LIVER, Art.737, s.367 özellikle karşı. BGE 38 II 458.

kullanılması ve yerine getirilmesinde dürüst davranma kuralının vurgulanması bir başka tartışmayı daha gündeme getirir. “Kapsam” ve “içerik” kavramlarının farklı anlam taşıdıklarından hareket eden bir görüş kapsamın belirlenmesi için önce içeriğin belirlenmesi gerektiğini belirterek kanunda yer verilen sıralamanın isabetsiz olduğu ileri sürer. Bu görüşe göre, mantıki kurgu içinde TMK m.787’nin (ZGB Art.738), TMK m.786’dan (ZGB Art.737) önce düzenlenmesi gerekir³⁶⁵. İçerik belirlenmeden kapsamın belirlenmesi mümkün olmaz³⁶⁶. Buna karşılık diğer bir görüş ise tartışmanın pratik sonuçlar doğurmaktan yoksun olduğunu, sadece teorik amaca hizmet ettiğini savunarak kapsam ve içerik kavramlarının birbirinden kesin olarak ayırlamayacağını kabul eder³⁶⁷.

d. TMK m.827 ile İlişkisi

ZGB Art.779b’nin karşılığını oluşturan TMK m.827’ye göre,

“Üst hakkının içerik ve kapsamıyla ilgili olarak resmi senette yer alan, özellikle yapının konumuna, şekline, niteliğine, boyutlarına, özgülenme amacına ve üzerinde yapı bulunmayan alandan faydalanmaya ilişkin sözleşme hükümleri herkes için bağlayıcıdır”.

Bir irtifak hakkının kapsam ve içeriğine ilişkin unsurlar aynı etkiye sahip olduklarından TMK m.786 (ZGB Art.737) ve m.787’ye (Art.738) göre belirlenecek kapsam ve içerik herkes bakımından bağlayıcıdır. TMK m.827 (ZGB Art.779b) ise bu genel kuralı üst hakkı bakımından özel olarak tekrarlar. Bu nedenle söz konusu düzenleme özellikle TMK m.787 (ZGB Art.738) karşısında bağımsız bir anlam taşımaz ve irtifakın yorumlanmasında, sözleşme ve diğer unsurlara kıyasla tescile tanınan önem ve önceliği ortadan kaldırmaz³⁶⁸. Aynı sonuç geçit irtifakı ya da en genel ifadesiyle tüm

³⁶⁵ LIVER, Art.738, s.431.

³⁶⁶ TMK m.787’de her ne kadar “kapsam” ifadesi kullanılmış olsa da ZGB Art.738’de kullanılan “Inhalt” ifadesinin karşılığını “içerik” oluşturur. Nitekim Türk hukukunda konuyu inceleyen eserlerde “içerik” kavramının kullanıldığı görülür. Bu yönde bkz. ÖZEN, s.100. TMK m.787’yi karşılayan eMK m.711’de “şümulün tayini” ifadesine yer verilmesine rağmen “muhtevanın tayini” ifadesinin kullanılması yönünde ÖZSUNAY, s.200.

³⁶⁷ ESCHMANN, s.13.

³⁶⁸ ESCHMANN, s.15.

irtifaklar bakımından da geçerlidir. Kapsam ve içeriğe dahil unsurlar aynı etkiye sahip olduklarından bunların herkese karşı ileri sürülebileceği açıktır.

Konuya ilişkin olarak Federal Mahkemenin şu kararı aynı sonucu vurgular³⁶⁹. Özetle:

“(...) Kanunda, irtifakın içeriğine ilişkin çeşitli düzenlemelere rastlamak mümkün olmakla birlikte (örn. üst hakkına ilişkin ZGB Art.779-779I) aksi yönde düzenlemelere de rastlanabilir (örn. ZGB Art.781). Ayrıntılı bir düzenlemeye tabi olsun veya olmasın tüm irtifakların ortak özelliği (bazı istisnalar hariç) yazılı (ZGB Art.732) bir irtifak sözleşmesine dayanmalarındır (bağımsız ve sürekli üst hakkına ilişkin ZGB Art.779a hariç). İrtifak sözleşmesinden doğan hak nisbi karakterli olup arzu edilen aynı hakkın doğumu tapu siciline tescille gerçekleşir (ZGB Art.731-Art.972). ZGB Art.738’e göre irtifakın içeriği; hakları ve yükümlülükleri açıkça ifade etmesi koşuluyla, bu tescil doğrultusunda (Abs. 1; Genel olarak ZGB Art.971 Abs.1) ve tescilin dayanağını oluşturan kazanılma sebebi veya uzun süredir devam eden iyiniyetli kullanım biçimine göre belirlenir (Abs.2; Genel olarak ZGB Art.971 Abs.2) (...). Üst hakkı (ZGB Art.675-Art.779) kanun tarafından özellikle düzenlenen ve başkasına ait taşınmaz üzerinde yapı inşa etme veya mevcut bir yapıyı muhafaza etme yetkisi sağlayan irtifak hakkıdır. ZGB Art.779b gereğince üst hakkının kapsam ve içeriğine dahil olan sözleşme kayıtlarının yüklü taşınmazın her malikine veya üst hakkını her yeni sahibine karşı ileri sürülebileceği düzenlenmiştir. Aynı etkili haklar ve borçlar meydana getiren bu sözleşme hükümlerinin yüklü taşınmazın her malikine veya her üst hakkı sahibine karşı ileri sürülebileceği zaten açıktır. Bu gibi sözleşme kayıtları üst hakkının içerik ve kapsamı hakkında somut bilgiler verirler. Sonuç olarak üst hakkı kavramının içeriğini belirleyen temel kaynak tescildir (...)”.

³⁶⁹ BGer 12.04.2000 (ZBGR 84/2003, s.38).

e. TMK m.789 ile İlişkisi

Geçit hakkının içeriğinin belirlenmesinde başvuru alan “tescil, irtifak sözleşmesi ve kullanılış biçimi” kaynaklarından bir sonuca ulaşılması mümkün olmazsa TMK m.789’a (ZGB Art.740) başvurulması mümkündür³⁷⁰. Buna göre,

“Tarla yolu, yaya veya araba geçidi gibi geçit hakları ile hayvan otlatma, hayvan sulama, tarlalara veya arklara su alma hakları ve benzeri hakların kapsamını belirlemede taraflar arasındaki anlaşma veya özel kanun hükümleri, yoksa yerel adet uygulanır”.

Söz konusu düzenleme gereğince irtifak hakkının içeriğinin belirlenmesinde son çare olarak yerel adete başvurulur. Yerel adet ile kastedilen zamanlar arası bir değer veya bağlantı olmayıp günümüz koşullarıdır³⁷¹. Tarafların kullanmış olduğu ifade ve kavramların yorumlanmasında bu koşullar, diğer bir söyleyişle yerel adet dikkate alınır. Yerel adete uygunluk karinesi gereğince tarafların kullanmış olduğu tüm ifade ve kavramları yerel adet doğrultusunda anlamlandırıp, seçtikleri kabul olunur³⁷². Böylece, geçit hakkının içeriğinin belirlenmesinde yerel adete yüklenen işlev sadece irtifak sözleşmesinde kullanılan ifade ve kavramların anlamlandırılması ile sınırlı tutulur. Bunun bir adım ötesinde, içeriğin belirlenmesinde bağımsız bir kaynak olarak görülmez³⁷³. Çoğu zaman özel kanun hükümleri³⁷⁴ irtifakın içeriğinin belirlenmesinde yerel adete başvurmayı gereksiz kılar. Aslında bu gibi durumlarda yerel adet bir başka unsurun içine karışmış biçimde karşımıza çıkar. TMK m.787f.2’de (ZGB Art.738 Abs.2) yer verilen “uzun süreden beri davasız ve iyiniyetli

³⁷⁰ TMK m.789’un karşılığını oluşturan “Kanton hukukuna ve yerel adete göre” kenar başlıklı ZGB Art. 740’ a göre “*Aksi öngörülmediği sürece; yaya yolu, araba yolu, tarla yolu, kış yolu, orman yolu gibi geçit hakları yanında hayvan otlatma, ağaç kesme, hayvan sulama, su alma gibi hakların içeriği kanton hukukuna ve yerel adete göre belirlenir*”.

³⁷¹ ESCHMANN, s.107.

³⁷² LIVER, Art. 738, s.456; ESCHMANN, s.44; BGE 85 II 185.

³⁷³ ESCHMANN, s.44.

³⁷⁴ Özellikle kanton hukuku kuralları. Örn. yaya yoluna ilişkin düzenlemeler getiren EG zum ZGB ZH §184, araba yoluna ilişkin düzenlemeler getiren EG zum ZGB ZH § 186 veya kış yoluna ilişkin düzenlemeler getiren EG zum ZGB ZH §187 gibi.

kullanılış biçimi” büyük ölçüde yerel adete göre belirlenir³⁷⁵. Bu nedenle içeriğin belirlenmesinde bağımsız bir kaynak olarak yerel adete gidilmesi pek ender rastlanabilecek bir olasılık olarak kalır.

2. Tescilin Yorumlanması

TMK m.780/f.1’de (ZGB Art.731 Abs.1) yer verilen zorunlu tescil kuralı gereğince sözleşmeye dayanan geçit hakkı tapu siciline tescille kurulur. İrtifakın doğumu için yüklü taşınmaz sayfasına yapılacak tescil kurucu nitelik taşır. Bu noktada tescile yüklenen asli işlev bir irtifak hakkı olarak geçit hakkının varlığını ve içeriğini üçüncü kişiler bakımından alenileştirmektir³⁷⁶. Ayni haklar alanında belirsizliğin yeri olmadığı için bir ayni hakkın aleni kılınması da açıklık ilkesi kapsamında gerçekleşir³⁷⁷. Tescilin açıklığı, karşılıklı iradeye dayalı mülkiyet kısıtlamasından doğan katlanma veya kaçınma borcunu tarif eden ve bu kısıtlamanın mülkiyet üzerindeki etkisini belirten kayıtlarla sağlanır³⁷⁸. İrtifakın içeriği bakımından açıklık taşımayan bir tescilin, diğer bir söyleyişle çerçeve tescilin, ayni hakkın doğumunu sağlamaya yeterli olup olmadığı tartışmalıdır. Böyle bir durumda maddi anlamda bir ayni hakkın varlığından söz edilemeyeceği, sicilde yer alan tescilin ise şekli anlamda bir ayni hakkın varlığına kanıt oluşturduğu savunulur³⁷⁹. Oysa ki, temelinde yer alan hukuki sebepte ve kendisinde bir geçersizlik sebebi bulunmayan tescil, hem şekli hem de maddi açıdan ayni hakkın varlık kazanması için yeterlidir. Diğer bir söyleyişle, tescilin açık olması ayni hakkın sağlıklı doğumu üzerinde etkili değildir. Tescilin kurucu niteliği ile tescilin açıklığı farklı anlamlar taşır. Çerçeve tescil, ayni hakkın içerik ve kapsamının belirlenmesinde ileriye dönük sorunlara kapı açar nitelikte olmakla birlikte hakkın doğumu bakımından yeterlidir.

³⁷⁵ ESCHMANN, s.45.

³⁷⁶ BGE 44 II 397.

³⁷⁷ BGE 56 II 87.

³⁷⁸ BGer 26.01.2010 5A_617/2009 (BR 2010, s.75).

³⁷⁹ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, s.266; ESCHMANN, s.21; BGE 124 III 295.

Açıklık ilkesinin doğal sonucu olarak yürüyüş yolu veya araç yolu olarak kullanılmak üzere kurulan bir geçit hakkına katlanan malik, buna ek olarak geçit yolunun ticari taşıma amacıyla kullanımına katlanmakla yükümlü tutulamaz. Tescile yüklenen aleniyet ilkesi onu Tapu Sicili Hukukunun merkezine yerleştirir ve yaşamsal bir öneme sahip kılar. Tescilden açıkça anlaşılabilen hususlar geçit hakkının içeriğinin belirlenmesinde asli rol oynarlar. Teorik bakımdan tüm bu önemine ve kendisine yüklenen işleve rağmen uygulamada tescilin yeterli açıklıktan uzak olduğu da gerçektir³⁸⁰. Oysa ki irtifakın içeriği tescile göre belirleneceğinden taraflarca arzu edilen aynı etkili sonucun açık ve tam olarak tescilden anlaşılması gerekir³⁸¹. Yeterli açıklığın sağlanamadığı durumlarda sağlam bir dayanak olarak irtifak sözleşmesine (irtifak protokolü) başvurulacağından, tasarruf işlemi aşamasında tescil ile sözleşme arasındaki uyumsuzlukların oluşumuna mümkün olduğunca engel olunması gerekir³⁸². Özellikle kısaltmalar veya anahtar kelimeler kullanılacaksa bunların tescilin dayanağını oluşturan sözleşme ile uyumlu olmasına özen gösterilir. Tapu memuru taraflarca bağlayıcı olarak kararlaştırılmamış kısaltmalara veya anahtar kelimelere kendi iradesi doğrultusunda yer veremez. Tarafların kararlaştırdığı buna benzer işaretleri kendisine göre yorumlama yoluna gidemez. O, sadece açık olmayan kavram ve işaretlerin açıklanmasını isteyebilir. Bu noktada, tapu memurunun çabasına rağmen belirsizlik ortadan kaldırılamamışsa, son çare olarak tescil talebinin reddedilmesini savunan görüşe katılmamaktayız³⁸³. Tapu memurunun kapsam ve içerik üzerinde denetim yetkisi bulunmadığından geçerli bir sebebe dayanan tescil talebinin kapsam ve içeriğin belirsiz olduğu gerekçesiyle reddedilmesi mümkün değildir.

Federal Mahkemenin yerleşik görüşüne göre irtifak haklarının içeriğinin belirlenmesine ilişkin açık tescile öncelik tanıyan daha sonra kazanılma sebebine ya da

³⁸⁰ **ZÜRCHER**, s.19; **KOLLER**, Entwicklungen 2006, s.36; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-YUNGO (TUOR/ SCHNYDER/ SCHMID)**, s.947. Aynı yönde BGE 83 II 122; BGE 117 II 536; BGE 128 III 172; BGE 132 III 655.

³⁸¹ Tescili gerçekleştiren tapu memurunun irtifakı da mümkün olduğu kadar açık ve kesin biçimde tanımlaması gerektiği yönünde **ESCHMANN**, s.22. Ayrıca bkz.. **ZOBL**, s.110; **LIVER**, Art.738, s.436, 437.

³⁸² BGer 26.01.2010 5A_617/2009 (**HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID/SCHUMACHER/STEINAUER**, Auslegung, s.76).

³⁸³ Bu görüş için bkz. **ESCHMANN**, s.22.

kullanılış biçimine başvurulabileceği düzenleyen ZGB Art.738'nin (TMK m.787) tüm sınırlı ayni hakların içeriğinin belirlenmesinde uygulama alanı bulacak genel karaktere sahip olduğu kabul edilir³⁸⁴. Böylece, İsviçre uygulamasında irtifakın içeriği belirlenirken tescilin açık olmadığı veya hukuki durumu tam olarak yansıtamadığı durumlarda açıklayıcı unsur olarak kazanılma sebebine ya da kullanılış biçimine başvurulduğu görülür³⁸⁵. Diğer taraftan, konuya tapu siciline iyiniyetle güvenin korunması açısından bakıldığında açık tescilin üçüncü kişiler bakımından taşıdığı önem ortaya çıkar. Belirlenecek içerik sadece taraflar bakımından değil, üçüncü kişiler bakımından da etkili sonuçlar doğurur³⁸⁶. Tescile güvenerek irtifak hakkının kazanan kişinin korunmaya değer iyiniyetli güveni irtifakın içeriğinin belirlenmesinde açık tescile öncelik verilmesini zorunlu kılar. Ancak, yeterli açıklık ve kesinliğin bulunmadığı durumlarda ZGB Art.738 Abs.2'ye (TMK m.787/f.2) başvurulması mümkün olur (ZGB Art.971 Abs.2-TMK m.1022/f.3)³⁸⁷. Şunu da ifade etmek gerekir, her ne kadar Federal Mahkeme uygulamasında aleniyet ve güvenin korunması ilkeleri dikkate alınarak ortaya atılan tescilin açıklığı ilkesi sağlam hukuki dayanaklara sahip olmakla birlikte istisnasız olarak uygulanan bir kural da değildir. Somut olayın koşulları kapsamında açıklık ilkesinden taviz verilebileceği de savunulur³⁸⁸. Böylece, “çerçeve tescilin” geçerli olduğu vurgulanır.

Açıklanmaya çalışıldığı üzere biri irtifak hakkının içeriğinin belirlenmesinde öncelikle başvurulacak kaynak tescildir³⁸⁹. Tescilde yer verilen ifadelerin yine tescilin kendisinden ne anlama geldikleri anlaşılmalıdır. Bu doğrultuda, geçit hakkının sağladığı yetkiler de tescilin açıkça belirlediği sınırlarda somutlaşır. TMK m.787/f.1 (ZGB Art.738 Abs.1) ve TST m.30 (GVB Art.35) birlikte

³⁸⁴ BGE 130 III 557; BGE 128 III 172; BGE 124 III 296; BGE 107 II 334; BGE 115 II 436; BGE 109 II 414.

³⁸⁵ ZOBL, N.241; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, s.275; ESCHMANN, s.24.

³⁸⁶ BGE 86 II 250.

³⁸⁷ KOLLER, Entwicklungen 2006, s.36; BGE 88 II 270.

³⁸⁸ ESCHMANN, s.25.

³⁸⁹ (...) ZGB Art.738 Abs. 1 gereğince açık tescilin söylemi irtifakın içeriğinin belirlenmesinde ilk sırada başvurulacak kaynaktır (...). BGer 20.01.1983 (ZGBR, 1985/66, s.170). Aynı yönde BGer 26.05.1992 (ZGBR, 1996/77, s.50).

değerlendirildiğinde açık tescil kavramını geçit hakkının içeriğini belirleyen asli unsur olarak karşımıza çıkar. Ancak, tescili yeterli açıklığı sağlayamadığı durumlarda sicile güvenin korunması esas olduğundan açıklığı sağlama işlevi irtifak sözleşmesine yüklenir³⁹⁰. Bu anlamda, aynen tescil gibi irtifak sözleşmesi de tapu siciline karakterini kazandıran unsurlar arasında değerlendirilir³⁹¹.

3. Sözleşmenin Yorumlanması

Bir irtifak hakkının içeriğinin belirlenmesinde sözleşmede kararlaştırılan amaç en önemli yol göstericidir. Kural olarak, kapsam ve içerik, amaca ulaşmak adına mülkiyet üzerinde mümkün olan en az kısıtlamayı gerçekleştirecek biçimde tasarlanır³⁹². Sözleşmede göz önünde bulundurulan amaç geçit hakkının kazanacağı somut varlığı belirleyicidir. Amaç çerçevesinde biçimlendirilen geçit hakkının içerik ve kapsamı buna göre ortaya çıkar. Amacın sonradan değişmesi yüklü taşınmaz malikinin durumunda değişiklik oluşturmaz. Yüklü taşınmaz maliki, değişen amaç doğrultusunda geçit hakkını yeniden tasarlamaya zorlanamaz. Sözleşmede kararlaştırılan amacın gerçekleşme olanağı tamamen ortadan kalkmışsa, geçit hakkı bundan böyle yararlanan taşınmaz bakımından bir yarar sağlamayacağı için yüklü taşınmaz maliki irtifakın terkinini talep edebilir³⁹³.

Sözleşmenin yorumu amaç doğrultusunda gerçekleşeceğinden amaçtan sapan her yorum içeriğinin de isabetsiz belirlenmesine neden olur. Bu nedenle, amaç belirlenirken mümkün olduğu kadar sağlam dayanaklar seçmek gerekir. Tam bu noktada ilginç bir tespitte bulunulur. Sözleşmenin yorumunda amacın esas alınmasını kabul eden görüş amacın belirlenmesinde yine sözleşmeyi dikkate alır³⁹⁴. Farklı bir bakış açısıyla bu durum kısır bir döngü olarak tanımlanabilir. Ancak, amacın sözleşmeden hareketle belirlenmesinde bir tutarsızlık bulunmaz. Sözleşmenin

³⁹⁰ ZÜRCHER, s.19; KOLLER, Entwicklungen 2006, s.36.

³⁹¹ BGE 44 II 397.

³⁹² ESCHMANN, s.53 vd.; LIVER Art.738, s.454; HÜRLIMANN-KAUP, Bettina: “Die Ermittlung des Zwecks einer Grunddienstbarkeit”, SJZ 102/2006, s.6; BGE 131 III 345.

³⁹³ BGE 130 III 554.

³⁹⁴ HÜRLIMANN-KAUP, Grunddienstbarkeit, s.7.

kurulmasına temel oluşturan amaç sözleşmenin bir bütün olarak yorumlanmasında da göz önünde bulundurulur.

Bir Eşya Hukuku sözleşmesi olan irtifak sözleşmesinin yorumlanması TMK m.5'den (ZGB Art.7) hareket edilerek Borçlar Kanununun ilgili hükümlerine göre gerçekleşir³⁹⁵. Bu faaliyet sırasında Eşya Hukukuna hakim olan ilkeler göz ardı edilmeyerek³⁹⁶ sözleşmeler hukukunda başvurulabilecek yorum araçları ve uygulanacak yorum kuralları devreye girer³⁹⁷. “Hukuk bilgisi yanında deneyim ve maharet gerektiren karmaşık yorum sürecinin³⁹⁸” ilk basamağında yoruma neden olan uyuşmazlığın, sözleşmenin tarafları arasında mı ortaya çıktığı yoksa üçüncü kişinin katılımına bağlı olarak mı doğduğu sorusuna cevap aranır. Sözleşmenin yorumu bu soruya verilecek cevaba göre uygulama ve öğretide iki temel başlık altında incelenir³⁹⁹.

A. Taraflar Arasındaki Uyuşmazlıklar Bakımından

Geçit hakkının kurulmasına temel oluşturan asli amaç ve buna göre tasarlanan kapsam ile içerik açıkça sözleşmede belirtilmiş olabilir. Böyle bir açıklık bulunmazsa tarafların sözleşmeyi kurdukları sıradaki durumları, davranışları ve karşılıklı çıkarları dikkate alınarak iradelerin yorumlanmasına çalışılır⁴⁰⁰. Yorumun amacı tarafların gerçek iradelerine ulaşmaktır. Uygulanan yöntem, sözleşmenin tarafları arasında amaç, kapsam ve içeriğin ne olduğu veya nasıl anlaşılması gerektiği konularında çıkan uyuşmazlıklarda sözleşmeler hukukunun genel esaslarının

³⁹⁵ **RIEMER**, Festschrift, s.85; **KOLLER**, Entwicklungen 2006, s.35.

³⁹⁶ **RIEMER**, Festschrift, s.89.

³⁹⁷ **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, s.266.

³⁹⁸ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel, s.331.

³⁹⁹ **HÜRLIMANN-KAUP**, Grunddienstbarkeit, s.8; **ESCHMANN**, s.50; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, s.263; **SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP**, s.276; **HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID/SCHUMACHER/STEINAUER**, Auslegung, s.76; **KOLLER**, Entwicklungen 2006, s.35; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.150; BGE 130 III 557; BGE 115 II 436; BGE 108 II 545; BGer 18.06.2003 (ZBGR, 2004/85, s.302); BGer 29.03.2001 (ZBGR, 2002/83, s.245).

⁴⁰⁰ **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, s.267.

uygulanmasından başka bir şey değildir⁴⁰¹. Yorumun, temel hareket noktasını BK m.18/f.1 (OR Art.18 Abs.1) oluşturur. Söz konusu düzenleme gereğince dikkate alınması gereken tarafların gerçek iradeleridir. Bunun için öncelik sübjektif yorum yoluyla gerçek iradenin araştırılmasına verilir⁴⁰². “Yanlış belirtme zarar vermez” kuralı gereğince kullanılan ifadeler tarafların birbirine uygun gerçek iradeleri doğrultusunda yorumlanır⁴⁰³. Ancak, kabul etmek gerekir ki, yorumlama faaliyeti sonucunda tarafların gerçek iradelerinin ortaya çıkarılması çoğu zaman oldukça güçtür⁴⁰⁴. Bu güçlüğü aşmak üzere somut olayın koşulları çerçevesinde varsayıli iradeye ulaşılması daha kolay ve daha az rizikolu kabul edilebilir⁴⁰⁵. Gerçek iradenin bu şekilde ortaya çıkarılması mümkün olmuyorsa objektif yorum yoluna gidilerek varsayıli irade araştırılıp ortaya konulur⁴⁰⁶. Tarafların, yersiz-isabetsiz bir çözüm üzerinde uzlaşmış olduklarını kabul etmek için herhangi bir soyut gerekçe bulunmaz. O zaman yapılması gereken objektif dayanaklara yaslanılarak onların varsayıli iradesini belirlemektir⁴⁰⁷. Objektif yoruma başvurulduğu anda BK m.18/f.1’nin ötesinde bir başka yol gösterici düzenleme olarak TMK m.2/f.1 tercih edilir. Bu düzenleme başlığı altında tarafların mantıklı ve dürüst sözleşme tarafları olarak hangi koşullar üzerinde anlaşmış olabilecekleri tartışılır⁴⁰⁸. Belirlenmiş koşullar altında onların neyi istemiş olabileceklerin adı konulur⁴⁰⁹. Kullanılan ifadeler sözleşmenin bütünü göz önüne alınarak güven nazariyesine göre

⁴⁰¹ **ESCHMANN**, s.51; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, s.265 vd.; **KOLLER**, Entwicklungen 2006, s.35; BGE 130 III 554; BGer 21.01.2005 5C_240/2004 (**HÜRLIMANN-KAUP**, Grunddienstbarkeit, s.8, dn.26).

⁴⁰² **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, s.264; **HUGUENIN**, s.42; **ESCHMANN**, s.51; BGE 118 II 344; BGE 121 III 123; BGE 129 III 122; BGE 125 III 308.

⁴⁰³ **HUGUENIN**, s.28; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, s.210, 211; **KOLLER**, Entwicklungen 2006, s.35; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Genel,s.332; BGE 116 II 685.

⁴⁰⁴ Bu nedenle sadece üçüncü kişilerin taraf olduğu uyuşmazlıklarda değil taraflar arasındaki yorum uyuşmazlıklarının da objektif bakış açısıyla güven nazariyesi çerçevesinde çözülmesi gerektiği yönünde **ESCHMANN**, s.52.

⁴⁰⁵ BGE 131 III 217; BGE 130 III 417; BGE 125 III 305.

⁴⁰⁶ Teorik olarak objektif bir değerlendirme yapılmakla birlikte muhatabın sübjektif durumuna ilişkin unsurların da dikkate alındığı yönünde **HUGUENIN**, s.29. Aksi yönde **EREN**, Borçlar Genel, s.140.

⁴⁰⁷ **KOLLER**, Entwicklungen 2006, s.35; BGer 29.10.2002 5C_36/2001 (**HUGUENIN**, s.42).

⁴⁰⁸ **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, s.265; **HUGUENIN**, s.29; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s.333; **ESCHMANN**, s.51; BGE 128 III 267; BGE 115 II 436; BGE 108 II 545; BGE 116 II 431.

⁴⁰⁹ **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, s.268.

yorumlanır⁴¹⁰. Varsayıli iradeye ulaşılması için gerekli olduğu ölçüde sözleşmenin hangi koşullar altında kurulduğu, tarafların durumu ve diğer tüm unsurlardan yararlanılır. Ancak, asli belirleyici olan tarafların tavır ve tutumlarıdır⁴¹¹. Amaç ile amaca bağlı kapsam ve içeriğin belirlenmesinde sözleşmenin kurulduğu sırada yararlanan taşınmazın ihtiyaçları göz önünde bulundurulur⁴¹². Geçit hakkı, yararlanan taşınmazın ihtiyaçlarına cevap verecek, ona yarar sağlayacak durumda olmasa dahi yararlanan taşınmaz malikinin kişisel ihtiyaçlarına hizmet etmekteyse, yorum aşamasında bu durum da dikkate alınır⁴¹³.

B. Üçüncü Kişinin Katılımına Bağlı Uyuşmazlıklar Bakımından

Yararlanan veya yüklü taşınmazın malikinin irtifak sözleşmesine taraf olmadığı durumlarda sözleşmenin yorumuna ilişkin uyuşmazlıklar Eşya Hukukuna hakim olan ilkelerden “aleniyet” ve “tapu siciline güvenin korunması” ilkeleri çerçevesinde çözülür⁴¹⁴. Geçit hakkı, irtifak sözleşmesine dayalı olarak gerçekleşen tescille doğduğu için ancak tescilin sınırları içinde varlık kazanabilir. Tapu kütüğünün yükünün azaltılması gerekçesiyle aynı hakların tüm nitelikleriyle veya hukuki ilişkinin tüm sonuçlarıyla birlikte tapu siciline yansımaları mümkün olmaz. Çoğu zaman tescilde irtifak sözleşmesine yollama yapılması tercih edilir. Bu aşamada tescille uyumlu olma niteliği önem kazanır. Tescilin kesin ve açık olduğu durumlarda üçüncü kişilerin korunması kaygısına yer olmaz. Ancak tescilin sadeliği gereği kapsam ve içeriğin anlaşılması için sözleşmeye gidilmesi gerektiğinde tescil ve sözleşme arasındaki ilişki öne çıkar⁴¹⁵. Çünkü, tescilde yollama yapılan irtifak sözleşmesi ancak tescilin sınırları içinde onu tamamlayıcı ya da açıklayıcı bir işlev üstlenebilir. Tescilin sınırları aşan hükümler bakımından aynı etkiden söz edilemez⁴¹⁶. Üçüncü kişinin iyiniyetli olup

⁴¹⁰ BGE 130 III 686; BGE 129 III 118; BGE 127 III 248; BGE 113 II 49.

⁴¹¹ HUGUENIN, s.29.

⁴¹² BGE 117 II 537; BGE 115 II 436; BGE 113 II 508.

⁴¹³ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, s.270.

⁴¹⁴ ESCHMANN, s.51; KOLLER, Entwicklungen 2006, s.35; BGE 130 III 557.

⁴¹⁵ KOLLER, Entwicklungen 2006, s.36.

⁴¹⁶ (...) İrtifak sözleşmesinde inşaat yapma yasağı öngören bir irtifak hakkı kurulması kararlaştırıldığı halde araba yolu için geçit hakkı tescil edildiğinden inşaat yapma yasağının yüklü taşınmaz mülkiyetini

olmamasından bağımsız olarak aynı etki taşımayan bu hükümler ona karşı ileri sürülemez⁴¹⁷. Temel kural, sicile iyiniyetle güvenin korunması olduğundan, taşınmazlardan herhangi birinin mülkiyetini iyiniyetli olarak kazanan kişi, o andan itibaren tescilden görülen hukuki statüyü elde etmiş olur. Ayrıca, irtifak sözleşmesini araştırma yükümlülüğü bulunmaz. Ancak tescilin sadeliği çoğu zaman dayanağını oluşturan irtifak sözleşmesinin de incelenmesini gerekli kılar. Bu incelemeden kaçınan kişi iyiniyet iddiasında bulunamaz⁴¹⁸. Güvenin korunması bakımından belirleyici ölçüt, dikkatli davranan ve mantıklı düşünen bir kişinin objektif olarak sicildeki kayıtlara vermesi gereken anlamdır⁴¹⁹.

Sözleşme tarafları ile iyiniyetli üçüncü kişiler arasında çıkan yorum uyumsuzluklarının çözümüne ilişkin olarak Federal Mahkeme'nin yeni sayılabilecek kararına yansıyan görüşü ise karmaşık bir değerlendirmeye dayanır⁴²⁰. Buna göre, irtifak sözleşmesinin yorumu, yararlanan ya da yüklü taşınmazın mülkiyetini kazanarak irtifak ilişkisine dahil olan iyiniyetli kişinin bakış açısına göre gerçekleştirilir. Diğer taraftan ise “nelerin bilindiği veya bilinmesi gerektiği” sorusuna cevap aranırken güven nazariyesine başvurulur. Güven nazariyesi; genel hayat deneyimleri ve dürüstlük kuralı çerçevesinde irade beyanının objektif anlamını belirlemede başvuru olan bir yorum aracıdır⁴²¹. Güven nazariyesinden, kural olarak, sözleşmenin tamamının yorumunda değil, sadece belirli irade beyanlarının yorumunda yararlanır. Beyanın var olup olmadığı, hedefi ve içeriğine ilişkin sorulara verilecek cevaplar güven nazariyesine dayalı yorumun temelini oluştururlar⁴²². Bu sorular yoluyla aklı başında, dürüst ve mantıklı bir kişinin beyanın yapıldığı zaman ve koşullar kapsamında o beyana vermesi

kazanan kişiye karşı ileri sürülmesi mümkün olmaz. Üçüncü kişi sözleşmenin içeriği hakkında bilgi sahibi olsa dahi sonuç yine de değişmez (...). BGE 124 III 293.

⁴¹⁷ HÜRLIMANN-KAUP, Grunddienstbarkeit, s.8; KOLLER, Entwicklungen 2006, s.36.

⁴¹⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.648.

⁴¹⁹ ESCHMANN, s.51.

⁴²⁰ BGE 128 III 265; BGer 29.04.2001 5C_200/2000 (HÜRLIMANN-KAUP, Grunddienstbarkeit, s.8). Durum ve koşulların objektif bakış açısıyla ya da sübjektif bakış açısıyla değerlendirilmesinin kıyaslaması bakımından daha eski bir karara özellikle bkz. BGE 108 II 545.

⁴²¹ EREN, s.429; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, s.38; ESCHMANN, s.51; BGE 126 III 380; BGE 127 III 248; BGE 128 III 422; BGE 130 III 686. Ayrıca bkz. HUGUENIN, s.28.

⁴²² HUGUENIN, s.28; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, s.38.

gereken anlam ortaya çıkarılır⁴²³. Bu aşamada normatif bir yorum tarzı benimsenir⁴²⁴. Dolayısıyla Federal Mahkeme kararlarında, bir taraftan iyiniyetli üçüncü kişinin bakış açısına dayanan görüş, diğer taraftan ise güven nazariyesi kapsamında gerçekleştirilen yorumun ortaya çıkardığı çelişki eleştirilmektedir⁴²⁵. Bunun yerine objektif ölçütlere dayalı bir yorum tarzının, olası yorum hatası rizikolarını en aza indireceği düşüncesinden hareket edilir. “Objektif açıdan anlaşılabilir koşullar” başlığı altında gerçekleştirilen yorum sonucunda üçüncü kişinin bildiği veya bilmesi gereken koşullar dikkate alınarak, sözleşmenin yorumu bu çerçevede gerçekleşir⁴²⁶.

C. Sözleşmenin Yorumunda Başvurulacak Unsurlar

Sözleşmenin yorumlanmasında öncelikli yol gösterici unsur metindir⁴²⁷. Metnin yorumlanmasında temel kural irtifak sözleşmesinin tescilin çizdiği sınırlar içinde anlam taşımasıdır. Metnin, tescille çatışır biçimde yorumlanması mümkün değildir. Yorum, ancak tescilin yeterli açıklıktan yoksun olduğu durumlarda onu yeterli açıklığa kavuşturmak veya tescilden çıkan anlamı desteklemek amacıyla gerçekleşir. Metnin yorumu sonucunda tescil hükümsüz kılınamaz veya değiştirilemez. Bu sonuç kanun koyucu tarafından TMK m.787/f.2’de (ZGB Art.738 Abs.2) açıkça düzenlenmiştir⁴²⁸. Böylece, kapsam ve içeriğin belirlenmesinde tescilin yetersiz kaldığı durumlarda sözleşmenin açık metni asli yol gösterici işlev üstlenir⁴²⁹. Böyle olmakla birlikte metnin de yeterli açıklık ve kesinliği sağlamakta yetersiz kaldığı görülebilir. Bu nedenle metnin yorumlanması diğer unsurlardan bağımsız olarak gerçekleşemez⁴³⁰. Diğer bir söyleyişle, yorumda sadece metni esas almak açık ve kesin bir sonuca varmak için yeterli değildir. İradeyi yansıtan diğer unsurlar, tarafların, sözleşme metnine

⁴²³ HUGUENIN, s.29; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, s.39; BGE 113 II 49; BGE 129 III 118.

⁴²⁴ BGE 116 II 697.

⁴²⁵ HÜRLIMANN-KAUP, Grunddienstbarkeit, s.8, dn.27; KOLLER, Entwicklungen 2006, s.36.

⁴²⁶ ESCHMANN, s.46, 60; HÜRLIMANN-KAUP, Grunddienstbarkeit, s.8; LIVER, Art.738, s.454.

⁴²⁷ REY, Dienstbarkeitsvertrag, s.259; KRAMER/PROBST, s.87 vd..

⁴²⁸ ESCHMANN, s.52.

⁴²⁹ BGE 115 II 437.

⁴³⁰ ESCHMANN, s.53.

yansıyandan farklı olarak uzlaştıklarını gösterebilir⁴³¹. Bu nedenle, metin dışındaki unsurlar da gözden geçirilmeden isabetli bir sonuca ulaşılamaz.

Metin dışındaki unsurlara geçmeden önce metnin yorumlanmasıyla ilgili olarak bir olasılıktan da söz etmek gerekir. Taraflarca tercih edilen kavram ve ifadelerin objektif olarak birden fazla anlam taşıdığı olasılıklarda hangi anlam üzerinde uzlaşma sağlandığının belirlenmesi güçtür. Söz konusu güçlüğü aşılması ise özel yorum kurallarına başvurulmasını gerekli kılar. Karşılaşılan anlam karmaşasının çözümü amacıyla geliştirilmiş kurallardan biri de eski bir hukuk geleneğinin uzantısı olarak karşımıza çıkan “belirsizlik kuralı”dır⁴³². Belirsizlik kuralının alt görünümünden biri, anlamı belirsiz olan sözleşme kayıtlarının yük altına giren lehine yorumlanmasını sonuçlarken, diğeri ise belirsiz olan kaydın onu kaleme alan taraf aleyhine yorumlanmasını gerektirir. Özellikle bu son durumda, belirsizliğin getirdiği riziko onu oluşturan tarafa yüklenir⁴³³.

Yorumda başvurulacak bir diğer unsur sistematik bütünlüktür. Sözleşmede kullanılan kavram ve ifadeler sistematik metin bütünlüğünü oluştururlar. Bütünden sapan kavram ve ifadeler tek başına bir anlam taşımazlar⁴³⁴. Sistematik bütün içinde her kavram ve ifadenin görevi kendisinden önce ya da sonra yer verilen yargıları destelemektir. Sistematik bütünlük sadece metinde kullanılan kavram ve ifadeler arasında geçerli olmayıp aynı zamanda birden fazla metin varsa, bağlantının anlaşılması koşuluyla, söz konusu metinler arasındaki bağlantıyı da ifade eder⁴³⁵. Tarafların kullanmış oldukları kavram ve ifadelerin tek başına sahip oldukları soyut anlam dışında bütün içinde değerlendirilmesi gerekliliği BK m.18’den (OR Art.18) de açıkça anlaşılır. Gerçek irade ile beyana yansıyan irade arasında uyumsuzluk olması her zaman karşılaşılabilecek bir olasılıktır. Sistematik yorum doğrultusunda tarafların gerçek irade

⁴³¹ **KRAMER/PROBST**, s.87.

⁴³² **KRAMER/PROBST**, s.89.

⁴³³ Bkz. BGE 82 II 445; BGE 113 II 49; BGE 115 II 264.

⁴³⁴ **ESCHMANN**, s.53; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.151; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s.334; Yarg. 4.HD 26.10.1978 E.13113/12134 (YKD, 1979/5, s.636).

⁴³⁵ Metinler arasındaki bağlantının açıkça vurgulanmasına karşılık, kanton mahkemesi tarafından ek sözleşmenin dikkate alınmayarak sistematik bütünlüğe aykırı yorum yapıldığı yönünde BGE 88 II 505.

üzerinde anlaşmış oldukları sonucuna ulaşılabiliriyorsa bu durumda sözleşmenin gerçek irade üzerinden kurulduğu kabul edilir. Buna karşılık, gerçek irade üzerinde anlaşma sağlandığı sonucuna ulaşamıyorsa, güven nazariyesi doğrultusunda muhatabın söz konusu beyana yükleyeceği anlam üzerinden sözleşme kurulur. Ne var ki, diğer taraf hata hükümlerine dayanarak sözleşmeyi iptal edebilir⁴³⁶. Bu süreçte, tarafların kullanmış oldukları kavram ve ifadelere bakılmayarak sistematik bütünlük çerçevesinde onların gerçek ve ortak iradeleri araştırılır.

Metnin, sistematik bütün çerçevesinde yorumlanmasında, amaç “kritik” bir işlev üstlenir⁴³⁷. Bu nedenle, sözleşmede amacın açık olarak belirlenmesi önem taşır. Amacın, sözleşmeye dayanılarak belirlenememesi durumunda varsayıli amaç üzerinden hareket edilir⁴³⁸. Somut olayın koşulları, özellikle yararlanan taşınmazın veya kişiye bağlı irtifaklarda hak sahibinin ihtiyaçları ile hayatın olağan akışı ve olağan hayat deneyimleri bu belirlemede yol gösterici olur.

Bu doğrultuda, geçit hakkının, yüklü taşınmaz üzerinde belirlenen geçit yolundan yaya olarak veya araç ile geçmek amacıyla kurulduğu kabul edilir. Geçit yolunun nakliye amacıyla kullanılması varsayıli amacın dışında kalır⁴³⁹. Geçit hakkının amacı, geliş ve gidiş yolu olarak yüklü taşınmazı kullanma olgusu üzerine yapılanmıştır. Amacın yorumlanmasında, metinden anlaşılabilir olduğu ölçüde geçit yolunun konumu, genişliği, yaya veya araç geçişine uygun olup olmadığı, yararlanan taşınmaz ya da hak sahibinin ihtiyaçları dikkate alınabilir⁴⁴⁰. Federal Mahkeme uygulamasında, “amaç”, bir taraftan irtifaktan doğan hakların ve borçların belirlenmesinde bağımsız bir unsur olarak ele alınırken, diğer taraftan sözleşmenin yorumlanmasında bir alt unsur olarak ele alınmaktadır. Buna göre, kanunda belirtilen hiyerarşik sıra doğrultusunda tescil, kazanılma sebebi ile uzun süreli davasız ve iyiniyetli kullanılış biçiminden bir sonuç

⁴³⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, s.210.

⁴³⁷ REY, Dienstbarkeitsvertrag, s.259; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, s.276; LIVER, Art.738, s.457; BGE 29.03.2001 (ZBGR, 2002/83, s.247).

⁴³⁸ ESCHMANN, s.54.

⁴³⁹ ESCHMANN, s.54.

⁴⁴⁰ Bkz. ESCHMANN, s.55 ve s.55, dn.281 vd. belirtilen mahkeme kararları.

elde edilemezse son olarak irtifakın anlamı ve amacı değerlendirilmelidir⁴⁴¹. Ancak, bu görüş pratik açıdan önem taşımaz. Sözleşmenin yorumlanmasında dikkate alınan, bunun bir adım ötesinde hareket noktasını oluşturan amaç, yorumun her aşamasında göz önünde bulundurulduğu için son olarak başvurulacak unsurlar arasında amacın sayılması isabetli olmaz.

4. Kullanılış Biçiminin Yorumlanması

İrtifakın kurulmasından sonra tarafların sergiledikleri tutum ve davranışlar, TMK m.787/f.2’de (ZGB Art.738 Abs.2) belirtilen koşulların gerçekleşmesiyle birlikte irtifakın içeriğinin belirlenmesinde başvurulacak bir kaynağa dönüşür. Sergilenen tutum ve davranışlar yoluyla irtifakın kurulması aşamasında tarafların ortak iradelerine ulaşılabilir. Böylece, fiili bir durumdan normatif bir sonuç elde edilir⁴⁴². Geçit hakkı sahibinin, hakkını kullanmak amacıyla hareket ederken çizdiği çerçeve ve bu çerçeve karşısında yüklü taşınmaz malikinin tutumu, irtifak sözleşmesinin yorumundan yeterli açıklık elde edilemediğinde veya çelişkili sonuçlara ulaşıldığında, bu yorumu tamamlayıcı bir araç olarak devreye girer⁴⁴³. Kullanılış biçimi, içeriğin belirlenmesine ilişkin sorulara sözleşmede cevap bulunamaması durumuyla sınırlı olarak, tali bir yorum aracı rolü oynar⁴⁴⁴. Buna göre, kullanılış biçimi irtifakın içeriğinin belirlenmesinde bir emare oluşturur. Bir yorum aracı olarak oynadığı rol her zaman bu açıdan değerlendirilmelidir. İrtifakın içeriğinin belirlenmesinde, dikkate alınacak olan, herhangi bir kullanılış biçimi olmayıp, belirli unsurlarla desteklenmiş, nitelikli bir kullanılış biçimidir. Nitelikli kullanılış biçimi bakımından varlığı aranan koşullar⁴⁴⁵ TMK m.787/f.2’de (ZGB Art. 738 Abs.2) şöyle sıralanır.

⁴⁴¹ BGE 113 II 508; BGE 115 II 436; BGE 117 II 537.

⁴⁴² SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, s.276.

⁴⁴³ ESCHMANN, s.61.

⁴⁴⁴ Bkz. BGer 29.09.1983 (ZBGR, 1985/66, s.175).

