



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 18.03.2019
Revizyon Talebi: 20.05.2019
Son Revizyon Tarihi: 20.06.2019
Kabul: 25.06.2019

İrtifak Hakkına Bağlı Taşınmaz Yükü

Gülen Sinem Tek^{*}

Öz

Taşınmaz yükü, bir taşınmazın malikini yalnız o taşınmaz ile sorumlu olacak şekilde, diğer bir kişiye bir şeyi vermek veya yapmak ile yükümlü kılan aynı haktr. Taşınmaz yüküne aynı karakterini veren teminat unsuru, olumlu edim ile sıkı bir bağ içindedir. Bu yönü ile, irtifak haklarına bağlanan ikincil yapma edimleri ile benzerlik gösterir. Ne var ki, irtifak hakkına bağlı yapma ediminin, irtifak sözleşmesinde kararlaştırılarak tescile yansıtılması, irtifaka oranla daha ağır bir yük arz edememesi ve varlığının irtifaka bağlı olmasına karşılık; irtifak ile aynı taşınmazı yükümlese de, taşınmaz yükü kural olarak bağımsızdır. Bununla birlikte, taşınmaz yükünün irtifak hakkına bağlı olarak kurulabilmesi de mümkündür. Bu çerçevede, taşınmaz yükünün bağlanacağı irtifakın eşyaya bağlı ya da kişisel olması bir fark yaratmamak ile beraber, sürekli olması lazımdır. Aynı şekilde, söz konusu irtifak ile bu taşınmaz yükü arasında bir iç bağlantının; taşınmaz yükü ile irtifakın aynı taşınmazı konu alması ve taşınmaz yükünün irtifakın kullanılmasını kolaylaştıracak, mümkün kılacak ya da emniyet altına alacak şekilde kurulması şeklinde sağlanması gerekir. Ancak, taşınmaz yükü irtifak hakkına bağlı yan borçtan farklı olarak, irtifaktan daha ağır bir yük getirebilir. Taşınmaz yükünün irtifaka bağlanması ile, irtifak ayakta kaldığı müddetçe, taşınmazın yükten kurtarılması talep edilemeyecek; irtifak hakkı sona erdiğinde taşınmaz yükü de sona erecektir. Bunun sonucunda, irtifak ile yüklü taşınmazın bölünmesi halinde, irtifakın nakledilemediği parsellerden taşınmaz yükü de terkin edilecektir.

Anahtar Kelimeler

Taşınmaz yükü • İrtifak • İç bağlantı • Olumlu edim • Taşınmazın bölünmesi

Real Burden Linked with an Easement

Abstract

The real burden is a right in rem which obliges an owner of immovable property to fulfil an obligation to a beneficiary for which he/she is liable solely with the immovable property. The surety element that makes the real burden a right in rem is highly bound to the positive act. From this aspect, real burden is similar to the accessory positive act to the easement. Despite the fact that the accessory positive act to the easement should be determined within the constitutive agreement of the easement and based on an entry in the land register, that it shouldn't present a bigger encumbrance than the easement itself and that its existence is bound to the existence of the easement; the real burden is in principle independent. However, a real burden can be linked to an easement. In this context, the real burden must be linked to a permanent easement, but it doesn't matter if the easement is a real or personal one. Similarly, there should be an internal link between these two rights. This internal link will be assured by establishing the easement and the real burden on the same immovable property and creating the real burden in the way to ease, enable and secure the exercise of the easement. But unlike the accessory positive act bound to easement, the real burden can present a bigger encumbrance than the easement to which it is linked. Real burden linked to the permanent easement, the debtor may not request its redemption and the real burden will be extinguished whenever the easement is extinguished. Consequently, if the property charged with the easement is partitioned, the real burden will be deleted from the parts to which the easement couldn't be transferred.

Keywords

Real burden • Easement • Internal link • Positive act • Partition of a property

^{*} Sorumlu Yazar: Gülen Sinem Tek (Dr. Öğr. Üyesi), Bahçeşehir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: sinem.tek@law.bau.edu.tr ORCID: 0000-0001-5878-1397

Atf: Tek G S, "İrtifak Hakkına Bağlı Taşınmaz Yükü" 2019 77(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 217
<https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.1.0008>

Extended Summary

The rights in rem, which provide a direct domination over a thing and can be available against the world at large, don't accord with the positive acts. However, one can't argue that the rights in rem don't correlate with them at all. For example, the real burden is a right in rem which obliges an owner of immovable property to fulfil an obligation to a beneficiary for which he/she is liable solely with the immovable property. The surety element that makes the real burden a right in rem is highly bound to the positive act. Similarly, a positive act can be bound to an easement, if it eases, enables or secures the exercise of the easement and doesn't present a bigger encumbrance than the easement itself.