⁴⁴⁵ Kullanılış biçiminin, irtifakın içeriğinin belirlenmesinde dikkate alınması için varlığı aranan koşullar ile olağan kazandırıcı zaman aşımı koşulları arasında büyük benzerlik bulunduğu yönünde ESCHMANN, s.64.

a. Uzun Süreden Beri Devam Etme

Kanunda yer verilen “uzun süreden beri” ifadesini, uygulamada bir sayı olarak belirleme çabası, ortak bir sonuç üzerinde uzlaşmayı sağlayamamıştır. Federal Mahkeme’nin, geçit hakkı bakımından söz konusu süreyi tartıştığı kararlarında, uzun süreden beri devam etme olgusunun sayısal karşılığı olarak farklı sonuçları yeterli kabul ettiği görülür⁴⁴⁶. TMK m.787/f.2 (ZGB Art.738 Abs.2) sadece uzun süreden beri devam etme koşuluna yer vermiş, bunun dışında bir süre sınırı öngörmemiştir. Böyle bir sürenin belirlenmesi amacıyla TMK m.712’de (ZGB Art.661) düzenlenen olağan kazandırıcı zaman aşımı süresinden hareket edilebilir⁴⁴⁷. Bir aynı hakkın kazanılması için yeterli görülen on yıllık zaman dilimi, bir aynı hakkın içeriğinin belirlenmesinde de kullanılabilir. Sürenin uzun tutulması, içerik bakımından tarafların gerçek arzularının isabetli olarak belirlenmesine hizmet eder. İçeriğin belirlenmesinde bir emare niteliği taşıyan kullanılış biçimi, ne kadar uzun süreye yayılırsa, işaret ettiği içerik de o kadar açık ve kesin olur. Süre kısaldıkça, kullanılış biçimine bağlı olarak irtifakın içeriğinin açık ve kesin biçimde anlaşılması zorlaşır. Sürenin mümkün olduğu kadar uzun tutulması tercih edilecek bir görüş olmakla birlikte sosyal hayat gerçeklerinin de göz önünde tutulması zorunludur. Hayatın olağan akışı ve olağan hayat deneyimleri dikkate alındığında on yıllık sürenin, “uzun süredir devam etme” koşulunun gerçekleşmesi için yeterli görülmesi gerekir. Kanunda herhangi bir dayanağı bulunmayan soyut sayısal tahmin yerine, olağan kazandırıcı zamanaşımı için öngörülen on yıllık sürenin kıyas yoluyla uygulanması isabetli olur. İleride açıklanacağı üzere, “uzun süreden beri kullanmama” sebebine dayalı olarak irtifakın sağladığı yararın ortadan kalkmış sayılması için kabul edilen on yıllık süre ile de uyum sağlanır. İrtifakın içeriği belirlenirken, TMK m.712 (ZGB Art.661) kıyas yoluyla uygulanarak, uzun süreden beri devam eden kullanılış biçimi on yıllık süre kapsamında değerlendirilir. Diğer taraf ise uzun süreden beri kullanılmama sebebine dayalı olarak irtifakın sağladığı yararın ortadan kalktığı kabul edilirken, BK m.125 (OR Art.127) kıyas yoluyla uygulanır ve on yıl boyunca kullanılmayan irtifak hakkının sağladığı yarar ortadan kalkmış kabul edilir.

⁴⁴⁶ BGE 87 II 88 - (28 yıl); BGer 28.06.2002 (ZBGR, 2003/84, s.304) - (40 yıl); BGer 17.12.2002 (ZBGR, 2003/84), s.308 - (38 yıl). Bunun yanında, beş yıllık kullanımın ZGB Art.738 Abs.2 anlamında yeterli olmadığı yönünde BGE 92 II 94.

⁴⁴⁷ ESCHMANN, s.65.

b. Davasız Olma

Kullanılış biçiminin, geçit hakkının içeriğinin belirlenmesinde etkili olabilmesi için uzun süreden beri devam etmesi yeterli olmayıp aynı zamanda uzun süreye yayılmış bu kullanılış biçiminin davasız olması da gerekir. Dava ile kastedilen yüklü taşınmaz maliki tarafından açılacak el atmanın önlenmesi davası veya zilyetliği koruyucu davalardır. Davasız olma koşulu geniş anlamda anlaşıldığından, sadece bu davaların açılmış olması, koşulun gerçekleşmesine engel olmaz⁴⁴⁸. Aynı zamanda davanın geçit hakkı sahibi aleyhine sonuçlanmış olması gerekir. Kanunda, davasız olma ifadesine yer verildiğinden, uyuşmazlığın dava dışında başka bir yoldan ileri sürülmesi koşulun gerçekleşmesi üzerinde etkili değildir. Bununla birlikte, dava dışı bir çekişmenin, “davasız olma” koşulu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği teorik bir tartışma olup, pratik açıdan sonuç üzerinde etkili değildir. Diğer bir söyleyişle, dava dışı bir çekişme “davasız olma” koşulu kapsamında değerlendirilmese dahi iyiniyetli kullanımı ortadan kaldıracağı için nitelikli kullanılış biçiminin gerçekleşmesine engel olur.

c. İyiniyetli Kullanıma Dayanma

İyiniyet bakımından temel düzenlemeyi oluşturan TMK m.3 (ZGB Art.3) iyiniyetin tanımına yer vermez. Düzenlemenin birinci fıkrası, iyiniyete hukuki sonuç bağlanan durumlar için bir iyiniyet karinesi içerirken, ikinci fıkra ise iyiniyetin sağladığı hukuki korumadan yararlanma olanağı varken kendisinden beklenen özeni göstermeyen kişinin iyiniyetli kabul edilmeyeceği kuralına yer verilir⁴⁴⁹. Kanun koyucu tanım vermeme yönündeki isabetli görüşünü iyiniyet bakımından da devam ettirdiğinden, iyiniyetin tanımlanması öğreti ve uygulamaya kalır. Genel tanımıyla iyiniyet, bir hukuki sonucun doğumuna ilişkin engeli bilmemeyi, gerekli tüm dikkat ve özeni göstermesine rağmen bilecek durumda da olmamayı ifade eder⁴⁵⁰. İyiniyet, hukuki bir noksanlık ya da bozukluk karşısında durumu fark edebilme bilincindeki eksiklik⁴⁵¹. Bu eksikliğe yol açan her durumun iyiniyet kavramı altında toplanabilir

⁴⁴⁸ ESCHMANN, s.66.

⁴⁴⁹ SCHNYDER, Bernhard: “Der gute Glaube im Immobiliarsachenrecht”, ZBGR, 1985/66, s.66.

⁴⁵⁰ HELVACI/ERLÜLE, s.37.

⁴⁵¹ SCHNYDER, s.68.

olup olmadığı tartışmalıdır⁴⁵². Konuya ilişkin temel düzenleme olan TMK m.3/f.2’yi (ZGB Art.3 Abs.2) yorumlayan hakim görüş⁴⁵³, “durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen” ifadesinden hareket eder ve söz konusu eksikliğin mutlaka haklı mazerete dayanmasını arar. Buna göre, herhangi bir mazereti olmadan veya haklı bir mazerete dayanmadan gerekli özeni göstermeyen kişi iyiniyetli kabul edilmez. Diğer bir görüş⁴⁵⁴ ise haklı mazeret kavramından soyut olarak sadece hukuki noksanlık ya da bozukluğun farkında olma bilincindeki eksikliği esas alır. Bu doğrultuda, iyiniyetli olmak bakımından haklı bir mazeretin varlığı aranmaz. Bilinçteki eksiklik, haklı bir mazerete dayansın ya da dayanmasın iyiniyetli olma sonucunu doğurur. Farklı bir görüş⁴⁵⁵ ise TMK m.787/f.2’ye (ZGB Art.738 Abs.2) özgü olarak iyiniyet kavramının, genel olarak iyiniyet kavramına yüklenen anlamdan farklı değerlendirilmesi gerektiğini savunur. Buna göre, sert biçimde gerçekleştirilecek iyiniyet değerlendirmesinin adaletsiz sonuçlar doğurması mümkündür. Hukuki bir noksanlık veya bozukluğun bilinmesi gerektiği savunulurken ancak ağır kusuru nedeniyle durumu değerlendiremeyen kişi iyiniyetli sayılmamalı, bunun dışındaki kusur dereceleri iyiniyetli kabul edilmeye engel oluşturmamalıdır. Kanaatimizce, hukuki sonuca ilişkin noksanlık veya bozukluğun farkında olmama bilinci, tek başına iyiniyetli sayılma bakımından yeterli değildir. Somut olay kapsamında gerekli özenin gösterilmesi de iyiniyetli sayılma bakımından dikkate alınmalıdır. Diğer bir söyleyişle, hukuki noksanlık veya bozukluğu ortadan kaldıracak bilincin oluşumu için iradenin gerekli biçimde kullanılması da aranmalıdır. İrtifakın içeriğinin belirlenmesinde başvuru olan iyiniyet kavramının tanımlanmasında, TMK m.3/f.2 (ZGB Art.3 Abs.2) anlamındaki iyiniyet tanımından ayrılmayı gerektiren bir durum yoktur.

Yukarıda kümülatif olarak aktarılan koşulların gerçekleşmesiyle birlikte kullanılış biçimi, geçit hakkının içeriğinin belirlenmesinde tali bir rol oynar. Böylece,

⁴⁵² SCHNYDER, s.69.

⁴⁵³ BAUMANN, MAr: Zürcher Kommentar, ZGB Art.1-7, Einleitung-Das Personenrecht, 1998, s.720; BERCHTOLD, Tamara: Zur Revisionsbedürftigkeit des Bauhandwerkerpfandrechts, Zürich 2008, s.48; SCHUMACHER, , s.302; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.348; HELVACI/ERLÜLE, s.37; AKİPEK/ AKINTÜRK, s.485; BGE 126 III 505.

⁴⁵⁴ Bkz. SCHNYDER, s.70 vd..

⁴⁵⁵ ESCHMANN, s.65.

irtifak sözleşmesinde boş bırakılan içeriğin kullanılış biçimi doğrultusunda belirlendiği veya sözleşmede kararlaştırılan içeriğinin yine kullanılış biçimi doğrultusunda değiştirildiği sonucuna ulaşılabilir. Başvurulacak farklı yorum araçları geçit hakkının içeriğinin isabetli olarak belirlenmesinde etkin rol oynarlar. Özellikle, kullanılış biçimi ortak iradenin açıklığa kavuşturulmasında aydınlatıcıdır. Bu yolla, irtifak sözleşmesinin metninden ayrılmak mümkün olduğu gibi daha geniş bir yorumla tescilden dahi ayrılmanın mümkün olabileceği savunulur⁴⁵⁶. Kanaatimizce, kullanılış biçimine, irtifak sözleşmesini tamamlayan ya da değiştiren bir işlev yüklenmesi isabetli olmakla birlikte tescili düzeltici ya da değiştirici bir işlevden söz edilmesi amacı aşan bir yorum olur. Her şeyden önce bu sonuç, TMK m.787'ye (ZGB Art.738) aykırıdır. Kanun koyucu, irtifak sözleşmesi ve nitelikli kullanılış biçimine ancak tescilin çizdiği sınırlar içinde anlam yüklemiştir. Bu sınırın dışında gerçekleşen kullanım irtifakın yorumlanmasında dikkate alınmaz⁴⁵⁷.

III. GEÇİT HAKKININ HÜKÜMLERİ

A. Kanundan Doğan Borç İlişkisi

1. Genel Olarak

Geçit hakkının doğumuyla birlikte taraflar arasında temelini kanunda bulan bir borç ilişkisi kurulur. İntifa hakkı veya üst hakkından farklı olarak geçit hakkı bakımından kanun koyucu özel düzenleme getirmek yerine bir yollama hükmü ile taşınmaz lehine irtifaklara ilişkin hükümlerin geçit hakkı için de uygulanabilir olduğunu belirtmekle yetinmiştir. Böylece, geçit hakkının eşyaya bağlı irtifak olarak kurulduğu durumların yanında kişiye bağlı irtifak olarak kurulduğu durumlar da aynı kanuni borç ilişkisine bağlanır. Kanundan doğan borç ilişkisi aynı zamanda geçit hakkının aynı etkili içeriğini oluşturur⁴⁵⁸. Yüklü taşınmaz veya yararlanan taşınmaz mülkiyetindeki her değişiklik söz konusu kanuni borç ilişkisinin taraflarının da değişmesi sonucunu doğurur. Diğer bir söyleyişle her yeni malik bu ilişkinin tarafı durumuna gelir. Kanundan doğan borç ilişkisini düzenleyen hükümler kural olarak yedek hüküm

⁴⁵⁶ ESCHMANN, s.67.

⁴⁵⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.629.

⁴⁵⁸ STREIFF/PELLEGRINI/von KAENEL, s.493.

niteliğinde olduğundan aksinin taraflarca kararlaştırılması mümkündür⁴⁵⁹. Yüklü taşınmaz maliki ile geçit hakkı sahibi arasındaki anlaşma ile kanuni borç ilişkisinden ayrılmak mümkündür. Böyle bir anlaşma çoğu zaman irtifak sözleşmesi kapsamında gerçekleşir. Bununla birlikte anlaşmanın yapılabilmesi zaman bakımından sınırlanmamıştır. Geçit hakkı kurulup kanuni borç ilişkisi devreye girdikten sonra dahi yapılması mümkündür⁴⁶⁰. Taraflarca, kanuni borç ilişkisini değiştiren veya ortadan kaldıran düzenlemeler de aynen değiştirdikleri veya ortadan kaldırdıkları kanuni borç ilişkisi hükümleri gibi aynı etkiye sahip olurlar⁴⁶¹. Ancak, bu açıklamalardan kanuni borç ilişkisinin tüm hükümleri ile birlikte değiştirilebilir veya ortadan kaldırılabilir olduğu sonucuna ulaşılmaması gerekir. Aynı haklar alanına hakim olan sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkeleri böyle bir sonuca ulaşılmasına engel oluşturur. Taraflara tanınan tasarruf serbestisi geçit hakkının “zorunlu kanuni doğasını”⁴⁶² belirleyen hükümler ile sınırlıdır. Emredici karakterli bu hükümlerin çizdiği sınır aşılarak geçit hakkının kanuni tipini bozan ve özellikle mülkiyet ile irtifaklar arasındaki sınırı ortadan kaldıran düzenlemeler getirilemez. Diğer bir söyleyişle, bir irtifak hakkının zorunlu kanuni doğasını belirleyen hükümler sözleşme özgürlüğünü dışlayarak kanuni düzenlemenin taraf iradeleri ile biçimlendirilmesine engel olurlar⁴⁶³.

2. Temel İlişki ile Kanuni Borç İlişkisinin Taraflarının Ayrılması

Temel ilişkinin (irtifak sözleşmesinin) tarafları ile geçit irtifakının kurulmasıyla oluşan kanuna dayalı borç ilişkisinin taraflarını çoğu zaman aynı kişiler oluşturur. Diğer bir söyleyişle taraflar arasındaki hukuki ilişki çift kademelidir. Bununla birlikte, irtifak sözleşmesinin tarafları ile kanuna dayalı borç ilişkisinin taraflarının farklı kişilerden oluşması da mümkündür. Tapu siciline iyiniyetli güvenin korunması ilkesinin veya devri mümkün geçit hakkının devredilmesinin bir sonucu olan bu farklılık tasarruf işleminin dayanağını oluşturan sözleşmeye dayalı borç ilişkisi ile

⁴⁵⁹ LİVER, Art. 741, s.502; BAUMANN, Art. 745, s.48; ÖZEN, s.117.

⁴⁶⁰ ÖZEN, s.119.

⁴⁶¹ ÖZEN, s.118.

⁴⁶² ÖZEN, s.115.

⁴⁶³ ÖZEN, s.117.

tasarruf işlemi sonucunda ortaya çıkan kanuni borç ilişkisinin birbirinden ayrılması zorunluluğu bir kez daha vurgular⁴⁶⁴. İrtifak sözleşmesi kimler arasında kurulmuşsa sözleşmeye dayalı borçlar da onlar tarafından yüklenilir. Kural olarak, sözleşmenin taraflarını üzerinde geçit hakkı kurulacak taşınmazın maliki ile geçit hakkını kazanacak kişi oluştururlar. Bazı durumlarda ise sicilde yolsuz tescile dayalı olarak malik gözüken kişi de bu sözleşmeye taraf olabilir ve tescilin gerçekleşmesiyle karşı taraf TMK m.1023'e göre geçit hakkını kazanabilir⁴⁶⁵. Bu olasılıkta, taşınmazın maliki irtifak sözleşmesinin tarafı olmamakla birlikte geçit hakkına dayalı kanuni borç ilişkisinin tarafını oluşturur. Malik, sözleşmeye dayalı herhangi bir talep ileri süremezken, geçit hakkı sahibi de sözleşmeden doğan haklarını malike karşı ileri süremez. Taraflar arasındaki ilişkisi, bu olasılıkta, tek kademeli olarak karşımıza çıkar. İvazlı irtifak sözleşmesi bakımından karşılıklı edimler için ifa sırası kararlaştırılmış ve bedelin irtifakın kurulmasından sonra ödenmesi üzerinde anlaşılmışsa bedeli talep hakkı malike değil, sözleşmenin tarafı olan kişiye aittir. Aynı doğrultuda, geçit hakkı sahibine yöneltilebilecek kanundan doğan borç ilişkisine dayalı yükümlülüklerin yerine getirilmesi talebi de malike ait olup, sözleşmenin tarafı olan kişinin böyle bir talepte bulunması mümkün değildir. Bu durum, adına yolsuz tescil gözüken kişinin aynı zamanda taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak veya nisbi hak sahibi olduğu olasılıklarda gündeme gelebilir. Geçit hakkı sahibinin kanundan doğan borç ilişkisine dayalı yükümlülüklerini (örn. özenli kullanım borcu) ihlal etmesi sözleşmeye taraf olan kişinin sınırlı ayni hakkının (örn. intifa hakkı) ya da nisbi hakkının (örn. kiradan doğan kullanım hakkına) zarar görmesine neden olabilir. Böyle bir durumda, intifa hakkı sahibi veya kiracı bakımından, geçit hakkı sahibinin zarar verici davranışlarını engellemek amacıyla kanundan doğan borç ilişkisine dayanma yolu kapalıdır⁴⁶⁶. Benzer sonuçların geçit hakkının devrine dayalı olarak gerçekleşmesi de mümkündür. Yeni hak sahibi, sözleşme ilişkisine taraf olmadığı için sözleşmeden doğan talepler

⁴⁶⁴ **ÖZEN**, s.107. Kanundan doğan borç ilişkisini, "İrtifak sözleşmesinden doğan haklar" başlığı altında aktaran Federal Mahkeme kararının eleştirisi için bkz. **LIVER**, Art.737, s.369. Ayni etkili kanuni borç ilişkisi ve sözleşmeye dayalı borç ilişkisi kavramları için bkz. BGer 13.05.2008 5A_171/2008 (**KOLLER**, Alfred: Sachenrecht, Entwicklungen 2008, s.40).

⁴⁶⁵ **ÖZEN**, s.108.

⁴⁶⁶ Kanuni borç ilişkisine taraf olmayan intifa hakkı sahibinin ayni hakkına dayalı koruma sisteminden yararlanması mümkündür. Aynı durumdaki kiracı ise geçit hakkı sahibine karşı zilyetliği koruyucu düzenlemelere başvurabilir.

onun tarafından ileri sürülemez. İleride değinileceği üzere yüklü taşınmaz maliki tarafından geçit hakkının ihlal edilmesi durumunda sözleşmeye dayalı taleplere başvurma yolu geçit hakkını devren kazanan kişi bakımından kapalıdır.

İrtifak sözleşmesinde geçit hakkının kurulması bakımından alacaklı olan taraf, tescilin gerçekleşmesiyle birlikte geçit hakkı sahibi sıfatıyla kanuni borç ilişkisinde yerini alır. Aynı doğrultuda, geçit hakkı kurma borcu altındaki taraf da yüklü taşınmaz maliki olarak ilişkinin diğer tarafını oluşturur. Geçit hakkı sahibi, TMK m.786/f.1 (ZGB Art.737 Abs.1) gereğince, irtifaktan doğan yetkilerin kullanılması ve hakkın korunması bakımından en yetkili kişidir. Geniş bir alana yayılan yetkiler yelpazesi ile donatılmıştır⁴⁶⁷. Geçit irtifakının gereği gibi kullanılması ve korunması adına gerekli tüm davranışları sergileyebilir ve önlemleri alabilir. Borçlandırıcı işlem aşamasında, sadece irtifakın kurulması talebinden ibaret olan nisbi karakterli hak üzerine kurulmuş hukuki durum, tescille birlikte geçit hakkının kapsam ve içeriği doğrultusunda aynı etkilere sahip hukuki duruma dönüşür. Geçit irtifakıyla yüklenen taşınmazın maliki ise geçit hakkı sahibine tanınan tüm yetkiler karşısında pasif konumda yer alır. TMK M.779/f.1 (ZGB Art.730 Abs.1) ve TMK m.786/f.2'de (ZGB Art.737 Abs.3) belirtildiği üzere yüklü taşınmaz maliki, taşınmazının geçit yolu olarak kullanılmasına katlanmak ve geçit irtifakının kullanılmasını zorlaştıracak ya da engelleyecek davranışlardan kaçınmak yükümlülüğü altına girer⁴⁶⁸.

B. Borç İlişkisinin Hükümleri

1. Geçit Yolunun Yapımı ve Bakım Giderleri

Geçit yolunun yapımı ve bakımına yönelik masraflar geçit hakkı sahibine aittir. Her ne kadar geçit yolunun yapımına ilişkin özel bir düzenleme bulunmasa dahi işin niteliği gereği bu masrafların geçit hakkı sahibine ait olması gerekir⁴⁶⁹. Bununla

⁴⁶⁷ ZÜRCHER, s.23.

⁴⁶⁸ ZÜRCHER, s.24. Aynı yönde SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, s.269; LIVER, Art.730, s.73 vd.; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s.42 vd..

⁴⁶⁹ Bkz. LIVER, Art.741, s.506; ÖZAKMAN, s.98; KARAHASAN, C.II, s.104.

birlikte aynı sonuca “Bakım giderleri” kenar başlığını taşıyan TMK m.790 (ZGB Art. 741) yoluyla da ulaşılması mümkündür⁴⁷⁰. Geçit hakkının kurulmasıyla birlikte ortaya çıkan kanundan doğan borç ilişkisinin temel düzenlemelerinden biri TMK m.790’da (ZGB Art.741) yer alır. Hemen hemen her irtifak hakkından beklenen yararın elde edilmesi yüklü taşınmaz üzerinde hazır bulunan veya irtifakın kurulmasıyla birlikte inşa edilecek tesislerin kullanılmasını gerektirir⁴⁷¹. Söz konusu tesislerin amaçlanan kullanıma en verimli biçimde hizmet edebilmesi gerekli bakımların yapılmasına bağlıdır. Bakım yükümlülüğünün kime ait olduğu ve bakım masraflarının kimin tarafından karşılanacağı sorusu TMK m.790’da (ZGB Art.741) cevaplanmıştır. Buna göre,

“İrtifak haklarının kullanılması için gerekli tesislerin bakımı, yararlanan taşınmaz malikine aittir.

Tesisler yüklü taşınmazın malikine de yararlı ise, bunların bakım giderlerine her iki malik yararları oranında katılır”.

Söz konusu düzenlemenin ikinci fıkrası ortaklaşa kullanılan tesislerin⁴⁷² bakım yükümlülüğünü hem yararlanan hem de yüklü taşınmaz maliki arasında yararlanma oranı doğrultusunda paylaştırır. Yararlanma oranı doğrultusunda masraflara katılma kuralı komşuluk hukukuna ilişkin genel bir kuraldan kaynaklanır⁴⁷³. TMK m.750’ye (ZGB Art.698) göre,

“Her taşınmaz maliki, komşuluk hukukundan doğan yetkilerin kullanılması için gerekli işlere ve bunların giderlerine, kendi yararlanması oranında katılmakla yükümlüdür”.

TMK m.790 (ZGB Art.741), kanuni borç ilişkisini düzenleyen yedek hükümler arasında yer alır⁴⁷⁴. Düzenlemenin birinci fıkrası geçit yolunun bakım

⁴⁷⁰ ÖZSUNAY, s.201, dn.10.

⁴⁷¹ RIEMER, s.70.

⁴⁷² Geçit sistemini oluşturan tüm unsurların özellikle köprüler, raylı sistemler, arklar, yaya yolları, kaldırımlar ve istinat duvarlarının “tesis” kavramı içinde değerlendirileceği yönünde ZÜRCHER, s.43.

⁴⁷³ LIVER, Art.741, s.501.

⁴⁷⁴ LIVER, Art.741, s.502; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-YUNGO (TUOR/ SCHNYDER/ SCHMID), s.949; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s.86; KARAHASAN, C.II, s.105.

masrafları yararlanan taşınmaz malikine yükler⁴⁷⁵. Ancak, taraflar aksi yönde bir anlaşma yapabilecekleri gibi ikinci fıkrada belirtildiği gibi masrafların yarı yarıya ya da belirli bir oran dahilinde paylaşılmasını da kararlaştırabilirler⁴⁷⁶. Bu aşamada sözleşme özgürlüğü kuralı uygulanır. Taraflar, geçit hakkının zorunlu kanuni doğasını bozmama koşuluyla aralarındaki hukuki ilişkiyi ortak iradeleri doğrultusunda şekillendirebilirler⁴⁷⁷. Bir görüş, TMK m.790/f.2 (ZGB Art.741 Abs.2) ile getirilen düzenlemenin sadece bakım masraflarına yararlanma oranında katılmayı öngördüğünü, bunun dışında yüklü taşınmaz malikine bakımı ortaklaşa gerçekleştirme borcu yüklenemeyeceğini kabul eder⁴⁷⁸. Farklı bir görüş ise böyle bir düzenlemenin mümkün olduğunu belirtir⁴⁷⁹. Kanaatimizce, TMK m.790/f.2'de (ZGB Art.741 Abs.2) sadece yararlanma oranında masraflara katılma düzenlemiş olup bakımı ortaklaşa gerçekleştirme hususu söz konusu hükmün dışında bırakılmıştır. Ancak, irtifak sözleşmesinde bakım borcunun da ortaklaşa gerçekleştirileceğinin kararlaştırılmasında bir engel bulunmaz. Bir olumlu edimin irtifakın asli içeriğini oluşturamayacağı kuralına sadık kalınarak böyle bir düzenleme getirilmesi mümkündür. Yukarıda belirtilen ikinci görüşün bu şekilde anlaşılması gerekir.

Masrafların kime ait olacağı veya nasıl paylaşılacağına ilişkin bir düzenleme yapılmasının tarafların menfaatine olacağı da açıktır. Böyle bir anlaşmanın bulunmaması ve söz konusu tesislerden hem geçit hakkı sahibinin hem de yüklü taşınmaz malikinin yararlanması durumunda her birinin yararlandığı oranda masraflara katılacağı kanun hükmü gereğidir. Yararlanma oranının neye göre belirleneceği ve bu oranın masraflara nasıl yansıtılacağı uyuşmazlıklara kapı aralar nitelikte olduğundan buna dayalı uyuşmazlıklarda; yararlanma yoğunluğu, tesislerin yeri ve konumu ile

⁴⁷⁵ Yararlanan (ve yüklü) taşınmazın paylı mülkiyete tabi olması durumunda irtifak düzeninden doğan masrafların TMK m.790'a (ZGB Art.741) göre değil, TMK m.694 (ZGB Art.649) kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-YUNGO (TUOR/SCHNYDER/SCHMID)**, s.949.

⁴⁷⁶ **ZÜRCHER**, s.43; **HONSELL/VOGT/GEISER**, Art.741, s.1368; **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s.86; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s.656; BGE 116 II 290.

⁴⁷⁷ Yüklü taşınmaz malikine katılma yükümlülüğü yanında ek yük getiren anlaşmalara özellikle geçit hakkı bakımından sıklıkla yer verildiği yönünde **PFÄFFLI**, s.59.

⁴⁷⁸ **STREIFF/PELLEGRINI/von KAENEL**, s.493.

⁴⁷⁹ **HONSELL/VOGT/GEISER**, Art.741, s.1367.

geçmişte bakım masraflarına ilişkin gerçekleşen uygulama dikkate alınır⁴⁸⁰. Taraflar, tesislerin bakımıyla ilgili düzenleme getirme konusunda serbesttir. Ancak, irtifaklara hakim genel kurallar gereğince bakım masraflarını karşılama borcunun geçit irtifakının asli yapısını oluşturacak biçimde yüklü taşınmaz malikine bırakılması mümkün değildir⁴⁸¹. Yüklü taşınmaz malikinin hukuki durumu daima katlanma ya da kaçınma edimine göre belirlenir. Taraflarca, TMK m.790'nın (ZGB Art.741) aksi yönünde bir anlaşma yapılırken bu hususun göz önünde bulundurulması önemlidir⁴⁸². Yapma veya verme borcu niteliğindeki bir edimin, yan edim niteliğinden sıyrılarak asli edim olarak irtifakın yapısına dahil edilmesi, geçit hakkının zorunlu kanuni doğasının bozulması sonucunu doğurur⁴⁸³. Geçit hakkının kanuni tipini bozan böyle anlaşma hükümleri ise aynı etkili içerikte yer alamazlar. Tarafların, kanuni tiplerle oynadığı veya tipin bozulmasına sebep oldukları durumlarda, geçit hakkı doğmaz. Sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkeleri, zorunlu kanuni doğasıyla oynanmış bir irtifak hakkının doğumuna engel oluşturur⁴⁸⁴. Buna karşılık, emredici karakterli düzenlemelere aykırı olan bu anlaşmaların aynı içerik üzerinde etkili olmaması kabul edilmemekle birlikte sadece taraflar arasında nisbi karakterli bir borç ilişkisi oluşturmalarına izin verilebilir⁴⁸⁵.

İrtifakın kullanılması için gerekli tesislerin bakım masraflarını yararlanan taşınmaz malikine yükleyen TMK m.790/f.1'nin (ZGB Art.741 Abs.1) temelinde söz konusu tesislerin mülkiyetinin irtifak hakkı sahibine ait olduğu düşüncesi yer alır⁴⁸⁶.

⁴⁸⁰ ZÜRCHER, s.43. Benzer yönde HONSELL/VOGT/GEISER, Art.741, s.1367.

⁴⁸¹ STREIFF/PELLEGRINI/von KAENEL, s.482; LIVER, Art.730, s.73; HONSELL/VOGT/GEISER, Art.741, s.1366; ZÜRCHER, s.24; KÖPRÜLÜ/ KANETİ, s.55; BGE 50 II 234.

⁴⁸² ZÜRCHER, s.43; BGE 67 I 124.

⁴⁸³ Böyle bir sonucun ancak taşınmaz yükü kapsamında elde edilebileceği yönünde ZÜRCHER, s.44; SAYMEN/ELBİR, s.449.

⁴⁸⁴ İntifa hakkının konusunu oluşturan, devir ve intikal yeteneği bulunmadığını vurgulayan veya intifa hakkı sahibine özenli bir yönetici gibi davranma yükümlülüğü yükleyen düzenlemelerin intifa hakkının zorunlu kanuni tipini oluşturduğu ve emredici karakterli bu düzenlemelerin sözleşme özgürlüğünü dışladığı yönünde ÖZEN, s.115.

⁴⁸⁵ LIVER, Art. 741, s.503.

⁴⁸⁶ Tesislerin mülkiyeti konusuna değinmeksizin, geçit hakkı sahibinin, söz konusu tesisleri kullanan sıfatıyla bakım masraflarını karşılaması gerektiği yönünde ZÜRCHER, s.43; HONSELL/VOGT/GEISER, Art.741, s.1366.

Buradaki mülkiyet kendine özgü nitelikleri olan özel bir mülkiyettir⁴⁸⁷. Aslında konuya ilişkin tartışmalar, daha fazla harcama gerektiren ve ekonomik değeri yüksek olan, özellikle üst hakkı ve mecra hakkı kapsamında yapılan tesisler bakımından önem taşır. Geçit yolunun bakımı önemli harcama gerektirmedığından bu açıklamaların geçit hakkı bakımından sadece teorik öneme sahip olduğu söylenebilir. Bütünleyici parça kuralının bir istisnası olarak irtifak hakkına dayalı inşa edilen tesislerin mülkiyeti irtifak hakkı sahibine ait olacağından bakım masraflarının da ona yüklenmesi doğaldır⁴⁸⁸. Bizim de benimsediğimiz görüşe⁴⁸⁹ göre irtifak hakkı sahibi, hakkını kullanmak amacıyla yükümlü taşınmaz üzerinde yaptığı ve kurduğu tesislerin mülkiyetine sahip olur. Söz konusu mülkiyet kendine özgü nitelikleri olan ve en önemlisi hukuki kaderi irtifak hakkına bağlanmış özel bir yetki olarak anlaşılır. Bunun doğal sonucu olarak mülkiyet üzerindeki tasarruflar irtifak hakkı üzerinden gerçekleşir. Mülkiyet ile irtifak hakkının birbirinden ayrılarak bağımsız tasarruflara konu oluşturmalarına izin verilmez. Bu anlamda, geçit hakkı sahibi tarafından hakkın kullanılması amacıyla yapılan ve kurulan tesisatın mülkiyeti de yine geçit hakkı sahibine ait olur. Böylece, bütünleyici parça kuralı devre dışı bırakılır. Bazı durumlarda ise geçit hakkı sahibi hakkın gereği gibi kullanılmasına hizmet edecek tesisleri hazır olarak bulur. Örneğin; yollar, köprüler, bunların tahsis amacına hizmet eden kanallar, aydınlatma ve güvenlik tesisatları ya da istinat duvarları önceden yapılmış durumda olabilir. Geçit hakkı sahibi söz konusu tesisatları kullandığı sürece bunların bakım masraflarını da karşılama yükümlülüğü altındadır⁴⁹⁰. Bakımın gerçekleştirilmesi, yararlanan taşınmaz maliki açısından bir yükümlülük niteliği taşıırken, bu yükümlülüğün karşısında yüklü taşınmaz maliki açısından bakım faaliyetlerinin gerçekleştirilmesini isteme hakkı bulunur. Kanundan doğan borç ilişkisine bağlı hak ve yükümlülükler aynı etkiye sahip olduklarından geçit hakkının her sahibi bakım borcunun yükümlüsü durumundadır. Yüklü taşınmaz maliki ile geçit hakkı sahibi arasındaki anlaşma ile bakım yükümlülüğü ortadan kaldırılmış

⁴⁸⁷ **LIVER**, Art.743, s.575.

⁴⁸⁸ **ÖZAKMAN**, s.100.

⁴⁸⁹ **HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL (HAAB)**, Art.675, s.355 vd.;**HONSELL/VOGT/GEISER**, Art.741, s.1366; **ÖZAKMAN**, s.99 vd.;**OĞUZMAN/SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, s.413 vd..

⁴⁹⁰ **ZÜRCHER**, s.43; **LIVER**, Art.741, s.505; **HONSELL/VOGT/GEISER**, Art.741, s.1367.

olsa dahi böyle bir anlaşmaya aynı etki kazandırılmadığı sürece her yeni hak sahibi açısından bakım yükümlülüğü yeniden canlanır. Aynı şekilde yüklü taşınmaz mülkiyetini kazanan her yeni malik de bakım yükümlülüğün yerine getirilmesini talep edebilir⁴⁹¹. Birikmiş bakım masrafı borçları bakımından ise eski malik ile yeni malik müteselsilen sorumludurlar. Eski malikin müteselsil sorumluluğu sadece kendi mülkiyeti döneminde doğan borçlarla sınırlıdır⁴⁹². Bakım yükümlülüğün ihlalinin doğan zararın tazmini ise sadece zarara neden olan geçit hakkı sahibinden talep edilebilir. Zarar verici davranışın gerçekleşmesinden sonra hak el değiştirmiş ise yeni hak sahibi selefinin neden olduğu zarardan sorumlu tutulmaz⁴⁹³.

TMK m.790 (ZGB Art.741) tesislerin bakım masraflarına ilişkin bir düzenleme getirmekte, buna karşılık tesislerin yapım masraflarının kime ait olacağı sorusuna cevap vermemektedir. Sorunun cevaplanması için TMK m.786'dan (ZGB Art.737) hareket edilebilir. Buna göre, geçit hakkı sahibi, hakkını gereği gibi kullanabilmek için gerekli olan tüm önlemleri alabilir. Yüklü taşınmaz maliki bu amaçla gerçekleşen her müdahaleye katlanmakla yükümlüdür⁴⁹⁴. Dolayısıyla, hakkın kullanılması için gerekli olan tüm tesisleri yapma yetkisine sahip olan geçit hakkı sahibi yapım masraflarına da katlanmalıdır. Taşınmaz malikine, komşuluk hukukundan doğan yetkilerin kullanılması için gerekli işlere ve bunların giderlerine kendi yararlanması oranında katılma borcu yükleyen TMK m.750 (ZGB Art.698) veya taşınmazın etrafının çit veya duvar gibi sınırlıklarla çevrilmesi için yapılan giderlerin taşınmaz malikine ait olduğunu kabul eden TMK m.749 (ZGB Art.697) kıyas yoluyla uygulanarak aksi sonuca ulaşılamaz⁴⁹⁵.

⁴⁹¹ **STREIFF/PELLEGRINI/von KAENEL**, s.493; **HONSELL/VOGT/GEISER**, Art.741, s.1367.

⁴⁹² **LIVER**, Art.741, s.505; **HONSELL/VOGT/GEISER**, Art.741, s.1367, 1368.

⁴⁹³ **LIVER**, Art.741, s.506.

⁴⁹⁴ Geçit hakkı sahibi, geçit yolunu temizleme, engelleri ortadan kaldırma, burada bulunan ağaç ve çalıları budama ya da kesme, başta elektrik tesisatı olmak üzere diğer gerekli tesisatları döşeme, istinat duvarı inşa etme veya yolun güvenliğini sağlamak için gerekli önlemleri alma yetkilerine sahiptir. Yüklü taşınmaz maliki, bu faaliyetlerin yürütülmesi amacıyla taşınmazına işçilerin ve iş makinelerinin girmesine, kullanılacak malzemenin geçici olarak taşınmazında depolanmasına katlanmalıdır. Bu yönde **LIVER**, Art. 737, s.370; **ÖZAKMAN**, s.98.

⁴⁹⁵ **LIVER**, Art.741, s.506.

2. Geçit Yolunun Kullanılması

İrtifak sözleşmesine dayanan kurucu nitelikteki tescilin gerçekleşmesiyle birlikte geçit hakkı da doğmuş olur. Geçit hakkı, her ne kadar tescille birlikte doğmuş kabul edilse dahi hükümlerini geçmişe etkili olarak tescil talebinin yevmiye defterine kaydedildiği tarihten itibaren meydana getirir. TMK m.1022/f.1 ve f.2'ye göre,

“Aynı haklar, kütüğe tescil ile doğar; sıralarını ve tarihlerini tescile göre alır.

Tescilin etkisi, kanunen öngörülen belgeler isteme eklenmiş veya geçici tescil halinde, belgelerin uygun zamanda tamamlanmış olması koşuluyla yevmiye defterine yapılan kayıt tarihinde başlar”.

Aynı doğrultuda TST m.22/c.5'e göre,

“Yevmiye defterine, tapu sicili üzerinde işlem yapılmasını gerektiren veya reddedilen istemler kaydedilir. Tapu sicili üzerinde kayıtlı hakların birbirlerine üstünlüğü, bu deftere yazım tarih ve sıra numarasına göre belirlenir”.

Bu düzenlemeler çerçevesinde varlık kazanan geçit hakkı, hak sahibine geniş yetkiler tanır. Söz konusu yetkiler TMK m.786'nın (ZGB Art.737) söylemiyle, hakkın kullanılması ve korunması için gerekli olan sınırların uç noktasına kadar dayanırlar. Geçit hakkı sahibinin yetkilerinin belirlenmesi “amaç, içerik ve kapsam” doğrultusunda sağlanır⁴⁹⁶. Diğer bir söyleyişle geçit hakkının soyut varlığının somutlaştırılması söz konusu üç unsura göre gerçekleşir. Aslında, tüm yetkilerin temelinde yüklü taşınmazı geçit yolu olarak kullanma yetkisi bulunur. Diğer yetkiler, irtifakın amacını oluşturan geçit olarak kullanma olgusuna hizmet ederler. Geçit hakkı sahibi, amacın gerçekleşmesinin önünde bulunan her engeli yok etme yetkisiyle donatılır⁴⁹⁷. Bu anlamda, geçit yolunun kullanımına engel olan bitki, parmaklık, çit, duvar gibi her türlü engeli ortadan kaldırabilir. Bu anlamda geçit hakkı sahibine tanınan yetkilerden biri de TMK m.740/f.1'de (ZGB Art.687 Abs.1) düzenlenen keserek ayırma

⁴⁹⁶ LIVER, Art.742, s.523.

⁴⁹⁷ ZÜRCHER, s.23; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s.81.

ve mülkiyetine geçirmedi⁴⁹⁸. Komşu taşınmaz malikine tanınan, taşkınlık oluşturan bitki dal ve köklerini kesme ve bunları mülkiyetine geçirme ayrıcalığı, bu olasılıkta geçit hakkı sahibine aktarılır. Böylece, geçit hakkı sahibi komşuluk hukukuna dayalı doğrudan mülkiyet kısıtlaması niteliğindeki bir düzenlemeden yararlandırılır. Aynı doğrultuda, geçit hakkı sahibinin TMK m.737’den de (ZGB Art.684) yararlanması mümkündür. Komşu taşınmaz malikinin gerçekleştirdiği kazı veya yapı faaliyetleri sırasında geçit yolunun sarsılması, etkilenmesi ya da zarar görmesi söz konusuysa geçit hakkı sahibinin TMK m.730’a (ZGB Art.679) dayalı taleplerde bulunması mümkündür. Daha genel bir ifadeyle taşınmaz mülkiyetinin doğrudan kanundan doğan kısıtlamalarının ihlal edilmesi ve bunun sonucunda geçit yolunun zarar görmesi veya zarar tehlikesinin doğması durumunda geçit hakkı sahibi taşınmaz malikinin sorumluluğuna ilişkin düzenlemeye başvurabilir⁴⁹⁹.

Hak sahibi, geçit irtifakının gereği gibi kullanılması ve korunması adına gerekli tüm davranışları sergileyebilir ve önlemleri alabilir. Bu durum karşısında yüklü taşınmaz malikinin temel yükümlülüğü “katlanma” tarzında belirir. Hak sahibine tanınan geniş kapsamlı yetkiler karşılığında öngörülen yükümlülük ise yine TMK m.786/f.1’de (ZGB Art.737 Abs.1) yer alır. Buna göre, geçit hakkından doğan yetkilerin kullanılırken yüklü taşınmaz malikine en az zarar verecek biçimde hareket edilir⁵⁰⁰. İrtifak hakkının kullanımı karşısında yüklü taşınmaz malikinin en az zarar göreceği biçimde korunması amacıyla kanun koyucu özel bir düzenleme öngörür. Geçit hakkı sahibi ile yüklü taşınmaz maliki arasındaki irtifak ilişkisi; amaç, içerik ve kapsam doğrultusunda belirlenen bir “kullanım sınırı” çerçevesinde yürütülür. Belirlenmiş kullanım sınırı aşıldığı zaman irtifaktan doğan yük de ağırlaşır. Oysa ki, genel kural, irtifaktan doğan yükün ağırlaşmaması yönündedir.

⁴⁹⁸ ZÜRCHER, s.23.

⁴⁹⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.483. Aynı haklara özgü koruma sistemi çoğu zaman komşuluk hukukuna dayalı taleplere kıyasla tercih edilebilir. Ancak, bu durum, her iki sisteme dayalı taleplerin yarışmasına engel oluşturmaz.

⁵⁰⁰ ZÜRCHER, s.23. Geçit yolunun her iki tarafına da duvar yapılarak, yüklü taşınmaz malikinin geçit yolu olarak kullanılan bölüme girmesinin engellenemeyeceği yönünde Yarg.14.HD 02.05.2000 E.2777, K.3063 (SURLU/ÖZTÜRK, s.572); Yararlanan taşınmaz malikinin geçit yolunun iki tarafına da tel çekmesi nedeniyle yüklü taşınmaz malikinin kendi taşınmazını kullanamaz duruma geleceği yönünde Yarg. 14.HD 17.04.1989 E.1988/986, K.1989/3992 (SURLU/ÖZTÜRK, s.562).

3. Yükün Ağırlaşmaması Kuralı

Her irtifak gibi geçit irtifakının da kuruluş aşamasındaki amaç dışlanarak başka bir amaca uyarlanması mümkün olmaz⁵⁰¹. Belirlenmiş amaç, içerik ve kapsama göre varlık kazanan geçit hakkı, bundan sonraki aşamalarda hep aynı amaç, içerik ve kapsam çerçevesinde karşımıza çıkar. Bu çerçeve dikkate alınarak tasarlanmış olan ihtiyaçlarda sonradan meydana gelen değışiklikler yüklü taşınmaz malikinin katlanma borcu üzerinde etkili olmazlar⁵⁰². Diğer bir söyleyişle irtifak yükünü ağırlaştıramazlar. Konuya düzenleyen TMK m.788'e (ZGB Art.739) göre,

“Yararlanan taşınmazın ihtiyaçlarındaki değışiklik, yüklü taşınmazın irtifaktan doğan yükünü ağırlaştıramaz”.

Söz konusu düzenleme taşınmaz mülkiyetinin taşkın kullanımını yasaklayan TMK m.737 (ZGB Art.684)'e benzer biçimde irtifak hakkının taşkın kullanımını yasaklar. Geçit hakkının kapsam ve içeriğini belirleyen düzenlemeler karşısında belirlenen sınırın aşılamayacağına özel olarak yer veren TMK m.737'nin (ZGB Art.684) gereksiz bir düzenleme olduğu savunulabilir⁵⁰³. Özellikle, geçit hakkından doğan yetki ve yükümlülükleri belirleyen TMK m.787 (ZGB Art.738) aynı zamanda söz konusu yetki ve yükümlülüklerin sınırını da ortaya koyar. Bu sınırın aşılamayacağı düzenlemenin niteliği gereğidir. Hak sahibinin kendisine tanınan yetkileri taşkın kullanması yükün de ağırlaşmasını sonuçlandırır. Böyle bir sonuç her şeyden önce TMK m.787'e (ZGB Art.738) aykırıdır.