The accessory positive act to the easement should be determined within the constitutive agreement of the easement and based on an entry in the land register. When it is not fulfilled, the servient property owner is only responsible of non-performance of the obligation. However, if a real burden is bound to the easement, the beneficiary can apply for the foreclosure of the pledged property. Still the property will largely be restricted and the number of legal transactions to be made at the land register will be doubled (especially if the real burden and the easement are established on the same immovable property), which provokes higher title deed fees.

However, a need to bound the easement with a real burden instead of a positive act may remain. In this case, the real burden will be bound to the easement in two different ways. Firstly, the real burden may be independent. It correlates to the easement but there is no internal link within these two rights. The independent real burden may present a bigger encumbrance than the easement and is not necessarily intended to ease, enable or secure the exercise of the easement. It also can be established not only on the servient property, but also on the dominant. An independent real burden isn't affected by the extinction of the easement; the obliged of the real burden should perform his/her obligation even if the easement ceases to exist.

Stipulated by art 845 para 3 CcTr, the real burden can secondly be linked to an easement. The easement can be a real or personal one but it must be permanent, which means that it should be established at least for thirty years. While the redemption of an ordinary real burden which has lasted for thirty years may be requested by the debtor, a real burden linked to a permanent easement can't be redeemed, unless any other extinction cause subsists. If the real burden could have been redeemed even if the easement to which it was linked would have existed, the interest of the easement right owner would have been substantially damaged. As it is linked to the easement, extinction of the easement will also cause the extinction of the real burden.

The real burden is linked to the easement when there is an internal link between these two rights. The internal link appears primarily when the real burden eases,

enables or secures the exercise of the easement. But unlike the accessory positive act bound to easement, the real burden can present a bigger encumbrance than the easement to which it is linked.

The existence of the internal link also necessitates the establishment of the real burden and the easement on the same immovable property. The real burden serves for the exercise of the permanent easement as long as it exists and can't be redeemed even if it lasts more than thirty years, unless there is any other cause of extinction. In this case, because those rights are established on the same immovable property, the partition of property will affect them both. If the easement can't be transferred at some of the parts, the real burden will also be deleted from them. At this point, the real burden beneficiary needs to make a decision: either he/she will request redemption of real burden according to art 844 para 1, claiming that his/her rights are significantly endangered; or he/she will abandon a part of the surety.

I. Giriş

Eşya üzerinde doğrudan hakimiyet sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen haklar olan ayni haklar, olumlu edimler ile genel itibari ile bağdaşmazlar. Mülkiyet hakkı, malike tanınan kullanma, semerelerinden yararlanma ve tüketme yetkileri ile tanımlanır iken; sınırlı ayni haklar, sınırlı ayni hak ile mülkiyet hakkı yükümlenen tarafa getirdiği külfet ile ifade edilir. İrtifak hakları, mülkiyet hakkı sahibine mülkiyet hakkından kaynaklanan bazı yetkilerini kullanmaktan kaçınma ya da kendi eşyası üzerinde irtifak hakkı sahibinin hakkını kullanmasına katlanma külfeti yükler. Rehin hakkı, hak sahibine alacağına kavuşamaması halinde, teminata konu olan malın paraya çevrilerek tatmin edilme imkanı sağlamaktadır. Bu şekilde, teminat konusu malın maliki, tatmin edilmeyen rehin hakkı sahibinin malını sattırmasına katlanma yükü altındadır.

Bununla birlikte, ayni hakların olumlu edimler ile hiçbir ilişkisinin bulunmadığı da iddia edilemez. Ayni hakkı kurucu sözleşmelerde öngörülen kişisel nitelikli edimlerin yanı sıra, ayni hakkın öngördüğü yapmama yükü eşyaya bağlı borç şeklindeki olumlu edimler ile desteklenebilmektedir¹. Bu çerçevede verilebilecek ilk örnek, taşınmaz yükü olacaktır. Zira, taşınmaz yüküne ayni niteliğini veren teminat olmak ile birlikte bu teminat, yükü oluşturan ve taşınmaz yükü ile yüklü taşınmazı devralan her malike karşı ileri sürülebilen olumlu edimle çok sıkı bir bağlantı içindedir. Benzer şekilde, irtifak haklarına bağlanan ikincil yapma borçları da, öngördükleri edimler ile irtifak hakkından yararlanmayı mümkün kılmakta, kolaylaştırmakta veya emniyet altına almakta ve tapu siciline yansıtılarak üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmektedir.