4. Yararlanan Taşınmazın İhtiyaçlarındaki Değışiklik

Yararlanan taşınmazın ihtiyaçlarındaki kademeli artışlar nedeniyle geçit hakkının amaç ve buna bağlı içerik ile kapsamının değışmesine izin verilmez. Belirli irtifakların çerçevesi önceden çizildiği için bu çerçevenin dışında kalan ihtiyaçlar irtifak yoluyla tatmin edilmezler⁵⁰⁴. Yaya yolu olarak kullanılmak amacıyla tasarlanan bir geçit

⁵⁰¹ LIVER, Art.739, s.465; ESCHMANN, s.55.

⁵⁰² ESCHMANN, s.55

⁵⁰³ Bkz. LIVER, Art.739, s.465.

⁵⁰⁴ LIVER, Art.739, s.468; RIEMER, s.69; ÖZAKMAN, s.125.

hakkı değişen koşullara göre araç geçişine uygun duruma uyarlanamaz. Böyle bir durumda yükün ağırlaşması söz konusu olur⁵⁰⁵. Yüklü taşınmaz malikinin irtifak ilişkisine dahil olurken sahip olduğu tasarım, yükün ağırlaşmasına bağlı olarak tamamen veya kısmen değişikliğe uğrar. Değişiklik, olumsuz sonuçlar doğuracak nitelikteyse, yüklü taşınmaz maliki TMK m.787'nin (ZGB Art.739) kendisine sağladığı korumadan yararlanabilir. Diğer bir söyleyişle, kanuni koruma rejimi tüm değişiklikler bakımından değil sadece yüklü taşınmaz malikini olumsuz etkileyecek değişiklikler için uygulama alanı bulur⁵⁰⁶. TMK m.788 (ZGB Art.739) iki koşul üzerine yapılır. Düzenlemenin uygulanması; bir taraftan irtifak hakkının taşkın kullanımının gerçekleşmesine, diğer taraftan söz konusu taşkın kullanım sonucunda yükün ağırlaşmasına bağlıdır⁵⁰⁷. Yükün ağırlaşması ile kastedilen herhangi bir ağırlaşma olmayıp, belirli bir yoğunluğa sahip, önemli sayılacak ağırlaşmalardır⁵⁰⁸. Her somut olayda, koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği karşılıklı menfaatlerin tartılması yoluyla değerlendirilir⁵⁰⁹. Bu değerlendirmede, geçit hakkının kurulduğu sırada tasarlanmış olan yük ile değişiklik sonucu oluşan güncel yük objektif açıdan kıyaslanır⁵¹⁰. Federal Mahkeme bazı kararlarında, yükün ağırlaşması, koşullardaki objektif nitelikli değişikliklerin sonucuysa böyle bir durumda taşkın kullanımdan söz edilemeyeceği görüşünü kabul ederken⁵¹¹, sonraki tarihli kararında irtifakın kurulduğu sırada taraflarca öngörülebilir nitelikli

⁵⁰⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.658.

⁵⁰⁶ BGE 88 II 252.

⁵⁰⁷ LIVER, Art.739, s.472.

⁵⁰⁸ RIEMER, s.69; ESCHMANN, s.56; LIVER, Art.739, s.472; BGE 94 II 145; BGE 100 II 105.

⁵⁰⁹ Belirsiz içerikli geçit irtifakı bakımından, hakkın önceki kullanımına kıyasla daha yoğun kullanılmaya başlamasının, özellikle böyle bir yoğunlaşmanın öngörülebilir olduğu durumlarda, yükü ağırlaşması olarak değerlendirilemeyeceği yönünde BGE 88 II 252. Yararlanan taşınmazda yürütülen tadilat faaliyetinin yürütülmesi amacıyla geçit yolunu kullanan iş makinelerinin geçici olarak irtifak yükünün ağırlaşmasına sebep olacağı, yüklü taşınmaz malikinin ise bu geçici duruma katlanması gerektiği yönünde ObG Luzern (ZBGR, 1958/39, s.262). Günlük yoğun kullanımla ilgili olarak aynı yönde BGE 122 III 358.

⁵¹⁰ (...) Geçit hakkından doğan yükteki önemli artışın yüklü taşınmaz maliki bakımından katlanılabilir olup olmadığına karar verirken kuruluş aşamasındaki yük ile güncel yük arasındaki dengenin kıyaslanması gerekir (...). BGer 09.09.2009 5A_756/2008 (HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID/SCHUMACHER/STEINAUER, "Wegrecht-Hindern bei der Ausübung der Dienstbarkeit-Mehrbelastung", BR, 2010, s.78). Aynı yönde BGE 100 II 118; BGE 122 III 359; BGer 11.02.2003 (ZBGR, 2004/85, s.309); BGer 26.05.1992 (ZBGR, 1996/77, s.52); BGer 20.01.1983 (ZBGR, 1985/66, s.167).

⁵¹¹ BGE 117 II 538; BGE 87 II 85. Ayrıca bkz. LIVER, Peter: "Die Privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes, Sachenrecht", ZBJV, 1962/98, s.422 vd...

değişikliklerin yükü ağırlaştırmayacağı görüşünü benimsemiştir⁵¹². Buna göre, bir değişikliğin yük üzerindeki olumsuz etkisi belirlenirken “öngörülebilir olma” ölçütünden hareket edilir. Değişikliğin gerçekleşebileceği öngörülebilir ise yükün ağırlaşması kabul edilmez. Amacın değiştirilmesi durumunda ise yükün ağırlaşacağı peşin olarak kabul olunur⁵¹³. Bununla birlikte ihtiyaçlardaki her değişiklik amacın da değiştiği anlamına gelmez⁵¹⁴. Federal Mahkeme; yararlanan taşınmaz üzerindeki eski bir eve yeni bölümlerin eklenmesi⁵¹⁵, taşınmaz üzerinde bulunan restoran için sekiz araçlık otopark inşa edilmesi⁵¹⁶ veya bir otelin iş merkezine dönüştürülmesi⁵¹⁷ durumlarında yararlanan taşınmazın ihtiyaçlarının değişmesine karşılık geçit hakkının amacının değişmeyeceğini kabul etmiştir. Ancak, varılan bu sonuç sadece amacın değişmediğini göstermekle birlikte ihtiyaçların değişmesine bağlı olarak yükün ağırlaşmadığı anlamına gelmez. Yükün durumu, TMK m.787’ye (ZGB Art.739) göre yapılacak değerlendirmeye belli olur.

İçerik ve kapsamının yararlanan taşınmazın ihtiyaçları doğrultusunda belirlendiği irtifaklarda, diğer bir söyleyişle belirsiz içerikli irtifaklarda ise taşkın kullanım gerçekleşmemesine rağmen yükün ağırlaşması mümkün olabilir. Buna karşılık, bu tür irtifaklarda, yararlanan taşınmazın ihtiyaçlarındaki artış veya değişiklikte bağlantılı olarak yükün de ağırlaşması meşru bir durum olarak görülür⁵¹⁸. Belirsiz içerikli bir geçit hakkını konu alan durumlar, irtifakın içeriği yararlanan taşınmazın ihtiyaçlarına göre belirleneceği için TMK m.788’nin (ZGB Art.739) dışında tutulur⁵¹⁹.

⁵¹² BGer 26.05.1992 (SJ, 1992/114, s.597).

⁵¹³ İrtifakın amacını etkileyecek değişikliklerin yoğun ağırlaşma olarak nitelendirilmesi yönünde BGE 94 II 149. Geçit yolu olarak tahsis edilen alanın park yeri olarak kullanılmaya başlanmasının yoğun olarak yükü ağırlaştıracığı kabul eden karar için bkz. BGer 15.04.1991 (RIEMER, s.69).

⁵¹⁴ İhtiyaçlardaki değişiklik ile amacın değişmesi kavramlarının ayırt edilmesi zorunlu olmakla birlikte böyle bir ayrımın uygulamada kolaylıkla gerçekleştirilemeyeceği yönünde ESCHMANN, s.56.

⁵¹⁵ BGE 122 III 358.

⁵¹⁶ BGer 15.04.1991 (ZR, 1991/90, s.70).

⁵¹⁷ BGE 88 II 252.

⁵¹⁸ LIVER, Art.737, s.372.

⁵¹⁹ Belirsiz içerikli irtifaklarda, yararlanan taşınmazın ihtiyaçlarındaki artış doğrultusunda İrtifakın içerik ve kapsamının da genişleyeceği, artabileceği yönünde BGE 87 I 311.

Bu nedenle, irtifakın kurulduğu sırada tasarlanmış olan içerik ve kapsam ile yararlanan taşınmazın ihtiyaçlarındaki değişikliğe cevap verecek nitelikteki güncel içerik ve kapsam kıyaslanarak, yükün ağırlaşıp ağırlaşmadığına ilişkin yapılacak değerlendirme belirsiz içerikli irtifakların yapısına uygun değildir⁵²⁰. Bununla birlikte belirsiz içerikli irtifaklar bakımından kabul edilen, değişen koşullara göre yükün ağırlığının da değişebileceği yönündeki görüş “objektif açıdan beklenebilir yük artışları” ile sınırlıdır⁵²¹.

Yararlanan taşınmazın ihtiyaçlarındaki değişiklik genel olarak yararlanan taşınmazın kullanım biçimindeki değişikliklerden doğar. Bu kapsamda en fazla karşılaşılan sebep de yararlanan taşınmazda yürütülen tarım türünün değişmesidir. Tarım türü aynı kalmakla birlikte işletme türünün değiştirilmesi de aynı kapsamda değerlendirilir. Üzerinde geleneksel tarım yapılan bir taşınmaz lehine kurulan geçit hakkı, makineli tarıma geçilmesi sonucunda yararlanan taşınmazın ihtiyaçlarını karşılayamaz duruma gelebilir. Bu doğrultuda, sadece yayaların geçişi amacıyla tasarlanan yolun tarım makineleri tarafından da kullanılması, geçit irtifakının taşkın kullanımı olarak değerlendirilir. Taşkın kullanım sebebiyle yüklü taşınmaz maliki olumsuz etkilenirse yükün ağırlaşması söz konusu olur. Böylece, TMK m.788’de (ZGB Art.739) aranan koşullar da gerçekleşmiş olur. Aynı şekilde, yürütülen ticari faaliyetin türünün değiştirilmesi de taşkın kullanım ve yükün ağırlaşması sonucunu doğurabilir. Bir aile pansiyonunun otele ya da el yapımı eserlerin üretildiği bir sanat atölyesinin fabrikaya dönüştürülmesinde böyle bir sonuçla karşılaşılması mümkündür. Mesken amaçlı kullanılan yararlanan taşınmaz üzerinde benzin istasyonu veya araç tamir ve bakım istasyonu kurularak ticari faaliyet yürütülmeye başlaması durumunda da taşkın kullanım ve yükün ağırlaşmasından söz edilir⁵²².

⁵²⁰ **RIEMER**, s.69. Karş. BGE 87 I 311; BGE 88 II 252.

⁵²¹ BGE 64 II 414; BGE 117 II 536.

⁵²² Açıklamalar ve örnekler için bkz. **LIVER**, Art.739, s.468 vd.; **ESCHMANN**, s.55.

Yüklü taşınmaz maliki, ağırlaşmış irtifak yüküne katlanmakla yükümlü değildir. Yükün ağırlaşmasına sebep olan kullanımı engelleyebilir. Bununla birlikte, bazı durumlarda geçit hakkı sahibi ile yüklü taşınmaz malikinin haklı menfaatlerinin ortak bir noktada buluşturulması amacıyla hak sahibinin ödeyeceği ek bedel karşılığında yüklü taşınmaz malikinin ağırlaşmış yüke katlanması sağlanabilir. Yükün ağırlaşmasının, hayatın olağan akışı ve olağan hayat deneyimleri karşısında beklenebilir olduğu ve bu durumun ortaya çıkmasında hak sahibinin kusurunun bulunmadığı olasılıklarda bu yola başvurulması mümkündür⁵²³.

D. Taşkın Kullanım Karşısında Yüklü Taşınmaz Malikinin Korunması

Yüklü taşınmaz maliki, el atmanın önlenmesi (actio negatoria) davasıyla, geçit hakkının taşkın kullanılmasına bağlı olarak irtifak yükünün ağırlaşmasına karşı koyabilir. Burada, aynı taşınmaz üzerinde aynı hak sahibi olan kişi kişinin çekişmesi söz konusudur. Komşuluk hukukundan doğan genel kısıtlayıcı düzenleme niteliğindeki TMK m.737 (ZGB Art.684) ve onun yaptırımı niteliğindeki TMK m.730 (ZGB Art.679) bu olasılıkta uygulama alanı bulmaz⁵²⁴. Geçit hakkı sahibi ile yüklü taşınmaz maliki arasındaki ilişki bir komşuluk ilişkisi olmadığından hak sahibinin taşkın kullanımı TMK m.683/f.2 (ZGB Art.641 Abs.2) anlamında mülkiyete yönelen haksız saldırı olarak değerlendirilir⁵²⁵. Buna karşılık, geçit hakkının taşkın kullanımı, yüklü taşınmazın komşularına zarar veremekteyse, geçit hakkı sahibi TMK m.730'a (ZGB Art.679) göre sorumlu tutulur. Malik dışında, sınırlı aynı hak sahiplerinin de haklarını kullanırken mülkiyet kısıtlamalarına aykırı davranışları, komşuluk ilişkilerinin ihlali olarak görülür ve aynen malik gibi onların da sorumluluğunu gerektirir⁵²⁶.

⁵²³ Böyle bir uygulamanın Fransız hukukunda kabul edildiği fakat Alman hukukunda hakim görüş tarafından reddedildiği yönünde **LIVER**, Art.739, s.473.

⁵²⁴ **LIVER**, Art.739, s.476.

⁵²⁵ **LIVER**, Art.739, s.476.

⁵²⁶ **LIVER**, Art.737, s.394; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.470.

El atmanın önlenmesi talebi bakımından mülkiyetten doğan yetkilerin kullanılmasının haksız olarak engellenmesi veya güçleştirilmesi yeterlidir. Geçit hakkı sahibinin kusurlu olması aranmaz. İrtifakın sağladığı yetkilerin taşkın kullanılması ve buna bağlı olarak yükün ağırlaşması yeterlidir. Bundan dolayı bir zarar doğmuşsa, zararın tazmini ise BK m.41 vd. yer verilen düzenlemelere tabidir⁵²⁷. El atmanın önlenmesi davasıyla yükün ağırlaşmasına sebep olan kullanıma son verilmesi, zarar verici durumun ortadan kaldırılması talep edilirken, doğan zararın tazmini ayrı bir talebin konusunu oluşturur. Bu konulara ileride değinilecektir.

El atmanın önlenmesi davası karşısında geçit hakkı sahibinin de karşı bir dava açmasının mümkündür. Roma hukukuna dayalı ayırım doğrultusunda, actio negatoria karşısında açılacak bu dava actio confessoria olarak adlandırılır. Actio confessoria geniş anlamıyla irtifak haklarına özgü bir davadır ve irtifak hakkına yönelik haksız müdahaleler karşısında açılır. Bu olasılıkta ise irtifak hakkının var olmadığını iddia eden, bu nedenle de irtifak hakkı sahibinin müdahalesini haksız olarak nitelendiren malike karşı söz konusu irtifak hakkının var olduğunu iddiası ile gündeme gelir. Davanın amacı, malik karşısında irtifak hakkının varlığını ileri sürmek olmakla birlikte taşkın kullanım iddiası karşısında bu amaç irtifakın sınırlarının belirlenmesi olarak öne çıkar. Hukuk sistemimizde ise aynı hakları koruyucu davalar arasında “actio negatoria ve actio confessoria” ayırımına yer verilmeksizin, haksız müdahale karşısında aynı hakların korunması amacıyla açılan tüm davalar actio negatoria başlığı altında toplanır. Bu nedenle, geçit hakkı sahibinin açacağı karşı dava da actio negatoria niteliğindedir. Bir taraftan, yüklü taşınmaz maliki aynı hak alanına el atılmasını önlemek isterken, diğer taraftan da geçit hakkı sahibi kendi aynı hak alanına el atılmasına karşı çıkmaktadır. Aynı taşınmaz üzerinde iki aynı hakkın çatıştığı bu durumda, her iki hak sahibinin de talepleri el atmanın önlenmesi olarak değerlendirilir⁵²⁸.

⁵²⁷ LİVER, Art.739, s.476; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.235.

⁵²⁸ LİVER, Art.739, s.476.

Dava sonucunda verilen karar ayrıca tapu siciline yansıtılmaz⁵²⁹. İyiniyetli üçüncü kişilerin korunması amacıyla kararın sicile yansıtılması gerektiği savunan görüş⁵³⁰ haksız olmamakla birlikte böyle bir uygulamaya gerek duyulmamalıdır. Malik tarafından açılan el atmanın önlenmesi davasında geçit hakkının taşkın kullanıldığı, bu nedenle de irtifak yükünün ağırlaştığı kabul edilmişse zaten tescil başta olmak üzere yardımcı unsurların yorumuna göre belirlenen içeriğin aşıldığı karar altına alınmış demektir. Tescil veya yardımcı unsurlar yoluyla belirlenen içeriğin bir kez daha sicile yansıtılması gereksizdir. Karşı dava olarak ileri sürülen el atmanın önlenmesi talebi kabul edilmiş ise yine aynı doğrultuda belirlenen içerik hüküm altına alınmıştır. Her iki olasılıkta da mahkemenin kararı tescilin veya tescilin yollama yaptığı unsurların yorumlanmasına dayanır. İyiniyetli üçüncü kişiler tescili veya onun yollama yaptığı unsurları kendilerine göre farklı yorumladıklarını ileri süremezler. Bununla birlikte, malikin veya geçit hakkı sahibinin ileri sürdüğü el atmanın önlenmesi talebinin reddedilmiş olması yüklü taşınmaz mülkiyetini veya geçit hakkını sonradan kazanan kişiler bakımından kesin hüküm oluşturmaz⁵³¹. Bu kişiler de kendi koşullarını ileri sürerek ayrı bir el atmanın önlenmesi davası açabilirler. Söz konusu durumda el atmanın önlenmesi davası mülkiyet ile geçit hakkı arasındaki sınırları belirleyici bir işlev üstlenir. Böylece, irtifakın içeriğinin ne olduğu ortaya konulur. Dava sonucunda verilen karar tapu sicilinden anlaşılması gerekenden başka bir anlam taşımaz. Karar, sicilde “olani” açıkladığından bunun ayrıca sicile yansıtılması gereksizdir. Diğer bir ifadeyle mahkeme kararı olmasa dahi iyiniyetin koruyucu etkisi sicilden anlaşılan veya anlaşılması gereken ile sınırlıdır. Dava sonucunda, tapu sicili ile fiili durum arasında uyumsuzluk olduğu belirlenmişse diğer bir ifadeyle tescilin gerçek durumu yansıtmadığı sonucuna ulaşılmışsa, söz konusu uyumsuzluktan zarar gören TMK m.1025 (ZGB Art.975) gereğince tapu kütüğünün düzeltilmesi davası açabilir. Bu ara dönemde gerçekleşen iyiniyetli kazanımlar ise TMK m.1023 (ZGB Art.973) kapsamında korunur.

⁵²⁹ **LIVER**, Art.739, s.479.

⁵³⁰ Bkz. **LIVER**, Art.739, s.479’da belirtilen yazarlar.

⁵³¹ **LIVER**, Art.739, s.480.

6. Geçit Yerinin Değiştirilmesi

“Değişiklikler” konu başlığı altında TMK m.791 vd. (ZGB Art.742) yer verilen hükümler irtifak yükünün ağırlaşması veya hafiflemesi ile ilgili olmayıp, irtifak yerinin değiştirilmesi ve yararlanan ya da yüklü taşınmazın bölünmesi durumlarını ele alır⁵³². Bu yöndeki değişiklikler her zaman mümkün olup, daha çok tarafların anlaşmaları yoluyla gerçekleşir⁵³³. Bunun yanında kanun koyucu da, söz konusu hükümler ile irtifakın kurulmasından sonra ortaya çıkan hukuki ve fiili durumların kanuni borç ilişkisine etkisini düzenlemiştir. “İrtifak hakkının ilişkin olduğu yerin değiştirilmesi” kenar başlığını taşıyan TMK m.791’e ZGB Art.742) göre,

“İrtifak hakkı yüklü taşınmazın yalnız belli bir kısmının kullanılması koşuluyla kurulmuşsa, bu taşınmazın maliki, menfaatini ispat etmek ve giderleri üstlenmek kaydıyla; irtifakın, hakkın kullanılmasını güçleştirmeyecek biçimde taşınmazın başka bir yerine naklini isteyebilir.

İrtifak hakkının kullanılacağı yer tapu kütüğünde belirtilmiş olsa bile yüklü taşınmaz maliki bu yetkiyi kullanabilir.

Mecraların bir yerden başka bir yere naklinde komşuluk hukuku kuralları da göz önünde tutulur”.

Geçit hakkı, yükümlü taşınmazın bir bütün olarak kısıtlamakla birlikte niteliği gereği yüklü taşınmazın sadece bir bölümünde kullanılır ve uygulamada, irtifak hakkının yerinin değiştirilmesini düzenleyen TMK m.791’nin (ZGB Art.742) en yoğun uygulama alanını oluşturur⁵³⁴. Hak sahibi, yüklü taşınmazın bir bölümünü geçit yolu

⁵³² **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-YUNGO (TUOR/SCHNYDER/SCHMID)**, s.949.

⁵³³ **SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP**, s.279.

⁵³⁴ TMK m.791’in (ZGB Art.742) geçit hakkının tipik uygulamasını oluşturduğu yönünde **LIVER**, Art.742, s.522; **SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP**, s.279. Benzer yönde **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-YUNGO (TUOR/SCHNYDER/SCHMID)**, s.949; **RIEMER**, s.70; **KARAHASAN**, C.II, s.105. Buna karşılık, hakkın zorunlu olarak belirli bir yerden kullanılmasını gerektiren irtifaklarda yer değiştirme talebinin önü kapalıdır. Bu olasılıkla daha çok kaynak irtifakında ve atış alanı irtifakında karşılaşılr. Bkz. **LIVER**, Art.742, s.532.

olarak kullanırken, taşınmazın diğer bölümü de malik tarafından kullanılabilir⁵³⁵. Bununla birlikte, geçit yolunun belirli bir güzergah üzerinde kullanılması yüklü taşınmaz malikinin taşınmazını kullanmasına engel oluşturmaktaysa yer değiştirme talepleri ile çok sık karşılaşılır⁵³⁶. Örneğin, taşınmazı üzerinde yapı inşa etmek isteyen veya başka bir şekilde taşınmazı kullanmak isteyen malik söz konusu taşınmazın bir köşesinde kullanılan geçit hakkı nedeniyle bu amacına ulaşamayabilir. Böyle olasılıklarda geçit hakkının getirmiş olduğu katlanma yükümlülüğü öngörülmemiş biçimde yoğunlaşarak, neredeyse fiili bir tasarruf kısıtlamasına dönüşür. Ortaya çıkan durum, TMK m.786/f.1’de (ZGB Art.737) yer verilen irtifak hakkının yüklü taşınmaz malikine en az zarar verecek biçimde kullanılması yükümlülüğü ile de çatışır. Kişisel yarar yanında kamu yararı doğrultusunda taşınmazların ekonomik açıdan en olumlu biçimde kullanılması düşüncesi taşınmazlar üzerindeki gereksiz yüklerin temizlenmesini ya da yük durumunun düzenlenmesini zorunlu kılar. TMK m.791’in (ZGB Art.742) temelindeki düşünce de budur⁵³⁷. Komşuluk hukukuna dayalı doğrudan kısıtlamalarda açık biçimde ortaya çıkan fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi sözleşmeye dayalı mülkiyet kısıtlamalarında da uygulama alanına sahiptir. Her borç ilişkisi gibi geçit hakkına dayalı kanuni borç ilişkisi de taraflar arasında adaletli dağıtılmış menfaatler dengesi üzerine kurulur ve bu düzen üzerinden devam eder. Böyle bir devamlılığın sağlanması adına TMK m.791 (ZGB Art.742) önemli bir işlev üstlenir. Geçit yolunun yeri nedeniyle menfaatler dengesinin bozulması rizikosu karşısında, irtifakın yerinin değiştirilmesi talebi yüklü taşınmaz maliki bakımından gerçekleşecek olumsuz durumun ortadan kaldırılması ve kanuni borç ilişkisinin adaletli bir temel üzerinden devam etmesini sağlayan bir araç olarak devreye girer⁵³⁸.

⁵³⁵ Geçit hakkına zarar vermemek koşuluyla üzerinde geçit yolu bulunan bölümün dahi malik tarafından kullanılması mümkündür. Bu nedenle hak sahibi, geçit yolunun her iki yanını duvar veya tel örgü çekerek kapatamaz. Bu yönde Yarg. 14.HD 02.05.2000 E.2000/2777, K.2000/3063; Yarg. 14.HD 17.04.1989 E.1988/986, K.1989/3992 (SURLU/ÖZTÜRK, s.562).

⁵³⁶ ZÜRCHER, s.45.

⁵³⁷ LIVER, Art.742, s.524; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-YUNGO (TUOR/SCHNYDER/SCHMID), s.949 . (...) *Türk Medeni Kanununda sadece yüklü taşınmaz malikine tanınan irtifak hakkının ilişkin olduğu yerin değiştirilmesi için genel bir hüküm olarak 791.maddede düzenleme getirilmiştir (...). Bu hakkın temelinde malikin mülkiyetini iktisadi amaca uygun olarak kullanmasını gereksiz sınırlamalara tabi tutulmamasını sağlamak ve kamu yararı düşünceleri yatmaktadır (...).* Yarg.14.HD 26.06.2007 E.2007/6715, K.2007/8327 (Legalbank).

⁵³⁸ Bkz. LIVER, Art.742, s.524; HONSELL/VOGT/GEISER, Art.742, s.1370.

Geçit yolunun taşınmazın hangi bölümünde yer alacağı kural olarak irtifak sözleşmesinde kararlaştırılır. Buna ilişkin plan ve krokiler de sözleşmeye eklenir. Böyle bir belirleme yapılmamışsa geçit yolunun güzergahı fiili kullanıma bağlı olarak belirlenir⁵³⁹. “Taşınmaz üzerinde geçit hakkı” ifadesi hukuken tüm taşınmazı kısıtlamakla birlikte geçit yolunun taşınmazın neresinden kullanılacağı sorusu zamana ve yerel kullanım biçimine bağlı olarak ortaya çıkan duruma göre cevaplanır. Buna karşılık, sözleşmede yer verilecek açık düzenlemeler ortaya çıkacak uyuşmazlıkların önüne geçebilecek niteliktedir⁵⁴⁰. İrtifak sözleşmesinde geçit yolunun tanımlanması geçit hakkının amaç ve içerik olarak sınırlandırılması anlamını taşır. Böyle bir sınırlama getirmek istemeyen tarafların daha çok fiili kullanım biçimine yöneldikleri ve geçit yolunun tanımlanmasını zamana yaygın fiili kullanıma bıraktıkları görülür.

Yer değiştirme talebi yüklü taşınmaz malikine aittir. Haklı menfaatin ispatlanması koşuluyla, yüklü taşınmazın fiilen bir bölümünde kullanılan geçit yolunun yerinin değiştirilmesi istenebilir. Talebin dayanağını oluşturan haklı menfaat genellikle ekonomik karakterlidir⁵⁴¹. Yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını en verimli biçimde kullanmaya yönelik çıkarı haklı menfaat kavramının genel tipini oluşturur. Bununla birlikte haklı menfaat sadece ekonomik çerçevede değerlendirilmez. Tamamen estetik kaygılara dayalı, acil ve zorunlu nitelik taşımayan bir talebin de haklı menfaat kapsamında görülmesi mümkündür⁵⁴². Yüklü taşınmaz maliki yanında hak sahibinin de yer değiştirme talebinde bulunup bulunamayacağı tartışmalıdır. Bizim de benimsediğimiz görüş gereğince bu talep sadece yüklü taşınmaz malikine aittir⁵⁴³. Geçit hakkı sahibi durumunu zorlaştıracak, hakkın kullanımını engelleyecek talepleri kabul

⁵³⁹ **LIVER**, Art.742, s.522; **HONSELL/VOGT/GEISER**, Art.742, s.1371; **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s.87; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s.659. Tarla yolu veya tomruk kaydırma yolu gibi geçit haklarında çoğu zaman geçit güzergahının fiili kullanım sonucunda belirlendiği yönünde **ZÜRCHER**, s.45.

⁵⁴⁰ **ZÜRCHER**, s.45.

⁵⁴¹ **HONSELL/VOGT/GEISER**, Art.742, s.1370.

⁵⁴² **LIVER**, art.742, s.530; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-YUNGO (TUOR/SCHNYDER/SCHMID)**, s.949; **HONSELL/VOGT/GEISER**, Art.742, s.1370; **ZÜRCHER**, s.46; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.653; **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s.87; **AKİPEK/ AKINTÜRK**, s.656. Korunmaya değer olduğu ölçüde ekonomik menfaatler yanında diğer menfaatlerin, özellikle estetik nitelikli olanların da yer değiştirme talebine temel oluşturabileceği yönünde BGE 57 II 155.

⁵⁴³ **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s.88; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.654; **AKİPEK/ AKINTÜRK**, s.659; **KARAHAN**, C.II, s.106; **ZÜRCHER**, s.46.

zorunluluğunda değildir⁵⁴⁴. Yüklü taşınmaz maliki, değişiklik talebinin kabul görmemesi durumunda veya doğrudan dava yoluna gittiğinde, koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği hakim tarafından takdir edilir. Bu aşamada özellikle, yeni yolun tamir ve tadilat gerekmeksizin hak sahibinin ihtiyaçlarına cevap vermeye hazır olup olmadığı araştırılır. Hak sahibinin çıkarlarına zarar verecek talebin reddi gerekir. Mevcut durumdan önemsenmez derecede sapmalar oluşturan değişiklik talepleri ise ayrı bir ölçüt doğrultusunda değerlendirilmelidir. Böyle bir değişiklik sonucunda yüklü taşınmaz malikinin elde edeceği sonuç geçit hakkı sahibinin uğrayacağı zarar karşısında önemsiz kalırsa, bu zararın karşılanması koşuluyla değişiklik talebinin kabul edilebileceği savunulur⁵⁴⁵. Geçit hakkı sahibinin fiili durumu üzerinde herhangi bir etki yaratmayan değişiklik talepleri ise tazminat koşuluna bağlı değildir. Böyle bir durumda, değişiklik talebini kabul eden hakim hak sahibi lehine tazminat takdir edemez⁵⁴⁶. Değerlendirme sonucunda koşulların gerçekleştiği kabul edilirse değişiklik kararı verilir. Değişiklik kararının tapu siciline yansıtılmasına gerek yoktur. Ancak, iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması bakımından sicil ile karar arasında bağlantı kurulması faydalıdır⁵⁴⁷.

Uygulamada çoğu zaman karşılaşıldığı üzere, geçit yolunun yerine ilişkin kayıtlara sicilde yer verilmez. Bu husus fiili kullanıma bağlı olarak şekillenir. Bu nedenle, değişiklik sonucunda yüklü taşınmazın veya yararlanan taşınmazın sayfalarında herhangi bir işlem yapılmasına gerek kalmaz. Buna karşılık, irtifak sözleşmesinde bu yönde kayıtlara yer verilmiş ve tescil ile sözleşme arasında bağlantı da kurulmuşsa değişiklik kararının da sicile yansıtılması gerekir. Aynı şekilde ekli olarak sunulmuş planlar varsa bunlarda da gerekli değişiklik yapılır⁵⁴⁸.

Konuya ilişkin olarak dikkate alınması gereken düzenlemelerden birini de TMK m.785 (ZGB Art.736) oluşturur. Burada, irtifak ilişkisinin işleyişindeki aksama

⁵⁴⁴ RIEMER, s.70; HONSELL/VOGT/GEISER, Art.742, s.1370.

⁵⁴⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.654.

⁵⁴⁶ ZÜRCHER, s.46.

⁵⁴⁷ HONSELL/VOGT/GEISER, Art.742, s.1371.

⁵⁴⁸ LIVER, Art.742, s.539.

başka bir açıdan sonuca bağlanır⁵⁴⁹. Bu doğrultuda, karşılıklı menfaat durumundaki dalgalanmalar sonucunda geçit hakkı anlam ve değerini kaybetmişse, yüklü taşınmaz malikine hakkın terkinini talep olanağı tanınır. Özellikle düzenlemenin ikinci fıkrası açısından konuya yaklaşıldığında⁵⁵⁰, yüküne oranla az yarar sağlayan geçit hakkının bedel karşılığında sona erdirilmesi mümkün olduğuna göre bedel karşılığında geçit yolunun yerinin değiştirilmesine de olanak tanınmalıdır. Değişen koşullar karşısında, geçit yolunun sözleşmede kararlaştırılan veya fiili kullanımla belirlenen güzergahının değiştirilemez olduğunun kabulü taraflar arasındaki menfaat dengesinin de çökmesine neden olabilir. Hak sahibinin bu değişiklik sonucunda zarar görüp görmemesinin sadece değişiklik talebinin tazminata bağlı olup olmadığını sonucu üzerinde etkili olabilir. Hak sahibinin uğrayacağı zarar yüklü taşınmaz malikinin değişiklik sonucunda elde edeceği yarara göre değerlendirilir. Bu yarar ile karşılaştırıldığında hak sahibi büyük bir zarar görecektse değişiklik talebinin reddedileceği açıktır. Sözü edilen durum, elde edilecek yarara karşılık uğranılacak olan önemsiz zarardır.

Değiştirme talebi yüklü taşınmaz sınırları içinde geçit yolunun bir yerden başka bir yere taşınmasını kapsar. TMK m.791/f.1'nin (ZGB Art.742 Abs.1) söyleminden çıkan sonuç da budur⁵⁵¹. Geçit yolunun ihtiyaçları karşılayacak biçimde yüklü taşınmaz malikinin diğer bir taşınmazı üzerine taşınıp taşınamayacağı hususunda ise bir açıklık yoktur⁵⁵². Öğreti ve uygulamadaki genel eğilim hak sahibine zarar vermemek koşuluyla geçit yolunun tamamen veya kısmen yüklü taşınmaz malikinin diğer bir taşınmazına kaydırılmasına sıcak bakar⁵⁵³. Bununla birlikte, geçit yolunun başka bir taşınmaza kaydırılmasındaki riziko da gözden uzak tutulmaz. Diğer taşınmaz üzerinde başka irtifak haklarının veya rehin haklarının varlığı durumunda geçit hakkı sahibinin zarar görme olasılığı yüksektir. Mevcut durumuna kıyasla onun daha

⁵⁴⁹ **LIVER**, Art.742, s.531.

⁵⁵⁰ TMK m.785/f.2'nin (ZGB Art.736 Abs.2) kamulaştırmaya benzeten görüş için bkz. **ZÜRCHER**, s.47.

⁵⁵¹ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.655; **ZÜRCHER**, s.47.

⁵⁵² **RIEMER**, s.70. Karş. BGE 88 II 150.

⁵⁵³ **LIVER**, art.742, s.533; **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s.89; **KARAHASAN**, C.II, s.106; **SURLU/ÖZTÜRK**, s.562, 569; **OĞUZMAN/SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, s.655 ve dn.230 ile **ZÜRCHER**, s.47, dn.103 ve 104'de belirtilen yazarlar ve kararlar.

elverişsiz bir duruma sürüklenmesine neden olabilecek bu gibi durumlarda değişiklik talebinin kabul görmeyeceği de açıktır⁵⁵⁴. Geçit yolunun başka bir taşınmaza kaydırılması, mevcut geçit hakkına son verilmesi ve diğer taşınmaz üzerinde yeni bir geçit hakkı kurulması ile gerçekleşir⁵⁵⁵. Bu durumda eski yüklü taşınmazın sayfasındaki tescil terkin edilerek yeni yüklü taşınmazın sayfasına tescil yapılır. Yer değişikliğine ilişkin masraflar yüklü taşınmaz malikine ait olduğundan tapu işlemleri için yapılacak masraflar da onun tarafından karşılanır. Yer değişikliği, aynı zamanda geçit hakkı sahibinin yararına olsa dahi yüklü taşınmaz maliki masrafların paylaşılmasını talep edemez⁵⁵⁶.

Geçit hakkının üçüncü kişinin taşınmazına kaydırılmasının mümkün olup olmadığı ise tartışmalıdır. TMK m.791'in (ZGB Art.742) geniş yorumlanmasını savunan görüşe göre kanunda bu sonucu engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır⁵⁵⁷. Taşınmazların amaca en uygun biçimde kullanılması düşüncesi, taşınmaz mülkiyetine getirilen iradi kısıtlamaların yine irade yönünde ortadan kaldırılabilmesini zorunlu kılar. Taraflar her zaman karşılıklı ve birbirine uygun iradeleriyle geçit hakkına son verebilir, yeni haklar kurabilirler. İrtifak hakkının yerinin değiştirilmesi, taşınmazların amaca en uygun biçimde kullanılması düşüncesinin bir uzantısıdır. Yer değiştirme kavramının dar olarak yorumlanması kurumun amaca gereği gibi hizmet etmesine engel olur. Bu nedenle, geçit yolunun üçüncü kişinin taşınmazına kaydırılmasında bir sakınca görülmemelidir⁵⁵⁸.

Geçit yerinin değiştirilmesiyle ilgili olarak değinilmesi gereken hususlardan biri de değişiklik talebini düzenleyen hükmün emredici karaktere sahip

⁵⁵⁴ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s.89; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.655; LİVER, art.742, s.534; SCHWANDER, Vital: Die Grunddienstbarkeiten mit besonderer Berücksichtigung des ZGB, 1910, s.236 (Naklen: ZÜRCHER, s.47).

⁵⁵⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.655.

⁵⁵⁶ SAYMEN/ELBİR, s.455; AKİPEK/AKINTÜRK, s.660.

⁵⁵⁷ ZÜRCHER, s.48. Ayrıca bkz. RIEMER, s.70.

⁵⁵⁸ Aksi yönde OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.655. Böyle bir talebin, irtifak sözleşmesinde buna ilişkin bir kayda yer verilmesiyle mümkün olabileceği görüşü için LİVER, Art.742, s.534.

olup olmadığıdır. Bir görüş, taşınmazlara yönelik ekonomik yararlanmanın mümkün olan en üst seviyede gerçekleşmesi gerektiğinden hareket ederek TMK m.791'de (ZGB Art.742) yer verilen talep hakkının anlaşma yoluyla etkisiz kılınamayacağını kabul eder⁵⁵⁹. Bu görüş, bir dayanağını kamu yararında, diğer dayanağını ise BGB § 1023 Abs.2 ile ve TMK m.791/f.2'de (ZGB Art.742 Abs.2) bulur⁵⁶⁰. BGB § 1023 Abs.2'de irtifakın yerinin değiştirilmesine yönelik talep hakkını sınırlayan veya ortadan kaldıran anlaşmalar geçersiz sayılırken, TMK m.791/f.2'de (ZGB Art.742 Abs.2) irtifak hakkının kullanılacağı yer tapu kütüğünde belirtilmiş olsa dahi yer değiştirme talebinde bulunulabileceği düzenlenir. Farklı bir görüş ise TMK m.791'in (ZGB Art.742) emredici karakterini, aynı düzenlemenin ikinci fıkrası, kamu yararı ve BGB § 1023 Abs.2'ye dayandıran görüşü kısmen yetersiz kısmen de isabetsiz bulur⁵⁶¹. Buna göre, kamu yararı tek başına bir düzenlemenin emredici olup olmadığını belirlenmesinde yeterli olmaz. Böyle bir kabul taşınmazları konu alan irtifaklar alanındaki tüm düzenlemelerin emredici olmasını zorunlu kılar. Taşınmaza yönelik her kullanımın temelinde kamu yararı bulunduğunu kabul etmek güçtür. Özellikle, malikin daha konforlu bir yapı veya daha geniş bir garaj yapma düşüncesinde kamu yararı bulunmaz. Bu nedenle söz konusu gerekçe yetersizdir. İkinci fıkra da yer verilen düzenlemeden hareket etmek ise isabetsizdir. İrtifak hakkının kullanılacağı yer tapu sicilde belirtilmiş olsa dahi yüklü taşınmaz malikin yer değiştirme talebinde bulunabileceği düzenlemesinden hareket edilerek TMK m.791/f.1'in (ZGB Art.742 Abs.1) emredici olduğu savunulamaz. İrtifak hakkının yerinin belirtilmesi ile değiştirme talebinden feragat arasında bir bağlantı kurulamaz. Böyle bir belirtmeye rağmen değiştirme talebi saklı kalır. Oysa ki, söz konusu düzenlemenin emredici karakteri dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu son görüşe atıf yapan diğer bir görüş ise yer değiştirme talebini düzenleyen TMK m.791'in (ZGB Art.742) kanuni borç ilişkisini düzenleyen hükümler arasında, emredici karaktere sahip pek az düzenlemeden biri olduğunu belirtir⁵⁶².

⁵⁵⁹ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s.86; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.634 ve dn.228'de belirtilen yazarlar.

⁵⁶⁰ LIVER, Art.742, s.525. Bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.634, dn.227.

⁵⁶¹ LIVER, Art.742, s.525.

⁵⁶² HONSELL/VOGT/GEISER, Art.742, s.1371.

Kanaatimizce, TMK m.79'in (ZGB Art.742) emredici karakterli olup olmadığı konusuna, "sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması" açısından da yaklaşılması mümkündür. Sözleşme adaletinin sağlanması amacına hizmet eden bu ilke "sözleşmeye bağlılık" ilkesinin oluşturabileceği adaletsiz sonuçları ortadan kaldırmak amacıyla devreye girer⁵⁶³. İlk bakışta, sözleşmeye bağlılık ve sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ilkeleri arasında bir çatışma bulunduğu, bunların birbirini dışlayan karşıt ilkeler olduğu sonucuna ulaşılabilir. Oysa ki, her iki ilke sözleşme adaletinin gerçekleştirilmesi yolunda birbirini tamamlar⁵⁶⁴. Özgür iradeye dayanan her sözleşmenin adil olduğu ve her ne pahasına olursa olsun verilen söze bağlı kalınması anlayışı, sözleşme taraflarının katlanılması mümkün olmayan yüklerin altına girmeleri sonucunu doğurur. Karşılıklı edimlerin söz konusu olduğu sözleşmelerde edimler arası tam dengenin sağlanması bir geçerlilik koşulu değildir. İrade özerkliği ve onun alt görüntüsünü oluşturan sözleşme özgürlüğü ilkesi hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içinde taraflara tam serbesti sağlar. Her borç ilişkisinde temel kural edime uygun ifanın gerçekleşmesidir. Verilen söze sadakatsizlik kavramının yerleşmesi borçlunun çeşitli bahaneler ile edim yükünden kurtulmasına ortam hazırlar. İfanın edime uygun olması kuralı gereğince, borçlu neyi borçlanmış ise onu ifa etmelidir⁵⁶⁵. İrtifak ilişkisine dahil olan taraflar bu ilişkinin hüküm ve sonuçları hakkında bir tasarım⁵⁶⁶ gerçekleştirirler. Hak sahibi ve yüklü taşınmaz maliki bu tasarım doğrultusunda borç ilişkisindeki yerini alır. Bununla birlikte sonradan ortaya çıkan koşullar nedeniyle ilişkinin başında tarafların oluşturdukları tasarımdan sapmalar meydana gelebilir. Özellikle edimler arasındaki denge taraflardan biri aleyhine aşırı biçimde bozulabilir. İfa güçlüğü⁵⁶⁷ olarak adlandırılan böyle durumlarda sözleşmeye bağlılık ilkesinin hukuki ve fiili temeli sarsılır. Diğer bir söyleyişle, bozulmuş menfaat dengelerine rağmen diğer tarafı edime uygun ifaya zorlamak sözleşme adaleti ilkesinin zarar görmesine neden olabileceği gibi hayatın olağan akışı ile de çatışır. Ortaya çıkan bu olumsuz durumun, geçit hakkı sahibi

⁵⁶³ HUGUENIN, s.47.

⁵⁶⁴ BAYSAL, Başak: Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul 2009, s.13.

⁵⁶⁵ Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.216.

⁵⁶⁶ ÖZEN, s.

⁵⁶⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s.449; HUGUENIN, s.47.

ile yüklü taşınmaz malikinin, tadil anlaşması yoluyla gidermeleri ve bozulan edim dengesini yeniden yapılandırmaları mümkün olmakla birlikte çoğu zaman bu yönde bir uzlaşma sağlanamadığı da bir gerçektir⁵⁶⁸. Tarafların, koşulların değişmesine ilişkin bir anlaşmaya irtifak sözleşmesinde yer vermeleri de mümkündür. Bu olasılıkta, değişen koşullar doğrultusunda geçit yolunun yeni yerinin nasıl belirleneceği sözleşme hükümlerine göre gerçekleşir. Böyle bir anlaşma yoksa ve sonradan da yapılamıyorsa bozulan edim dengesinin nasıl sağlanacağı sorusuyla karşılaşılır. Tam bu noktada, sözleşme adaleti ilkesinin yeniden yapılandırılması amacıyla sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ilkesi aşırı derecede bozulmuş edim dengesine müdahale edilmesi amacıyla devreye girer⁵⁶⁹. Böylece, sözleşmenin kurulması aşamasında bir tasarım dahilinde paylaşılan riskler değişen koşullara uygun olarak yeniden paylaştırılır⁵⁷⁰. Buradaki doğrudan amaç, ekonomik ya da sosyal açıdan sözleşmenin zayıf tarafının korunması değildir. Uyarlama yoluyla sözleşmenin zayıf tarafının dolaylı olarak korunacağı açık olmakla birlikte uyarlamada güdülen doğrudan amaç bozulan edim dengesinin ayarlanması, riziko paylaşımının yeniden yapılandırılmasıdır. Sözleşmenin güçlü tarafının, değişen koşullardan olumsuz etkilenmesi mümkün olabileceğinden, sözleşme adaletinin sağlanması amacıyla onun lehine, bozulan edim dengesine müdahale edilebilir⁵⁷¹.

Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması; temelde aynı teoriye dayanmakla birlikte, işlem temelinin çökmesi, emprevizyon ya da başka teoriler başlığı altında yapılandırılmış ve geliştirilmiştir. Tüm bu teorilere esinlenme kaynağı oluşturan teori ise clausula rebus sic stantibus teorisidir⁵⁷². Sözleşmenin kurulduğu andaki koşulları dikkate alan bu teoriye göre, söz konusu koşulların sonradan değişmemesi asıldır. Taraflar, bu koşulların değişmeyeceği düşüncesiyle borç altına girerler ve bu

⁵⁶⁸ Bkz. **HUGUENIN**, s.47.

⁵⁶⁹ Ekonomik bakış açısının da sözleşmenin uyarlanması ilkesini destekler nitelikte olduğu, sözleşmenin çözülmesine kıyasla değişen koşullara uyarlanmış biçimde ayakta tutulmasının ekonomik alanda olumlu sonuçlar doğuracağı yönünde **BAYSAL**, s.13.

⁵⁷⁰ **BAYSAL**, s.14.

⁵⁷¹ Uyarlama ilkesinin, zayıf sözleşme tarafının korunması ilkesine kıyasla tarafsız bir konumda değerlendirilmesi gerektiği yönünde **BAYSAL**, s.16.

⁵⁷² **BAYSAL**, s.17.

koşulların değişmesini bozucu şart olarak kararlaştırırlar. Günümüzde, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması bakımından *clausula rebus sic stantibus* ilkesi doğrudan uygulama alanını kaybetmiş olmakla birlikte, bu konuda başvurulacak diğer teorilerin temelini oluşturmaya devam etmektedir. Günümüzde uyarlama bakımından öne çıkan teoriler işlem temelinin çökmesi teorisi ile emprevizyon teorisidir. İşlem temelinin çökmesi teorisi daha çok Alman hukukunda savunulmakla birlikte emprevizyon teorisi de Fransız hukukunda geliştirilmiştir⁵⁷³. İsviçre hukukunda ise sözleşmelerin uyarlanması bakımından özel bir teori oluşturulması üzerinde durulmamış, bu konuda sözleşme boşluklarının tamamlanması ile dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağından hareket edilmiştir. Türk hukukunda da ağırlıklı görüş, soruna dürüstlük kuralı çerçevesinde yaklaşır. Uyarlanmasında başvurulacak kaynak TMK m.2/f.1 olarak gösterilir. Buna göre, sonradan değişen koşulların oluşturduğu yeni durum kapsamında ifanın edime uygun olarak gerçekleşmesini beklemek dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmaktaysa sözleşmenin uyarlanması gerekir. Benimsenen ölçüt, değişen koşullara göre ifanın beklenilebilir olup olmadığıdır. Beklentinin değerlendirmesinde dürüstlük kuralı belirleyici işlev üstlenir. Uygulamada ise *clausula rebus sic stantibus* ilkesi başlığı altında diğer teori ve kurallara da yer verildiği görülür⁵⁷⁴.

⁵⁷³ Açıklamalar için bkz. **BAYSAL**, s.22 vd..

⁵⁷⁴ (...) Hukukumuzda sözleşmeye bağlılık (*Ahde Vefa-Pacta Sund Servanda*) ve sözleşme serbestliği ilkeleri kabul edilmiştir. Bu ilkelere göre, sözleşme yapıldığı andaki gibi aynen uygulanmalıdır. Eş söyleyişle, sözleşme koşulları borçlu için sonradan ağırlanmış, edimler dengesi sonradan çıkan olaylar nedeni ile değişmiş olsa bile, borçlu sözleşmedeki edimini aynen ifa etmelidir. Yeri gelmişken hemen belirtelim ki, sözleşme serbestliği ilkesi tarafların birbirleri karşısında eşit hak sahibi olarak bulunmalarını gerektirir. Gerçekte de, sözleşmeye bağlılık ilkesi, hukuki güvenlik, doğruluk, dürüstlük kuralının bir gereği olarak sözleşme hukukunun temel ilkesini oluşturmaktadır. Ancak bu ilke özel hukukun diğer ilkeleriyle sınırlandırılmıştır. Sözleşme yapıldığında karşılıklı edimler arasında mevcut olan denge sonradan şartların olağüstü değişmesiyle büyük ölçüde tarafların biri aleyhine katlanılamayacak derecede bozulabilir. İşte bu durumda sözleşmeye bağlılık ve sözleşme adaleti ilkeleri arasında bir çelişki hasil olur ve artık bu ilkeye sıkı sıkıya bağlı kalmak adalet, hakkaniyet ve objektif hüsnüniyet (M.K.Md. 4, 2) kaidelerine aykırı bir durum yaratır hale gelir. Hukukta bu zıtlık (*Clausula Rebus Sic Stantibus-Beklenmeyen hal şartı-sözleşmenin değişen şartlara uydurulması*) ilkesi ile giderilmeye çalışılmaktadır. Tarafların iradelerini etkileyip olayların gerçekleşmesi ile değişmişse, taraflar artık o akitle bağlı tutulmazlar. Değişen bu koşullar karşısında M.K. 2. maddesinden yararlanılarak sözleşmenin yeniden düzenlenmesi imkanı hasil olur (...). Beklenmeyen hal (Emprevizyon) kuramının açıklanması şöyle yapılmaktadır. "Akit yapıldığı sırada mevcut bulunan şartlar önemli surette değişmişse taraflar akide bağlı olmamalıdır. Buna "*Clausula Rebüs Sic Stantibus*" (Beklenmeyen Hal Şartı) denmektedir. Bu görüş öğretide "Emprevizyon Teorisi" adıyla anılmaktadır. Öğreti de, sözleşmenin yapıldığı zamandaki durumların değişmemesi, sözleşmenin örtülü (zımni) şartıyla yapıldığı varsayılır. Akitlerin ifasını şartların değişmemesine bağlayan (*Clausula Rebüs Sic Stantibus*) fikri çok gerçeğe

Uyarlamayı öngören tipik kanuni düzenleme istisna sözleşmesine ilişkin olarak BK m.365/f.2’de (OR Art.373 Abs.2) yer alır. Buna göre,

“Fakat evvelce tahmin olunamayan veya tahmin olunup da iki tarafça mazara alınmayan haller için yapılmasına mani olur veya yapılmasını son derece işkal ederse hakim, haiz olduğu takdir hakkı dolayısıyla ya takarrür eden bedeli tezyit veya mukaveleyi fesheyleyir”.

Hakim görüş, söz konusu düzenlemenin emredici karakterli olmadığı yönündedir⁵⁷⁵. İş sahibi ile yüklenicinin anlaşarak, BK m.365/f.2’yi (OR Art.373 Abs.2) devre dışı bırakmaları ve eserin belirlenen götürü ücretle tamamlanmasına engel olan ya da aşırı güçleştiren olağan üstü durumlara rağmen sözleşmeye bağlılık ilkesine sadık kalmaları mümkündür. Taraflar, uyarlamaya temel oluşturabilecek durumları sınırlı olarak sayabilecekleri gibi kanunda belirtilen koşulları hafifletebilirler ya da kendine

uygun değilse de, Ahde Vefa prensibine kesin ve sıkı sıkıya bağlılığın da her zaman adil olmadığı görülmektedir. Bugün İsviçre-Türk Hukukunda çoğunlukla dayanan esas, dürüstlük kuralı uyarınca çözüm bulunmasıdır. Mukayeseli Hukuk açısından olayı irdelediğimizde; Alman Hukukunda Beklenmeyen Hal veya Clausula Rebüs Sic Stantibus kuramının daha da somutlaştırılarak kabul edildiğini ve İşlem Temelinin Çökmesi Kuramı olarak adlandırılan bir kuramın geliştirildiğini görmekteyiz. Sözleşmenin temelini teşkil eden kendisi üzerine anlaşmanın dayandığı ve karşılıklı edimlerin tayin olunduğu edim ve karşı edim arasındaki dengenin, taraflardan biri için artık çekilmez, katlanılamaz biçimde bozulduğu hallerde, işlem temelinin çökmesi söz konusu olacaktır. İsviçre Hukukuna gelince; Yargıcın bir sözleşmeden dönme ya da fesih suretiyle ortadan kalktığına veya Emprevizyon nedeniyle sözleşmenin uyarlanmasının kabul edilebilmesi için şu koşulların oluşması gerekmektedir.a)Öngörülmez bir dış olayın sebep olması söz konusu dış olay bir kişi olayı olmamalıdır. Diğer taraftan bu olay öngörülemez olmalı ve sözleşmenin dengesinin yargıçtan müdahale talep eden tarafın kusurundan kaynaklanmaksızın bozmuş olmalıdır.b)Sözleşme ekonomisinin bozulması.Yargıç, yalnızca sözleşme henüz ifa edilmediği takdirde ne ölçüde Emprevizyon Kuramı çerçevesinde müdahale edebilir. Öngörülemez olgular, taraflar arasındaki dengeyi bozmuş olmalıdır. Bu hal özellikle sinallagmatik sözleşmelerde, edim ve karşı edim arasındaki ilişkinin bozulmasında söz konusu olur. c)Objektif olarak katlanılması beklenebilecek rizikonun aşılmış olması gerekir. Federal Mahkeme içtihatlarında denge bozukluğunun önemli, açık ve aşırı olmasını aramaktadır. Bu nedenle her somut olayda, objektif bir değerlendirme ile, emprevizyon kuramını ileri süren tarafın üstlenmesi gereken azami rizikonun belirlenmesi gerekir. Eğer bu riziko aşılmışsa, yargıç sözleşmeye el atabilecektir. Türk hukukunda mehz kanundaki uygulamalar doğrultusunda M.K. 2 maddesinden de esinlenmek suretiyle hem Clausula Rebüs Sic Stantibus ilkesini hem de İşlem Temelinin çökmesi kuramını uygulamak suretiyle uyarlanma davalarının görülebilir olduğunu benimsemiştir. İşlem Temelinden Çökmesi kavramının uygulanabilmesi için sonradan meydana gelen değişikliklerin önceden teşhis ve tahmin edilememiş olması gerekir (...). Yarg. HGK 15.10.2003 E.2003/13-599, K.2003/599 (Kazancı). Farklı kararlar için bkz. Yarg. 14.HD 06.07.2006 E. YKD, Nisan 2007, C.33, s.698; Yarg. HGK 15.10.2003 E.2003/13-599, K.2003/599 (Legalbank).

⁵⁷⁵ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.488; TANDOĞAN, Borçlar Özel, s.247; GÜMÜŞ, Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.II, İstanbul 2010, s.178; GÖKYAYLA, Emre: Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul 2009, s.231.

özgü uyarlama koşulları belirleyebilirler⁵⁷⁶. Bununla birlikte BK m.365/f.2'nin (OR Art.373 Abs.2) uygulamasını ortadan kaldıran, sınırlayan veya genişleten anlaşmaların da bir sınır olduğu kabul edilir. Konuya uyarlama talebinden feragat açısından yaklaşıldığında, feragatin geçerliliğinin TMK m.23 (ZGB Art.27) kapsamında olacağı tartışmasızdır⁵⁷⁷. Ekonomik olarak yüklenicinin felakete sürüklenmesine neden olacak durumlarda, uyarlama talebinden feragat, TMK m.23'ün (ZGB Art.27) emredici düzenlemesine takılır. Bazı durumlarda ise geçerli bir feragat söz konusu olmakla birlikte bunun ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırılık oluşturabilir. Bu gibi durumların uyarlama talebine etkili olmayacağı, sanki BK m.365/f.2'nin (OR Art.373 Abs.2) uygulaması ortadan kaldırılmamış gibi yüklenicinin uyarlama talebinde bulunabileceği kabul edilir⁵⁷⁸. Aynı görüş Yargıtay tarafından da uygulanmaktadır⁵⁷⁹.

Kanaatimizce, clausula rebus sic stantibus ilkesi üzerine yapılanan BK m.365/f.2 (OR Art.373 Abs.2) bakımından benimsenen bu görüşlerin yine aynı ilke üzerine yapılanan TMK m.791/f.1 (ZGB Art.742 Abs.1) bakımından da benimsenmesi gerekir⁵⁸⁰. Bu doğrultuda, geçit yolunun yerinin değiştirilmesi talebiyle ilgili olarak taraf anlaşmasına üstünlük tanımak gerekir. Hak sahibi ile yüklü taşınmaz maliki anlaşma değişen koşullara rağmen geçit yolunun yerinin değiştirilemeyeceğini kararlaştırabilecekleri gibi yer değişikliği talebinin kanundan belirtilen koşullarını hafifletebilir veya ağırlştırabilirler. Bununla birlikte, yer değişikliği talebini ortadan kaldıran anlaşma hükümlerinin dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri sürülmesi

⁵⁷⁶ **TANDOĞAN**, Borçlar Özel, s.248 vd..

⁵⁷⁷ **GÜMÜŞ**, Borçlar Özel, II, s.178; **GÖKYAYLA**, s.232.

⁵⁷⁸ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s.489; **TANDOĞAN**, Borçlar Özel, s.250; **GÖKYAYLA**, s.233.

⁵⁷⁹ (...) Sözleşmenin yeni durumlara uyarlanması yapılırken, önce sözleşmede, daha sonra kanunda bu hususta intibak hükümlerinin bulunup bulunmadığına bakılır. Sözleşmede ve kanunda hüküm bulunmadığı takdirde, sözleşmenin değişen hal ve şartlara uydurulmasının gerekip gerekmeyeceği incelenir. Bazen de sözleşmede olumlu ve olumsuz intibak kaydı bulunmakla beraber, bu kayda dayanılarak sözleşmenin kayıta birlikte aynen uygulanmasını talep etmek M.K. 2/2 maddesi hükmü anlamında hakkın kötüye kullanılması manasına gelebilir. Böyle bir durumda sözleşmedeki intibak kaydına rağmen edimler arasında aşırı bir nispetsizlik çıkmışsa, uyarlama yine yapılmalıdır (...). Yarg. 13.HD 24.04.2002 E.2002/2974, K.2002/4522 (Legalbank).

⁵⁸⁰ Her ne kadar Eşya Hukuku sözleşmelerinin niteliği gereği uyarlanmaya kapalı olduğu savunulsa da, burada uyarlamaya konu edilen irtifak sözleşmesi olmayıp, kanundan doğan borç ilişkisidir. Karş. **BAYSAL**, s.105.

durumunda sanki böyle bir anlaşma yokmuş gibi uyarlama talebinin değerlendirilmesi gerekir.

7. Yararlanan Taşınmazın Bölünmesi

Geçit hakkı ile hukuken bir bütün olarak kısıtlanan yüklü taşınmazın ekonomik anlamda en verimli biçimde kullanılmasına hizmet eden düzenlemeler sadece TMK m.791'den (ZGB Art.742) ibaret değildir. Hukuki ve fiili durum arasındaki dengeyi sağlama amacı taşıyan düzenlemelerden biri de TMK m.792'de (ZGB Art.743) yer alır. Clausula rebus sic stantibus ilkesinin bir başka uygulamasını oluşturan bu düzenlemeye göre,

“Yararlanan taşınmazın parsellere bölünmesi halinde kural, irtifak hakkının her parsel yararına devam etmesidir.

Ancak, durum ve koşullara göre irtifak hakkı yalnız bir parselin yararına kullanılabilir, yüklü taşınmazın maliki diğer parseller için irtifak hakkının terkinini isteyebilir.

Tapu sicil memuru, bu istemi irtifak hakkı sahibine bildirir ve onun bir ay içinde itiraz etmemesi halinde irtifak hakkını terkin eder”.

Burada sözü edilen bölünme hukuki anlamda bir bölünme olmayıp eşyaya yönelik bir bölünmedir⁵⁸¹. Uygulamada, taşınmazın parsellere bölünmesi sonucunu doğuran en önemli ve yaygın sebep inşaat amaçlı olarak karşımıza çıkabileceği gibi paydaşlığın giderilmesi, mirasın paylaşılması ya da kısmi kamulaştırma sebebiyle de böyle bir sonucun doğumu mümkündür⁵⁸². Taşınmazın parsellere bölünmesi durumunda sicilde taşınmaz için açılan sayfa kapatılır ve her parsel için yeni bir sayfa açılır⁵⁸³. Yararlanan taşınmaz maliki yeni doğmuş her arazi parçası üzerinde yeni bir mülkiyet kazanır ve her parsel ile ilişkin bağımsız sayfaya malik olarak kaydedilir. İrtifak hakkı bölünmez bir bütün olduğu için bölünen taşınmazın her

⁵⁸¹ LIVER, Art.743, s.565; BERTAN, s.1324.

⁵⁸² SAYMEN/ELBİR, s.457; LIVER, Art.743, s.566; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-YUNGO (TUOR/SCHNYDER/SCHMID), s.950.

⁵⁸³ “Taşınmaz malların ayrılması” kenar başlıklı TST m.65'e göre, “Bir taşınmaz malın ayrılmasında her yeni parsel için kütük sayfası açılıp re'sen tescil edilir. Önceki sayfadaki kayıtlar, aşağıdaki hükümlere göre yeni sayfasına nakledilerek eski sayfa kapatılır”.

parseli geçit hakkından yararlanmaya devam eder⁵⁸⁴. Diğer bir söyleyişle, bölünme irtifaka zarar vermeyeceği için geçit hakkı her bağımsız parsel lehine varlığını devam ettirir⁵⁸⁵. İrtifaklar bakımından genel olarak karşılaşılan fiili durum, irtifakın yüklü taşınmazın bir bölümünde kullanılması veya yararlanan taşınmazın bir bölümüne hizmet etmesidir. Geçit hakkı söz konusu olduğunda bu yargı daha çok yüklü taşınmaz üzerindeki yararlanma bakımından gerçekleşir. Geçit yolu, hukuken ve fiilen bir bütün olarak yararlanan taşınmazın hizmetinde olurken, fiilen yüklü taşınmazın sadece bir bölümünü kısıtlar⁵⁸⁶. Bu doğrultuda, yararlanan taşınmazın her parseli yine yararlanan taşınmaz sıfatıyla geçit yolundan hukuken ve fiilen yararlanmaya devam eder. Buna bağlı olarak her yeni sayfaya geçit irtifakı bir hak olarak tescil edilir⁵⁸⁷. Bununla aynı doğrultuda yüklü taşınmazın sayfasındaki kaydın da düzeltilmesi ve her yeni parselin yararlanan taşınmaz olarak burada gösterilmesi gerekir. Ancak, bu kural emredici karakterli deęildir⁵⁸⁸. Yararlanan taşınmaz maliki, geçit hakkının, kendisine ait her parselin sayfasına aktarılmasını istemeyebilir. Bazı parsellerin aktarma dışı tutulması mümkündür. Böylece, malik kendisinde tutmayı düşündüğü parsel lehine geçit hakkını koruyabilir, elden çıkarmayı düşündüğü parsellerin haklarına son verebilir⁵⁸⁹.

Geçit hakkının her parsele aktarıldığı ve her parselin farklı bir kişiye devredildiği durumlarda maliklerin tamamının diğerinden bağımsız olarak geçit hakkına sahip olur. Her malik geçit hakkının bağımsız sahibi olarak değerlendirilir ve irtifakın

⁵⁸⁴ “Taşınmaz malın ayrılmasında faydalanan taşınmaz yönünden irtifak haklarının nakli” kenar başlıklı TST m.66’ya göre, “İrtifak haklarından istifade eden taşınmaz mal parçalara ayrıldığında, irtifak hakkı her kısım için devam eder. Ancak bu haktan yalnız bir kısım taşınmaz mal istifade edebiliyorsa, yükümlü taşınmaz mal sahibi irtifak hakkının diğer parçalardan terkinini isteyebilir. Tapu idaresi bu istemi irtifak hakkı sahibine tebliğ eder. Tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde itiraz edilmezse irtifak hakkı terkin olunur”.

⁵⁸⁵ HONSELL/VOGT/GEISER, Art.743, s.1372; SAYMEN/ELBİR, s.457; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s.90; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-YUNGO (TUOR/SCHNYDER/ SCHMID), s.950.

⁵⁸⁶ LIVER, Art.743, s.570; SURLU/ÖZTÜRK, s.567; BERTAN, s.1326.

⁵⁸⁷ Bu durum “irtifak hakkının çoğalması” kavramıyla ifade edilir. Bu yönde SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, s.280; LIVER, Art.743, s.571; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s.90.

⁵⁸⁸ LIVER, Art.743, s.571; BERTAN, s.1326.

⁵⁸⁹ Böylece, malik sadece kendisinde tutmayı düşündüğü parsel lehine irtifak hakkını koruyarak elden çıkarmayı düşündüğü parsellere kıyasla onu ayrıcalıklı duruma getirir. Bu yönde LIVER, Art.743, s.571.

hukuki kaderi onların tasarruflarına göre şekillenir⁵⁹⁰. Buna göre, her malik yüklü taşınmaz lehine kendisinin sahip olduğu geçit hakkına son verebilir. Böyle bir tasarruf, sadece o parsel lehine tanınan geçit hakkını ortadan kaldırır. Her parsel lehine devam eden geçit hakkının içerik ve kapsamı TMK m.786 (ZGB Art.737) ve TMK m.787'e (ZGB Art.738) göre yeniden belirlenir⁵⁹¹. Bu belirleme sırasında TMK m.788 (ZGB Art.739) asli sınırlayıcı düzenleme olarak yol gösterir ve yararlanan taşınmazın ihtiyaçlarındaki değişikliğin yüklü taşınmazın irtifaktan doğan yükünü ağırlaştıramayacağı kuralına sadık kalınır⁵⁹². Bölünme nedeniyle yükün ağırlaşması söz konusu ise yüklü taşınmaz maliki yükün ağırlaşmasına neden olan kullanıma son verilmesini talep edebilir. Bu talep tüm maliklere yöneltilir. Bunlardan her biri geçit hakkının sağladığı yetkileri tam olarak elde ettiğine göre her geçit hakkı sahibi bakımından hakkın tabi olduğu sınırlamalar da tam olarak uygulanır. Yükü ağırlaştıran kullanıma son verilmesi talebi, çoğu zaman muhataplar tarafından kabul görmeyeceği için yüklü taşınmaz malikinin dava yoluna gitmesi kaçınılmazdır. Böyle bir davada, yükün ağırlaşmasına neden olan durum varlığını koruduğu sürece irtifak hakkının kullanılmasının askıya alınması veya bu durumun ortadan kalkması ve yükün eski haline gelmesi mümkün değilse TMK m.785 (ZGB Art.736) kapsamında irtifakın terkinin yönünde de karar verilebilir⁵⁹³.

İrtifak hakkına dayalı olarak inşa edilen tesisler irtifak hakkı sahibinin mülkiyetinde yer alır. Üst hakkına ilişkin TMK m.726/f.1 (ZGB Art.675 Abs.1) kıyas yoluyla uygulandığında geçit olarak kullanım amacına hizmet etmek üzere inşa edilen köprü, duvar veya aydınlatma düzeneği gibi tesisler üzerinde geçit hakkı sahibinin özel nitelikli mülkiyetine dahil olurlar⁵⁹⁴. Yararlanan taşınmazın parsellere bölünmesi durumunda her parsel sahibi, kendi parseline aktarılan geçit hakkına sahip olurken bu

⁵⁹⁰ **LIVER**, Art.743, s.571; **HONSELL/VOGT/GEISER**, Art.743, s.1372; **BERTAN**, s.1327; **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s.90.

⁵⁹¹ **LIVER**, Art.743, s.574.

⁵⁹² **BERTAN**, s.1326; **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s.91; BGer 10.12.2001 5C_38/2001 (**SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP**, s.280).

⁵⁹³ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.658.

⁵⁹⁴ **LIVER**, Art.743, s.576.

hakka dayanılarak inşa edilen tesisler üzerinde paylı mülkiyet ilişkisi doğar⁵⁹⁵. Her parsel sahibi tesislere ilişkin hak ve yükümlülükler bakımından paylı mülkiyet ilişkisine dahil olurlar.

Kural olarak, yararlanan taşınmazın parsellere bölünmesi, yüklü taşınmaz malikini olumsuz yönde etkiler. Her şeyden önce bölünme nedeniyle yükün ağırlaşması rizikosu yükselir. Yüklü taşınmaz malikinin, birden fazla geçit hakkı sahibine karşı, haklarını koruması daha zor olabileceği gibi çoklu kullanıma bağlı olarak artacak bakım giderleri de ayrı bir riziko oluşturur. Bu son olasılık, TMK m.790/f.1'in (ZGB Art.741) aksi yönde bir anlaşma yapıldığı veya geçit yolunun yüklü taşınmaz malikine de yarar sağladığı olasılıklarda gündeme gelir. Yukarıda belirtildiği üzere yüklü taşınmaz malikinin olumsuz yönde etkilenmesinin önüne geçmek üzere yükün ağırlaşmaması kuralından yararlanılabilir. Ancak, bu kural irtifakın asli içeriğini oluşturan katlanma yükümlülüğü bakımından tasarlanmış bir kuraldır. Bu nedenle, yan edim yükümlerinin de aynı kurala tabi olduğunu savunmak güçtür. Kanaatimizce, yükün ağırlaşmaması kuralı, yan edim yükümleri bakımından uygulama alanı bulmaz. Ağırlaşan yan edim yükümleri bakımından yapılması gereken değişen koşullara dayanılarak bir uyarlama davası açmaktır.

Her yeni parselin maliki bağımsız geçit hakkı sahibi olarak yüklü taşınmazı geçit yolu olarak kullanma yetkisine sahiptir. Yolu kullanma yetkisi ölçülebilir ve bölünebilir nitelik taşımadığından tüm hak sahipleri tarafından birlikte kullanılır⁵⁹⁶. Herhangi bir parsel sahibi geçit hakkından yoksun bırakılamaz. Ancak, toplu kullanım durumunda da yükün ağırlaşmaması kuralı gözden uzak tutulmaz⁵⁹⁷. Yararlanan taşınmaz lehine tanınan geçit hakkının, bölünme sonucunda oluşan her yeni parselde aktarılması kural olmakla durum ve koşullara göre geçit hakkı sadece belirli parseller lehine kullanılabiliriyorsa, yüklü taşınmaz maliki diğer parseller lehine tescil edilmiş irtifak hakkının terkinini talep edebilir (TMK m.792/f.2-ZGB Art.743 Abs.2).

⁵⁹⁵ **LIVER**, Art.743, s.577; **BERTAN**, s.1330.

⁵⁹⁶ **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s.91.

⁵⁹⁷ **BERTAN**, s.1329.

İrtifak hakkının kullanım olanağı veya sağladığı yarar diğer parseller bakımından ortadan kalkmışsa bu durumda yüklü taşınmaz malikinin terkin talebinde bulunması mümkündür. Bu olasılıkla, geçit hakkı bakımından karşılaşılması güç olmakla birlikte TMK m.838 (ZGB Art.781) anlamında diğer irtifaklar bakımından olasılığın gerçekleşmesi mümkündür. Yararlanan taşınmazın bir bölümünde bulunan tesisin faaliyetlerinden doğan kirli suyun aktarılması amacıyla bir irtifak hakkı kurulmuşsa, yararlanan taşınmazın bölünmesinde tesisin yer aldığı parsel dışındakilerin irtifaktan yararlanması gereksizdir. Bölünme sonucunda yapının yer aldığı parsel dışındakilerin kaynak hakkından yararlanması söz konusu olmadığı için yine terkin talebinde bulunulabilir⁵⁹⁸. Bununla birlikte, geçit hakkı bakımından da böyle bir olasılıkla karşılaşılması mümkündür. Yararlanan taşınmazın paralel çizgiler doğrultusunda bölünmesi yoluyla yeni parseller oluşturulmuşsa yeni parsellerden sadece birinin yüklü taşınmaz ile ortak sınırı kalır. Ortak sınıra sahip olmayan parsellerin geçit yolundan yararlanması olanağı ortadan kalkar⁵⁹⁹. İrtifak hakkı bu parsellere hizmet etmediği için yüklü taşınmaz maliki onlar lehine yapılan tescilin terkinini talep edebilir. Taşınmazda bulunan bir yapıya su sağlamak üzere kurulan kaynak hakkında da durum aynı yöndedir.

TMK m.1014 (ZGB Art.964) gereğince tescilin terkinini veya değiştirilmesi hak sahibinin yazılı beyanı ile gerçekleşir. Genel kural bu olmakla birlikte TMK m.792/f.2'de (ZGB Art.743 Abs.2) bir istisnaya yer verilir. Yüklü taşınmaz malikinin talebiyle irtifak hakkının terkinine olanak sağlayan bu hükmün istisnai niteliği, aynı maddenin üçüncü fıkrasını ile yumuşatılır. Buna göre, yüklü taşınmaz malikinin terkin talebini alan tapu memuru TMK m.1019 (ZGB Art.969) doğrultusunda durumu geçit hakkı sahibine bildirir ve bir ay içinde itiraz edilmezse hakkı terkin eder. Bir ay içinde itiraz edilmemesi terkinin yapılması bakımından yeterlidir⁶⁰⁰. Bunun dışında başka bir işleme özellikle de mahkeme kararına gerek duyulmaz. Ancak, süresi içinde itiraz edilirse yüklü taşınmaz malikinin dava yoluna gitmesi gerekir. Açılacak

⁵⁹⁸ **LIVER**, Art.743, s.580.

⁵⁹⁹ **BERTAN**, s.1330; **SAYMEN/ELBİR**, s.458.

⁶⁰⁰ **HONSELL/VOGT/GEISER**, Art.743, s.1373.

dava TMK m.785’de (ZGB Art.736) yer verilen dava ile aynı temele dayanır. Fark ise TMK m.785’de (ZGB Art.736) yararlanılan taşınmaz bakımından sonradan yararın ortadan kalkması söz konusuysa, TMK m.792’e (ZGB Art.743) dayalı davalarda yeni parseller lehine böyle bir yarar hiç doğmamıştır⁶⁰¹. Bölünme işlemleri sırasında yeni parsellerden bazılarının geçit hakkından fiilen yararlanamayacağı açık olarak anlaşılrsa dahi tapu memuru bu parseller lehine geçit hakkını tescilden kaçınmaz veya varolan tescili re’sen terkin edemez. Terkin talebi yüklü taşınmaz malikine aittir. Bölünme sırasında veya bölünmeden sonra ileri sürülebilir. Böyle bir talep olmadıkça tapu memuru harekete geçemez⁶⁰².

TMK m.792/f.3’de (ZGB Art.743 Abs.3) belirtilen bir aylık süre içinde hak sahibi itiraz etmemiş olsa dahi tescil yolsuz olarak terkin edilmişse tapu kütüğünün düzeltilmesi davası açılabilir⁶⁰³. Bir aylık süre, maddi hukuk açısından hakkı sona erdirici bir etkiye sahip olmayıp, sadece tapu memurunun gerçekleştirdiği terkin işleminin hukuka uygun kılınmasını sağlar. Diğer bir söyleyişle, bir aylık süre içinde geçit hakkı sahibi bir itirazda bulunmamış ve bunun üzerine hak terkin edilmişse, tapu kütüğünün düzeltilmesi talebinin önü kesilmiş olmaz. Sadece, itiraz etmemiş olan hak sahibi, yolsuz terkin nedeniyle devletin sorumluluğuna gidemez. Ancak, ara dönemde yüklü taşınmaz el değiştirmiş ise iyiniyetli yeni malik tapu siciline güven prensibinin koruyucu kapsamında yer alacağından ona karşı böyle bir dava açılmaz⁶⁰⁴.

8. Yüklü Taşınmazın Bölünmesi

Yararlanan taşınmazın bölünmesinde olduğu gibi yüklü taşınmazın bölünmesi de; paydaşlığın giderilmesi, mirasın paylaşılması, kısmi kamulaştırma veya kısmi terk sonucunda gerçekleşebilir⁶⁰⁵. Bunun yanında bölünme yoluyla oluşacak yeni

⁶⁰¹ LIVER, Art.743, s.584. Benzer yönde KÖPRÜLÜ/KANETİ, s.92.

⁶⁰² SAYMEN/ELBİR, s.457; SURLU/ÖZTÜRK, s.566. Karş. KÖPRÜLÜ/KANETİ, s.92.

⁶⁰³ LIVER, Art.743, s.584; HONSELL/VOGT/GEISER, Art.743, s.1373. Karş. SURLU/ÖZTÜRK, s.566, dn.470.

⁶⁰⁴ BERTAN, s.1336.

⁶⁰⁵ BERTAN, s.1343.

parsellerin irtifaktan arındırılarak daha kolay ve avantajlı biçimde paraya çevrilmesi ya da inşaat amacıyla değerlendirilmesi amacı da bölünmenin gerekçesini oluşturabilir⁶⁰⁶. İrtifak haklarının fiili kullanımı genel olarak yüklü taşınmazın sadece bir bölümünde gerçekleştiğinden, yüklü taşınmazın bölünmesi durumunda yük çoğu zaman parsellerden biri üzerinde kalırken, diğer parseller bakımından fiili etkisini kaybeder. Söz konusu durumu dikkate alan kanun koyucu yararlanan taşınmazın bölünmesiyle aynı doğrultuda yüklü taşınmazın bölünmesini de özel olarak düzenlemiştir. TMK m.793'e göre,

“Yüklü taşınmazın parsellere bölünmesi halinde kural, irtifak hakkının her parsel üzerinde devam etmesidir.

Ancak, irtifak hakkı belirli parseller üzerinde kullanılmıyorsa, durum ve koşullara göre de kullanılmayacaksa, bu parsellerin maliklerinden her biri, kendi taşınmazı üzerindeki irtifak hakkının terkinin isteyebilir.

Tapu sicil memuru, bu istemi irtifak hakkı sahibine bildirir ve onun bir ay içinde itiraz etmemesi halinde irtifak hakkını terkin eder”.

Aksi kararlaştırılmadığı sürece bölünme sonucunda oluşan her yeni parsel geçit hakkı ile yüklenir⁶⁰⁷. İrtifakının aktarıldığı tüm parseller katlanma edimi yanında irtifaka yan edim olarak eklenmiş borçları da üstlenirler⁶⁰⁸. Geçit hakkı, yüklü taşınmaz üzerinde hangi kapsam ve içerikte kurulmuşsa aynı kapsam ve içerik ile tüm yeni parsellere aktarılır. Diğer bir söyleyişle, her yeni parselin bağımsız sayfasına geçit hakkı bir yük olarak işlenir⁶⁰⁹. Böylece, yeni oluşmuş parsel sayısı kadar geçit hakkı doğar. Söz konusu tüm geçit haklarının sahibi ise yararlanan taşınmazın malikidir. Bu nedenle, irtifakın çoğalması durumu daha çok yararlanan taşınmazın bölünmesinde önem taşır⁶¹⁰. Yüklü taşınmazın bölünmesinde oluşan parseller irtifakla yüklü olmakla

⁶⁰⁶ **LIVER**, Art.744, s.596.

⁶⁰⁷ “Taşınmaz malın ayrılmasında yükümlü taşınmaz mal yönünden irtifak haklarının nakli” kenar başlıklı TST m.67'ye göre, “Yükümlü taşınmaz malın ayrılması halinde irtifak hakkı her kısım için devam eder. Ancak, irtifak hakkı bir kısım üzerinde kullanılamazsa, o kısım maliki irtifak hakkının kendi taşınmaz malından terkin olunmasını isteyebilir. Tapu idaresi bu istemi irtifak hakkı sahibine tebliğ eder. Tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde itiraz edilmezse irtifak hakkı terkin olunur”.

⁶⁰⁸ **HONSELL/VOGT/GEISER**, Art.744, s.1374.

⁶⁰⁹ **BERTAN**, s.1339.

⁶¹⁰ **LIVER**, Art.744, s.592.

birlikte geçit hakkının fiili kullanımı bu parsellerden sadece bir veya birkaçı üzerinde gerekleşir⁶¹¹. Fiili kullanıma dahil olmayan parseller irtifak yükünü sadece hukuki anlamda taşırlar. Yük varlığını koruduğu sürece parsellerin ekonomik değeri olumsuz etkilenir. Bu etkinin önüne geçmek amacıyla çoğu zaman irtifak hakkı sahibi ile yüklü taşınmaz maliki arasında yapılan anlaşma ile irtifakın fiili kullanımı dışında kalan parseller üzerindeki yükün kaldırıldığı görülür. Böyle bir anlaşma olmasa dahi her malik, kendi parseli üzerinde geçit hakkının kullanılmasının imkansız olduğunu veya yararlanan taşınmaza bir yarar sağlamadığını ileri sürerek TMK m.793/f.2'ye (ZGB Art.743 Abs.2) göre terkin talebinde bulunabilir.

Yararlanan taşınmazın bölünmesinde gerçekleşen terkin süreci aynen yüklü taşınmazın bölünmesinde de uygulanır. Geçit hakkı, belirli parseller üzerinde kullanılmıyorsa, durum ve koşullara göre de kullanılmayacaksa, bu parsellerin malikleri hakkın terkinini talep edebilirler. Terkin talebini alan tapu memuru durumu hak sahibine bildirir. Bir ay içinde itiraz edilmezse hak terkin edilir (TMK m.793/f.3-ZGB Art.744 Abs.3). Terkin gerçekleşmediği sürece geçit yükü yeni parseller üzerinde varlığını korumaya devam eder⁶¹².

⁶¹¹ **LIVER**, Art.744, s.595; **BERTAN**, s.1343; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s.660.

⁶¹² (...) Somut olayda olduğu gibi yükümlü taşınmazın parsellenmesi halinde, irtifak hakkı her parsel üzerinde eskisi gibi kalacaktır. Diğer bir ifadeyle, yüklü taşınmazın bölünmesi sonunda meydana gelen bütün parsellerin irtifak hakkıyla yüklü kalması asıldır. Burada, az yukarıda değinilen, irtifakın bölünmezliği prensibi söz konusudur. Böylece, oluşan her parsel üzerinde irtifak hakkı sahibi, irtifak hakkından kaynaklanan yetkilerini kullanabilecektir. şu kadar ki, irtifak hakkı yalnız bölünen bir parsel üzerinde yük teşkil ediyor, hak ancak bu parsel üzerinde kullanılıyorsa, diğer yüklü parsellerin maliklerinden her biri, kendi parsellerinden irtifakın terkinini talep edebilir (MK 793/2). Terkin talebi tapu memurluğuna yapılır ve irtifak hakkı sahibine tebliğ edilir. Bir ay içinde itiraz olunmazsa tapu memuru terkinini yapar (MK 793/3). İtiraz halinde, yüklü parsel maliki mahkemeye başvurarak Medeni Kanunun 785.maddesi uyarınca bir terkin kararı almalıdır (...). Sonuç olarak, Türk Medeni Kanununun 793.maddesine göre, yüklü taşınmazın bölünmesi halinde, irtifakın, ortaya çıkan bütün parsellerin her biri üzerinde yük olarak devam ettiği, salt ifraz ve taksim nedeniyle irtifak hakkının son bulmayacağı; bu hak ortaya çıkan parsellerden bir ya da birkaçı üzerinde fiili olarak kullanılmasa dahi, tapudan terkin edilmedikçe bu parsellerin irtifak hakkıyla yüklü kalacağı, her türlü duraksamadan uzaktır (...). Yarg. HGK 16.04.2008 E.2008/18-317, K.2008/332 (Legalbank).

IV. GEÇİT HAKKININ KORUNMASI

A. Genel Olarak

Eşyaya bağlı irtifaklar bakımından, irtifak hakkı sahibinin hakkının korunması için gerekli olan önlemleri alabileceğini belirten TMK m.786/f.1'nin (ZGB Art.737 Abs.1) tanıdığı ihkak-ı hak⁶¹³ yetkisinden geçit hakkı sahibinin de yararlanması mümkündür. Bunun dışında, geçit hakkına, geniş anlamda irtifak haklarına, yönelen haksız müdahaleler karşısında hakkın korunması özel olarak düzenlenmemiştir. Mülkiyet bakımından ise TMK m.683/f.2'de (ZGB Art.641 Abs.2) belirtilen ve mülkiyetin olumsuz içeriği olarak adlandırılan koruyucu yetkiler mülkiyet için tasarlanmış özel bir koruma rejimi öngörürler⁶¹⁴. Bunlar sayesinde, malik, hukuka aykırı her müdahale karşısında hakkının tanınması gerekliliğini ileri sürebilir. TMK m.683/f.2'de (ZGB Art.641 Abs.2) yer verilen mülkiyete özgü bu koruma sisteminin, tüm aynı haklar bakımından kıyas yoluyla uygulama alanı bulacağı kabul edildiğinden⁶¹⁵; irtifak hakları, bu anlamda geçit hakkını, koruyucu özel düzenlemelere ihtiyaç duyulmaz. Bununla birlikte TMK m.683/f.2'den (ZGB Art.641 Abs.2) başka, koruma sistemine hizmet eden düzenlemeler de bulunur. Geçit hakkı sahibi, uygulanabilir olduğu ölçüde Kamu hukuku veya Özel hukuk karakterli bu düzenlemelerden de yararlanabilir. Özel hukuk karakterli koruyucu düzenlemelerin en tipik örneğini TMK m.737'de (ZGB Art.684) yer alan taşkın kullanım yasağı oluşturur. Komşuluk hukukundan doğan kısıtlamalar başlığı altında bu konuya değinildiği için oradaki açıklamalarla yetinmekteyiz.

Mülkiyete özgü koruma rejimi kıyasen irtifak haklarının da korunmasında uygulama alanı bulacağından, geçit hakkı sahibi, geçit yoluna yönelik haksız müdahaleler karşısında, bir taraftan aynı hakların kendisine sağladığı korumadan yararlanırken, diğer taraftan da zilyetliğe dayalı koruma sistemini çalıştırabilir⁶¹⁶. Olumlu irtifak niteliğindeki geçit hakkı, eşya üzerinde zilyetlik de tanıdığından hak tartışmasına dayalı davalar yanında hak tartışmasına girmeden salt zilyetliği koruyucu

⁶¹³ TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-YUNGO (TUOR/SCHNYDER/SCHMID), s.950.

⁶¹⁴ TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-YUNGO (TUOR/SCHNYDER/SCHMID), s.816.

⁶¹⁵ LIVER, Einleitung, s.31; TSCHUDI, s.8; BAUMANN, Art.745, s.46.

⁶¹⁶ LIVER, Art.737, s.400; BAUMANN, Art.745, s.46; HONSELL/VOGT/GEISER, Art.641, s.807.

davalar yoluyla haksız müdahale hedef alınabilir. Bu nedenle, daha ilk basamakta hakka dayalı koruma ile zilyetliğe dayalı korumanın birbirinden ayrılarak incelenmesi gerekir⁶¹⁷. Koruma sistemi, aynı hakka dayalı koruma ve zilyetliğe dayalı koruma olarak iki temel yapı taşı üzerinde şekillenirken, bunların yanında geçit hakkının tespiti veya geçit hakkı ile çatışan bir hakkın ileri sürülmesi durumunda bu hakkın var olmadığının tespiti de istenebilir⁶¹⁸. Ek olarak, zilyetliğin idari yoldan korunması olanağı da dikkate alındığında, geçit hakkı sahibinin çeşitli seçeneklerle donatılmış çok boyutlu bir koruma sisteminden yararlanacağı sonucuna ulaşılır. Son olarak, haksız müdahale sebebiyle bir zarar doğmuşsa BK m.41 (OR Art.41) vd. hükümler çerçevesinde ileri sürülecek tazminat talebiyle söz konusu koruma sistemi tamamlanır⁶¹⁹.

Mülkiyet için tasarlanmış fakat tüm aynı haklar için uygulama alanı bulan çok seçenekli koruma sistemi bakımından TMK m.683/f.2'de (ZGB Art.641 Abs.2) belirtilen davalar özel önem taşırlar. Bu nedenle de, koruma sistemine asli etkinlik kazandıran ve sistemi mükemmelleştiren koruma araçları olarak kabul edilirler⁶²⁰. Söz konusu davalar istihkak (rei vindicatio) ve el atmanın önlenmesi (actio negatoria) davalarıdır.

B. Aynı Hakka Dayalı Koruma

1. El Atmanın Önlenmesi Davası

TMK m.683/f.2 (ZGB Art.641 Abs.2) düzenlenen el atmanın önlenmesi davası yoluyla, hakkın kullanılmasını engelleyen veya zorlaştıran her türlü haksız müdahaleye son verilmesini sağlar⁶²¹. Bu dava, özellikle TMK m.786/f.2 (ZGB

⁶¹⁷ SCHMID/HURLIMANN-KAUP, s.45; SCHMID, Jörg: "Fliegen und Landen mit Hängegleitern im Licht von Besitzerschutz und Zonenordnung – Entscheid des Bundesgerichts vom 23.11.2009" BR, 2010, s.62.

⁶¹⁸ LIVER, Einleitung, s.32; LIVER, Art.737, s.412; BAUMANN, Art.745, s.47; HONSELL/VOGT/GEISER, Art.641, s.806.

⁶¹⁹ BAUMANN, Art.745, s.47.

⁶²⁰ TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-YUNGO (TUOR/SCHNYDER/SCHMID), s.817.