Ancak, kanun koyucu bu yapılar ile yetinmemiş ve daha ileri giderek, kendisi de sınırlı bir ayni hak olan taşınmaz yükünün başka bir sınırlı ayni hak olan irtifak hakkına bağlanabileceğini düzenlemiştir. Biz de çalışmamızda, öncelikle taşınmaz yükünün irtifak hakkına bağlanmasına ilişkin düzenlemenin amacını sorgulayacak (II), daha sonra da bu hukuki yapının şartlarını (III) ve sonuçlarını (IV) ortaya koyacağız.

II. Taşınmaz Yükünün İrtifak Hakkına Bağlanabilmesine Duyulan İhtiyacın Nedenleri

Bu başlık altında, taşınmaz yükünü kısaca tanıttıktan sonra (A), MK 779/ II çerçevesinde irtifak hakkına eşyaya bağlı borç niteliğinde bir yapma edimi bağlanabilmesine rağmen, taşınmaz yükünün de bağlanmasına duyulan ihtiyacın sebeplerini (B) inceleyeceğiz.

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gülen Sinem Tek, *Yararı Kalmayan ya da Azalan İrtifak Haklarının Sona Ermesi (MK m. 785)*, (Oniki Levha 2017) 63 ff.

A. Genel Olarak Taşınmaz Yükü

1. Taşınmaz Yükünün Kurulması

Medeni Kanun'un 839. maddesinin ilk fıkrasına göre, “[t]aşınmaz yükü, bir taşınmazın malikini yalnız o taşınmazla sorumlu olmak üzere diğer bir kimseye bir şey vermek veya yapmakla yükümlü [...]” kılan sınırlı ayni haktır. Kanunda verilen bu tanımda da görülebileceği üzere, taşınmaz yükü verme ya da yapma edimi ile bu edime bağlanan ayni teminatın oluşun bir bütündür.

Edim, bir verme ya da yapma borcu olarak olumlu bir edim şeklinde karşımıza çıkar². Bununla beraber, borcun konusu ya yüklü taşınmazın ekonomik niteliğinden doğan bir edim olmalı, ya da yararlanan taşınmazın ekonomik ihtiyaçlarını karşılayan bir edim olmalıdır (MK 839/III). Böylece, yüklü taşınmazın ekonomik niteliğinden kaynaklanmak ya da yararlanan taşınmazın ekonomik ihtiyaçlarını gidermek kaydı ile, taşınmazdan elde edilen doğal ürünlerin verilmesi, bir işin görülmesi ve hatta bir paranın ödenmesi³ taşınmaz yükü ile üstlenilebilecektir. Her halde, edimin para ile ölçülebilir olması gerekir. Kaldı ki, taşınmaz yükünün tapu siciline tescili esnasında bu değerlerin sicile yazılması gerekecektir. Böylece, yüklü taşınmaz ile sorumluluğun kapsamı belirlenir ve bu değer yükten kurtarılma bedeli olarak göz önüne alınır⁴. Dönemsel edimlerde, taraflarca farklı bir belirleme yapılmamış ise, sicilde yıllık edimlerin yirmi katı gösterilir (MK 840/II). Dönemsel olmayan edimler ise taraflarca belirlenecektir. Şayet taraflar dönemsel olmayan edim değerini belirlememişler ise, tapu sicil memuru re’sen bir değer takdirinde bulunamaz, tescil talebini reddetmesi gerekir⁵.