⁶²¹ Uçakların, geçit yolu üzerinden alçak uçuşlarının önlenmesi yönünde BGE 95 II 401; hayvan otlatmak amacıyla araziye girişlerin önlenmesi yönünde BGE 99 II 33; Moloz dökülmesinin önlenmesi yönünde BGE 100 II 309; Komşuların taşkınlık oluşturan doğrudan müdahalelerinin önlenmesi yönünde BGE 111

Art.737 Abs.2) anlamında malikin haksız müdahalelerine karşı hak sahibini koruma işlevi üstlenir⁶²². Kusur esasına dayalı olmayan el atmanın önlenmesi davası haksız müdahaleyi hedef alarak, ona son verilmesini ya da tekrarlanma olasılığının ortadan kaldırılmasını amaçlar. Buna karşılık, müdahale nedeniyle oluşan zararın tazminine elverişli değildir. Bu talep, el atmanın önlenmesi davasıyla birlikte veya daha sonra açılacak BK m.41vd. (OR Art.41) dayalı tazminat davasının konusunu oluşturur. Kusura dayalı haksız fiil sorumluluğuna tabi bu davalar, TMK m.730'a (ZGB Art.679) dayalı tazminat davalarından "kusur" ölçütüne göre ayrılırlar⁶²³. Roma hukukunun klasik davalarından biri olan actio confessorianın⁶²⁴ modern hukuk öğretisi tarafından güncellenmiş biçimini oluşturan el atmanın önlenmesi davası, aynı hakka yönelen her türlü ihlal, özellikle de komşuluk hukukuna dayalı ihlallerde uygulama alanı bulacak niteliktedir. Her ne kadar komşuluk hukukundan doğan taleplerin büyük çoğunluğu TMK m.730'a (ZGB Art.679) dayanmakla birlikte, bu durum TMK m.683/f.2'ye (ZGB Art.641 Abs.2) dayalı el atmanın önlenmesi talebine de başvurulması yolunu kapamaz⁶²⁵. Ancak, nisbi hak sahipleri de dikkate alındığında el atmanın önlenmesi talebinin uygulamasının, TMK m.730 (ZGB Art.679) karşısında daha dar kapsamlı

II 24; Yangın önleme duvarı üzerine yapılan asma katın kaldırılması yönünde BGE 132 III 9; Mobil telefon anteninin kaldırılması yönünde BGer 02.02.2006 5C_143/2005 (**KOLLER**, Entwicklungen 2006, s.32).

⁶²² **LIVER**, Art.737, s.414.

⁶²³ **HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL (HAAB)**, Art.641, s.54 vd.; **LIVER**, Art.737, s.414. (...) *Türk Medeni Yasasının 730.maddesi mülkiyet hakkı sınırlarını aşarak başkalarına zarar veren veya zarar tehlikesi yaratan taşınmaz malikinin sorumluluğunu düzenlemiştir. Buradaki malikin sorumluluğu yasaların emrettiği özen gösterme borcunun ihlaline dayanan kusursuz sorumluluktur. Çünkü kanun maliki taşınmazını aşırı kullanıp başkasına zarar vermesini yasaklamıştır. Orta yerde aşırı kullanım varlığı ve bir zarar unsuru bulunmakta ayrıca zararla aşırı kullanım arasında illiyet bağı kurulmakta ise taşınmaz malikini zarardan sorumlu tutmak ve aşırı kullanımın önüne geçmek gerekir (...).* Yarg.14.HD 07.03.2006 E.2006/973, K.2006/2600 (Legalbank).

⁶²⁴ Roma hukukunda irtifakların korunması işlevini üstlenen actio confessoria, Türk ve İsviçre hukuklarına özel bir dava türü olarak alınmamış, actio confessoria'nın işlevi, mülkiyete özgü davalar olan rei vindicatio ve actio negatoria'ya yüklenmiştir. Bkz. **LIVER**, Einleitung, s.31, 32; **BAUMANN**, Art.745, s.47; BGE 53 II 108.

⁶²⁵ Taşkın kullanım niteliğindeki davranışlar aynı zamanda el atma olarak değerlendirildiğinden TMK m.730'a (ZGB Art.679) dayalı eski hale getirme ya da tehlikenin giderilmesi talepleri yerine el atmanın önlenmesi de talep edilebilir. Buna karşılık, taşkın kullanım gerçekleşmediği için TMK m.730'dan (ZGB Art.679) doğan haklar kullanılamıyorsa el atmanın önlenmesi de devreye girmez. Diğer bir söyleyişle taşkın kullanım yoksa el atma da gerçekleşmez. Bu kural, komşuluk hukukundan doğan tüm haklar bakımından geçerlidir. Doğrudan kısıtlama niteliğindeki keserek ayırma hakkı ile el atmanın önlenmesi arasındaki ilişki bakımından aynı yönde bkz. **KOLLER**, Entwicklungen 2006, s.42.

olduğu savunulur⁶²⁶. Bu görüş, davacı sıfatına sahip kişiler dikkate alındığında savunulabilir olmakla birlikte müdahalenin türü bakımından doğrudan ya da dolaylı müdahale ayrımı gözetmeyen el atmanın önlenmesi talebinin dar kapsamlı bir uygulamaya sahip olduğunu ileri sürmek güçtür⁶²⁷. Diğer taraftan, salt zilyetliği koruyucu davaların sahip olduğu yargılama hızı avantajı da dikkate alındığında bu davalar karşısında el atmanın önlenmesi davasının uygulama alanı iyice daraldığı belirtilir⁶²⁸. Özellikle ispat kolaylığı da dikkate alındığında bu yargı daha çok taşınırlar bakımından geçerli olmakla birlikte geçit hakkı bakımından hak sahibi sicilden anlaşılacağı için ispat zorluğu yaşanmaz. Ancak, yargılama hızı bakımından salt zilyetliği koruyucu davaların, kural olarak, avantajlı olduğu açıktır.

a. Davacı Sıfatı

El atmanın önlenmesi talebi irtifak hakkı sahibine, geniş anlamda aynı hak sahibine, tanınan bir koruma ayrıcalığıdır. Kiracı, hasılat kiracısı veya ödünç alan aynen irtifak hakkı sahibi gibi diğer koruma araçlarından özellikle de zilyetliği koruyucu düzenlemelerden yararlanırken, el atmanın önlenmesi talebine sahip olma avantajı, irtifak hakkı sahibini söz konusu hak sahiplerinden ayırır⁶²⁹. Bu talep, dayanak olarak bir aynı hakkın varlığını gerek duyduğundan sadece sicilde hak sahibi olarak görünen kişi tarafından ileri sürülebilir⁶³⁰. Davacı sıfatı daima aynı hak sahibi ile özdeşdir. Her sınırlı aynı hak sahibi diğer diğer sınırlı aynı hak sahiplerinden ve malikten bağımsız olarak dava hakkına sahiptir. Aynı karakterin bir diğer sonucu ise ispat bakımından devreye girer. Davacının aynı hakkının varlığını ispat yükü altında olması özellikle taşınırlar bakımından üstesinden gelinemeyecek kadar ağır bir ispat yükünü de beraberinde getirir (probatio diabolica)⁶³¹. Ancak, söz konusu ağır ispat yükü

⁶²⁶ HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL (HAAB), Art.641, s.53.

⁶²⁷ Aynı hakkın sağladığı yetkilerin kullanımını engelleyen veya ortadan kaldıran her türlü ihlal karşısında devreye girebilen el atmanın önlenmesi davasının giderek uygulama alanını genişlettiği yönünde TSCHUDI, s.9.

⁶²⁸ HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL (HAAB), Art.641, s.53.

⁶²⁹ LIVER, Art.737, s.414; HONSELL/VOGT/GEISER, Art.641, s.805.

⁶³⁰ HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL (HAAB), Art.641, s.51; HONSELL/VOGT/GEISER, Art.641, s.804.

⁶³¹ HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL (HAAB), Art.641, s.51.

ile sadece malik ya da intifa hakkı sahibi tarafından açılacak el atmanın önlenmesi davalarında karşılaşılabılır. Geçit hakkı gibi sadece taşınmazlar üzerinde kurulabilen irtifaklarda hak sahipliğinin ispatı sicil doğrultusunda gerçekleşir.

Lehine geçit hakkı kurulan taşınmazın birlikte mülkiyet hükümlerine tabi olduğu durumlarda, birlikte malik olanların her biri geçit hakkının kullanımını engelleyen veya ortadan kaldıran diğer hak sahiplerine karşı veya üçüncü kişilere karşı el atmanın önlenmesi davasını tek başına açabilir. Bu durumda davacı tarafında zorunlu dava arkadaşlığı gerçekleşmez⁶³². Yargıtay da, TMK m.693/f.3 gereğince paydaşlardan her birinin, bölünemeyen ortak menfaatlerin korunmasını diğer paydaşları temsilen sağlayabileceği görüşündedir. El atmanın önlenmesi talebi koruma amaçlı olduğundan paydaşlardan her biri tek başına bu davayı açabilir⁶³³. Aynı doğrultuda, elbirliği mülkiyeti bakımından da ortaklardan her birinin bağımsız olarak el atmanın önlenmesi davasını açabileceği kabul edilir⁶³⁴.

Davacının ispatla yükümlü olduğu husus sadece aynı hakkın varlığı olmayıp aynı zamanda el atma olgusu ile davalının davranışı arasındaki uygun illiyet bağı da ispat yükünün kapsamında yer alır. Bunun yanında, geçit hakkının kanun ve sözleşme ile belirlenmiş sınırlarının aşıldığı, el atma olduğu iddia edilen davranışın bu sınırları ihlal ettiği de davacı tarafında ispatlanması gereken hususlar arasında yer alır⁶³⁵.

Geçit hakkı sahibi ile üçüncü kişi arasında kurulan bir sözleşme ile geçit yolunu kullanma yetkisinin nisbi karakterli sonuçlar doğurmak üzere üçüncü kişiye bırakılması mümkündür. Böyle durumlarda, malikin, nisbi hak sahibi kişiye karşı el atmanın önlenmesi davasını açmasının mümkün olup olmadığı sorunu gündeme gelir.

⁶³² **LIVER**, Art.737, s.415; **HONSELL/VOGT/GEISER**, Art.641, s.804.

⁶³³ Yarg. 14.HD 21.01.2009 E.2008/14926, K:2009/401 (Legalbank); Yarg. 1.HD 07.07.2003 E.2003/7490, K.2003/8223 (YKD, C.29, S.10, Ekim 2003, s.1503).

⁶³⁴ Yarg.14.HD 22.03.2007 E.2007/1902, K.2007/3067 (Legalbank); Yarg.3.HD 06.11.2003 E.2003/13090, K.2003/13274 (Kazancı)

⁶³⁵ **HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL (HAAB)**, Art.641, s.54.

Örneğin, geçit hakkı sahibinin kiracısına karşı malik tarafından el atmanın önlenmesi davası açılabilir olup olmadığı bakımından bir sonuca varmak için intifa hakkına ilişkin düzenlemelerden yola çıkılabilir. İntifa hakkı niteliği gereği hak sahibine medeni semere elde etme yetkisi tanır. Bundan hareket eden kanun koyucu TMK m.806'da (ZGB Art.758) intifa hakkının kullanımının devrini özel olarak düzenlemiştir. Bu doğrultuda, intifa hakkı sahibinin, medeni semere elde etme amacıyla intifa konusu eşyayı kiralaması durumunda, kiracının, malik karşısındaki hukuki durumunun belirlenmesi önem taşır. Buradan elde edilecek sonuç, malikin kendisine kıyasla üçüncü kişi durumundaki kiracıya karşı el atmanın önlenmesi davası açıp açamayacağı sorusuna da cevap oluşturur. Diğer bir söyleyişle, kiracının, malike karşı intifa hakkının koruyucu kapsamında yer alıp almadığı belirlenir. Kanaatimizce, eşyanın kiralanması, malik tarafından intifa hakkı sahibini medeni semere elde etme yetkisiyle donatılmasının bir sonucudur. Kiracının, malik karşısındaki hukuki konumu da bu çerçevede ele alınmalıdır. Bu gerekçeyle, malik bakımından, kiracının haksız el atan olarak değerlendirilmesi mümkün olmaz. Sonuç olarak, kiracıya karşı el atmanın önlenmesi davası açma yolu kapanmış olur.

Geçit yolunun kiralanması durumunda ise kiracı ile geçit hakkı sahibi arasındaki sözleşmenin yüklü taşınmaz maliki tarafından da etkili olabilmesi diğer bir söyleyişle kiracının geçit hakkı kapsamında malike karşı korunması için sözleşmenin nisbiliği ilkesinin aşılmasını sağlayan bir dayanağa ihtiyaç duyulur. Böyle bir dayanak bulunamazsa, kiracı, yüklü taşınmaz maliki karşısında taşınmaza el atan durumundadır. Nisbi hakların şerhinde veya 6570 sayılı kanunda malik değişimine karşı kiracıyı koruyan hükümlerde olduğu gibi yasal bir dayanak olmadığı sürece sözleşmenin nisbiliği ilkesi aşılamaz. İntifa hakkı sahibine tanınan medeni semere elde etme yetkisi de bu ilkenin aşılmasını sağlayan bir dayanak olarak görülür. Buna karşılık, geçit hakkı sahibi sadece kullanma yetkisine sahiptir. Semere elde etme yetkisi geçit hakkının kanuni tipine yabancıdır. Bu durumda kiracının da geçit hakkı kapsamında yüklü taşınmaz malikine karşı korunması mümkün olmaz. Kiracı, yüklü taşınmaz malikine karşı haksız el atan durumunda olduğundan malik tarafından kiracıya karşı el atmanın önlenmesi davası açılabilir.

b. Davalı Sıfatı

El atmanın önlenmesi davası haksız müdahaleyi gerçekleştiren kişiye karşı açılır. Davalı sıfatı çoğu zaman yüklü taşınmaz malikine ait olur. Bununla birlikte, yüklü taşınmaz üzerinde nisbi veya ayni hak sahibi olanlar veya bunların dışında herhangi bir üçüncü kişiye de haksız müdahalede bulunabilir. Uygulamada, en yoğun müdahalelerin yüklü taşınmaz maliki tarafından gerçekleştiği, ikinci sırada ise yüklü taşınmaz üzerindeki nisbi veya ayni hak sahiplerinin yer aldığı görülür. Bunların dışındaki üçüncü kişilerin de davalı sıfatına sahip olmaları mümkün olmakla birlikte diğerlerine kıyasla bu son durumla ender karşılaşılır.

c. Davanın Amacı

Kanun ve sözleşme kapsamında geçit hakkının sağladığı yetkilerin kullanılmasının engellendiği iddiası el atmanın önlenmesi davasının temelini oluşturur. Bu doğrultuda, engelleyici davranışın ortadan kaldırılması da davanın amacı olarak ortaya çıkar. El atmanın önlenmesi talebi, ayni hakka yönelik mevcut saldırıyı hedef almakla birlikte tehdit edici durumların⁶³⁶ veya sona ermesine rağmen ileride tekrarlanma olasılığı bulunan saldırıların da aynı talebin konusunu oluşturabileceği kabul edilir⁶³⁷.

Ayni hakka dayanması bakımından, el atmanın önlenmesi davası zaman aşımı süresi veya hak düşürücü süreye tabi değildir. Haksız saldırı devam ettiği sürece veya sona ermiş saldırının tekrarlanması tehlikesi varlığını koruduğu sürece davanın açılması mümkündür. Farklı bir görüş ise komşuluk hukukundan doğan kısıtlamalardan doğan talepler için öngörülmüş (TMK m.725-ZGB Art.674) süre sınırının bir benzerinin el atmanın önlenmesi davası için de getirilebileceğini savunur⁶³⁸. TMK m.725/f.2’de, zarar gören malikin taşmayı öğrendiği tarihten itibaren on beş günlük itiraz süresi getirilmiş olmakla birlikte söz konusu düzenlemenin karşılığını oluşturan ZGB Art.674 Abs.3’de taşmanın anlaşılmasından itibaren zamanında itiraz edilmesi aranır. İsviçre

⁶³⁶ **LIVER**, Einleitung, s.32.

⁶³⁷ **HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL (HAAB)**, Art.641, s.54; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.236 ve aynı sayfa dn.37’de belirtilen kararlar.

⁶³⁸ Bkz. **HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL (HAAB)**, Art.641, s.55; BGE 53 II 224.

hukuku bakımından el atmanın önlenmesi talebinin de süreye bağlanabileceğini savunan görüş TMK m.725/f.2’de olduğu gibi belirli bir süreden değil, ZGB Art.674 Abs.3’de yer verilen uygun bir süre kavramından hareket eder. Böylece, el atmanın önlenmesi talebinin de uygun bir süre ile sınırlanabileceği savunur. Kanaatimizce, aynı bir talep için böyle bir süre sınırı getirmek mümkün olmaz⁶³⁹. Aynı hakların zaman aşımı ve hak düşürücü süreye tabi olmaması yönündeki genel ilkenin doğal sonucu olarak aynı taleplerin de süreye bağlı olmaması kuralının el atmanın önlenmesi davası bakımından aşılmasını gerektiren bir sebep bulunmaz. Hak sahibinin, uzun zaman boyunca hakkın kendisine sağladığı yetkileri kullanmaması irtifak hakkının sona erdirici bağımsız bir sebep olarak görülmez⁶⁴⁰. Kullanımın tamamen askıya alındığı veya sınırlı olarak gerçekleştiği durumlarda dahi kendisine tanınan kapsam ve içerikte değişiklik olmaksızın irtifak hakkı varlığını devam ettirir. Hak varlığını koruduğu sürece onu güvence altına alan el atmanın önlenmesi talebi de canlı kalır⁶⁴¹. Komşuluk hukukundan kaynaklanan taleplerden hareket edilerek böyle bir sebep oluşturma düşüncesi de isabetli sayılmaz. Nitekim, komşuluk hukukundan doğan taşkın kullanım yasağının ihlali durumunda devreye giren TMK m.730’a (ZGB Art.679) dayalı eski hale getirme ya da tehlikenin giderilmesi talepleri bakımından da bir süre sınırlaması öngörülmemiştir. Taşkınlık veya taşkınlık tehlikesi devam ettiği sürece bu taleplerin ileri sürülmesi mümkündür⁶⁴². Bu anlamda, sadece süre kavramından hareket edilerek el atmanın önlenmesi davasının önu kesilemez. Buna karşılık, uzun süre dava yoluna başvurulmaması ve bu süre içinde hak sahibinin sergilediği davranışlar karşı tarafta davanın açılmayacağı yönünde haklı bir güven oluşmasına neden olabilir. Böyle durumlarda tüm talepler bakımından sınır oluşturan dürüstlük kuralı gereğince el atmanın önlenmesi talebi de etkisiz kalabilir⁶⁴³.

⁶³⁹ Aynı nitelikli istihkak ve el atmanın önlenmesi taleplerinin zaman aşımı süresine tabi olmadığı yönünde BGE 48 II 47; BGE 85 II 375; BGE 111II 26; BGE 127 II 514. Federal hukuk bakımından mümkün olmamakla birlikte(bu yönde **von TUHR/ESCHER**, s.219, dn.71), kanton hukukunda istihkak veya el atmanın önlenmesi taleplerinin komşuluk hukukuna ilişkin düzenlemeler, “taşkın yapı”, doğrultusunda süreye bağlanabileceği yönünde **von TUHR/ESCHER**, s.213, dn.19.

⁶⁴⁰ **SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP**, s.281; **RIEMER**, s.64.

⁶⁴¹ **LIVER**, Art.737, s.424.

⁶⁴² **STARK**, Emil: Das Wesen der Haftpflicht des Grundeigentümers nach Art.679 ZGB, 1952, s.171 vd. (Naklen: **LIVER**, Art.737, s.424); **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.466.

⁶⁴³ **LIVER**, Art.737, s.427.

2. İstihkak Davası

İstihkak davası, genel olarak, eşyanın doğrudan zilyetliğinin elde edilmesi amacını taşıyan aynı karakterli dava olarak tanımlanır⁶⁴⁴. Taşınmazlar alanında, aynı hakka dayalı korumanın bir ayağını oluşturan istihkak davasının, uygulama alanına sahip olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe⁶⁴⁵ göre, sicilde hak sahipliği korunduğu sürece doğrudan zilyetliği kaybetmiş olmayacağı için böyle durumlarda istihkak davası açılması mümkün olmaz. Diğer bir söyleyişle, gerçek hak sahipliği ile sicilde görünen hak sahipliği örtüştüğü sürece sadece zilyetlik saldırıya uğrayabilir. Bu doğrultuda, geçit yolunun etrafı tamamen kapatılmış, yol tamamen işgal edilmiş olsa dahi geçit hakkı sahibi açacağı el atmanın önlenmesi davası ile bu saldırıya son verilmesini sağlayabilir. Buna karşılık, geçit hakkı sahibi sicilde de görünmüyorsa, dolaysız zilyetliği kaybetmiş kabul edilir. Yolsuz tescilin düzeltilmesi amacıyla açılacak tapu kütüğünün düzeltilmesi davası istihkak işlevi görür ve dolaysız zilyetliği hak sahibine geri getirir.

Diğer bir görüş⁶⁴⁶ ise istihkak davası ile tapu kütüğünün düzeltilmesi davasının farklı nitelik ve işleve sahip olduğu düşüncesinden hareket eder. Buna göre, aynı hak sahibinin sicilde görünmeye devam etmesi ile zilyetliğinin tamamen ortadan kaldırılması farklı kavramlardır. Diğer bir söyleyişle, sicil zilyetliği ile fiili zilyetliği birbirinden ayrı düşünülmelidir. Sicilde hak sahibi olarak görünen kişinin zilyetliğinin tamamen ortadan kaldırılması mümkün olduğuna göre böyle bir durumda açılacak dava istihkak davasıdır. Bunun yanında sicil, gerçek hak sahipliğini yansıtmıyorsa, sicil zilyetliğin elde edilmesi için tapu kütüğünün tashihi davası, fiili zilyetliğin elde edilmesi için istihkak davası açılmalıdır.

Kanaatimizce, geçit hakkı sahibinin sicilde görünüyorsa olması ile onun zilyetliğinin tamamen ortadan kaldırılması farklı anlamlar taşır. Bu nedenle, sicilde hak sahibi görünen kişinin zilyetliğinin tamamen ortadan kaldırılması mümkündür. Bu

⁶⁴⁴ HATEMİ/SEROZAN/ARPACI (ARPACI), s.71 vd.; OĞUZMAN /SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.232; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.329; SAYMEN/ELBİR, s.206.

⁶⁴⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.232; SAYMEN/ELBİR, s.206.

⁶⁴⁶ ÜSTÜNDAĞ, s.147; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI (ARPACI), s.75;

durumda açılacak dava el atmanın önlenmesi değildir. Taşınmazın fiili zilyetliğinin elde edilmesi amacıyla istihkak davası açılması gerekir. Bunun yanında geçit hakkı sahibi sicil zilyetliğine de kaybetmişse fiili zilyetliği elde etme amacına hizmet eden istihkak davasının yanına sicil zilyetliğinin elde edilmesine hizmet eden tashih davası eklenir. Tashih davası, fiili zilyetlikte değişiklik meydana getirme gücünden yoksun olduğu gibi aynı durum sicil zilyetliğinde değişiklik meydana getirme gücünden yoksun olan istihkak davası bakımından da geçerlidir.

Bunun dışında yukarıda el atmanın önlenmesi davası bakımından yapılan açıklamalar istihkak davası için de uygulama alanına sahiptir.

3. Tazminat Davası

Geçit hakkı sahibi, haksız saldırıdan doğan zararının karşılanması amacıyla el atmanın önlenmesi talebiyle birlikte veya ondan bağımsız olarak uğramış olduğu zararın tazminini talep edebilir. Bu talep, haksız fiilden doğan zararın karşılanması niteliğinde olduğundan BK m.60'da (OR Art.60) düzenlenen zaman aşımı süresine tabidir⁶⁴⁷. Tazminat davası daha çok maddi zararın karşılanmasını amaçlamakla birlikte haksız saldırı aynı zamanda kişisel değerlerin de zarar görmesine neden olmuşsa uğranılan manevi zararın da tazmini talep edilebilir. Maddi tazminat talebi alacağın temlik hükümleri gereğince devredilebilirken, manevi tazminat talebinin devri TMK m.25/f.4'de (ZGB Art.) belirtilen koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Buna karşılık, aynı talep niteliğindeki el atmanın önlenmesi talebinin dayanağını oluşturan aynı haktan bağımsız olarak devri mümkün olmaz⁶⁴⁸.

⁶⁴⁷ HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL (HAAB), Art.641, s.55; LIVER, Art.737, s.424; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.235. Haksız fiil zaman aşımı için özellikle bkz.51 II 394.

⁶⁴⁸ HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL (HAAB), Art.641, s.55

C. Zilyetliğe Dayalı Koruma

1. Genel Olarak

Toplumsal düzenin bozulması rizikosuna karşı bizzat ihkak-ı hak oluşumunun önüne geçilmesi amacıyla zilyetlik, haktan soyut olarak korunur⁶⁴⁹. Bu koruma yeri geldiğinde “hakka” karşı dahi devreye girer. Diğer bir söyleyişle, üçüncü kişilerin geçit yoluna yönelik müdahalelerini salt zilyetliği koruyucu sistem ile etkisiz kılabilen geçit zilyedi aynı korumayı malike karşı da çalıştırabilir. Bir hakka dayalı olup olmadığına bakılmaksızın geçit zilyedi salt zilyetliği koruyucu sistemden yararlandığına göre hakka dayalı olarak zilyet olan geçit hakkı sahibinin bu korumadan evleviyetle yararlanacağı açıktır. Hak tartışmasına girişilmeksizin zilyetliğin korunması amacıyla kurulan koruma sistemi üç temel ayak üzerine yapılır. Bir taraftan zilyet TMK m.981’e (ZGB art.926) göre kuvvet kullanarak savunma hakkına sahip olduğu gibi diğer taraftan da TMK m.982 (ZGB Art.927) ve TMK m.983’de (ZGB Art.928) düzenlenen davalar ile zilyetliğine yönelen gasp ya da saldırı fiillerini hedef alabilir. Son olarak idari koruma yoluyla zilyetliği koruyucu sistem tamamlanır⁶⁵⁰. Bunların yanında uğranılan zararın karşılanması amacıyla tazminat davası da açılabilir. Tazminat talebi, el atmanın önlenmesinde olduğu gibi BK m.41 vd. (OR Art.41) düzenlenen kusura dayalı haksız fiil hükümlerine tabidir⁶⁵¹.

Geçit yolu üzerindeki zilyetliğin saldırıya açık olduğu tartışmasız olmakla birlikte gasp olgusunun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği konusunda temkinli davranılır. Özellikle intifa, oturma ya da üst hakkı bakımından zilyedin taşınmaza girmesinin tamamen engellendiği durumlarda zilyetliğin gasbından doğan davanın açılabilmesi kabul edilir⁶⁵². Aynı doğrultuda, geçit yoluna girişin tamamen kapatıldığı durumlarda da geçit yetkilisinin zilyetliği gasp edilmiş kabul edilir. Yüklü taşınmazın etrafının tel örgü ya da duvarla çevrildiği veya taşınmaza girişin kilitli bariyerle kapatıldığı olasılıklarda zilyetliğin gaspı gerçekleşmiş olur. Aynı görüş Federal

⁶⁴⁹ SEROZAN, s.137; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-YUNGO (TUOR/SCHNYDER/SCHMID), s.750;

⁶⁵⁰ Bkz. BGE 104 II 167.

⁶⁵¹ LIVER, Art.737, s.404; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.81.

⁶⁵² LIVER, Art.737, s.404.

mahkeme uygulamasında da yer alır. Buna göre, geçit yolunun, geçit yetkilisinin kullanımına olanak tanımayacak biçimde tamamen kapatılması zilyetliğin gaspı olarak nitelenir⁶⁵³. Bununla birlikte uygulamada daha çok karşılaşılan durum, zilyetliğin gaspı olmayıp, zilyetliğin saldırıya uğramasıdır. Gasp ya da saldırıdan hangisi gerçekleşirse gerçekleşsin, her iki durumda da, zilyetlik fiili bir durum olarak aynı karaktere sahip olmayan davalar yoluyla korunur⁶⁵⁴.

2. Kuvvet Kullanma Yoluyla Koruma

Zilyetliğin kuvvet kullanılarak korunması “Savunma hakkı” kenar başlığı altında TMK m.981’de (ZGB Art.926) düzenlenmiştir. Buna göre,

“Zilyet, her türlü gasp ve saldırıyı kuvvet kullanarak defedebilir.

Zilyet, rızası dışında kendisinden alınan şeyi taşınmazlarda el koyanı kovarak, taşınırlarda ise eylem sırasında veya kaçarken yakalananın elinden alarak zilyetliğini koruyabilir. Ancak, zilyet durumun haklı göstermediği derecede kuvvet kullanmaktan kaçınmak zorundadır”.

Böylece, gasp ya da saldırı oluşturan davranışlara karşı zilyet, fiili kuvvet kullanarak bunları etkisiz bırakma gücüyle donatılır. Kuvvet kullanma hakkı; bir taraftan meşru müdafaa yetkisinin, diğer taraftan ise ihkak-ı hak yetkisinin özel bir görünümü olarak düzenlenir⁶⁵⁵. Diğer bir söyleyişle, zilyet hem savunma hem de karşı atağa geçme olanağına sahip kılınır⁶⁵⁶. Bu doğrultuda, geçit hakkı sahibi zilyetliğine yönelen gasp veya saldırı niteliğindeki davranışlara karşı kuvvet kullanarak zilyetliğini koruma olanağına sahip olur. İhkak-ı hak yetkisinin kullanılmasından farklı olarak TMK m.981 (ZGB Art.926) kapsamında atak yetkisinin kullanılması bakımından “kolluk kuvvetlerinden yardım alamama veya hakkın kaybedilmesi ya da zarar görmesi”

⁶⁵³ BGE 73 II 27.

⁶⁵⁴ STARK, Art.927, s.244.

⁶⁵⁵ SEROZAN, s.138; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, s.47.

⁶⁵⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.104 vd.; SEROZAN, s.138 vd.; HONSEL/VOGT/GEISER, Art.926, s.2099. Kuvvet kullanma hakkının, çoğu zaman savunma karakteri ile devreye girmesine karşılık atak karakterine de sahip olduğu yönünde TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-YUNGO (TUOR/SCHNYDER/SCHMID), s.751.

koşulunun gerçekleşmesi aranmaz⁶⁵⁷. Buna karşılık savunma yetkisinin kullanılması büyük ölçüde meşru müdafaa ile örtüşür⁶⁵⁸. Aynen meşru müdafaa olduğu gibi kuvvet kullanma da gasp ya da saldırıya karşı o anda gerçekleştirilebilir. “Sıcaklık koşulu⁶⁵⁹” ortadan kalkmışsa kuvvet kullanmadan söz edilemez.

Kuvvet kullanma hakkı bakımından diğer asli koşulu ise ölçülülük oluşturur. Kuvvet kullanan zilyet hukuka aykırı davranmadığı için onun bu davranışı Özel hukuk anlamında haksız fiil oluşturmayacağı gibi Ceza hukuku anlamında da suç olarak nitelenmez⁶⁶⁰. Gasp ya da saldırının ölçüsünü aşan kuvvet kullanma ise TMK m.981’nin (ZGB Art.926) kapsamından çıkar. Böyle durumlarda kuvvet kullanarak gerçekleştirilen davranış haksız fiil niteliğindedir⁶⁶¹. Bu sonuç, kuvvet kullanılabilmesi için zilyetliğin korunması bakımından başka bir seçeneğin kalmaması koşulunun bir uzantısıdır. Zilyet, başka elverişli yollardan zilyetliğini koruyabilecekken yine de kuvvet kullanmışsa veya kullanması gerekenden fazlasına başvurmuşsa davranışı hukuka aykırıdır⁶⁶².

Koşullar gerçekleştiğinde, kuvvet kullanma hakkının kullanılması bakımından, eşyanın tek kişi zilyetliği veya birlikte zilyetlik hükümlerine tabi olması fark oluşturmaz. Birlikte zilyetler topluca kuvvet kullanabilecekleri gibi bunlardan her biri tek başına da kuvvet kullanma yoluna başvurabilir. Gasp ya da saldırının üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilmesi durumunda geçit hakkı sahibi ile birlikte veya tek başına yüklü taşınmaz maliki de bu yola başvurabilir⁶⁶³.

⁶⁵⁷ GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.99; SEROZAN, s.139; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, s.47.

⁶⁵⁸ STARK, Art.926, s.236.

⁶⁵⁹ SEROZAN, s.139. Ayrıca bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.106; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-YUNGO (TUOR/SCHNYDER/SCHMID), s.751.

⁶⁶⁰ STARK, Art.926, s.236; REY, s.542.

⁶⁶¹ SAYMEN/ELBİR, s.85; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, s.48.

⁶⁶² STARK, Art.926, s.237; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.99; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.109.

⁶⁶³ Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.107, 108.

Kuvvet kullanma hakkı, her ne kadar zilyetliğin korunması amacıyla zilyede tanınan hukuki bir araç olsa da uygulamada başarıya ulaşma olasılığı şüphelidir. Sonuçları, neredeyse fiziki güç dengelerine bağlı olan bu yol yerine koruyucu davalar yolunun tercihi, başarılı sonuç elde edilmesi olasılığını arttırabilir. Son olarak belirtmek gerekir ki kuvvet kullanma bir yükümlülük ya da külfet niteliğinde olmayıp bir haktır. Bu nedenle, kuvvet kullanma olanağına sahip olmayan zilyetler gibi bu olanağa sahip olmasına rağmen kuvvet kullanmayan zilyetler de koruyucu davaları açabilirler⁶⁶⁴.

3. Dava Yoluyla Koruma

a. Zilyetliğin Gaspından Doğan Dava

Gaspa dayalı dava, geçit yetkilisinin rızası dışında onun zilyetliğine son verildiği durumlarda devreye girer. Gaspa dayalı davayı düzenleyen TMK m.982'ye (ZGB Art.927) göre,

“Başkasının zilyet bulunduğu bir şeyi gasbeden kimse, o şey üzerinde üstün bir hakka sahip olduğunu iddia etse bile onu geri vermekle yükümlüdür.

Davalı, o şeyi geri almasını gerektirecek üstün bir hakka sahip olduğunu derhal ispat ederse onu geri vermekten kaçınabilir.

Dava, şeyin geri verilmesine ve zararın giderilmesine yönelik olur”.

Zilyetliği gasp edilmiş kişi; zilyetliğini kaybetmiş, zilyetliğine son verilmiş durumdadır. Bu doğrultuda, gasp, kalıcı olarak zilyetliğin tamamen ortadan kaldırılması biçiminde tanımlanır⁶⁶⁵. Fiili hakimiyetin, geçici sebeplerle kullanma olanağının ortadan kalkması, zilyetliği sona erdirmeyeceği için “kalıcı olarak” ortadan kalkma, gasp açısından zorunlu unsurdur. “Kalıcı olma” unsuru gerçekleşmemişse ancak saldırıdan söz edilebilir⁶⁶⁶. Ceza hukuku anlamında gasp oluşturan fiiller TMK m.982 (ZGB Art.927) anlamında da gasp sayılırlar. TMK m.982 (ZGB Art.927) anlamında gasp kavramı, özellikle taşınırlar bakımından TCK'ya kıyasla daha geniş

⁶⁶⁴ TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-YUNGO (TUOR/SCHNYDER/SCHMID), s.751, 752.

⁶⁶⁵ LIVER, Art.737, s.404 vd.; HÜRLIMANN-KAUP, s.56; HONSELL/VOGT/GEISER, Art.927, s.2101.

⁶⁶⁶ HÜRLIMANN-KAUP, s.56.

kapsamlıdır. TCK anlamında hırsızlık oluşturan fiiller de, bu dava bakımından gasp kapsamında değerlendirilir.

Gasptan doğan dava, kural olarak, hak tartışmasına kapalıdır. Zilyetliğin haktan soyut olarak korunması düşüncesi, bu sonucu zorunlu kılar. Davada tartışma konusu yapılan husus kimin zilyet olduğu ve güncel zilyedin rızası dışında zilyetliğe son verilip verilmediğidir. Hak tartışması, bu davayı kaybeden tarafın sonradan hakkına dayalı olarak açacağı davanın konusunu oluşturabilir. Salt zilyetliği koruyucu davalar sonucunda verilen kararlar kesin hüküm oluşturmadıkları için sonradan hakka dayalı dava açılmasına engel oluşturmazlar⁶⁶⁷. Buna karşılık, usul ekonomisi adına zilyetliği gasp ettiği ileri sürülen davalıya, derhal ispat edilmesi koşuluyla, üstün bir hakka sahip olduğunu ileri sürme olanağı tanınır⁶⁶⁸. Seri yargılama usulüne tabi olan bu davada, yargılamaya ara verilmeksizin, üstün hakkın ispatı mümkün ise davalı bu olanaktan yararlanabilir. Bunun için ek süre talep edilemeyeceği gibi yargılamanın uzamasını gerektirecek diğer talepler de kabul görmez. Diğer bir söyleyişle, tek celsede bu ispat yükünün yerine getirilmesi aranır.

Yüklü taşınmaz maliki tarafından üstün hakkın derhal ispatı, tapu kayıtları doğrultusunda geçit hakkının kurulmadığı, bu nedenle de davacının hiçbir zaman zilyet olmadığı savunması üzerine yapılır. Malik dışındaki davalılar ise, örn.intifa hakkı sahibi, kendilerinin zaman olarak önce kurulmuş, bu nedenle de üstün nitelikli bir ayni hakka sahip olduklarını ya da davacının kira veya hasılat kirası gibi sözleşmeden doğan nisbi karakterli hakka sahibi olup kendi hakları karşısında geri çekilmek zorunda olduğunu ispatlamaları gerekir⁶⁶⁹. Buna göre, üstün hak savunmasının temelinde mutlaka bir ayni hakkın var olması aranmaz. Nisbi karakterli haklar da aynı işlevi görebilirler⁶⁷⁰. “Üstün hak” kavramı ile ifade edilen, davalının zilyetliğinin devamını meşru kılacak bir haktır. Aksi yönde, davacının hakkı ile davalının hakkı

⁶⁶⁷ HONSELL/VOGT/GEISER, Art.927, s.2102; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.86.

⁶⁶⁸ STARK, Art.927, s.246; LIVER, Art.737, s.405; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, s.49; SEROZAN, s.141.

⁶⁶⁹ LIVER, Art.737, s.405.

⁶⁷⁰ STARK, Art.927, s.247.

arasında bir üstünlük kıyaslaması yapılmaz. Koruyucu davaların niteliği de böyle bir hak tartışmasına olanak tanımaz. Davalıya tanınan bu ispat ayrıcalığı, gasba dayalı davaya özgüdür ve salt zilyetliği koruyucu davalarda hak tartışmasının yeri olmadığı kuralının istisnasını oluşturur⁶⁷¹. Ancak, davalıya tanınan bu istisnadan yararlanması olanağı, üstün hak iddiasının davanın görüldüğü tek celse de ispatlanması koşuluyla sınırlandırılmıştır⁶⁷². Üstün hak savunmasının kabulü ya da reddi, maddi hukuk bakımından sonuç doğurmaz. Diğer bir söyleyişle, kabul ya da ret kararı, ileride hakka dayalı olarak açılacak davaları etkilemez⁶⁷³.

b. Zilyetliğe Saldırıdan Doğan Dava

Geçit yolu üzerindeki zilyetliğin sona erdirilmeyip, zilyetlikten doğan hakimiyetin kullanılmasının engellenmesi TMK m.983'de (ZGB Art.928) düzenlenir. Buna göre,

“Saldırıda bulunan, şey üzerinde bir hak iddia etse bile; zilyetliği saldırıya uğrayan, ona karşı dava açabilir.

Dava, saldırının sona erdirilmesine, sebebin önlenmesine ve zararın giderilmesine yönelik olur”.

Saldırı durumunda, gasptan farklı olarak, geçit yolu üzerindeki hakimiyet ortadan kaldırılamaz fakat zilyedin rızası dışında kısıtlanır⁶⁷⁴. Diğer bir söyleyişle, zilyetlikten doğan hakimiyet gereği gibi kullanılamaz duruma gelir. Saldırı oluşturan davranışlar öylesine çok çeşitlidir ki bunların hepsini kapsayacak bir saldırı tanımı yapmakta dahi güçlük çekilir. Çeşitli tanımların ortak noktasını ise zilyetliğe bağlı hakimiyetin rıza dışında kısıtlanması oluşturur. Sadece fiziki saldırılar değil zilyede rahatsızlık veren manevi nitelikli saldırılar da bu kapsamda değerlendirildiğinde

⁶⁷¹ LIVER, Art.737, s.405, 406.

⁶⁷² Bu sınırlamanın ileride hakka dayalı olarak açılacak davalara etkisi yoktur. Üstün hak iddiası aynı celsede ispatlanamasa dahi hakka dayalı olarak açılacak davada tekrar gündeme getirilebilir. Bu yönde bkz. STARK, Art.927, s.247.

⁶⁷³ BGE 94 II 348; BGE 113 II 243.

⁶⁷⁴ HÜRLIMANN-KAUP, s.57; STARK, Art.928, s.250; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-YUNGO (TUOR/SCHNYDER/SCHMID), s.752; REY, s.543; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.102.

saldırı kavramının sınırları iyice genişler. Böylece, komşuluk hukukuna dayalı dolaylı müdahalelere karşı da zilyetliği koruyucu davalara başvuru yolunun önü açılır⁶⁷⁵. Bir davranışın gasp ya da saldırı kapsamında nitelenmesi bakımından soyut bir ölçüt getirmek güçtür. Niteleme, somut olayın koşullarına göre gerçekleşir. Ayırt edici ölçüt ise zilyetliğe kalıcı olarak tamamen son verilip verilmediğidir. Buna göre, zilyedin rızası dışında zilyetliği tamamen sona erdiren her durum gasp olarak nitelenirken, rıza dışında zilyetlikten doğan hakimiyetin kısıtlanması saldırı oluşturur. Bu doğrultuda, gasptan doğan davalar, sona erdirilmiş olan zilyetliğin yeniden kurulmasını amaçlar. Saldırıdan doğan davalar ise saldırıyı veya saldırı sebebini ortadan kaldırarak zilyetliğe bağlı hakimiyetin kısıtlanmadan önceki durumuna geri dönmesini sağlar⁶⁷⁶. Böylece, her iki davayla gasp ya da saldırı öncesindeki “orijinal duruma” dönülmesi amaçlanır⁶⁷⁷.

TMK m.982/f.2’de (ZGB Art.928 Abs.2) aynı temel amacı üstlenmiş iki davaya yer verilir. Gerek saldırının sona erdirilmesi davası gerek saldırı sebebinin önlenmesi davası her türlü müdahaleden arınmış, kesintisiz zilyetliğin sağlanmasına hizmet eder⁶⁷⁸.

aa. Saldırının Önlenmesi Davası

Zilyetliğe yönelen saldırıyı hedef alarak, mevcut fiili durumu, olması gereken eski durumuna getirmeyi amaçlayan saldırının önlenmesi davası, uygulamada en fazla karşılaşılan zilyetlik davasıdır⁶⁷⁹. Amaç, saldırıdan önceki zilyetlik durumunun aynen oluşturulması olmakla birlikte, bu mümkün değilse, önceki duruma en yakın bir başka durumun oluşturulması da mümkün kabul edilir⁶⁸⁰. Örneğin, geçit yolunun kapısı

⁶⁷⁵ HÜRLIMANN-KAUP, s.51; STARK, Art.928, s.256; BGE 60 II 486. Genel olarak ZGB Art.684’de (TMK m.737) düzenlenen taşkın kullanım yasağına veya onun özel görünümünden birini oluşturan, komşu taşınmazda yürütülen kazı ve yapılara ilişkin ZGB Art.685’e (TMK m.738) aykırılık oluşturmayan bir davranışa komşuların katlanmakla yükümlü olduğu, taşkın kullanım gerçekleşmediği için zilyetliği koruyucu davaların da açılmayacağı yönünde BGer 01.05.2007 5P_508/2006 (KOLLER, Entwicklungen 2007, s.24).

⁶⁷⁶ Bkz. BGer 27.06.2007 5A_114/2007 (KOLLER, Alfred: Sachenrecht, Entwicklungen 2007, Bern 2008, s.22).

⁶⁷⁷ BGE 133 III 638.

⁶⁷⁸ STARK, Art.928, s.258.

⁶⁷⁹ Bkz. AKİPEK/AKINTÜRK, s.189.

⁶⁸⁰ STARK, Art.928, s.259

önüne kömür veya odun yığılarak kapının kullanılması güçleştirilmişse BK m.97/f.1'den (OR Art.98 Abs.1) kıyasen yararlanılarak, tüm masraflar saldırıda bulunana ait olmak üzere zilyet tarafından eski kapının yanına yeni bir kapı yaptırılmasına ve giriş-çıkışların bu kapı üzerinden sağlanmasına karar verilebilir. BK m.97/f.1'nin (OR Art.98 Abs.1) kıyasen uygulanması sonucunda, yüklü taşınmazın malik tarafından kullanılan bölümünden ya da komşu taşınmazdan, geçit yolu üzerine taşarak yolun kullanılmasını güçleştiren bitki dal ve köklerinin, masraflar saldırıda bulunana ait olmak üzere kesilmesine ya da budatılmasına karar verilmesi mümkündür.

bb. Saldırı Sebebinin Önlenmesi Davası

Sebebin önlenmesi davası, sona ermesine rağmen tekrarlanma rizikosunu taşıyan saldırılar için tanınmış olsa da yakın saldırı belirtilerinin ilk ortaya çıktığı andan itibaren bu davanın açılabilirliği kabul edilir⁶⁸¹. Bunun için saldırı rizikosunun yüksek bir olasılık taşıması, yakın zamanda beklenilebilir olması aranır⁶⁸². Koşullar yerine gelmediği için sebebin önlenmesi davası reddedilmiş fakat daha sonra saldırı da gerçekleşmiş ise bu aşamada açılacak dava saldırının sona erdirilmesi davasıdır. Saldırı gerçekleşmiş ve sona erdirilmiş olmakla birlikte tekrarlanma olasılığı bulunmaktaysa yeniden saldırı sebebinin önlenmesi davası gündeme gelir⁶⁸³. Örneğin, kendi inşaatı için gerekli olan inşaat malzemesini geçit yolu üzerine depolayan, böylece yolun kullanılmasını güçleştiren malik, malzemeyi inşaatına taşıyarak yolu açmışsa; fakat bir sonraki partide gelecek malzemeyi de yine aynı yere depolaması ve yolun kullanılmasını tekrar güçleştirmesi rizikosu bulunmaktaysa, saldırı sebebinin önlenmesi davası açılabilir.

⁶⁸¹ STARK, Art.928, s.260; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, s.50; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.85; AKİPEK/AKINTÜRK, s.189; BGE 66 I 232

⁶⁸² BGE 42 II 437; BGE 51 II 397; BGE 58 II 117.

⁶⁸³ STARK, Art.928, s.260.

c. Salt Zilyetliği Koruyucu Davaların Ortak Özellikleri

Gasp ya da saldırı olarak nitelenen davranışın zilyedin rızası dışında gerçekleşmesi her iki dava bakımından ortaktır. Davalar arasındaki ortak yönler bununla sınırlı olmayıp, geniş bir alana yayıldığından bu hususlar aşağıda ortak başlıklar altında incelenmeye çalışılacaktır. Ancak, ortak hususlar belirtilmeden önce iki davayı da birbirinden ayıran farkın belirtilmesi gerekir. Salt zilyetliği koruyucu davalar hak tartışmasından soyut oldukları için gasp ya da saldırıyı gerçekleştiren kişinin üstün hak savunmasına yer verilmez. Yukarıda açıklandığı üzere bu kural gasptan doğan davada üstün hakkın derhal ispatı koşuluyla yumuşatılır. Buna karşılık, derhal ispat olanağı mevcut olsa dahi saldırıdan doğan davada hak tartışmasına girilemeyeceği kuralı mutlak olarak uygulanır⁶⁸⁴. Farklı bir görüş⁶⁸⁵ ise zilyetliğin korunmasını amaçlayan davalar arasında böyle bir ayırım yapılamayacağını, bu nedenle TMK m.982/f.2’de (ZGB Art.927 Abs.2) tanınan üstün hak savunmasının saldırıdan doğan davalar için de uygulanabilir olduğunu kabul eder. Buna göre, derhal ispat edilebilecek üstün hak savunmasına yer verilmemesi uyuşmazlıkları uzatmaktan başka bir işe yaramaz. Saldırıdan doğan davanın sonuçlanmasıyla birlikte üstün hakka dayalı yeni bir dava açılır ve böylece taraflar arasındaki uyuşmazlıklar uzayıp gider. Böylece, mahkemeler de gereksiz olarak işgal edilmiş olur.

Kanaatimizce, üstün hak savunmasına olanak tanıyan TMK m.982/f.2 (ZGB Art.927 Abs.2) düzenlemesi istisnai nitelik taşır. Böyle bir düzenlemenin kıyas yoluyla saldırıdan doğan davalar için de uygulanabilir olduğu savunulamaz. Salt zilyetliği koruyucu davaların işlevi fiili bir durum olarak zilyetliğin korunmasıdır. Hak tartışmasına girişilmesi, söz konusu davaların işlevinin değışmesi anlamına gelir. Kanun koyucu saldırıdan doğan davada üstün hakka dayalı savunmaya olanak tanımamıştır. Bu olanak sadece gasptan doğan dava ile sınırlıdır. Nitekim, öğretilde neredeyse oybirliği ile

⁶⁸⁴ STARK, Art.928, s.250, 262; LIVER, Art.737, s.405.

⁶⁸⁵ AKİPEK/AKINTÜRK, s.190.

TMK m.982/f.2'nin uygulama alanının kıyas yoluyla genişletilemeyeceği kabul edilir⁶⁸⁶.

aa. Davacı Sıfatı

Gasptan doğan davalarda davacı sıfatı zilyetliği ortadan kaldırılan kişiye aittir. Saldırıdan doğan davalarda ise zilyetlikten doğan hakimiyeti kısıtlanan güncel zilyet davacı sıfatına sahip olur. Diğer bir söyleyişle, gasp ya da saldırı gerçekleştiği anda güncel zilyetlik sıfatı kime aitse, davacı sıfatına da o sahiptir⁶⁸⁷. Yararlanan taşınmazın birlikte zilyetlik hükümlerine tabi olduğu durumlarda birlikte zilyetlerden her biri gasp ya da saldırıyı gerçekleştiren kişiye karşı bu davaları açabilirler⁶⁸⁸. Davacı sıfatı çoğu zaman geçit hakkı sahibi sıfatıyla örtüşmesine karşılık böyle bir zorunluluğa gerek olmadığı yukarıda belirtilmiştir. Bu doğrultuda, geçit hakkı sahibi dışında geçit yoluna zilyet olmuş kişiler varsa salt zilyetliği koruyucu davalar bunlar tarafından da açılabilir⁶⁸⁹. Ancak, bu olasılık daha çok teorik bir anlam taşımakta olup, pratikte bu örneklerle karşılaşma olasılığı zayıftır.

Geçit hakkı sahibi tarafından geçit yolu olarak kullanma yetkisinin irtifakın kapsamında ayrılarak üçüncü kişiye aynı etkili sonuçlar doğuracak biçimde aktarılması mümkün değildir. Aynı haklara hakim olan sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkesi böyle bir sonucun gerçekleşmesine izin vermez. Buna rağmen, üçüncü kişi geçit yoluna zilyet olmuşsa, hukuki imkansızlığı ileri sürerek zilyetliğini ortadan kaldıran ya da engelleyen malik veya geçit hakkı sahibine karşı salt zilyetliği koruyucu davaları açabilir. Salt zilyetliği koruyucu davaların temelinde yatan, haktan soyut olarak zilyetliğin korunması düşüncesi, bu sonucu mümkün kılar. Buna karşılık, malik veya

⁶⁸⁶ LIVER, Art.737, s.405; STARK, Art.928, s.262; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.84; AYAN, s.84. Üstün hak savunmamasına olanak tanınmaması nedeniyle saldırıdan doğan davanın tam ve mutlak anlamda bir zilyetlik davası olarak nitelendirilmesi yönünde TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.117, dn.12.

⁶⁸⁷ STARK, Art.927, s.243; HONSELL/VOGT/GEISER, Art.928, 2104; REY, s.543.

⁶⁸⁸ LIVER, Art.737, s.407; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL (HAAB), Art.648, s.147.

⁶⁸⁹ Tapu sicilindeki kayıtlara göre irtifak hakkı sahibi gözüken kişi dışındakilerin de zilyetliği koruyucu davaları açabileceği, davacı sıfatının tescile göre değil fiili duruma göre belirleneceği yönünde STARK, Art.928, s.251, BGE 60 II 486.

geçit hakkı sahibi el atmanın önlenmesi davasıyla haksız müdahaleye son verilmesini sağlayabilir.

Salt zilyetliği koruyucu davalarda, davacı sıfatı zilyetliğe bağlıdır. Maddi tazminat (belirli koşullar altında manevi tazminat) talebinin aksine salt zilyetliği koruyucu taleplerin, zilyetlikten bağımsız olarak devri mümkün olmaz⁶⁹⁰. Gasp durumunda, devredilecek bir zilyetlik kalmadığı için davacı sıfatı da zilyetliği gasp edilene aittir. Saldırı durumunda ise zilyetliği devralan kişi davacı sıfatını da zilyetlikle birlikte kazanır.

bb. Davalı Sıfatı

Salt zilyetliği koruyucu davalar, zilyetliği gasp eden veya zilyetlikten doğan hakimiyeti kısıtlayan ya da kısıtlama tehlikesi oluşturan kişiye karşı açılır⁶⁹¹. Bu anlamda, sadece gasp veya saldırı oluşturan davranışın ya da tehlikenin gerçekleşmesi yeterli olup, davalının kusurlu olması aranmaz. Uygulamada, davalı sıfatının daha çok, TMK m.786/f.2'den (ZGB Art.737 Abs.3) doğan yükümlülüğünü ihlal eden malike ait olduğuna rastlanmakla birlikte, üçüncü kişinin de zilyetliği gasp etmesi veya zilyetliğe saldırıda bulunması mümkündür⁶⁹². Üçüncü kişiye karşı açılan davaların büyük bir çoğunluğunda da yüklü taşınmazı kira ya da hasılat kirasından doğan haklar çerçevesinde kullanan kişilerin davalı tarafta yer aldıkları görülür⁶⁹³. Yüklü taşınmaz üzerinde hak sahibi olmayan kişiler tarafından gerçekleştirilen gasp ya da saldırılara ise ender rastlanılır. Malik ve yüklü taşınmaz üzerindeki diğer hak sahiplerine kıyasla bunların davalı sıfatına sahip olmaları düşük bir olasılıktır. Bunun yanında, birlikte zilyetlerden herhangi biri, diğerlerin zilyetliğini tanımayarak tek başına kendi zilyetliğini ilan ederse veya diğerlerinin zilyetliğe dayalı hakimiyetlerini kısıtlarsa, koruyucu davalar ona karşı da açılabilir.

⁶⁹⁰ STARK, Art.928, s.251.

⁶⁹¹ STARK, Art.927, s.243; Art.928, s.251; HONSELL/VOGT/GEISER, Art.928, s.2104; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.101 vd.; SAYMEN/ELBİR, s.88 vd..

⁶⁹² LIVER, Art.737, s.408; STARK, Art.928, s.252.

⁶⁹³ LIVER, Art.737, s.408.

Üçüncü kişiler bakımından bir alt ayırım yapıldığında, bunlar arasında komşu taşınmaz malikleri ile komşu taşınmazlar üzerindeki diğer hak sahipleri tarafından gerçekleştirilen dolaylı ya da doğrudan müdahaleler önemli bir yer tutar⁶⁹⁴. TMK m.737 (ZGB Art.684) kapsamında gerçekleşen dolaylı müdahale niteliğindeki taşkınlıklar ile kazı ve yapı faaliyetlerinden (TMK m.738-ZGB Art.685) ya da komşu taşınmazdan taşarak zarar veren bitkilerin (TMK m.740-ZGB Art.687) oluşturduğu doğrudan müdahaleler karşısında açılacak davalarda gasp ya da saldırı oluşturan davranışları gerçekleştiren komşular davalı sıfatına sahip olurlar. Komşu taşınmaz malikleri ile komşu taşınmaz üzerindeki sınırlı ayni hak sahiplerine karşı TMK m.730 (ZGB Art.679) kapsamında taşkınlığa son verme talebinin de yöneltilmesi mümkün olmakla birlikte taşkınlığı gerçekleştiren komşuların nisbi hak sahibi olması durumunda onlara karşı TMK m.730'a (ZGB Art.679) başvurma yolu kapanır⁶⁹⁵. Oysa ki, taşkınlık oluşturan nisbi hak sahiplerine karşı zilyetliği koruyucu davaların açılması mümkündür. Müdahale niteliğindeki faaliyetlerin yürütüldüğü taşınmazlar birlikte hak sahipliği hükümlerine tabi ise davalı sıfatı tüm birlikte hak sahiplerine aittir. Bu durumda birlikte hak sahipleri arasında zorunlu dava arkadaşlığı gerçekleşir⁶⁹⁶. Aynı doğrultuda taşınmaz mülkiyetinin doğrudan kısıtlamaları arasında yer alan “başkasının arazisine girme hakkını” amacı dışında kullanan kişilere karşı da, gasp ve saldırı niteliği taşıyan davranışları karşısında zilyetliği koruyucu davalar açılabilir⁶⁹⁷.

Uygulamada karşılaşılabileceği olasılığı çok düşük olmakla birlikte gasp ya da saldırı oluşturan davranışların gerçekleşmesiyle dava açılması arasında yüklü taşınmazın tamamı veya sadece geçit yolunun yer aldığı parçası yok olursa, bu durumda koruyucu davalar açılamaz. Davanın açılmasından sonra aynı sonuç gerçekleşirse dava

⁶⁹⁴ LIVER, Art.737, s.408.

⁶⁹⁵ LIVER, Art.737, s.396; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL (HAAB), s.378 vd..

⁶⁹⁶ HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL (HAAB), s.Art.648, s.147; LIVER, Art.737, s.408.

⁶⁹⁷ Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan doğrudan kısıtlamalarından birini oluşturan başkasının arazisine girme hakkını kullanan kişinin bu davranışı kural olarak hukuka aykırı değildir. Ancak, uygulamada hakkın sınırlarının aşılmasına da sıklıkla rastlanılır. Söz konusu sınır aşıldığı andan itibaren üçüncü kişilerin gasp ya da saldırı oluşturan davranışları karşısında zilyetliği koruyucu davalar açılabilir. Karş. SAYMEN/ELBİR, s.83.Örneğin, geçit yoluna düştüğünü ya da sürüklendiğini iddia ettiği bir eşyasını aramak amacıyla yola müdahale eden kişinin makul süreyi aşarak arama çalışmalarına devam etmesi ve bu arada geçit zilyedinin yoldan yararlanmasına engel olması örneğinde olduğu gibi.

konusuz kalır. Ancak bu durumda dahi sorumluya karşı tazminat davası açılabilir veya açılmış olan tazminat davasına devam edilebilir⁶⁹⁸.

cc. Hak Düşürücü Süreler

Koruyucu davaların açılması bakımından kısa hak düşürücü süreler kabul edilmiştir. “Dava hakkının düşmesi” kenar başlığını taşıyan TMK m.984’e göre; gasp ve saldırıdan dolayı dava hakkı, zilyedin fiili ve failini öğrenmesinden başlayarak iki ay ve her halde fiilin üzerinden bir yıl geçmekle düşer.

TMK m.984’ü karşılayan ZGB Art.929 Abs.1’e göre, gasp veya saldırı fiillerinin ve failin öğrenilmesinden itibaren derhal açılabileceği düzenlenmiş; Abs.2’de ise fiil ve fail daha sonra öğrenilse bile, davaların açılması, gasp veya saldırının gerçekleşmesinden itibaren bir yıllık süreye bağlanmıştır. Kanun koyucu, salt zilyetliğin korunmasını amaçlayan benzer karakterli her iki davayı da çift yönlü süre sınırlamasına tabi tutmuştur. İsviçre hukuku bakımından alt sürenin belirlenmeyerek, bunun yerine “derhal” ifadesine yer verilmesi de aynı doğrultuda değerlendirilir⁶⁹⁹. TMK m.984’de, “derhal” ifadesi yerine iki aylık belirli bir süre öngörülerek hak düşürücü sürenin somutlaşması sağlanmıştır. Davaların, iki aylık çok kısa hak düşürücü sürelerle tabi tutulması (ya da derhal açılmasının öngörülmesi) davalara yüklenen işlevin bir sonucudur. Hak tartışmasına kapalı olan sadece fiili durumu dikkate alan bu davaların, gasp ya da saldırıdan hemen sonra açılması, fiili durumun isabetli olarak değerlendirilebilmesi gereğinden doğar⁷⁰⁰. Hak düşürücü sürelerin çok kısa olarak tasarlanması “hak durumu” üzerinde etkili değildir. Diğer bir söyleyişle, sürelerin geçmesi sadece zilyetliği koruyucu davaları etkiler. Hakka dayalı taleplerin önüne geçmez⁷⁰¹. Hak düşürücü süreler, sadece koruyucu davaların tabi olduğu seri yargılama usulü bakımından uygulanmakla kalmaz, koruyucu davaların tazminat davalarıyla

⁶⁹⁸ STARK, Art.927, s.244.

⁶⁹⁹ STARK, Art.929, s.263; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, s.50, 51; HONSELL/VOGT/GEISER, Art.929, 2107.

⁷⁰⁰ STARK, Art.929, s.264.

⁷⁰¹ STARK, Art.929, s.264; LIVER, Art.737, s.412 vd.; HONSELL/VOGT/GEISER, Art.929, 2107.

birlikte açıldığı olasılıklarda yargılama usulü değişse dahi hak düşürücü süreler saklı kalırlar⁷⁰².

Türk hukuku bakımından TMK m.984’de düzenlenen sürelerin hak düşürücü karaktere sahip olduğu tartışmasızdır. Buna karşılık TMK m.984’ü karşılayan eMK m.897’nin kenar başlığında kullanılan “Dava hakkında mahrumiyet ve müruru zaman” ifadesi tartışma oluşturacak nitelik taşımaktaydı⁷⁰³. Bununla birlikte eski kanun dönemindeki eserlerde dahi sürenin zaman aşımı süresi olmayıp, hak düşürücü karakter taşıdığı kabul edilmekteydi⁷⁰⁴. İsviçre hukukunda ise ZGB Art.929 Abs.2’de yer verilen bir yıllık süre bir görüş⁷⁰⁵ tarafından, düzenlemenin söyleminden hareketle zaman aşımı süresi olarak değerlendirilirken; diğer görüş⁷⁰⁶ ise salt zilyetliği korucu davaların niteliği ve üstlendiği işlevden hareket ederek hak düşürücü sürenin varlığını kabul eder. Buna göre, bir yıllık üst süre bakımından Borçlar Kanununda düzenlenen durma ya da kesilme sebeplerinin uygulanması mümkün olmaz. Ayrıca, hakim tarafından, dava dosyasından anlaşıldığı oranda, sürenin geçtiği re’sen dikkate alınır⁷⁰⁷.

dd. Yargılama Usulü

Zilyetliğe yönelen gasp ya da saldırının derhal ortadan kaldırılması ve fiili durumun tekrar eski statüsüne kavuşturulması düşüncesiyle zilyetlik davaları seri

⁷⁰² STARK, Art.929, s.266.

⁷⁰³ TMK m.984’ün gerekçesine göre, “(...) Ancak bir yıllık sürenin zamanaşımı mı, hak düşürücü süre mi olduğu tartışma konusu olduğundan, maddede, gasp ve tecavüz halinde dava hakkının, fiilin ve failin öğrenilmesinden itibaren iki ay içinde açılabilmesi bakımından daha uygun görülmüş ve gerek bu iki aylık sürenin gerek fiil tarihinden itibaren işleyecek bir yıllık sürenin hak düşürücü süre olduğu kabul edilerek, maddenin kenar başlığı ve metni buna göre yeniden düzenlenmiştir”. Bkz. YAVUZ/ ERLÜLE/ SAĞLAM, m.984.

⁷⁰⁴ Bkz. SAYMEN/ELBİR, s.91; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.107.

⁷⁰⁵ Bkz. von TUHR/ESCHER, s.213.

⁷⁰⁶ Düzenlemenin söyleminden hareket etmenin isabetsiz sonuçlara yöneltebileceği, salt zilyetliği korucu davaların niteliği gereği kısa hak düşürücü sürelerle bağlanmasının zorunlu olduğu yönünde STARK, Art.929, s.265. Bu görüşü ve yukarıdaki dipnotta belirtilen aksi görüşü benimseyen yazarlar için ayrıca bkz. STARK, Art.929, s.265.

⁷⁰⁷ STARK, Art.929, s.266. Karş. BGE 76 II 235; BGE 72 II 328; BGE 80 II 291.

yargılama usulüne tabi tutulurlar⁷⁰⁸. Zilyetlik, fiili bir durum olduğuna göre söz konusu fiili durumu koruyan davalar da fiili olarak değerlendirilirler⁷⁰⁹. Diğer bir söyleyişle, üstlenmiş oldukları işlev ve nitelikleri gereği hak tartışmasına kapanırlar. Zilyetliği koruyucu davalar, dava konusunun değerinden bağımsız olarak sulh mahkemesinin görev alanına dahildir⁷¹⁰. Yetkili mahkeme ise taşınmazın bulunduğu yer mahkemesidir⁷¹¹.

Davacının; eşyanın güncel zilyedi olduğunu ve rızası dışında zilyetliğinin ortadan kaldırıldığını ya da kısıtlandığını ispatlanması davanın başarıya ulaşması için yeterlidir. Saldırının gerçekleşme olasılığının ispatlanması da aynı sonucu doğurur⁷¹². Buna karşılık, davalı, davacının güncel zilyet olmadığını veya müdahalenin onun rızası ile gerçekleştiğini ileri sürebilir. Rızanın, açık olarak ortaya konması zorunlu olmadığı için örtülü rıza anlamına gelecek davranışların ispatlanması da yeterli görülür⁷¹³. Bizim de benimsediğimiz görüş⁷¹⁴ doğrultusunda rızanın geçerli olabilmesi için zilyedin tam fiil ehliyetine sahip olması gerekmez. Ayırt etme gücüne sahip olması yeterlidir. Davalı bakımından üstün hak savunması yolu kural olarak kapalıdır. Sadece gasptan doğan davaya ilişkin olarak derhal ispatlanmak koşuluyla üstün hak savunması kapısı aralanabilir. Bununla birlikte, üstün hakkın derhal ispatı oldukça güç olduğundan uygulamada bu savunmanın başarılı olabileceğini söylemek güçtür. Derhal ispat yerine

⁷⁰⁸ **LIVER**, Art.737, s.410; **SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP**, s.51; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.86; **SEROZAN**, s.142. Basit yargılama usulünün uygulanacağı yönünde **GÜRSOY/EREN/CANSEL**, s.107; **AYAN**, s.84.

⁷⁰⁹ **SAYMEN/ELBİR**, s.82.

⁷¹⁰ Yarg. 8.HD 15.10.1985 E.1985/9829, K.1985/9507 (YKD, C.12, S.2,1986, s.222); Yarg. 8.HD 13.05.1991, E.1990/16437, K.1991/6746 (YKD, C.17, S.8, 1991, s.1198).

⁷¹¹ **AYAN**, s.84.

⁷¹² **STARK**, Art.928, s.262.

⁷¹³ **HÜRLIMANN-KAUP**, s.58.

⁷¹⁴ **STARK**, Vorbem. zu Art.926-929, s.201; **HÜRLIMANN-KAUP**, s.58; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.103; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s.179 vd.; **GÜRSOY/EREN/CANSEL**, s.98. Gasp ya da saldırıya rıza gösterilmesinin zilyetliğe bağlı korumadan vazgeçme anlamına geldiği için hukuki işlem niteliği taşıdığını, bu nedenle rıza gösteren zilyedin fiil ehliyetine sahip olmasını arayan görüş için bkz. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.80, dn.125'de belirtilen yazarlar.

ek süre veya keşif talep edilmesi ya da tanık gösterilmesi gibi durumlar derhal ispat koşuluyla bağdaşmaz⁷¹⁵.

Yargılama sonucunda verilen karar kesin hüküm niteliğine sahip değildir. Davayı kaybeden taraf hakkına dayalı olarak yeni bir dava açabilir⁷¹⁶. Aynı doğrultuda, TMK m.984’de belirtilen hak düşürücü sürelerin geçmesi de hakka dayalı dava açılmasına engel oluşturmaz.

d. Tazminat Davası

Koruyucu davalar gasp ya da saldırıyı hedef alarak, zilyetliğin yeniden tam olarak gerçekleşmesine hizmet ederler. Buna karşılık, tazminat davası ile gasp ya da saldırı nedeniyle oluşan maddi ve/veya manevi zararın giderilmesi amaçlanır⁷¹⁷. Zilyetliği koruyucu davalar ile birlikte gasp ya da saldırı nedeniyle uğranılan zararın tazmini de talep edilebilir. Ancak, derhal sonuca varılmasını zorunlu kılan koruyucu davalarla birlikte tazminat talebinin de ileri sürülmesi yargılamayı uzatıcı bir etki oluşturur. Bu nedenle, tazminat talebinin ayrı bir dava konusu yapılması daha elverişlidir. Tazminat talebi, BK m.41 vd. (OR Art.41) düzenlenen kusura dayalı haksız fiil sorumluluğuna tabidir⁷¹⁸. Gasp ya da saldırıyı gerçekleştiren kusursuz ise tazminat talebine yer olmaz. Kusur şartına bağlı olmayan salt zilyetliği koruyucu davalarda tazminat sorumluluğu bakımından kusur tartışmasına girilmesi, koruma talebiyle birlikte ileri sürülen tazminat talebinin yargılamayı uzatıcı etkisini bir kez daha kanıtlamış olur. Tazminat sorumluluğunun doğumu için salt zilyetliğin gasp edilmesi veya saldırıya uğraması haksız fiil tazminatına dayanak oluşturmaz. Zilyetliğin

⁷¹⁵ SAYMEN/ELBİR, s.90.

⁷¹⁶ GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.100; SAYMEN/ELBİR, s.90. Kesin hüküm oluşturmadığı için temyiz yolunun da kapalı olduğu yönünde SEROZAN, s.142; TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.126.

⁷¹⁷ STARK, Art.928, s.260; HONSELL/VOGT/GEISER, Art.928, 2106.

⁷¹⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.84; SEROZAN, s.142; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.106; SAYMEN/ELBİR, s.92. ZGB Art.927 Abs.3’ün (TMK m.982/f.3) bir an için kusursuz sorumluluk esasına tabi bir düzenleme olduğu düşünülebilirse de hakim görüş çerçevesinde söz konusu düzenlemenin, OR Art.41’e (BK m.41) yollama yaptığının kabul edildiği yönünde STARK, Art.927, s.248; Art.928, s.252; LIVER, Art.737, s.407; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, s.51; HONSELL/VOGT/GEISER, Art.928, 2106.

arkasındaki korunmaya değer hakkın da gasp ya da saldırı nedeniyle ihlal edildiğinin ispatlanması gerekir⁷¹⁹.

Tazminat davaları seri yargılama usulüne tabi olmadıklarından⁷²⁰ salt zilyetliği koruyucu davalarla birlikte tazminat talebinin de ileri sürülmesi durumunda daha ağır olan yargılama usulü tercih edilir. Buna göre, hem koruyucu talep hem de tazminat talebi basit yargılama usulüyle görülür. Tazminat davasının, korucu davalardan ayrı olarak açılması durumunda yargılamayı yürüten sulh hakimi birleştirme kararı veremez. Taleplerin birlikte ileri sürüldüğü fakat istenilen tazminat miktarının asliye mahkemesinin görev alanına dahil olduğu olasılıklarda koruyucu davalar da asliye mahkemesinde görülürler. Uygulamada, bu son olasılıkla karşılaşılma oranı oldukça yüksektir. Böylece, talep edilen tazminat miktarı, tazminat davasıyla birlikte açılan koruyucu davaların da dahil olduğu görev alanını da değiştirici etki taşır.

Tazminat davası haksız fiil hükümlerine tabi olduğundan TMK m.984’de (ZGB Art.929) belirtilen hak düşürücü süreler bu davalar bakımından uygulama alanı bulmaz⁷²¹. Koruyucu davalar için öngörülen hak düşürücü süreler geçmiş olsa dahi BK m.60’da (OR Art.60) yer alan zaman aşımı süresi içinde tazminat davasının açılması mümkündür.

D. İrtifak Sözleşmesine Dayalı Taleplerin Diğer Koruyucu Talepler ile Yarışması

Geçit hakkının kullanımına malik tarafından engel olunması durumuna özgü olarak yukarıda belirtilen koruma sistemine sözleşmeye dayalı talepler de eklenirler. Bu doğrultuda irtifak sözleşmesine dayalı talepler, diğer koruyucu taleplerle birlikte yarışma durumuna geçerler. Hak sahibi, kendisi bakımından elverişli gördüğü koruma aracını seçebilir. Bu durum, özellikle el atmanın önlenmesi talebi bakımından önem taşır. Bir an için geçit hakkının kullanılmasına engel olan malike karşı aynı

⁷¹⁹ SEROZAN, s.142.

⁷²⁰ LIVER, Art.737, s.410.

⁷²¹ STARK, Art.929, s.264.

karakterli bir talep ile savunma yapma olanağının sözleşmeye dayalı nisbi karakterli bir talebe kıyasla daha etkili olabileceği düşünülebilirse de bu düşünce isabetsizdir. Bunun bir adım ötesinde, sözleşmeye dayalı taleplerin yöneltilmesi teorik ve pratik açıdan daha elverişli sonuçlar doğurabilir. Bir hukuki ilişki çerçevesinde bir araya gelen taraflar arasındaki uyuşmazlıkların; taraflarca tasarlanan amaç, kapsam ve içerik çerçevesinde çözüm bulması düşüncesi sözleşmesel bağlılıkla açıklanır⁷²². Malik ile geçit hakkı sahibi arasındaki uyuşmazlıklarda, tarafların kanunu niteliğindeki sözleşme hükümleri dışlanamazlar. Geçit hakkı sahibi, hüküm ve sonuçlarına yabancı olduğu ayni koruma veya zilyetliğe bağlı koruma sisteminden yararlanırken, tasarımıyla kendisinin de rol üstlendiği, bu nedenle hiç de yabancı olmadığı sözleşmeye dayalı koruma sisteminden yoksun bırakılamaz. “Taraflar çıkarlarını mümkün olan en üst seviyede gözetecek biçimde tasarlanan⁷²³” sözleşme hükümlerinin taraflar arasındaki uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulması söz konusu hukuki ilişkinin doğal sonucudur. Malik ile geçit hakkı sahibi arasındaki uyuşmazlıklarda kanundan doğan taleplerin yanında sözleşmeye dayalı taleplerin de ileri sürülebileceği her türlü tartışmadan uzak olarak kabul edilebilir.

E. Zilyetliğin İdari Yoldan Korunması

1. Genel Olarak

Taşınmaz zilyetliğinin sahip olduğu önemi dikkate alan kanun koyucu, Türk Medeni Kanunu ile getirilen zilyetliğe bağlı koruma ile yetinmeyerek, taşınmaz zilyetliğine yönelen gasp ve saldırıları özel bir düzenlemeye tabi tutar⁷²⁴. 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun⁷²⁵ ve bu kanunun uygulama esaslarını belirtmek amacıyla çıkarılan Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunun Uygulama Şekli ve Esaslarına

⁷²² ÖZEN, Burak: “Sebepsiz Zenginleşme Talebinin Konusu Olarak Ticari İşletme”, Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp’e Armağan, İstanbul 2003, s.712.

⁷²³ ÖZEN, Sebepsiz Zenginleşme, s.713.

⁷²⁴ Özel düzenleme yanında Türk Medeni Kanunu’nda yer alan zilyetliği koruyucu sistemin de devrede olduğu, zilyetliğin gasp edilen veya saldırıya uğrayan kişinin alternatif koruma sistemlerinden menfaatine uygun olanını seçebileceği ancak idari makamlar aracılığıyla gasp ya da saldırı daha kolay ve hızlı ortadan kaldırılacağı için idari koruma yolundan daha etkili sonuç alınacağı yönünde AKİPEK/AKINTÜRK, s.190.

⁷²⁵ RG 15.12.1984 S.18606.

Dair Yönetmelik⁷²⁶ taşınmaz zilyetliğinin özel olarak korunması düşüncesinin sonuçlarını oluşturur. İdari yoldan koruma sadece taşınmazları kapsar. Temelinde zilyetliğe dayalı bir koruma yer aldığı için burada da hak tartışmasının yeri yoktur. Önemli olan fiili bir durum olarak taşınmaz zilyetliğinin korunmasıdır. Kanunun amacı, “Amaç ve Kapsam” kenar başlıklı birinci maddede belirtildiği üzere; gerçek veya tüzel kişilerin zilyet bulunduğu taşınmaz mallarla kamu idareleri, kamu kurumları ve kuruluşları veya bunlar tarafından idare olunan veya Devlete ait veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan sahipsiz yerlere veya menfaati umuma ait olan taşınmaz mallara yapılan tecavüz veya müdahalelerin, idari makamlar tarafından önlenmesi suretiyle tasarrufa ilişkin güvenliği ve kamu düzenini sağlamaktır.

2. İdari Korumanın Sağlanması

a. Koşulları

aa. Talep

İdari koruma sisteminin devreye girebilmesi için kural olarak, yetkili makamlara bu yönde yapılacak talebe ihtiyaç duyulur. Talepte bulunma yetkisi, zilyedi aittir. Taşınmazın birlikte zilyetlik hükümlerine tabi olması durumunda birlikte zilyetlerden her biri tek başına talepte bulunabilir. Dolaysız zilyet yanında dolaylı zilyedin de talepte bulunma yetkisine sahip olduğu kabul edilir⁷²⁷. Bu doğrultuda, geçit yolu üzerindeki zilyetliğin gasp edilmesi veya saldırıya uğraması durumunda, doğrudan zilyet yanında, yüklü taşınmaz maliki de idari koruma talebinde bulunabilir. Kamu idareleri, kamu kurum ve kuruluşlarına ile tüzel kişilere ait taşınmazlar bakımından talep ilgili idare, kurum, kuruluş ya da tüzel kişinin yetkili temsilcisi tarafından yapılır. Köy tüzel kişiliğine ait taşınmazla bakımından ise köyün kanuni temsilcisi durumundaki muhtarın talepte bulunması esas olmakla birlikte köy halkından herhangi biri de talepte bulunabilir. (3091 sayılı K. m.3; Yön. m.17,18)

İdarenin harekete geçmesi kural olarak bu yönde talepte bulunulmasına bağlı olmakla birlikte bazı durumlarda idare re’sen harekete geçebilir. 3091 sayılı K. m.3/f.4’e göre, vali veya kaymakam görev alanları içinde bulunan kamu idarelerine,

⁷²⁶ RG 31.07.1985 S.18828.

⁷²⁷ **AYAN**, s.87.

kamu kurumlarına ve kuruluşlarına ait veya bunlar tarafından idare olunan veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan sahipsiz yerlere veya menfaati umuma ait olan taşınmaz mallara tecavüz veya müdahalede bulunulduğunu öğrendiklerinde, soruşturmayı doğrudan yaptırırlar ve sonucu karara bağlarlar.

Aynı düzenlemeye Yön. m.19/f.1 de aktarılmış olmakla birlikte Yön. m.19/f.2 ile kamu idareleri veya kamu kurum ve kuruluşlarına ait veya bunlar tarafından idare olunan Özel hukuk hükümlerine tabi taşınmazlar birinci fıkranın dışında bırakılmıştır. Bu doğrultuda, Özel hukuk hükümlerinde tabi taşınmazlar bakımından genel kural uygulanacak ve yetkili temsilcinin talebi ile idare harekete geçebilecektir.

bb. Şekil

İlçelerde kaymakamlıklara, merkez ilçelerde ise valiliklere yapılacak talep başvurusu yazılı olarak veya elektronik dilekçe yoluyla gerçekleşir. Sözlü başvurular dikkate alınmaz⁷²⁸.

cc. Hak Düşürücü Süreler

İdari koruma talebi, gasp ve saldırı oluşturan davranışların yetkili kişilerce öğrenilmesinden itibaren 60 gün ve her halde gasp ya da saldırının gerçekleşmesinden itibaren 1 yıl içinde ileri sürülmelidir. Söz konusu süreler hak düşürücü niteliğe sahip olduğundan idari makamlarca re'sen dikkate alınırlar. Sürelerin durması ya da kesilmesi söz konusu olmaz⁷²⁹. Bununla birlikte devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerle menfaati umuma ait olan taşınmaz mallar bakımından hak düşürücü süre uygulanmaz (3091 sayılı K. m.4; Yön. m.20).

b. İdari İnceleme

aa. Soruşturma Aşaması

Talep üzerine harekete geçen idare en geç 15 gün içinde durumu inceleyerek talep hakkından olumlu veya olumsuz bir karar verir. Yetkili makam veya

⁷²⁸ AYAN, s.88.

⁷²⁹ AYAN, s.89.

çoğu zaman onun tarafından görevlendirilecek memur tarafından soruşturma aşaması yürütülür. Soruşturma memuru; taşınmazın bulunduğu yerde sırasıyla önce koruma talebinde bulunanı, daha sonra gasp ya da saldırı oluşturan davranışları gerçekleştirdiği iddia edileni ve tanıkları da dinledikten sonra olay hakkındaki görüşünü, “fezleke” olarak adlandırılan rapor kapsamında en kısa zamanda kaymakamlık veya valiliğe bildirir. Soruşturma memuru gerekli görürse re’sen seçeceği bilirkişilerin görüşlerinden yararlanabilir ya da Hazine, özel idare ve belediye temsilcileri ile köy veya mahalle muhtarı ile ihtiyar kurulu üyelerinin ifadesine başvurabilir (Yön. m.28).

bb. Karar

Yetkili makam, kendisine sunulan rapor doğrultusunda en kısa zamanda gerekli incelemeyi tamamlayarak koruma talebinin kabulüne veya reddine karar verir. Başvuru tarihinden itibaren 15 gün içinde talep hakkında karar verilmesi zorunludur. Bu süre içinde karar verilemezse, karar verilmesine engel olan sebeplerle birlikte durum kaymakamlıklarca valiliklere, valiliklerce İçişleri Bakanlığı’na bildirilir (Yön. m.36).

İnceleme ve değerlendirme sonucunda gasp ya da saldırının gerçekleşmediği kanaatine ulaşırsa talep reddedilir. Buna karşılık talebin haklı olduğu sonucuna ulaşılmışsa gasp ya da saldırının sona erdirilmesi kararı verilir. Yetkili makam tarafından verilen karar kesindir. Bir üst makama başvuru yoluyla kararın isabetli olup olmadığı tartışma konusu yapılamaz. Bunun yanında karar veren makam da karardan sonra yeni bir inceleme ya da değerlendirme yapamaz, vermiş olduğu kararı değiştiremez. Esasa ilişkin olmayan açık yazı ve hesap hataları ise kararı veren makam tarafından düzeltilebilir (3091 sayılı K. m.7; Yön. m.37/f.1). Kararın kesinliği, kararı veren makam tarafından veya hiyerarşik denetim yoluyla onun üstleri tarafından kararın gözden geçirilemeyeceğini ve değiştirilemeyeceğini ifade eder. Buna karşılık, karara karşı idari yargı yoluna başvurulması mümkündür. Ancak, böyle bir olasılıkta yürütmeyi durdurma kararı verilemez (Yön. m.37/f.2). Bununla birlikte verilen karar, hak durumu üzerinde etkili olmadığı için hakka dayalı davaların açılmasına engel oluşturmaz⁷³⁰.

⁷³⁰ OĞUZMAN7SELiÇi/OKTAY-ÖZDEMİR, s.88; AYAN, s.92.

cc. Kararın Uygulanması

Yetkili makamlarca verilen gasp ya da saldırıya son verilmesi kararı, yine aynı makamlarca görevlendirilecek infaz memuru tarafından taşınmazın bulunduğu yerde ve o anki durumu ile zilyetliği gasp edilen ya da saldırıya uğrayan kişiye teslim edilmesi yoluyla yerine getirilir (3091 sayılı K. m.9/f.1). Sona erdirme kararının infaz memuruna tebliğinden itibaren 5 gün içinde yerine getirilmesi zorunludur (3091 sayılı K. m.9/f.2).

Sona erdirme kararının yerine getirilmesinden sonra gasp ya da saldırı oluşturan davranışın tekrarlanması ise cezai yaptırıma bağlanmıştır. 3091 sayılı K. m.15'e göre, tekrarlanan gasp ya da saldırı ister önceki fail tarafından ister onun yararına başkaları tarafından gerçekleştirilmiş olsun kanunda düzenlenen cezai yaptırımlar uygulanır. Daha ağır yaptırımı gerektiren suç niteliğindeki gasp ya da saldırı ise Ceza Kanununun ilgili düzenlemelerine tabidir.

V. GEÇİT HAKKININ SONA ERMESİ

A. Genel Olarak

Kanunda, geçit hakkının sona ermesi özel olarak düzenlenmediğinden eşyaya bağlı irtifakların sona ermesine ilişkin TMK m.783 vd. yer alan hükümlerden kıyasen yararlanılır. Kanunda, sona erme konu başlığı altında yer verilen ilk durum terkin ve yüklü ya da yararlanan taşınmazın yok olmasıdır. Bunun yanında her iki taşınmazın da aynı kişinin mülkiyetine geçmesi veya mahkeme kararıyla da geçit hakkının son bulması mümkündür. Ancak, söz konusu düzenlemelerde belirtilen sona erme sebepleri dışında geçit hakkına son veren başka sebepler de bulunur. Bunlar özel olarak düzenlenmediğinden çeşitli hükümlerden elde edilirler⁷³¹. Sona erme sebeplerinin düzenlenmesi sadece intifa hakkına özgü bir durum olup, bunun dışındaki irtifaklar bakımından, genel nitelikli eşyaya bağlı irtifaklara ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. Bu anlamda, geçit hakkına son veren sebepler “terkin ve terkin dışı sona erme sebepleri” olarak iki temel başlık altında incelenir. Şahısla kaim irtifak biçiminde kurulan geçit hakkı bakımından ise hak sahibinin ölümü ayrıca bir sona erme sebebi

⁷³¹ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, s.281. Benzer yönde BERTAN, s.1176.

oluşturur⁷³². Hak sahibinin gaipliğine karar verilmesi ya da onun hakkında ölüm karinesinin uygulanması durumlarında da aynen ölüme bağlı sonuçlar doğar. Bu nedenle; ölüm ile gaiplik ve ölüm karinesi kararları şahısla kaim irtifak biçiminde kurulan geçit hakkının sona ermesine neden olurlar. Tüzel kişi lehine kurulan geçit hakkı ise tüzel kişiliğin son bulmasıyla birlikte ortadan kalkar.

“Sona ermesi” konu başlığı altında “Genel olarak” kenar başlığı ile düzenlenen TMK m.783’e göre,

“İrtifak hakkı, tescilin terkinin veya yüklü ya da yararlanan taşınmazın yok olmasıyla sona erer”.

Söz konusu hüküm, taşınmaz mülkiyetinin kaybını düzenleyen TMK m.717/f.1 (ZGB Art.666 Abs.1) ile aynı doğrultudadır. Bununla birlikte, yüklü ya da yararlanan taşınmazın yok olması mülkiyet ile birlikte tüm sınırlı ayni haklara son verirken, mülkiyetin terkinin her zaman sınırlı ayni haklar üzerinde etkili olmaz. Örneğin, terk sebebine dayalı terkin durumunda mülkiyet son bulurken sınırlı ayni haklar bundan etkilenmezler.

B. Terkin ile Sona Erme

1. Terkin Kuralı

Ayni hakların kazanılmasında esas olan tescil kuralıyla aynı doğrultuda bir ayni hakkın sona ermesi de kural olarak terkin ile gerçekleşir⁷³³. Terkin, geçit hakkı sahibi veya onun yetkili temsilcisi tarafından yazılı olarak tapu memuruna yöneltilen bozucu yenilik doğurucu etkiye sahip bir beyanla gerçekleşir. Tüm ayni haklarda olduğu gibi geçit hakkına son veren temel sebebi oluşturur. Terkin talebi, geçit hakkından feragat iradesini taşıyan tek taraflı bir tasarruf işlemidir⁷³⁴. Kişiye bağlı

⁷³² Tescilin bozucu şarta bağlanabileceğini kabul eden görüş bakımından bozucu şartın gerçekleşmesi de bir sona erme sebebi oluşturur. Niteliği gereği ölüm bozucu şartına bağlanmış intifa ve oturma hakkı bakımından durum böyledir (BGE 123 III 464). Aynı sonuç tüm kişiye bağlı irtifaklar bakımından kabul edildiğinde, intikal yeteneği bulunmayan bir geçit hakkı bakımından hak sahibinin ölümü, bozucu şart olarak değerlendirileceğinden bozucu şartın gerçekleşmesiyle birlikte geçit hakkı da sona erer. Daha sonra gerçekleştirilecek terkin açıklayıcı nitelik taşır. Bu yönde **RIEMER**, s.62, 66.

⁷³³ **BERTAN**, s.1175; **SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP**, s.281.

⁷³⁴ **RIEMER**, s.65; **SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP**, s.281; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.178.

irtifak biçiminde kurulmuş geçit hakkı bakımından sicilde hak sahibi olarak görünen kişi, eşyaya bağlı irtifak niteliği taşıyan geçit hakkı bakımından yararlanan taşınmazın maliki tarafından gerçekleştirilir⁷³⁵. Yüklü taşınmaz malikinin rızası aranmaz. Tescil talebinin aksine terkin talebi için hukuki sebebin varlığına ihtiyaç duyulmaz⁷³⁶. Bununla birlikte, geçit hakkı sahibinin, bir borçlandırıcı işlem nedeniyle terkin talebinde bulunma yükümlülüğü altına girmesi de mümkündür⁷³⁷. Terkin talebinin borçlandırıcı işlemin ifası amacıyla gerçekleştiği olasılıklara terkinin geçerliliği borçlandırıcı işlemin geçerliliğine bağlıdır. İşlemdeki sakatlıklar, terkinin de geçersizliğine neden olur⁷³⁸. Üstlenmiş olduğu terkin beyanında bulunma borcunu yerine getirmeyen geçit hakkı sahibine karşı yüklü taşınmaz maliki tarafından terkine zorlamama davası açılabilir. Buna karşılık, ara dönemde yararlanan taşınmaz el değiştirirse, yeni malik kötü niyetli olsa dahi onun terkin beyanında bulunmaya zorlanması mümkün olmaz⁷³⁹.

Terkin talebinde bulunma her ne kadar yararlanan taşınmaz malikinin tek taraflı bir tasarruf işlemi olsa da bazı durumlarda arzu edilen sonucun doğumu üçüncü kişilerin katılımına bağlıdır. Yararlanan taşınmaz üzerinde aynı hakların bulunduğu olasılıklarda, söz konusu aynı hak sahiplerinin terkinden olumsuz etkilenmeleri mümkündür. Terkinle birlikte yararlanan taşınmaz lehine tanınan bir aynı hak son bulacağı için elverişli hukuki ve fiili durumun kaybedilmesi yararlanan taşınmazın ekonomik değerinin de düşmesi anlamına gelir. Bu olumsuz durum özellikle yararlanan taşınmaz üzerindeki rehin hakkı sahiplerini etkiler. Başta rehin hakkı sahipleri olmak üzere diğer aynı hak sahiplerinin malikin tek taraflı tasarruf işleminden zarar görmelerini engellemek amacıyla terkin talebinin geçerliliği onların da rıza göstermelerine bağlanır⁷⁴⁰. Bu sonuç, geçit hakkından önce kurulan aynı hak sahipleri

⁷³⁵ Bkz. BGE 82 I 37; BGE 100 II 119; BGE 118 II 118.

⁷³⁶ Aksi yönde **AYAN**, s.305.