² Taşınmaz yükünde ancak olumlu bir edim öngörülebileceğine ilişkin olarak bkz Jale Akipek, Turgut Akıntürk and Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, (2nd edn, Beta 2018) 721; Tarkan Göksu, ‘Art 667-712, 730-744, 780-792 ZGB’, in Marc Amstutz and others (eds), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3th edn, Schulthess 2016), art 782 ZGB para 5; Kemal T. Gürsoy, Fikret Eren and Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku* (2nd edn, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1984) 930; Bülent Köprülü and Selim Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar* (2nd edn, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1982-1983) 234; Hans Leeman, *Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Art 730-918 ZGB, Berner Kommentar*, vol IV/2 (Stämpfli 1925) art 782 ZGB para 19, 25; Christina Schmid-Tschirren, ‘Art 730-792, 884-915 and 21, 34-36 SchlT’, in Andrea Büchler and Dominique Jakob (eds), *Kurzkommentar Zivilgesetzbuch* (Helbing&Lichtenhahn 2012) art 782 ZGB para 8; Pascal Simonius and Thomas Sutter, *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht*, vol 2, *Die beschränkten dinglichen Rechte* (Helbing&Lichtenhahn 1990) 294; Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku* (6th edn, Yetkin 2018) 569; Paul-Henri Steinauer, *Les droits réels*, vol 3, *servitudes personnelles, charges foncières, gages immobiliers, gages mobiliers*, (4th edn, Stämpfli 2012) para 2596; Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Rumo-Jungo, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch* (14th edn, Schulthess 2015) § 109 para 12. İrtifak teşkil etmeyen olumsuz edimlerin de taşınmaz yüküne konu olabileceği ve bu şekilde daha makul bir yaptırıma kavuşabileceğine ilişkin karşıt görüş için bkz Jacques-Daniel Noverraz, ‘Art 782-792 CC’, in Pascal Pichonnaz and Bénédicte Foëx (eds), *Commentaire romand, Code civil II* (Helbing&Lichtenhahn 2016), art 782 CC para 6; Jacques-Daniel Noverraz, *Constitution et contenu de la charge foncière* (Bis et Ter 2005) 78-79; Henri-Robert Schüpbach, *La charge foncière, une mal aimée, une mal connue*, < <http://www.icone-consultation-notariale.ch/conf-21-06-2001.htm> > Erişim Tarihi 15 March 2019, III.1.c.

³ Edimin konusu para olsa da, edimin yüklü taşınmazın ekonomik niteliği ile ilgili olması ya da yararlanan taşınmazın ekonomik ihtiyaçlarını karşılaması gerekir. Bu şekilde, para ödenmesinin taşınmaz yüküne konu olması, genellikle bir irtifakı kullanma karşılığında üstlenilen bedel ödeme borcunun aynı teminata kavuşturulma isteğinden kaynaklanır. Örnek olarak, taşınmaz lehine bir geçit irtifakının kurulması karşılığında, yararlanan taşınmazın malikine yüklenen irtifak bedeli taşınmaz yükü olarak kurulabilecektir. Örnek için bkz Sirmen (n 2) 570.

⁴ Akipek, Akıntürk and Ateş (n 2) 728; Leeman (n 2) art 783 ZGB para 28; Köprülü and Kaneti (n 2) 243; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi and Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku* (21st edn, Filiz 2018) para 3160-3161; Sirmen (n 2) 572; Steinauer, *Les droits réels*, vol 3 (n 2) para 2594.

⁵ Turhan Esener and Kudret Güven, *Eşya Hukuku* (7th edn, Yetkin 2017) 481; Schmid-Tschirren (n 2) art 783 ZGB para 11. Yine de değerlerin tapu sicilinde gösterilmesinin bir düzen hükmü olduğu ve her nasılsa değeri belirlenmemiş bir taşınmaz yükünün tapu kütüğüne tescil edilmiş olması halinde geçerli olacağına ilişkin bkz Gürsoy, Eren and Cansel (n 2) 942; Köprülü and Kaneti (n 2) 237-238; Leeman (n 2) art 783 ZGB para 33-34; Oğuzman, Seliçi and Oktay-Özdemir (n 4) para

Aynı zamanda, yüklü taşınmaza malik olan her kişinin bu borcu yerine getirmesi gerekmektedir; dolayısıyla taşınmaz yükü eşyaya bağlı bir borç yaratır⁶. Taşınmaz yükü eşyaya bağlı bir borç olduğundan, borçlar hukuku hükümleri MK 839-849’u tamamlayacak şekilde uygulanır. Böylece borç ifa, ibra, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi gibi bir hal ile sona erdiğinde taşınmaz yükü de sona erecektir⁷. Edimler ifa edildikçe de, yüklü taşınmaz o oranda yükünden kurtulacaktır⁸.

Tapu Sicil Tüzüğü’nün 30. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, taşınmaz yükü yüklü taşınmazın kütük sayfasındaki irtifak hakları sütununa tescil edilir. Taşınmaz lehine kurulan bir taşınmaz yükü ise, aynı zamanda yararlanan taşınmaza ilişkin kütük sayfasının irtifaklar sütununa da tescil edilecektir.