⁷³⁷ **HOSELL/VOGT/GEISER**, Art.734, s.1351; **SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP**, s.281. Böyle bir yükümlülüğün geçit irtifakını sona erdirme sözleşmesinden, vasiyetnameden veya vazgeçme beyanından doğabileceği yönünde **ZÜRCHER**, s.50. Ayrıca bkz. **LIVER**, Art.734, s.247; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.641.

⁷³⁸ **LIVER**, Art.734, s.247; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.641; **GÜRZUMAR**, s.183.

⁷³⁹ **HONSELL/VOGT/GEISER**, Art.734, s.1351.

⁷⁴⁰ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.641.

bakımından tartışmasız olmakla birlikte geçit hakkının kurulduğu sırada varolan aynı hak sahiplerinin de rızalarının gerekli olup olmadığı tartışmalıdır. Bizim de benimsediğimiz görüş⁷⁴¹ gereğince, yararlanan taşınmaz üzerinde geçit hakkından sonra kurulan aynı hak sahipleri kadar önce kurulmuş aynı hak sahiplerinin ekonomik menfaatleri terkinden etkileneceği için onların da rızalarının aranması gerekir. Tescil bakımından kabul edilen görüşle aynı doğrultuda terkin bakımından hakkı sona erdirici terkin yüklü taşınmazın sayfasında gerçekleşir. Yararlanan taşınmazın sayfasındaki terkin ise açıklayıcıdır⁷⁴². Terkin ile birlikte geçit hakkı sona ereceği için bundan böyle irtifak ilişkisine dayalı yeni yükümlülükler doğmaz. Ancak, önceden doğmuş olan yükümlülükler varlığını korur. Örneğin, terkin ile birlikte geçit hakkı sahibinin TMK m.790'a (ZGB Art.741) dayalı bakım borcu sona erer. Buna karşılık, bakım borcunun gereği gibi yerine getirilmemesine dayalı sorumluluk doğmuşsa, bu sorumluluk hakkın sona ermesine rağmen devam eder⁷⁴³.

Terkin, aynı hakkı sona erdirici ve sicili düzeltici olmak üzere ikili ayrıma tabi tutulur. Kural olarak geçit hakkının sona ermesi sicilde gerçekleşecek terkinle olur. Bunun yanında hakkın sicil dışında sona ermesi de mümkündür. Bu gibi durumlarda geçit hakkı maddi anlamda sona ermesine rağmen sicilde varolan tescil sadece şekli bir anlam taşıyabileceği gibi her türlü anlamını kaybetmiş de olabilir. Tescilin her türlü hukuki değerini kaybettiği veya sadece şekli bir değer taşıdığı durumlarda gerçekleştirilecek terkin sicili düzeltici işlev üstlenir. Böylece, gerçek hak durumu ile tapu sicili arasındaki uyumsuzluk ortadan kaldırılır⁷⁴⁴. Maddi anlamda sona ermiş bir geçit hakkı sicilde şeklen varlığını koruduğu sürece bu kayda iyiniyetle güvenen üçüncü kişiler aslında var olmayan fakat sicilde görünen geçit hakkını

⁷⁴¹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 621. Zaman bakımından bir ayrımdan söz edilmeksizin yararlanan taşınmaz üzerindeki aynı hak sahiplerinin rızalarının alınması gerektiği yönünde GÜRZUMAR, s.183.

⁷⁴² GÜRZUMAR, s.183.

⁷⁴³ Bkz. RIEMER, s.65; BGE 82 I 38.

⁷⁴⁴ LIVER, Art.734, s.244 vd.; HONSELL/VOGT/GEISER, Art.734, s.1350; BERTAN, s.1176; ÜNAL/BAŞPINAR, s.334; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.178.

kazanmış olurlar. Onlara karşı geçit hakkının sicil dışı sona ermiş olduğu ileri sürelemez⁷⁴⁵.

Türk hukukunda genel kabul gören görüş yukarıda açıklandığı üzere irtifak hakkının sona ermesi bakımından terkin kurucu işlev yükler⁷⁴⁶. Buna göre hak sahibinin vazgeçme beyanı sona erdirici etkiye sahip olmayıp, maddi anlamda sona ermenin gerçekleşmesi için hakkın terkin edilmesi gerekir. Çoğu zaman vazgeçme beyanı terkin talebinin içinde yer aldığından, diğer bir söyleyişle vazgeçme ve terkin iradesi eşzamanlı olarak açıklandığından bu iki farklı beyanın sonuçları bakımından bir ayrıma gitmeye gerek kalmaz. Ancak, vazgeçme ve terkin beyanlarının farklı zaman dilimlerinde gerçekleşmesi durumunda söz konusu ayırım önem kazanır. Bu ayırmadan hareket eden bir görüş⁷⁴⁷, açık veya örtülü olarak gerçekleşebilen vazgeçme beyanıyla irtifak hakkının maddi anlamda sona erdiğini, sicilde yer alan şekli kaydın da terkin yoluyla ortadan kalkacağını kabul eder. Buna göre, vazgeçme üzerine yapılacak terkin açıklayıcı işlev üstlenir. İntifa hakkı bakımından kanuni düzenlemeye yansıyan bu görüşün diğer irtifak hakları bakımından da uygulanabilir olup olmadığı ise tartışmalıdır. İntifa hakkının sona ermesini düzenleyen TMK m.796/f.2'ye göre,

“Sürenin dolması veya hak sahibinin vazgeçmesi ya da ölümü gibi diğer sona erme sebepleri, taşınmazlarda malike terkinini isteme yetkisi verir”.

Söz konusu düzenlemenin yorumundan hareketle “vazgeçmenin” bir sona erme sebebi oluşturduğu, intifa hakkı sahibinin vazgeçmesiyle sona erecek olan intifa hakkının malikin talebiyle terkin edileceği kabul edilir. Vazgeçme beyanıyla intifa hakkı maddi anlamda son bulmasına karşılık sicilde şeklen varlığını korumaya devam eder. Her ne kadar kanunda malikin beyanıyla şeklen varlığını koruyan intifa hakkının terkin edileceği düzenlenmişse de irtifak hakkı sahibinin katılımı olmadan malikin tek

⁷⁴⁵ BERTAN, s.1177.

⁷⁴⁶ SAYMEN/ELBİR, s.459; ÖZAKMAN, s.216; GÜRZUMAR, s.183; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.621; SURLU/ÖZTÜRK, s.582.

⁷⁴⁷ HONSELL/VOGT/GEISER, Art.734, s.1350; ÖZEN, s.164. Açık olmamakla birlikte ÖZSUNAY, s.212. Yazar, vazgeçmeyi, geçit hakkını ortadan kaldıran bir sebep olarak görmekte, terkin gerçekleşmediği sürece geçit hakkının şeklen varlığını devam ettireceğini kabul etmektedir. Bununla birlikte geçit hakkının vazgeçme ile değil, hakkın terkinini ile sona erdiğini belirtmektedir..Karş. RIEMER, s.62.

başına bu sonucu sağlaması mümkün olmaz. Şeklen intifa hakkı sahibi ile birlikte hareket eden malik terkin talebinde bulunarak intifa hakkını sicilden sildirir. Şekli anlamdaki hak sahibi, maddi anlamda sona eren hakkın terkinine onay vermezse malik tapu sicilinin düzeltilmesi davasıyla terkinini sağlayabilir. Bu doğrultuda, terkin talebi usuli bir işlem den ibaret olup, tasarruf işlemi niteliği taşımaz. Söz konusu nitelik vazgeçme beyanına aittir⁷⁴⁸.

Kanaatimizce, aynı hakların kurulmasında geçerli olan zorunlu tescil kuralıyla aynı doğrultuda kurulmuş bir aynı hakkın sona ermesi de terkinle olur. Aynı hakkın tescil dışında doğumunu sağlayan haller istisna olarak değerlendirildiğine göre terkin dışında sona erme halleri de istisna olarak kabul edilmeli ve yorum ya da kıyas yoluyla genişletilmemelidir. Vazgeçmenin, maddi anlamda hakkı sona erdirmesi intifaya özgü istisnai bir düzenlemedir. Geçit hakkına ilişkin böyle bir istisnaya yer verilmediği için genel kural uygulanmalı ve geçit hakkının maddi bakımdan sona ermesi terkinle bağlanmalıdır.

2. Yüklü ve Yararlanan Taşınmaz Mülkiyetlerinin Aynı Kişide Toplanması

Her iki taşınmazın aynı kişinin mülkiyetine dahil olması kural olarak geçit hakkını sona erdirmez. Böyle bir durumda malik lehine irtifak hakkı olarak varlığını devam ettirir. Ancak, mülkiyetten doğan yetkiler kullanıldığı sürece geçit hakkından doğan yetkiler askıdadır⁷⁴⁹. Yüklü ve yararlanan taşınmaz mülkiyetlerinin aynı elde toplanması, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi olarak nitelendirilemez⁷⁵⁰. Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi borcun sona ermesine neden olurken, her iki taşınmazın mülkiyetlerinin aynı kişiye geçmesi durumunda irtifak hakkı devam eder. Bu durum, “Her iki taşınmaza aynı kişinin malik olması” kenar başlığı altında düzenlenen TMK m.784’te (ZGB Art.735) düzenlenmiştir.

⁷⁴⁸ Bu açıklamalar için bkz. **ÖZEN**, s.164.

⁷⁴⁹ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.616.

⁷⁵⁰ **LİVER**, Art.735, s.296; **BERTAN**, s.1118.

TMK m.784'ün karşılığını oluşturan ZGB Art. 735'de ise yararlanan taşınmaz malikinin yüklü taşınmaza malik olması durumu düzenlemiş ve sadece bu duruma bağlı olarak yararlanan taşınmaz malikinin irtifak hakkını terkin ettirebileceği hükme bağlanmıştır. Buna karşılık, düzenlemenin aynen TMK m.784'de olduğu gibi çift taraflı uygulama alanına sahip olduğu İsviçre hukuku bakımından da kabul olunur⁷⁵¹. Diğer bir söyleyişle, yararlanan taşınmaz malikinin yüklü taşınmaza malik olması yanında yüklü taşınmaz malikinin yararlanan taşınmaza malik olması da ZGB Art. 735 kapsamında yer alır. Eşyaya bağlı geçit hakkı bakımından, yararlanan taşınmaz malikinin yüklü taşınmaz mülkiyetini kazanması geçit hakkının devamını kural olarak etkilemez. Hak sahibi isterse terkin talebinde bulunabilir⁷⁵². Yüklü taşınmaz malikinin yararlanan taşınmaz mülkiyetini elde etmesi veya kişiye bağlı geçit hakkı bakımından, hak sahipliği ile yüklü taşınmaz mülkiyetinin aynı elde toplanması durumunda da aynı sonuç gerçekleşir. TMK m.784 (ZGB Art.735) sadece yüklü ya da yararlanan taşınmazların mülkiyetinin tek elde toplanmasına sonuç bağlar. Bunun dışında yararlanan taşınmaz malikinin yüklü taşınmaz üzerinde veya yüklü taşınmaz malikinin yararlanan taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak kazanımlarında TMK m.784 (ZGB Art.735) uygulanmaz⁷⁵³.

Kişiye bağlı geçit hakkında hak sahibinin yüklü taşınmaz mülkiyetini kazanması bir özellik taşımamakla birlikte yüklü taşınmaz malikinin geçit hakkını elde edebilmesi için hakkın devir ve intikal kabiliyetine sahip olması gerekir. Yararlanan ve yüklü taşınmaz mülkiyetlerinin veya daha geniş anlamda hak sahipliği ile yüklü taşınmaz mülkiyetinin aynı elde toplanmasının hangi hukuki sebebe dayandığının önemi yoktur. Böyle bir sonuç aslen veya devren kazanımla gerçekleşebileceği gibi külli halefiyet veya cüz'i halefiyet yoluyla da doğabilir⁷⁵⁴. Yararlanan ve yüklü taşınmaz mülkiyetinin aynı kişide toplanması durumunda kural olarak irtifak hakkının devam edeceğine ilişkin düzenleme TMK m.782'nin uzantısını oluşturur. Baştan itibaren malik

⁷⁵¹ HONSELL/VOGT/GEISER, Art.735, s.1352; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, s.282.

⁷⁵² RIEMER, s.63; HONSELL/VOGT/GEISER, Art.735, s.1352.

⁷⁵³ HONSELL/VOGT/GEISER, Art.735, s.1352.

⁷⁵⁴ LIVER, Art.735, s.297.

lehine kurulmuş irtifak hakkı ile yüklü ve yararlanan taşınmaz mülkiyetlerinin birleşmesi üzerine doğan malik lehine irtifak hakkı aynı amaca hizmet ederler⁷⁵⁵. Bir taraftan malikin kendisine ait taşınmazlardan biri üzerinde diğeri lehine irtifak hakkı kurması mümkün kılınırken, diğeri taraftan yararlanan ve yüklü taşınmaz mülkiyetlerinin aynı kişide toplanmasını irtifakı sona erdiren bir sebep olarak kabul etmek kanun hükümleri arasında çelişkiye neden olur. Böyle bir çelişkiyi öngören kanun koyucu bir taraftan TMK m.872 (ZGB Art.733) ile TMK m.784 (ZGB Art.735) arasında uyumu sağlarken, diğeri taraftan da her iki, taşınmazın da mülkiyetini kazanan kişiye yüklü taşınmaz üzerindeki irtifak hakkını terkin ettirme hakkı tanımıştır. Yüklü taşınmaz mülkiyeti ile yararlanan taşınmaz mülkiyetini tek elde toplayan geçit hakkı sahibi istediği takdirde geçit hakkını terkin ettirebileceği gibi bazı avantajlardan yararlanma düşüncesi ile irtifakı koruyabilir. Geçit hakkı, yüklü taşınmaz üzerinde kurulacak irtifak haklarına kıyasla önceliğe sahip olması nedeniyle önem taşır. Hak sahibi, bu öncelikli hukuki durumunu kaybetmek istemeyebilir veya yararlanan taşınmazın ekonomik değerini arttıran irtifaka bu nedenle son vermekten kaçınabilir⁷⁵⁶.

C. Terkin Dışı Sona Erme

1. Mahkeme Kararıyla Sona Erme

TMK m.785’de (ZGB Art.736), “Mahkeme kararı” kenar başlığı altında sağladığı yarar tamamen ortadan kalkmış ya da sağladığı yarara kıyasla oluşturduğu yük arasında aşırı oransızlık oluşmuş irtifaklara son verilmesine olanak tanımıştır. TMK m.785 mülkiyetin gereksiz yüklerden arındırılması yoluyla en verimli biçimde kullanılması ve idare edilmesi düşüncesine dayanır⁷⁵⁷. Böylece bir taraftan doğrudan malikin kişisel yararına diğeri taraftan da dolaylı olarak kamu yararına hizmet eder⁷⁵⁸. Söz konusu düzenleme eşyaya bağlı irtifakları dikkate almaktaysa da kişiye bağlı

⁷⁵⁵ LIVER, Art.298.

⁷⁵⁶ Bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.596; BERTAN, s.1188; LIVER, Art.735, s.298.

⁷⁵⁷ LIVER, Art.736, s.317; BERTAN, s.1195. Ayrıca bkz. HONSELL/VOGT/GEISER, Art.736, s.1353; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.643

⁷⁵⁸ LIVER, Art.736, s.343; BERTAN, s.1198.

irtifakların da bu düzenleme kapsamında sona erdirilmesi mümkündür⁷⁵⁹. Bu doğrultuda, kişiye bağlı bir geçit hakkına da hak sahibine sağladığı yararın ortadan kalktığı veya önemli ölçüde azaldığı gerekçesiyle son verilebilir.

Her hukuki ilişki gibi irtifak ilişkisi de kural olarak, tarafların karşılıklı ve birbirine denk menfaatlerinin tatmin edilmesine yönelir⁷⁶⁰. Ancak, değişen koşullarla birlikte söz konusu denklik durumunda saplamalar da meydana gelebilir⁷⁶¹. Bir tarafta geçit hakkı sahibinin yüklü taşınmazı geçit yolu olarak kullanmaya yönelik menfaati, diğer tarafta ise yüklü taşınmaz malikinin katlanma karşılığında elde ettiği ivaz çoğu zaman birbirini dengeler biçimdedir. Dengenin bozulması beraberinde irtifak ilişkisinin de bozulmasını ve son aşamada katlanılmaz bir durum alması sonucunu doğurabilir. Aynı haklar alanına egemen olan ilkeler karşısında dengesi bozulan irtifak ilişkisinin başka bir irtifak ilişkisine çevrilmesi de mümkün olmaz⁷⁶². Fiili olarak kuruluş amacına hizmet etme yeteneğini kaybeden, yararlanan taşınmaza herhangi bir yararı bulunmayan veya getirdiği yüke kıyasla çok az yarar sağlayan geçit hakkı hukuken varlığını koruduğu sürece mülkiyet üzerindeki kısıtlama da devam eder. Bir taraftan sicilin gereksiz kayıtlardan arındırılması, diğer taraftan ise mülkiyetin gereksiz yüklerden kurtarılması düşüncesi TMK m.785'nin (ZGB Art.736) amacını oluşturur. Bununla birlikte genel hukuk kuralları yoluyla aynı sonucu ulaşılması da mümkünken özel bir düzenlemeye gerek duyulup duyulmadığı da tartışmaya açıktır. Özellikle, sağladığı yararı kaybeden veya sağladığı yarara kıyasla aşırı yük getiren irtifakların devam ettirilmesi yönündeki iradenin hakkın kötüye kullanılması yasağı ile engellenebileceği, “clausula rebus sic stantibus” ilkesi doğrultusunda irtifak ilişkisinin değişen durumlara uyaranabileceği ya da mülkiyeti koruyucu düzenlemelerin yüklü taşınmaz maliki

⁷⁵⁹ ZGB Art.736'da (TMK m.785) lehine irtifak kurulan taşınmaz için bu hakkın sağladığı yarardan söz edilse dahi ZGB Art.781 Abs.3 (TMK m.838/f.3) gereğince söz konusu düzenlemenin kişiye bağlı irtifaklar bakımından da uygulama alanı bulacağı, buna göre hak sahibi kişiye sağlanan yararın ortadan kalkması veya azalması durumunda mahkeme kararıyla irtifakın terkin edilebileceği yönünde BGer 10.07.2009 5A_560/2009 (HÜRLIMANN-KAUP, Bettina/SCHMID, Jörg/SCHUMACHER, Rainer/STEINAUER, Paul-Henri: “Sachenrecht/Löschung einer Dienstbarkeit-736 Abs.1”, BR, 2010, s.75); BGE 95 II 14. Aynı yönde LIVER, Art.736, s.359; HONSELL/VOGT/GEISER, Art.736, s.1353; BERTAN, s.1193.

⁷⁶⁰ RIEMER, s.63.

⁷⁶¹ BGE 89 II 381.

⁷⁶² RIEMER, s.63; BGE 121 III 52.

bakımından da devreye gireceği kabul olunduğunda TMK m.785'nin (ZGB Art.736) gerekli olup olmadığı noktasındaki tartışmaların yoğunluğu giderek artar⁷⁶³.

Mülkiyetin, gereksiz kısıtlamalardan arındırılması amacıyla yüklü taşınmaz maliki ile hak sahibinin anlaşmaları her zaman mümkündür. Ancak, çoğu zaman böyle bir anlaşmanın gerçekleşme olasılığı oldukça düşük olur⁷⁶⁴. Bu nedenle, yüklü taşınmaz malikine mahkemeye başvurarak terkin kararı elde etme yolu açılmıştır. Düzenleme, iki olasılıktan hareket ederek irtifak hakkının mahkeme kararıyla terkinine olanak tanır. Bu doğrultuda, geçit hakkının sağladığı hiçbir yarar kalmamışsa veya geçit hakkının sağladığı yarara kıyasla getirdiği yük çok fazlaysa terkin talebiyle mahkemeye başvurulması mümkündür.

a. İrtifaktan Elde Edilen Yararın Ortadan Kalkması

Söz konusu düzenleme fiili etkisini kaybetmesine karşılık mülkiyet üzerinde bir yük oluşturmaya devam eden irtifak haklarına son vermeyi amaçlar. Bir irtifak hakkı, fiilen kullanılıyor olmasa veya sağladığı yararı kaybetmiş olsa dahi yüklü taşınmaz üzerindeki mülkiyeti kısıtlar. Kullanımı olmayan gereksiz yükler nedeniyle, mülkiyet kendisine bağlanan ekonomik ve hukuki beklentilere cevap veremez duruma düşebilir. Bu olumsuz sonucun önüne geçmek amacıyla TMK m.785'de (ZGB Art.736) genel nitelikli bir sona erme sebebine yer verilir⁷⁶⁵. Düzenlemenin birinci fıkrasında irtifak yoluyla amaçlanan yararın tamamen ortadan kalkması ele alınmıştır. “Yararın ortadan kalkması” kavramı geniş kapsamlı olup birçok sebebi bünyesinde barındırmaya elverişlidir. Bu sebeplerden, yüklü ve yararlanan taşınmazın bölünmesinde olduğu gibi özel olarak düzenlenmiş olanlar varsa özel düzenlemenin öncelikli olarak uygulanacağı açıktır. Aynı hakkın sona ermesi sonucunu doğuran bu durumlar TMK m.785/f.1'nin (ZGB Art.736 Abs.1) dışında kalırlar⁷⁶⁶. Ancak, söz konusu durumlarda dahi niteliği

⁷⁶³ Bkz. HONSELL/VOGT/GEISER, Art.736, s.1353.

⁷⁶⁴ Bkz. ZÜRCHER, s.50.

⁷⁶⁵ LIVER, Art.736, s.306.

⁷⁶⁶ LIVER, Art.736, s.310; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.646.

elverişli olduğu ölçüde TMK m.785/f.1'den (ZGB Art.736 Abs.1) yararlanılması mümkündür⁷⁶⁷.

TMK m.785/f.1'de (ZGB Art.736 Abs.1) sözü edilen “yarar” kavramı yararlanılan taşınmaza ait olabileceği gibi yararlanılan taşınmazın güncel malikine ait bir ihtiyacın karşılanmasına, buna ilişkin bir faaliyetin yürütülmesine ya da objektif açıdan bir anlam taşımasa dahi malik bakımından önemli olan bir işe ilişkin olabilir. Tüm bu durumlarda irtifakın sağladığı yarar devam etmekte kabul edilir⁷⁶⁸. İrtifakların kurulması bakımından objektif yararı karşılama zorunluluğu bulunmadığına göre irtifakın devamı bakımından da böyle bir zorunluluk söz konusu olmaz. Buna karşılık irtifak ilişkisinin daha çok yararlanılan taşınmazın objektif ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulduğuna tanık olunur⁷⁶⁹. Sadece yararlanılan taşınmaz malikinin kişisel ihtiyaçlarını karşılama amacıyla kurulan irtifaklarla daha az karşılaşıldığından “yarar” kavramının belirlenmesinde objektif ölçütlere başvurma eğilimi ağır basar⁷⁷⁰. Konuya ilişkin olarak Federal Mahkeme uygulamasını tutarsız olarak değerlendiren bir görüş⁷⁷¹; bazı kararlarda yarar kavramının her zaman objektif ölçütler doğrultusunda değerlendirilmesini, bazı kararlar da ise objektif ölçütlerden arınmış olarak sadece malikin kişisel yararının dikkate alınmasını isabetsiz bulur. Buna göre olması gereken her zaman objektif açıdan yararlanılan taşınmazın yararadır. Kanaatimizce, bu görüş sübjektif ölçütlerin dikkate alınmasına engel oluşturmamalıdır. Sübjektif ölçütler bakımından, yararlanılan taşınmazın güncel malikinin yararı, olağan dışı yoğunlukta kişisel taşımasıyla ancak bu durumda terkin talebinin kabul edilmesi mümkün olur. Değerlendirmede dikkate alınacak yarar, irtifakın amaç, içerik ve kapsamına uygun olarak elde edilmesi beklenen yararadır. Böyle bir yararın ortadan kalkması, terkin talebiyle mahkemeye başvurma yetkisi tanır. Tamamen ortadan kalkan yararın daha sonra yeniden ortaya çıkma olasılığı bulunsada dahi yeni duruma göre kurulacak irtifakın amaç, içerik ve kapsamı farklı olacaksa mahkeme yoluyla terkin talebinde bulunulması

⁷⁶⁷ Bkz. Yarg. HGK 16.04.2008 E.2008/18-316, K.2008/331 (Legalbank).

⁷⁶⁸ LİVER, Art.736, s.320; BERTAN, s.1200; OĞUZMAN/OKTAY-ÖZDEMİR, s.644.

⁷⁶⁹ LİVER, Art.736, s.321.

⁷⁷⁰ RIEMER, s.64; HONSELL/VOGT/GEISER, Art.736, s.1354.

⁷⁷¹ HONSELL/VOGT/GEISER, Art.736, s.1354.

mümkündür⁷⁷². Amaç ve buna bağlı olarak içerik ile kapsamda, irtifakın kurulduğu döneme göre bir fark oluşturulmak isteniyorsa, böyle bir durum başlı başına irtifakın sağladığı yararın tamamen ortadan kalktığı anlamında yorumlanır⁷⁷³. Bu nedenle yarar kavramının güncel durum dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekir. Gelecekte ortaya çıkacak durumların aynı amaç, içerik ve kapsama sahip irtifakı ayakta tutmaya yeterli olup olmadığının takdiri oldukça güç ve çoğu zaman yanıltıcı sonuçlar doğurmaya elverişlidir. Tescil edilmiş bir irtifak hakkı somutlaştırılmış nitelik taşır. Belirlilik ilkesi doğrultusunda, ilgili olduğu alanda her ihtiyacı karşılamak üzere çerçeve nitelikli bir irtifak kurulamaz. Kurulmuş bir irtifak hakkının sonradan amacının değiştirilmesi de aynı ilke doğrultusunda mümkün olmaz⁷⁷⁴. Bu anlamda, her geçit hakkı da kendine özgü bir karakter taşır. Karakterin biçimlendirilmesinde geçit hakkının hizmet edeceği somut amaç belirleyici ölçüttür. Amaca göre, içerik ve kapsam oluşturulur. Geçit olarak kullanma amacına hizmet edecek her amaca uygun soyut geçit hakkı kurma düşüncesi isabetsizdir⁷⁷⁵. Geçit hakkı, güncel koşullar altında hizmet ettiği taşınmaza yarar sağlamaz durumda ise ileride gerçekleşebilecek koşullara göre yeni bir yararın elde edilebileceği kabul edilmez. Bu nedenle, TMK m.785/f.1'e (ZGB Art.736 Abs.1) dayalı talebin önüne geçebilecek yarar, geçit hakkının kurulmasındaki amaca uygun güncel yarar olarak anlaşılır⁷⁷⁶. Değişen koşullar doğrultusunda sağladığı güncel yararı tamamen kaybeden bir geçit hakkını ayakta tutmaya gerek yoktur⁷⁷⁷.

İrtifakın amaca hizmet yeteneğini tamamen kaybetmesine bağlı olarak yararın tamamen ortadan kalkması ile geçici olarak sağlanan yararın askıya alınması farklı kavramlardır ve irtifakın sona erdirilmesi bakımından farklı değerlendirmeye tabi tutulurlar. Bu değerlendirmede, askıya alma süresi, genel yol gösterici unsur olarak

⁷⁷² **LIVER**, Art.736, s.322; **HONSELL/VOGT/GEISER**, Art.736, s.1353; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.644.

⁷⁷³ **AKİPEK/AKINTÜRK**, s.663.

⁷⁷⁴ **HONSELL/VOGT/GEISER**, Art.736, s.1353; BGer 10.07.2009 5A_560/2009 (**HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID/SCHUMACHER/STEINAUER**, Löschung, s.74); BGE 130 III 554; BGE 100 II 105.

⁷⁷⁵ **LIVER**, Art.736, s.322; **HONSELL/VOGT/GEISER**, Art.736, s.1355; BGE 121 III 52.

⁷⁷⁶ **LIVER**, Art.736, s.323; **BERTAN**, s.1201; **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s.70; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s.663.

⁷⁷⁷ BGE 121 III 52.

kabul edilir⁷⁷⁸. Yararın ortadan kalkması sonucunu doğuracak askıya alma süresinin soyut olarak belirlenmesi güçtür. Aynı haklar hak düşürücü süre ya da zamanaşımı süresine tabi olmadıkları için hak sahibinin hareketsiz kalması maddi açıdan hakkın etkisini kaybetmesi sonucunu doğuran bağımsız bir sebep değildir⁷⁷⁹. Sadece yararın ortadan kalktığı yönünde fiili bir karinenin doğumuna neden olabilir⁷⁸⁰. Böyle bir sürenin neye göre belirleneceği ise açık değildir. Bu noktada kıyas yoluyla genel zamanaşımı süresinden yararlanılabileceği savunulur⁷⁸¹. On yıl boyunca irtifakın sağladığı yetkilerden yararlanılmaması durumunda yararın ortadan kalktığı kabul edilir. Ancak, somut olayın koşulları da hayatın olağan akışı ve olağan hayat deneyimleri karşısında irtifaktan doğan yetkilerin bundan böyle kullanılmayacağı desteklemelidir. Diğer bir söyleyişle, sadece zamanın geçmesi irtifakın sağladığı yararın ortadan kalktığını göstermez. Terkin kararı, açık ve kesin olarak irtifaktan elde edilecek yararın güncel durum ve gelecek bakımından ortadan kalktığının anlaşılmasına bağlıdır. “Açıklık ve kesinlik”, terkin kararının olmazsa olmaz koşuludur. Kapsamlı bir yorum yapılmadan sadece geçit hakkının bir süre kullanılmasından hareket edilerek terkin kararı verilemez⁷⁸².

b. İrtifaktan Elde Edilen Yararın Azalması

TMK m.785/f.2 (ZGB Art.736 Abs.2), söz konusu düzenlemenin birinci fıkrası ile aynı amaca hizmet eder. Birinci fıkarda, mülkiyetin, fiili etkisini kaybetmiş irtifaklardan kurtarılması amaçlanırken; oluşturduğu yüke kıyasla çok az yarar sağlayan irtifaklara son verilmesi düşüncesi de ikinci fıkarda somutlaşır⁷⁸³. Geçit irtifakının hak sahibine sağladığı yarar tamamen ortadan kalkmış olmamakla birlikte sınırlı olarak devam etmekteyse ve sınırlı yarar, mülkiyete getirilen kısıtlamaya kıyasla önemsiz

⁷⁷⁸ **LIVER**, Art.736, s.324.

⁷⁷⁹ **SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP**, s.281; **RIEMER**, s.64; **LIVER**, Art.737, s.425; BGE 95 II 610; BGE 123 III 461.

⁷⁸⁰ Kullanmama durumunun yararın ortadan kalktığına işaret edeceği yönünde **RIEMER**, s.65.

⁷⁸¹ **LIVER**, Art.736, s.322 vd..

⁷⁸² ZGB Art.736 Abs.1'e (TMK m.785/f.1) göre geçit hakkının terkinine karar verilirken tüm koşulların kapsamlı bir değerlendirmeye tabi tutulması; irtifaktan amaç, içerik ve kapsam bakımından güncel ve gelecekteki yararlanma olanağının dikkate alınması gerektiği yönünde BGE 81 II 189.

⁷⁸³ **LIVER**, Art.736, s.340, 352; **HONSELL/VOGT/GEISER**, Art.736, s.1355; **RIEMER**, s.65; BGE 107 II 339.

kalıyorsa söz konusu düzenleme gereğince bedel karşılığında irtifakın tamamen veya kısmen terkinine karar verilebilir⁷⁸⁴. Buna göre, düzenlemenin her iki fıkrasında da terkin kararından söz edilmekle birlikte birinci fıkranın aksine ikinci fıkra göre verilen terkin kararı tazminat karşılığı gerçekleşir⁷⁸⁵. Düzenlemenin birinci fıkrası ile aynı doğrultuda ikinci fıkranın da eşyaya bağlı irtifaklar yanında kişiye bağlı irtifaklar bakımından da uygulanacağı genel olarak kabul olunur⁷⁸⁶.

Yüklü taşınmaz maliki, mülkiyeti üzerine getirilen kısıtlamanın ağırlığına kıyasla geçit hakkından elde edilen yararın sınırlı olduğunu ileri sürerek TMK m.785/f.2'ye (ZGB Art.736 Abs.2) göre doğrudan talepte bulunabileceği gibi aynı düzenlemenin birinci fıkrasına göre gerçekleştirilen bir talebi inceleyen hakim de irtifakın sağladığı yararın tamamen ortadan kalkmadığına fakat getirdiği yüke kıyasla sağladığı yararın çok az olduğu kanaatine ulaşırsa, bedel karşılığında terkin kararı verebilir. Her iki fıkra da yer verilen düzenleme de aynı amaca hizmet eder. Fiilen bir yarar sağlamayan veya getirdiği yüke kıyasla sınırlı yarar sağlayan irtifak haklarından mülkiyetin temizlenmesi düşüncesi TMK m.785'nin (ZGB Art.736) genel karakterini oluşturur. Düzenlemenin ikinci fıkrasıyla, mülkiyetin en verimli şekilde kullanılması ve idare edilmesi düşüncesinin uygulama alanı genişletilir. Diğer taraftan da irtifak hakkı sahibinin durumu güvence altına alınır⁷⁸⁷.

İrtifakın sağladığı yararının tamamen ortadan kalktığına ilişkin değerlendirmeye özgü zorluklar aynen yararın azalmasına ilişkin değerlendirmede de yaşanır. Özellikle sübjektif nitelikteki kişisel yararın değerlendirilmesinde bu güçlük daha fazla hissedilir. Bununla birlikte ikinci fıkra göre gerçekleştirilecek değerlendirme sadece yarar kavramı odaklı olmayıp bir başka ölçüt de devreye girer. Bu doğrultuda geçit hakkının sağladığı yarar ile getirdiği yük kıyaslanır. Getirilen yüke kıyasla sağlanan yarar çok az ise terkin kararı verilebilir. Yük ve yarar arasındaki aşırı

⁷⁸⁴ BGE 91 II 190

⁷⁸⁵ **LIVER**, Art.736, s.309; **HONSELL/VOGT/GEISER**, Art.736, s.1355. Tazminatsız terkin kararı verilebileceği yönünde **GÜRSOY/EREN/CANSEL**, s.789.

⁷⁸⁶ **LIVER**, Art.736, s.360; **HONSELL/VOGT/GEISER**, Art.736, s.1355; **BERTAN**, s.1221.

⁷⁸⁷ **LIVER**, Art.736, s.341.

oransızlığı ispat yükü davacı üzerindedir⁷⁸⁸. Ağır ispat yükü “Diğer irtifaklar” kenar başlığı altında TMK m.838’de düzenlenen irtifak hakları bakımından iyice ağırlaşır. Yoğun kişisel yararın öne çıktığı bu tip irtifaklarda çoğu zaman özel nitelikli istisnai yararlarla karşılaşılır. “Atış eğitimi amacıyla kullanmama” irtifakında olduğu gibi yoğun kişisel nitelikli bir yararın olağanüstü biçimde azaldığının nasıl ispatlanacağı ve bunun nasıl değerlendirileceği karmaşık bir süreci de beraberinde getirir⁷⁸⁹. Ancak, geçit hakkı bakımından istisnai nitelikli böyle bir yoğun kişisel yarar ile karşılaşılması güçtür. Geçit hakkının sağladığı yarar hemen hemen her durumda objektif olarak belirlenebilir.

c. Mahkeme Kararı

TMK m.785’deki (ZGB Art.736) koşulların gerçekleşmesi durumunda geçit hakkı sahibi, yüklü taşınmaz malikinden terkin rıza göstermesini isteyebilir⁷⁹⁰. Hak sahibinin terkin beyanında bulunmaktan çekinmesi durumunda mahkemeye başvurulabilir. Hakimin vereceği karar üzerine geçit hakkı terkin edilir. Terkin kararının hukuki niteliği ise tartışmalıdır⁷⁹¹. Bir görüşe⁷⁹² göre terkin kararı TMK m.785’deki (ZGB Art.736) koşulların gerçekleştiği tespit edici niteliğe sahiptir. Geçit hakkının sona erdiği bu karardan önce kesin olmadığı için TMK m.1026’ya (ZGB Art.976) başvurma yolu kapalıdır. Geçit hakkının sağladığı yararın tamamen ortadan kalktığının veya getirdiği yüke kıyasla olağanüstü biçimde azaldığının hakim kararıyla tespiti gerçekleşmeden terkin yoluna gidilemez. Kararın işlevi kanuni koşulların varlığını tespitten öteye gidemez. Koşulların gerçekleşmesi durumunda kanun tarafından yüklü

⁷⁸⁸ BERTAN, s.1217.

⁷⁸⁹ LIVER, Art.736, s.345.

⁷⁹⁰ Kanunda belirtilen koşulların gerçekleşmesi üzerine, yüklü taşınmaz maliki, öncelikli olarak irtifak hakkı sahibinden terkin rıza göstermesini talep edebileceği, hak sahibinin terkin rıza göstermemesi üzerine terkin davası açabileceğine göre TMK m.785’nin kenar başlığında yer alan “Mahkeme kararı” ifadesinin isabetli olmadığı yönünde AKİPEK/AKINTÜRK, s.663. Oysa ki, irtifak hakkı sahibinin terkin rıza göstermesi mutlaka TMK m.785’de belirtilen koşulların gerçekleşmesine bağlı değildir. Bu koşullar gerçekleşmese dahi yüklü taşınmaz maliki ile hak sahibi her zaman anlaşarak irtifaka son verebilecekleri gibi hak sahibinin tek taraflı tasarrufuyla irtifakı sonlandırması da mümkündür. TMK m.785’de düzenlenen durum bu değildir. İrtifakın sağladığı yararın ortadan kalkması veya yüküne kıyasla olağanüstü azalması koşullarının gerçekleşmesi üzerine terkin davası açılabilmesi hüküm altına alınmıştır. Aynı doğrultuda, TMK m.785’i karşılayan ZGB Art.736’da da “Mahkeme kararıyla kaldırma” kenar başlığı kullanılmıştır.

⁷⁹¹ RIEMER, s.66.

⁷⁹² LIVER, Art.736, s.354.

taşınmaz malikine terkin talebinde bulunma hakkı tanınır. İrtifakın terkin sonucunu tamamen yüklü taşınmaz malikinin iradesine bağlıdır. Farklı bir görüş⁷⁹³ ise mahkeme kararının kurucu nitelik taşıdığını kabul eder. Buna göre, TMK m.785/f.1'e (ZGB Art.736 Abs.1) göre verilen kararın kesinleşmesiyle, aynı düzenlemenin ikinci fıkrasına göre bedel karşılığında terkin kararı verilmiş ise bedelin ödenmesi veya yatırılmasıyla birlikte geçit hakkı maddi anlamda son bulur. Karara dayalı olarak gerçekleştirilecek terkin açıklayıcıdır.

TMK m.785 (ZGB Art.736) eşyaya bağlı irtifaklara özgü bir düzenleme olmakla birlikte sahip olduğu genel karakter gereğince mülkiyetin dolaylı kısıtlaması niteliğindeki zaruret hakları bakımından da uygulama alanı bulur. Bu anlamda zorunlu geçit hakkı da sağladığı yararı kaybetmesi veya sağladığı yarara kıyasla getirdiği yük arasındaki dengenin olağanüstü biçimde bozulması durumunda mahkeme kararıyla terkin edilebilir. Buna karşılık komşuluk hukukundan doğan doğrudan mülkiyet kısıtlamalarının söz konusu düzenleme kapsamında olup olmadığı tartışmaya açıktır. Bunlar, mülkiyetin doğal içeriğine dahil kabul edildiklerinden her mülkiyet hakkını kısıtlamaya tabi tutarlar. Her mülkiyet kendi aleyhine getirilen kısıtlamaya katlanırken, komşu taşınmaz mülkiyetine getirilen kısıtlamalardan yararlanır. Böyle bir kısıtlamanın, komşu taşınmaz mülkiyeti lehine herkese etkili olacak biçimde kaldırılması resmi şekilde düzenlenecek sözleşmenin tapu kütüğüne şerh verilmesine bağlıdır⁷⁹⁴. Benimsediğimiz görüş⁷⁹⁵ doğrultusunda, taraflar kısıtlamanın ortadan kaldırılması üzerinde anlaşa sağlamazlarsa TMK m.785 (ZGB Art.736) kıyasen uygulanarak mahkeme kararıyla söz konusu kısıtlamanın kaldırılması talep edilemez. Doğrudan kısıtlamanın mahkeme kararıyla zorlayıcı biçimde kaldırılması komşuluk hukukundan doğan düzenin bozulmasına sebep olur. TMK m.785 (ZGB Art.736), mülkiyetin gereksiz yüklerden kurtarılması yoluyla en verimli biçimde kullanılmasına hizmet eder.

⁷⁹³ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s.73; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s.789; AKİPEK/AKINTÜRK, s.663; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.646 ve s.646 dn.180'de belirtilen yazarlar.

⁷⁹⁴ İsviçre hukuku bakımından aynı sonuca ulaşılması için resmi şekilde yapılacak irtifak sözleşmesi ve tapuya tescil aranır.

⁷⁹⁵ LİVER, Art.736, s.362.

Oysa ki doğrudan mülkiyet kısıtlamaları mülkiyetin verimli biçimde kullanılmasına engel oluşturmaz. Bu nedenle söz konusu düzenlemenin kapsamında yer almaz.

2. Sürenin Dolması

İrtifak sözleşmesinde geçit hakkının süreye bağlanmış olması durumunda söz konusu sürenin dolmasıyla birlikte hak da sona erer. Geçit hakkının süreye bağlandığı tescilden anlaşılabilirliği gibi tescilde yollama yapılan irtifak sözleşmesinde de bu yönde bir düzenlemeye yer verilmiş olabilir. Böylece, süre bakımından da aynı hak alenileşmiş olur. Sürenin dolmasıyla birlikte tescil hem maddi hem de şekli anlamda yolsuzlaşır. Sürenin dolduğu sicilden anlaşılacağı için geçit hakkının şekli anlamda da sona erdiğinin kabulü gerekir⁷⁹⁶. Bu nedenle, sürenin dolması ile terkinin gerçekleşmesi arasındaki zaman diliminde iyiniyetli aynı hak kazanımlarının önü kapanır⁷⁹⁷. Sürenin dolmasıyla birlikte yüklü taşınmaz maliki TMK m.1026/f.1'e dayanarak terkin talebinde bulunabilir. Bu aşamada gerçekleşecek terkin açıklayıcı işlev üstlenir⁷⁹⁸.

3. Yüklü Taşınmazın Kamulaştırılması

Kamulaştırma, kamu yararı doğrultusunda özel mülkiyette bulunan bir taşınmaza⁷⁹⁹, gerçek karşılığının nakden ve peşin ödenmesiyle, idare⁸⁰⁰ tarafından zorla

⁷⁹⁶ RIEMER, s.66; ÖZEN, s.153, dn.392; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.622; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s.69.

⁷⁹⁷ GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.784; GÜRZUMAR, s.186; ÖZEN, s.153, dn.392.

⁷⁹⁸ RIEMER, s.66; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.622; GÜRZUMAR, s.186. Hakkın sona ermesi için terkinin zorunlu olduğu yönünde SAYMEN/ELBİR, s.458.

⁷⁹⁹ İsviçre hukukunda, kanton hukuku bakımından, nadiren görülebilecek bir durum olmakla birlikte taşınırın da kamulaştırmaya konu olabileceği kabul edilir. Özellikle tarihi eser niteliğinde olup, özel bir koleksiyonun parçası olan taşınırın bakımından durum böyledir (BGE 113 Ia 368). Bununla birlikte federal hukuk kapsamında taşınırın kamulaştırılması mümkün değildir. Bkz. HÄFELIN, Ulrich/MÜLLER, Georg/UHLMANN, Felix: Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 2006, s.440. "Federal hukuk ve kanton hukukunun birleştirilmesi" kenar başlığını taşıyan EntG Art.119'a göre; "Kamulaştırma işleminin hem federal hukuk hem de kanton hukukuna göre yapılmasının mümkün olduğu durumlarda yetkili merci tarafından kamulaştırma sürecinde hangi hukukun uygulanacağı belirlenir. Eğer, kamulaştırma kanton hukukuna göre gerçekleştirilmişse, bundan sonraki aşamada federal hukuk uygulanmaz".

⁸⁰⁰ KK m.2/a anlamında idare, yararına kamulaştırma hak ve yetkisi tanınan kamu tüzel kişilerini, kamu kurum ve kuruluşlarını, gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerini ifade eder.

el konulması olarak tanımlanır⁸⁰¹. Mülkiyete yönelen müdahaleler bakımından özel bir öneme sahip olan kamulaştırma, AY m.46 doğrultusunda kanun koyucu tarafından özel bir kanunla düzenlenmiştir⁸⁰².

Bir taraftan AY m.35/f.1 ile herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu belirtilirken diğer taraftan da mülkiyete yönelik müdahalelerin gerçekleştirilebileceği kabul edilmiştir. Mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceğini düzenleyen AY m.35/f.2, bu gerekçeyle mülkiyete yönelen kısıtlamaların anayasal dayanağını oluştururken, kamu yararının gerektirdiği durumlarda kamulaştırmanın yapılabileceğini öngören AY m.46 da, Kamulaştırma Kanunu’nun temelini yapılandırır. İsviçre Federal Anayasası m.26 kapsamında da, mülkiyet anayasal garanti altına alınmıştır. Kamulaştırma veya kamulaştırma benzeri mülkiyet kısıtlamaları ancak tam bedelin ödenmesi koşuluyla gerçekleştirilebilir. Bu anlamda, kamulaştırma ve kamu hukukuna dayalı mülkiyet kısıtlamaları, anayasal mülkiyet garantisinin iki noktada delinmesine neden olurlar⁸⁰³. Bununla birlikte, tüm kamu hukuku kısıtlamaları arasında kamulaştırmanın önemi ayrıdır.

Sonuçları bakımından, mülkiyet hakkına en yoğun müdahalelerden birini oluşturan kamulaştırma, bu niteliği gereği belirli koşullara tabi tutulmuş, kamulaştırmada uygulanacak usul ve yöntemler özel kanunla düzenlenmiştir. Buna rağmen, özellikle kamulaştırma bedelinin belirlenmesi, idare tarafından kamulaştırma bedelinin geç ödenmesi, bedel artırma davalarının uzun süre sonuçlanamaması, geç ödenen kamulaştırma bedeli için faiz ödenmemesi veya düşük faiz ödenmesi gibi temel sorunların ortaya çıkması engellenememiştir.

⁸⁰¹ **ZEVKLİLER**, Aydın: “Kamulaştırma, Satım Sözleşmesinin Özel Bir Çeşidi midir?”, Osman F. BERKİ’ye Armağan, Ankara 1977, s.938; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.339; **ÖZSUNAY**, s.213; **BAŞPINAR**, s.275; **HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN**, s.437; **HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, (HAAB)**, s.221. Benzer tanımlar için bkz. AMK 09.04.2003 E.2002/79, K.2003/29 (RG 25.12.2003 S.25327); Yarg. HGK 18.10.1995 E.1995/18-633, K.1995/826 (YKD C.22, S.3, Mart 1996, s.344 vd.); Yarg. 18.HD 07.03.1995 E.1995/1278, K.1995/2869 (YKD C.21, S.6, Haziran 1995, s.935 vd.).

⁸⁰² Tüm düzenlemelere rağmen kamulaştırma hukukunun hakim tarafından verilen kararlar çerçevesinde yapılan diğer bir söyleyişle hakim tarafından yaratılan bir disiplin niteliğine sahip olduğu yönünde **PLÜSS**, Kaspar: “Enteignungsrechtliche Tabestände und Entschädigungskriterien Analyse der Rechtsprechung und Kritik in Bezug auf verkehrslärmbedingte Eigentumseingriffe”, ZBL 2009, s.531.

⁸⁰³ **RUCH**, s.618.

Kamulaştırmayla birlikte yüklü taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı ve onu kısıtlayan tüm sınırlı ayni haklar son bulur⁸⁰⁴. Bu yönüyle kamulaştırma ilgi çekici bir özelliğe sahiptir. Kamulaştırma yoluyla bir irtifak hakkının doğumu mümkün olduğu gibi aynı yolla bir irtifak hakkına son verilmesi de mümkündür⁸⁰⁵. Genel olarak bir uyuşmazlık zinciri içinde geçen kamulaştırma sürecinde mahkeme tarafından verilen tescil kararı ile kamulaştırılan taşınmazın mülkiyeti her türlü sınırlı ayni haktan arınmış olarak idareye geçer. Karar tarihinden itibaren de yüklü taşınmaz üzerindeki geçit hakkı son bulmuş olur. Bunun üzerine sicilde yapılacak terkin açıklayıcı niteliktedir⁸⁰⁶.

4. Yararlanan veya Yüklü Taşınmazın Yok Olması

Yüklü veya yararlanan taşınmazın herhangi bir nedenle yok olması durumunda söz konusu taşınmaz üzerindeki mülkiyet ile ona yüklenen ya da bağlanan sınırlı ayni haklar da son bulur⁸⁰⁷. Bu anlamda, yararlanan ya da yüklü taşınmazın yok olması geçit hakkı bakımından da bir sona erme sebebi oluşturur. Kişiye bağlı geçit hakkı bakımından yararlanan taşınmazın yok olması, eşyaya bağlı geçit hakları bakımından buna ek olarak yararlanan taşınmazın yok olması irtifakı sona erdirir. Yüklü taşınmaz yok olduğunda geçit hakkının konusunu oluşturan eşya; yararlanan taşınmaz yok olduğunda ise geçit hakkının bağlı olduğu eşya ortadan kalkmış olur⁸⁰⁸.

“Yok olma”, doğal sebeplere dayalı olarak gerçekleşebileceği gibi bir davranışın sonucu olarak da meydana gelebilir⁸⁰⁹. Ancak, çoğu zaman doğal sebeplerden dolayı taşınmazların yok olması ile karşılaşılır. Bu nedenle, konuya ilişkin

⁸⁰⁴ GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.784; Kamulaştırma sonucunda yüklü taşınmazın “hukuken zayi olduğu” yönünde SAYMEN/ELBİR, s.459. Kamulaştırmaya rağmen zorunlu ve rızai mecra hakkının devam edeceği yönünde ÖZSUNAY, s.216.

⁸⁰⁵ RIEMER, s.62.

⁸⁰⁶ RIEMER, s.66.

⁸⁰⁷ Bu sonuç; irtifak hakları bakımından TMK m.783’de (ZGB Art.734), taşınmaz yükü bakımından TMK m.843/f.1’de (ZGB Art.786 Abs.1) ve taşınmaz rehni bakımından TMK m.858/f.1’de (ZGB Art.801 Abs.1) düzenlenmiştir.

⁸⁰⁸ BERTAN, s.1181; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.784.

⁸⁰⁹ GENNA, von Gian Sandro: “Der Untergang von Grundeigentum durch Naturereignisse”, ZBGR 89/2008, s.67. Yok sonucunu doğuran sebeplerin sadece doğal kaynaklı olabileceği yönünde SAYMEN/ELBİR, s.459.

açıklamalar, çoğunlukla doğal sebepler dikkate alınarak yapılır. Çığ, heyelan, toprak kayması, erozyon, deprem, kalıcı su baskını veya volkanik patlamalar doğal sebeplerin tipik örneklerini oluşturur. Yok olma sonucunu doğuran durumların ortak özelliği hayatın olağan akışı ve olağan hayat deneyimleri karşısında taşınmaz mülkiyetinin bir daha ortaya çıkmasını tamamen ve kalıcı olarak imkansız kılmalarıdır⁸¹⁰. Taşınmaz mülkiyetinin mutlak kaybı sonucunu doğuran böyle durumlarda mülkiyetin hüküm ifade edeceği konu ortadan kalktığına göre söz konusu mülkiyete yüklenen ya da bağlanan geçit hakkı da son bulmuş olur⁸¹¹. Bununla birlikte, “yok olma” kavramına ekonomik bakış açısıyla yaklaşan bir görüş, fiziki kayıp gerçekleşmese dahi taşınmazın ekonomik anlamda kullanılamaz duruma gelmesinin de yok olma başlığı altında değerlendirilebileceğini savunur⁸¹². Bu görüşün kabulü durumunda ekonomik değerini tamamen kaybeden ya da ekonomik tahsis amacına hizmet etme yeteneğini kalıcı olarak kaybeden bir taşınmaz üzerindeki tüm sınırlı ayni hakların da mülkiyetin mutlak kaybıyla birlikte ortadan kalkması sonucu doğar. Kanaatimizce, rehin hakkında olduğu gibi paraya çevirme yetkisini içeren haklar bakımından, taşınmazın ekonomik değerinin tamamen kaybı, söz konusu bu hakların da sona ermesine neden olabilir. Ancak bunun dışında taşınmaz mülkiyetinin mutlak kaybına sebep olan durumlar fiziki etkenlerden doğarlar⁸¹³. Üzerinde tarımsal faaliyet yürütülen bir tarlanın iklime bağlı değişiklikler sonucunda çorak bir araziye dönüşmesi durumunda olduğu gibi ekonomik değer kayb edilmesinin geçit hakkı üzerinde etkisi olmamalıdır. Geçit hakkının amacı, hak sahibinin, yüklü taşınmazın geçit yolu olarak ayrılmış bölümünü kullanmasıdır. Geçit yolunun kullanılmasının yüklü taşınmazın ekonomik değeri ile ilgisi yoktur. Bununla birlikte yüklü taşınmaz üzerindeki yoğun kamu hukuku kısıtlamaları nedeniyle taşınmaz tahsis olduğu ekonomik amaca hizmet edemez duruma gelmişse, mülkiyetten doğan yetkilerin fiilen kullanılmasına olanak tanımayan böyle bir durumda taşınmazın

⁸¹⁰ GENNA, s.68; LIVER, Art.734, s.268; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL (HAAB), Art.666, s.302; BERTAN, s.1181; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.378.

⁸¹¹ ZÜRCHER, s.50; GENNA, s.68; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL (HAAB), Art.666, s.301; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.378.

⁸¹² LIVER, Das Eigentum, Basel-Stuttgart 1977, s.159 (Naklen: GENNA, s.69).

⁸¹³ GENNA, 69; Karşıt anlamından çıkan sonuca göre HUBER, Hans: “Die Behandlung der dinglichen Rechte im Güterzusammenlegungsverfahren”, ZBL 1971, s.443.

kamulaştırılması gerektiği kabul olunur⁸¹⁴. Kamulaştırmayla birlikte taşınmaz üzerindeki tüm haklar gibi geçit hakkı da son bulur. Ancak, bu olasılıkta geçit hakkı, taşınmazın ekonomik değerini kaybetmesi nedeniyle değil, kamulaştırma nedeniyle sona erer.

Yüklü ya da yararlanan taşınmazın yok olmasıyla birlikte geçit hakkı maddi ve şekli anlamda son bulur. Tescil, tüm anlamını yitirir⁸¹⁵. Yok olan taşınmazın sicildeki sayfasının kapatılması usuli işlemdir. Sayfanın kapatılmamış olmasının maddi hukuk yönünden etkisi olmaz. Yüklü taşınmazın yok olması durumunda onun üzerinde bulunan; yararlanan taşınmazın yok olmasında ise onun lehine tanınan tüm ayni haklar ortadan kalkacağı için sicildeki kayıtlar şeklen dahi bir anlam taşımaz⁸¹⁶. Bu durumda gerçekleştirilecek terkin açıklayıcı nitelik taşır⁸¹⁷. Yüklü taşınmaz maliki anlamını kaybeden tescilin terkin talebinde bulunabilir. Düşük bir olasılık olmakla birlikte tapu memuru yararlanan taşınmazın yok olduğunu öğrenmiş ise yüklü taşınmaz sayfasındaki tescilin terkin için TMK m.1026/f.3'e (ZGB Art.976 Abs.3) göre re'sen harekete geçebilir. Yüklü taşınmazın yok olduğunu tespit eden karara dayanılarak tapu memuru tarafından terkin işlemi gerçekleştirilir. Böylece, terkin, hak sahibinin yazılı beyanı üzerine gerçekleşir kuralına bir istisna getirilir⁸¹⁸. Koşulların gerçekleşmediğini ileri süren geçit hakkı sahibi bakımından ise tapu kütüğünün tashihi davası açma yolu açıktır⁸¹⁹. Yok olan taşınmazın yeniden varlık kazanması, sona ermiş olan geçit hakkının canlanması sağlamaz⁸²⁰. Doğal felaketler sonucunda sürekli olarak su altında kaldığı düşünülen bir taşınmaz, bir anda suların çekilmesiyle birlikte yeniden ortaya çıkarsa, buna bağlı olarak geçit hakkı da yeniden varlık kazanamaz.

⁸¹⁴ RUCH, s.624; GENNA, s.70.

⁸¹⁵ GENNA, s.81; HONSELL/VOGT/GEISER, Art.734, s.1350; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, s.282.

⁸¹⁶ ZÜRCHER, s.50, LIVER, art.734, s.268; SAYMEN/ELBİR, s.459; GÜRZUMAR, s.186; ÖZEN, s.154.

⁸¹⁷ HONSELL/VOGT/GEISER, Art.734, s.1350; RIEMER, s.66; GENNA, s.80; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s.67; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.621.

⁸¹⁸ HONSELL/VOGT/GEISER, Art.734, s.1350.

⁸¹⁹ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, s.130; GENNA, s.82.

⁸²⁰ ZÜRCHER, s.50.

Yukarıda aktarılan sonuçlar yüklü ya da yararlanan taşınmazın tamamen yok olmasıyla ilgilidir. Buna karşılık kısmi yok olma durumunda kural olarak geçit hakkı varlığını korur⁸²¹. Yararlanan taşınmazın kısmen yok olması durumunda geçit yolunun taşınmazın geri kalan kısmının ihtiyaçlarına hizmet edeceği açıktır. Yüklü taşınmazın, geçit yolunun bulunduğu kısmının yok olması durumunda ise yolun, yüklü taşınmazın diğer kısmına aktarılması gerekir. Yüklü taşınmazın kalan kısmı geçit yolunun aktarılmasına elverişli değilse bu durumda hakkın sona erdiğini kabul etmek zorunludur.

⁸²¹ **LIVER**, Art.734, s.268; **GENNA**, s.68; **HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL (HAAB)**, Art.666, s.302; **SAYMEN/ELBİR**, s.459.

SONUÇ

Sözleşmeden doğan geçit hakkı, yüklü taşınmaz malikinin iradesine dayalı bir mülkiyet kısıtlaması olarak, yüklü taşınmaz üzerinde belirlenmiş veya kullanıma göre belirlenecek bir güzergahı, geçit yolu olarak kullanma yetkisi sağlayan irtifak hakkıdır. Her sınırlı ayni hakta olduğu gibi geçit hakkının da temelinde mülkiyet hakkı yer alır. Mülkiyete ait bir hakimiyet kesitini ifade eden geçit hakkı nicelik ve nitelik bakımından mülkiyetten farklı yetkilerden meydana gelir. Söz konusu yetkiler geçit hakkı sahibinde bulunduğu sürece mülkiyet üzerinde bir yük oluşur. Hakkın sona ermesiyle birlikte mülkiyete dahil olan fakat geçici olarak ondan ayrılan yetkiler tekrar ait oldukları temel yapıya geri dönerler. Sona ermeyle birlikte yüklü taşınmaz malikinin katlanma borcu da ortadan kalkar. Düzensiz irtifak hakları arasında yer alan geçit hakkının eşyaya bağlı irtifak veya kişiye bağlı irtifak biçiminde kurulması mümkündür. TMK m.838/f.2 gereğince aksi kararlaştırılmış olmadıkça devir ve intikal yeteneğinden yoksun olan geçit hakkı taraflar arasındaki anlaşma doğrultusunda devir ve intikal yeteneklerinin her ikisine sahip olacak biçimde tasarlanabileceği gibi sadece devredilebilen fakat intikal etmeyen ya da sadece intikal edebilen fakat devredilemeyen nitelikte bir geçit hakkı da kurulabilir. Bu hususlar, Eşya hukukuna hakim olan ilkeler doğrultusunda, taraflara tanınan sınırlı sözleşme serbestisi kapsamında şekillenirler. Eşya hukukuna hakim ilkeler, ayni hakları karakterize ederken, sözleşme serbestisi kuralına ancak dar bir alanda uygulama olanağı tanır. Özellikle sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkeleri tamamen taraf iradeleri doğrultusunda tasarlanmış ayni hak kavramına izin vermez. Taraflar, kanunda belirlenmiş tip ve içerikteki ayni hak modellerine ancak kanunun çizdiği sınırlar içinde müdahale edebilirler. Bu sınırları aşan müdahaleler bir ayni hakkın doğumuna engel olur. Diğer bir söyleyişle, taraflar geçit hakkının zorunlu kanuni tipiyle oynayamazlar. Onlara tanınan serbesti, zorunlu kanuni tipin çizdiği sınırlar içinde geçerlidir. Söz konusu sınırları aşmamak koşuluyla geçit hakkının kapsam ve içeriği taraflarca tasarlanabilir.

Geçit hakkının kurulması ile ortaya çıkan kanuni borç ilişkisi çoğunlukla emredici karaktere sahip olmayan düzenlemelerden oluşur. Bu nedenle, temel hukuki ilişki olarak adlandırılan irtifak sözleşmesi geçit hakkı sahibi ile yüklü taşınmaz maliki arasındaki ilişkinin de temel kaynağını oluşturur. Geçit hakkının kanuni tipinin izin verdiği ölçüde taraflar arasındaki ilişkinin irtifak sözleşmesi ile şekillendirilmesi mümkündür. Sözleşme hükümleri de aleniyet kazandırılması koşuluyla geçit hakkının aynı etkili içeriğinde yer alırlar. Borçlandırıci işlem niteliğindeki irtifak sözleşmesi isimsiz sözleşme olarak nitelenir. Kanunda, eşyaya bağlı irtifaklar bakımından yer verilen genel düzenlemelerin ya da bazı irtifaklara ilişkin getirilmiş kapsamlı özel düzenlemelerin hiçbirisi irtifak sözleşmesine özgü sorunlarla ilgili olmayıp, kanundan doğan borç ilişkisini düzenleyen hükümlerdir. Bu nedenle, kanuni borç ilişkisiyle ilgili hükümlere dayanılarak irtifak sözleşmesinin tipik bir sözleşme olduğu savunulamaz.

TMK m.781'e göre irtifak sözleşmesinin geçerliliği resmi şekilde düzenlenmesine bağlıdır. Resmi şekil geçerlilik şartı olduğundan şekle aykırılığın yaptırımı kesin hükümsüzlüktür. Tapu K. m.26 ve TST m.16 kapsamında resmi şekil şartı tapu memuru tarafından gerçekleştirilir. BK m.22/f.2 gereğince ön sözleşme niteliğindeki irtifak kurma vaadi sözleşmesi de irtifak sözleşmesi gibi resmi şekilde gerçekleşir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri yapma yetkisine sahip kılınan noter, irtifak kurma vaadi sözleşmesi bakımından da yetkili kabul edilir. Mülkiyeti devir vaadi sözleşmesini resmi şekle bağlayan noterin, çoğun içinde azı da vardır kuralı gereğince mülkiyet üzerinde irtifak yükü kurma vaadi sözleşmelerini de resmi şekle bağlayabilmesi gerekir. Böylece, noterde düzenlendiği için şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olan irtifak sözleşmesinin tahvil yoluyla irtifak kurma vaadi sözleşmesi olarak ayakta tutulması sağlanabilir. Varsayıli irade doğrultusunda aynı hak kurma amacından vazgeçilerek geçit yolu olarak kullanma hakkının nisbi karakterli bir borç ilişkisi oluşturacak biçimde karşı tarafa aktarıldığı sonucuna gidilmesi de mümkündür. Bu da başarılamazsa son çare olarak geçersiz sözleşmede yer alan iradenin geçit yolu olarak kullanıma rıza biçiminde yorumlanması düşünülebilir. Ancak buradaki rıza karşı taraf bakımından hak doğurmayan ve her zaman geri alınabilir izin olarak anlaşılır. Bu sayede, geçit yolunun kullanılması hukuki bir temele oturtulur.

Sözleşmeden doğan geçit hakkı, taşınmazlar üzerinde kurulacak tüm aynı haklar gibi tescil ile varlık kazanır. TMK m.780/f.2’de (ZGB Art.731 Abs.2) yer verilen atıf hükmü gereğince taşınmaz mülkiyetine ilişkin tescilsiz kazanım halleri istisna tutulduğunda geçit hakkının doğumu zorunlu tescil kuralına tabidir. Borçlandırııcı işlem aşamasını oluşturan irtifak sözleşmesi ve tasarruf işlemi aşamasında gerçekleştirilecek tescil talebi ile buna bağlı olarak yapılacak tescil sonucunda hakkın doğumu gerçekleşmiş olur. Aynı haklar alanına hakim olan ilkeler ve tapu siciline yüklenen işlev dikkate alındığında tescilin şarta bağlanamayacağı sonucuna ulaşılır. Her ne kadar TST m.11/f.2’nin söylemi geciktirici şarta bağlı tescilin mümkün olabileceği sonucuna ulaşılmasına elverişli ise de şarta bağlı tescilin meydana getireceği belirsizlik durumu Eşya hukukuna yabancıdır. Tescilde veya tescilin yollama yaptığı irtifak sözleşmesinde, geçit hakkının şarta bağlı olarak kurulduğunun belirtilmesi mümkün olsa dahi bu durum oluşacak belirsizliğin ortadan kaldırılması için yeterli değildir. Önemli olan, tescilin şarta bağlı olduğunun alenileştirilmesi olmayıp, şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin aleni kılınmasıdır. Bu koşul sağlanamadığı sürece şarta bağlı tescilin neden olacağı belirsizlik durumunu iyiniyetli üçüncü kişilerin zarar görmesi sonucunu doğurur. Buna karşılık tescilin dayanağını oluşturan borçlandırııcı işlem bozucu veya geciktirici şarta bağlanabilir. Şarta karşı sergilenen olumsuz tavır tasarruf işlemi bakımından olup, borçlandırııcı işlem bunun dışındadır. Ancak, tescil aşamasına gelindiğinde, geciktirici şart gerçekleşmedikçe ya da bozucu şartın gerçekleşme olasılığı ortadan kalkmadıkça tescilin yapılması mümkün olmaz.

Eşyaya bağlı olarak kurulan geçit hakkı çifte tescil kuralına tabidir. Geçit hakkı, yararlanan ve yüklü taşınmazın sayfalarına işlenir. Bununla birlikte asıl olan yüklü taşınmaz sayfasına yapılan tescildir. Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar üzerinde geçit hakkı kurulamaz. Ancak, tapuya kayıtlı olmayan bir taşınmazın irtifak kurma vaadi sözleşmesine konu oluşturması mümkündür.

Temel ilişkiyi oluşturan irtifak sözleşmesinin tarafları ile geçit hakkının kurulmasıyla oluşan kanuni borç ilişkisinin tarafları çoğu zaman aynı kişilerden oluşur. Buna karşılık sözleşmenin tarafları ile kanuni borç ilişkisinin taraflarının farklı kişilerden oluşması da mümkündür. Bu son olasılıkta kim hangi ilişkinin tarafını oluşturmaktaysa, o ilişkiden doğan hakları elde eder ve borçları yüklenir. Adına yolsuz tescil bulunan kişi tarafından kurulan geçit hakkında olduğu gibi iyiniyetli işlem tarafı geçit hakkını kazandığı anda, gerçek malik ile onun arasında kanuni borç ilişkisi kurulmuş olur. Temel hukuki ilişki niteliğindeki irtifak sözleşmesi ise adına yolsuz tescil görünen kişi ile geçit hakkı sahibi arasındadır. Bu olasılıkta, gerçek malik sözleşmeden doğan hakları ileri süremeyeceği gibi bu haklar kendisine karşı da ileri sürülemez. Buna karşılık adına yolsuz tescil bulunan kişi de kanuni borç ilişkisinden doğan haklardan yararlanamaz.

Geçit hakkının kapsam ve içeriği TMK m.787 gereğince öncelikli olarak tescile göre belirlenir. Kapsam ve içerik tescilden açıkça anlaşılamazsa bu durumda yardımcı kaynaklara başvurulabilir. Yardımcı kaynaklar, kanunda hiyerarşik bir sıra içinde belirtilmiştir. Buna göre, tescilin yeterli açıklığa sahip olmadığı durumlarda ikinci sırada kazanılma sebebi (çoğu zaman irtifak sözleşmesine), bundan bir sonuç elde edilemezse uzun süreden beri davasız ve iyiniyetli kullanılış biçimi dikkate alınır. Ancak, yardımcı kaynakların üstlenmiş olduğu işlev tescilin sınırları içinde etkili olur. Diğer bir söyleyişle, yardımcı kaynaklar tescili düzeltici veya değiştirici etkiye sahip değildir. Uygulamada, tescil oldukça sade biçimde gerçekleştirildiğinden ortaya çıkabilecek uyumsuzluklar bakımından irtifak sözleşmesi ve sözleşmenin yorumu önem taşır. Buna rağmen bir sonuca ulaşılamazsa, geçit hakkının uzun süreden beri davasız ve iyiniyetli kullanılış biçimi esas alınır.

Kanundan doğan borç ilişkisini düzenleyen hükümler, kurak olarak, yedek hüküm niteliği taşıdıklarından, geçit hakkının kapsam ve içeriğinin belirlenmesi irtifak sözleşmesi doğrultusunda gerçekleşir. Herhangi bir düzenleme öngörülmemiş ise kanundan doğan borç ilişkisi hükümleri devreye girer. Aynı etkili içeriğe sahip olan kanuni borç ilişkisinde taraf iradeleri doğrultusunda gerçekleşen her değişiklik de aynı etki taşır. Bununla birlikte taraflara tanınan aynı etkili değişiklikler yapma yetkisi de

sınırsız değildir. Özellikle sınırlı sayı ve tipe bağıllık ilkeleri her konuda olduğu gibi burada da tarafları sınırlar. Buna göre, taraflar bir olumlu edimi irtifakın asli içeriğine dahil edemeyecekleri gibi farklı irtifakların içeriklerini bir araya getirerek karma bir irtifak hakkı da oluşturamazlar. Böyle bir sonucu konu alan irtifak sözleşmesi hukuki imkansızlık nedeniyle kesin hükümsüzdür.

Geçit yoluna yönelen hukuka aykırı müdahaleler karşısında geçit hakkı sahibi çok seçenekli bir sistem ile korunur. Aynı hakka dayalı koruma sistemi bir taraftan el atmanın önlenmesi davası diğer taraftan ise istihkak davası ile bu koruma sisteminin en güçlü halkasını oluşturur. Hak tartışmasına yer vermeksizin salt zilyetliği koruyucu davalar aracılığıyla geçit yolu üzerindeki zilyetlik ayrıca korunur. Her ne kadar uygulama alanı sınırlı olsa da kuvvet kullanma yoluyla gerçekleşen savunma da dikkate alındığında zilyetliğe bağlı koruma sistemi tamamlanmış olur. Bunlara ek olarak taşınmaz zilyetliğinin idari yoldan korunması da ek bir koruma sistemi olarak zilyedin kullanımına sunulur. Böylece, aynı hakkına dayalı olarak savunma yapmak isteyen geçit hakkı sahibi aynı koruma sistemini tercih edebileceği gibi hak tartışmasına girmek istemezse zilyetliğe dayalı korumadan, özellikle koruyucu davalardan yararlanabilir. Koşullar gerçekleştiğinde, koruma sistemini oluşturan tüm koruma araçları birbiri ile yarışma içindedir. Yüklü taşınmaz maliki tarafından gerçekleştirilecek hukuka aykırı saldırılar bakımından söz konusu koruma sistemi sözleşmeye dayalı taleplerin de eklenmesi ile iyice zenginleşir.

Aynı hakların kurulmasında geçerli olan zorunlu tescil kuralıyla aynı doğrultuda aynı hakların sona ermesi de terkin yoluyla gerçekleşir. Geçit hakkı da, bu genel kural doğrultusunda, terkin ile birlikte son bulur. Ancak, hemen hemen her kuralın uygulamasında olduğu gibi terkin kuralının da istisnaları bulunur. Diğer bir söyleyişle, geçit hakkının sona ermesi terkine bağlı olmakla birlikte bazı durumlarda terkin dışında hakkın sona ermesi de mümkündür. Bu son olasılıkta, geçit hakkı sicil dışında maddi olarak sona erdiğinden yapılacak terkin açıklayıcı olur.

KAYNAKÇA

ACAR, Faruk: Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Belirlilik İlkesi, Ankara 2008.

ACEMOĞLU, Kevork: Türk Hukukunda Tapu Kütüğüne Kayıtlı Olmayan Gayrimenkullerin Hukuki Durumu, İstanbul 1965.

AKİPEK, Jale: “Mülkiyetin Anayasa Tarafından Korunması ile İlgili Bir Deneme”, AD, S.65, Y.58, Mayıs 1967, s.302 vd. (Mülkiyetin Korunması).

AKİPEK, Jale: “Mülkiyet Kavramı Üzerine Bir İnceleme”, BATIDER, C.V, S.1, Şubat 1969, s.1 vd. (Mülkiyet).

AKİPEK, Jale: “Üst Hakkı Kavramı, Muhtevası ve Mahiyeti”, Oğuzoğlu’na Armağan, Ankara 1972, s.25 vd. (Üst Hakkı).

AKİPEK, Jale/**AKINTÜRK**, Turgut: Eşya Hukuku, İstanbul 2009.

ALTAŞ, Hüseyin: Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998.

ANTALYA, Gökhan: “Geçerlilik Şekline Aykırılığın Yaptırımı ve Sınırları”, YD, C.18, S.3, Temmuz 1992, s.365 vd. (Şekle Aykırılık).

ANTALYA, Gökhan: Miras Hukuku, İstanbul 2009.

ARAL, Vecdi, “Kanuni İrtifaklar”, İÜHFM, C.XXIX, S.4, 1964, s.1038 vd..

ARPACI, Abdülkadir: “Gayrimenkuller Üzerinde İntifa Hakkı Kurulması”, İBD, C.60, S. 1-2-3, 1986, s.8 vd..

AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku Sınırlı Ayni Haklar, Konya 2010.

AYBAY, Aydın/**HATEMİ**, Hüseyin: Eşya Hukuku, İstanbul 2009.

BACHMANN, Dominik: “Berechtigungsnachweis bei Baurechtsbauten”, PBG 2004/4, s.5 vd..

BAŞPINAR, Veysel: Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler, Ankara 2009.

BAUMANN, Max: Zürcher Kommentar, ZGB Art.1-7, Einleitung-Das Personenrecht, Zürich 1998.

BAUMANN, Max: “Immissionsschutz versus Lichtverschmutzung”, SJZ 104/2008, s.389 vd. (Immissionsschutz).

BAYSAL, Başak: Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul 2009.

BERCHTOLD, Tamara: Zur Revisionsbedürftigkeit des Bauhandwerkerpfandrechts, Zürich 2008.

BRITSCHGI, André: Das belastete Grundstück beim Bauhandwerkerpfandrecht, Zürich 2008.

BRÜCKNER, Christian: “Ausserbuchlişcher Eigentumserwerb an Grundstücken”, ZBGR 81/2000, s.217 vd..

BULUT, Nihat: “Mülkiyet Konusundaki Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı”, EÜHFD, C.X, S.3-4, 2006, s.16 vd..

CAGIANUT, Mörschwill: “Grundsätzliche Erwägungen über die Schranken der Steuerlichen Belastung des Eigentums nach Schweizerischem Recht”, ASA 1978/47, s.67 vd..

DÜRR, David: “Nutzungseigentum und Werteigentum Neue Aktualität des geteilten Eigentums”, Festschrift für Heinz Rey, Zürich 2003, s.21 vd..

EREL, Şafak: Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982.

EREN, Fikret: “Mülkiyet Kavramı”, Recai Seçkin’e Armağan, Ankara 1974.

ERTAŞ, Şeref: “Mülkiyet Hakkının Yeni Boyutu ve Bu Hakka Getirilen Daraltımların Anayasa ve İnsan Haklarına Uygunluğu”, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, Ankara 2007, s.135 vd. (Mülkiyet).

ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, Ankara 2006.

ESCHMANN, Beat: Auslegung und Ergänzung vın Dienstbarkeiten, Zürich-Basel-Genf, 2005.

GAUCH, Peter/**SCHLUEP**, Walter R./**SCHMID**, Jörg/**REY**, Heinz: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 2003.

GERMANN, Martin: Der Vertrag zur Errichtung einer Grunddienstbarkeit, Bern 2008.

GUHL, Theo/**KOLLER**, Alfred/ **SCHNYDER**, Anton K./**DRUEY**, Jean Nicolas: Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 2000.

GÜMÜŞ, Alper: Türk Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Şerhler, Ankara 2003.

GÜMÜŞ, Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler C.I, İstanbul 2008.

GÜMÜŞ, Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.II, İstanbul 2010.

GÜRAL, Jale: “Türk Hukukunda Tapuya Kayıtlı Olmayan Gayri Menkullerin Hukuki Rejimi ve MK 639/I”, AÜHFD, 1952, s.40 vd..

GÜRSOY, Kemal Tahir/**EREN**, Fikret/**CANSEL**, Erol: Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984.

GÜRZUMAR, Osman Berat: Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı, İstanbul 2001.

HAAB, Robert/**SIMONIUS**, August/**SCHERRER**, Werner/**ZOBL**, Dieter: Zürcher Kommentar, Das Eigentum, B. IV/I, Art. 641 bis 729 ZGB, Zürich 1977.

HÄFELIN, Ulrich/**MÜLLER**, Georg/**UHLMANN**, Felix: Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 2006.

HELVACI, Serap: Gerçek Kişiler, İstanbul 2010.

HELVACI, Serap/**ERLÜLE**, Fulya: Medeni Hukuk, İstanbul 2010.

HENGgeler, Benno: Die Beendigung der Baurechtsdienstbarkeit infolge Zeitablaufs und der vorzeitige Heimfall (Art. 779c ff. ZGB), Zürich 2005.

HONSELL, Heinrich/**VOGT**, Nedim Peter/**GEISER**, Thomas: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Basel 2007.

HUBER, Felix/**SCHWENDENER**, Niklaus: “Strittige Näherbaurechte gemäss §270 Abs.3 Planungs und Baugesetzes”, PBG 1999/1, s.27 vd..

HUGUENIN, Claire: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 2008.

HÜRLIMANN-KAUP, Bettina: Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrechts, Zürich 2008.

HÜRLIMANN-KAUP, Bettina: “Die Ermittlung des Zwecks einer Grunddienstbarkeit”, SJZ 102/2006, s.6 vd. (Grunddienstbarkeit).

HÜRLIMANN-KAUP, Bettina: “Die Privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2006 und 2007”, ZBJV 2009, s.186 vd. (Rechtsprechung).

HÜRLIMANN-KAUP, Bettina/**SCHMID**, Jörg/**SCHUMACHER**, Rainer/**STEINAUER**, Paul-Henri, “Sachenrecht-Auslegung von Dienstbarkeiten-Art 738”, BR 2010, s.70 vd..

HÜRLIMANN-KAUP, Bettina/**SCHMID**, Jörg/**SCHUMACHER**, Rainer/**STEINAUER** Paul-Henri: “Sachenrecht/ Notwegrecht”, BR 2010, s.74 vd. (Notwegrecht).

HÜRLIMANN-KAUP, Bettina/**SCHMID**, Jörg/**SCHUMACHER**, Rainer/**STEINAUER**, Paul-Henri: “Sachenrecht/Löschung einer Dienstbarkeit-736 Abs.1”, BR 2010, s.46 vd. (Löschung).

JENT-SORENSEN, Ingrid: Die Rechtsdurchsetzung bei der Grundstücksverwertung in der Spezialexécution, Zürich 2003.

KANETİ, Selim: Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili), İstanbul 1972.

KANETİ, Selim: “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa’nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri”, İÜHFM, C.LIII, S.1-4, 1988-1990, s.201 vd. (Anayasa).

KANETİ, Selim: Mülkiyet Hakkının İçeriksel Değişimi”, Mahmut R.BELİK’e Armağan, İstanbul 1993, s.283 vd. (Mülkiyet).

KARAHASAN, Mustafa Reşit: Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, C.I, İstanbul 2002.

KARAHASAN, Mustafa Reşit: Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, C.II, İstanbul 2002.

KETTIGER, Daniel: “Der Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen”, ZBGR 91/2010, s.137 vd..

KIRCA, Çiğdem: “Zorunlu İrtifakların Hukuki Niteliği”, AÜHFD, C.54, S.4, 2005, s.65 vd..

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/**HATEMİ**, Hüseyin/**SEROZAN**, Rona/**ARPACI**, Abdülkadir (**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**): Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.I, İstanbul 2008.

KOLLER, Alfred: Sachenrecht, Entwicklungen 2006, Bern 2007 (Entwicklungen 2006).

KOLLER, Alfred: Sachenrecht, Entwicklungen 2007, Bern 2008 (Entwicklungen 2007).

KOLLER, Alfred: Sachenrecht, Entwicklungen 2008, Bern 2009 (Entwicklungen 2008).

KÖPRÜLÜ, Bülent/**KANETİ**, Selim: Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul 1982-1983.

KRAMER, A.Ernst/ **PROBST**, Thomas: Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 2003.

LENDI, Martin: “Planungsrecht und Eigentum”, ZSR,95/II, 1976.

LINDENMANN, Alfred: Bäume und Sträucher im Nachbarrecht, Baden 1988.

LIVER, Peter: “Die Privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes, Sachenrecht”, ZBJV, 1962/98, s.240 vd..

LIVER, Peter: “Die Anmerkung”, ZBGR 50/1969, s.10 vd. (Anmerkung).

LIVER, Peter: Zürcher Kommentar, B.IV/2a, ZGB Art. 730-744: Das Sachenrecht (Die Grunddienstbarkeiten), Einleitung, 1980.

MEIER-HAYOZ, Arthur: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht-Sachenrecht, B.IV/1/3, Art.680-701 ZGB, Bern 1975.

OĞUZMAN, Kemal: “Eşyaya Bağlı Borçlara Hakim Olan Esaslar”, İÜMHİ, Medeni Kanun 50.Yıl Sempozyumu, İstanbul 1978, s.225 vd..

OĞUZMAN, **Kemal**: “Eşyaya Bağlı Haklara Hakim Olan Esaslar”, Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s.107 vd. (Haklar)

OĞUZMAN, Kemal/**BARLAS**, Nami: Medeni Hukuk, İstanbul 2006.

OĞUZMAN, Kemal/**ÖZ**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009.

OĞUZMAN, Kemal/ **SELİÇİ**,Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul 2009.

OKTAY: Saibe, Türk Hukukunda Tapuda Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Zamanaşımı ile Kazanılması, İstanbul 1990.

ÖRÜCÜ, Esin: Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı, İstanbul 1976.

ÖZAKMAN, Cumhuri: Türk Hukukunda Mecra İrtifakları, İstanbul 1978.

ÖZEN, Burak: Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 2008.

ÖZSUNAY, Ergun: Zaruri Geçit Hakkı (Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta), İstanbul 1968.

PFÄFFLI, Roland: “Entwicklungen im Sachenrecht und Bodenrecht”, SJZ 102/2006, s.57 vd. (Entwicklungen).

PFÄFFLI, Roland: “Die Auslegung von Dienstbarkeiten Zum Urteil des Bundesgerichts vom 20 November 2007 5A_478/2007”, BR 2008, s.58 vd..

PLÜSS, Kaspar: Öffentliche Interessen im Zusammenhang mit dem Betrieb von Flughäfen, Zürich 2007.

POSTACIOĞLU, İlhan: “İpotek Alacaklısına İpotekli Gayrimenkulü Kendi Eliyle Rızai Olarak Paraya Çevrilmesi Yetkisinin Verilmesi Problemi”, Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s.533 vd..

REY, Heinz: “Funktionen des Dienstbarkeitsvertrages”, ZBGR 64/1983, s.257 vd. (Dienstbarkeitsvertrag).

REY, Heinz: “Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts, veröffentlicht im Jahre 2000 Sachenrecht”, ZBJV 2002/3 (Sachenrecht 2000).

REY, Heinz: “Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts, veröffentlicht im Jahre 2001 Sachenrecht”, ZBJV 2003, s.265 vd. (Sachenrecht 2001).

REY, Heinz: “Die Privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts Veröffentlicht im Jahr 2003/Sachenrecht”, ZBJV 2005, s.281 vd. (Sachenrecht 2003).

REY, Heinz: “Die Privatrechtliche REchtsprechung des Bundesgerichts, veröffentlicht im Jahre 2004”, ZBJV 2007, s.1 vd. (Sachenrecht 2004).

REY, Heinz: “Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts, veröffentlicht im Jahre 2005 Sachenrecht”, ZBJV 2007, s.807 vd. (Sachenrecht 2005).

REY, Heinz: Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Bern 2007.

RIEMER, Hans Michael: Die beschränkten dinglichen Rechte, Bern 2000.

RIEMER, Hans Michael: “Die Verträge des ZGB, insbesondere jene des Sachenrechts, aus der Sicht des OR”, Festschrift für Heinz REY zum 60. Geburtstag”, Zürich 2003, s.83 vd. (Festschrift).

ROOS, Lukas: Pflanzen im Nachbarrecht, Zürich 2004.

RUCH, Alexander: “Die Expansive Kraft der materiellen Enteignung”, ZBL 2000, s.617 vd..

SAYMEN, Ferit Hakkı/ **ELBİR**, Halid Kemal: Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963.

SCHALLER, Jean-Marc: “Zur verspäteten Ausübung ziviler (privatrechtlicher) Nachbarrechte”, AJP/PJA 2009, s.1018 vd..

SCHUMACHER, Rainer: Das Bauhandwerkerpfandrecht, Zürich 2008.

SCHUMACHER/STEINAUER, “Wegrecht-Hindern bei der Ausübung der Dienstbarkeit-Mehrbelastung”, BR, 2010, s.70 vd..

SCHMID, Jörg: “Ausgewählte Fragen zum Baurecht, Unterbaurecht und zum Überbaurecht”, ZBGR 1998/79, s.289 vd..

SCHMID, Jörg: “Fliegen und Landen mit Hängegleitern im Licht von Besitzschutz und Zonenordnung – Entscheid des Bundesgerichts vom 23.11.2009” BR, 2010, s.62 vd. (Entscheid).

SCHMID, Jörg/**HÜRLIMANN-KAUP**, Bettina: Sachenrecht, Zürich 2009.

SCHNYDER, Bernhard: “Der gute Glaube im Immobiliarsachenrecht”, ZBGR, 1985/66, s.65 vd..

SELİÇİ, Özer: “Gayrimenkul Rehninde Boş Dereceye İlerleme Hakkı”, İHFM, C.XL, S.1-4, 1974.

SEROZAN, Rona: “Mülkiyet Hakkının Öz, İşlevi ve Sınırları”, Ümit Yaşar DOĞANAY’ın Anısına Armağan, İstanbul 1982, s.239 vd. (Mülkiyet).

SEROZAN, Rona: Taşınır Eşya Hukuku, İstanbul 2007.

SİRMEN, Lale: “Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasında Çevre Etkileri Yaratan Müdahalelerden Dolayı Malikin Sorumluluğu”, AÜHFD, C.XL, S.1-4, s.281 vd. (Mülkiyet).

SİRMEN, Lale: Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992.

STAEHELIN, Adrian/ **STAEHELIN**, Daniel/ **GROLIMUND**, Pascal: Zivilprozessrecht, Zürich 2008.

STARK, W. Emil: Berner Kommentar, ZGB Art.919-941: Der Besitz, Bern 2001.

STEGE, Rafael: “Das Kapprecht nach Art.687 ZGB”, HEV 2004/4.

STREIFF, Ullin/**PELLEGRINI**, Bruno/**von KAENEL**, Adrian: Vertragsvorlagen, Zürich 2008.

SUNGURBEY, İsmet: Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul 1963.

SUNGURBEY, İsmet: Medeni Kanun Öntasarısının Nesneler Hukukunun Eleştirisi, İstanbul 1972.

SURLU, Handan/**ÖZTÜRK**, Gülay: Öğreti ve Uygulamada Geçit Hakkı, Ankara 2003.

ŞAHİNİZ, Salih: “Gayrimenkul Mülkiyetinin Komşuluk Hukukuna İlişkin Dolayısıyla Kanundan Doğan Sınırlamaları: Zaruri İrtifaklar”, Nuri Çelik’e Armağan, İstanbul 2001, s.633 vd..

TANDOĞAN, Haluk: “Türk Hukukunda Mecralar”, AÜHFD, C.9, S.3-4, 1952, s.135 vd..

TANDOĞAN, Haluk: “Türk Hukukunda Mecralar”, AÜHFD, C.9, S.1-4, 1953, s.613 vd..

TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.2, Ankara 1987, (Borçlar Özel).

TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, II/1, İstanbul 1988.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Haluk/**ALTOP** Atilla: Eşya Hukuku, C.I, İstanbul 1989.

TONELLA, Mattia: “Die Löschung einer bedeutungslos geworden Dienstbarkeit”, ZBGR 84/2003, s.198 vd..

TRAUFFER, Bernhard: “Die Grundpfandverschreibung im Rechtsverkehr”, Beitrag zum 50-Jahr-Jubiläum des Verbandes Schweizerischer Grundbuchverwalter, ZBGR 79/1998, s.7 vd..

TSCHIRREN-SCHMID, Christina: “Die Botschaft zur Teilrevision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Bereich des Immobiliarsachen und Grundbuchrechts”, ZBGR 88/2007, s.389 vd..

TUHR von, Andreas: “İsviçre Hukukuna Göre Mülkiyetin Nakli”, Çev. **AYİTER**, Kudret, AÜHFD, 1948, C.5, S.1-4, s.154 vd..

TUOR, Peter/**SCHNYDER**, Bernhard/**SCHMID**, Jörg/**RUMO-JUNGO**, Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 2009.

ÜSTÜNDAĞ, Saim: Tapu Kütüğünün Tashihi Davası, İstanbul 1959.

WALDIS, Aloys: das Nachbarrecht, Zürich 1953.

WALTER, Hans Peter: “Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Einleitungstitel des ZGB in Jahren 2000 bis 2006”, ZBJV 2007, s.725 vd..

WALPEN, Adrian: Unter besonderer Berücksichtigung der Lärmproblematik um den Flughafen Zürich, Diss. Freiburg-Zürich 2005.

WIRZ, Pascal: Schranken der Sonderrechtsausübung im Stockwerkeigentum, Zürich 2008.

YAVUZ, Cevdet: “Tapusuz Gayrimenkullerin Devren Kazanılması”, Ümit Yaşar DOĞANAY’ın Anısına Armağan, İstanbul 1982, s.383 vd..

YAVUZ, Cevdet/**ACAR**, Faruk/**ÖZEN**, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2009.

YAVUZ, Cevdet/**ERLÜLE**, Fulya/**SAĞLAM**, İpek: Türk Medeni Hukuku ve Borçlar Hukuku Mevzuatı, İstanbul 2009.

ZEVKLİLER, Aydın: “Mülkiyetin Yapısı ve Mülkiyetten Doğan Ödevler”, Bülent Nuri Esen’e Armağan, Ankara 1977, s.563 vd..

ZEVKLİLER, Aydın: “Kamulaştırma, Satım Sözleşmesinin Özel Bir Çeşidi midir?”, Osman F. BERKİ’ye Armağan, Ankara 1977, s.935 vd. (Kamulaştırma).

ZIMMERLI, Ulrich: “Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur materiellen Enteignung”, ZBL 1974, s.137 vd..

ZOBL, Dieter: Grundbuchrecht, Zürich 2004.

ZÜRCHER, Richard: Die Wegrechte des Schweizerischen Privatrechts, Aarau 1947.