Taşınmaz yükünün hak sahibi lehine, taşınmaz güvence oluşturacak şekilde bir edim öngördüğünü ifade etmek doğrudur. Taşınmaz yükü ile yüklü taşınmazın mülkiyeti değiştikçe, her yeni malik, kendisi de bir taşınmaz maliki olsun ya da olmasın hak sahibine öngörülen edimi yerine getirme borcu altına girer⁹. Dolayısıyla taşınmaz yükü, taşınmaz lehine ya da kişi lehine tesis edilebilir. İsviçre hukukunda, bu ayırımın bir fark yaratıp yaratmadığı sorgulandığında, kişi lehine tesis edilen taşınmaz yükünün bağımsız ve sürekli bir hak olarak tapu siciline kaydedilebilmesi imkanı tartışılmıştır¹⁰. Zira kişi lehine tesis edilen taşınmaz yükü, kural olarak devredilir ve miras ile geçer; böylece bağımsızdır. Aynı zamanda, sürekli olarak da tesis edilir ise, tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilerek taşınmazlara ilişkin hükümlere tâbi olabilecektir. Nitekim MK 704/b 2’de “[t]apu kütüğünde ayrı sayfaya

3157-3158; Sirmen (n 2) 572. Taşınmaz yükünün değerinin objektif bir esaslı unsur olduğundan, değer öngörülmeden tesis edilmiş bir taşınmaz yükünün hükümsüz olduğu ve bu tescilin de yolsuz olduğuna ilişkin karşıt görüş için bkz Noverraz, ‘Art 782-792 CC’ (n 2) art 783 CC para 18. Kaldı ki taşınmaz yükünün bir teminat olması dolayısıyla teminat değerinin belirlilik ilkesinden ötürü mutlaka tapu siciline gösterilmesi gerektiğine ilişkin bkz Noverraz, ‘Art 782-792 CC’ (n 2) art 783 CC para 20. Gerek dönemsel edimlerde taşınmaz yükü değerinin yıllık edimlerin yirmi katı olarak belirlenebilmesine imkan tanıyan MK 840/II, gerek yükten kurtarma bedeli için gerçek değer daha düşük olabileceğini ortaya koyan MK 846, gerekse taşınmaz yükünün sabit dereceler sistemine tâbi olmaması dikkate alındığında, kanaatimizce taşınmaz yükü değerinin kurucu sözleşmenin objektif esaslı unsuru olduğunu iddia etmek güçtür. Taşınmaz yükünün değeri baştan tescilde gösterilmemiş olsa da, yükten kurtarma ya da paraya çevirme anındaki belirleme hukuk güvenliğini sarsmayacaktır. Bu sebeple biz de değer tescile yansıtılmasına ilişkin hükmün, düzen hükmü olduğu görüşüne katılmaktayız.

⁶ Esener and Güven (n 5) 483; Gürsoy, Eren and Cansel (n 2) 928; David Jenny, Art 782-792’, in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Thomas Geiser (eds), *Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar* (5th edn, Helbing&Lichtenhahn 2015), Vorbem zu art 782-792 ZGB para 1; Köprülü and Kaneti (n 2) 245; Noverraz, ‘Art 782-792 CC’ (n 2) art 782 CC para 3; Oğuzman, Seliçi and Oktay-Özdemir (n 4) para 3141; Denis Piotet, *Traité de droit privé suisse*, vol V/2, *Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières* (2nd edn, Helbing&Lichtenhahn 2012) 213; Schmid-Tschirren (n 2) art 782 ZGB para 3; Simonius and Sutter (n 2) 296; Steinauer, *Les droits réels*, vol 3 (n 2) para 2579; Tuor, Schnyder, Schmid and Rumo-Jungo (n 2) § 109 para 3.

⁷ Piotet (n 6) 216. Hatta alacaklı ile borçlu sıfatlarının birleşmesinin taşınmaz yükünü sona erdirmesi dolayısıyla malik lehine taşınmaz yükü kurulamayacağına ilişkin olarak bkz Simonius and Sutter (n 2) 293.

⁸ Gürsoy, Eren and Cansel (n 2) 929.

⁹ Eugen Huber, *Exposé des motifs de l’avant-projet (de Code civil suisse) du Département civil de justice et de police* (2nd edn, Bächtli&Co 1902) 509.

¹⁰ Taşınmaz yükünün taşınmaz gibi tapu siciline kaydedilebilmesi imkanını kabul eden yazarlar için bkz Leeman (n 2) art 783 ZGB para 44; Simonius and Sutter (n 2) 298-299; Steinauer, *Les droits réels*, vol 3 (n 2) para 2591a. Bu imkanı reddeden yazarlar için bkz Huber (n 9) 509; Noverraz, *Constitution et contenu de la charge foncière* (n 2) 10; Piotet (n 6) 231; Paul Piotet, *Traité de droit privé suisse*, vol V/3, *Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières* (Editions universitaires Fribourg 1978) 136.

kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar”ın taşınmaz mülkiyetine konu olabileceği düzenlenir iken, bu bağımsız ve sürekli hakların neler olduğuna ilişkin bir sınırlama yapılmamıştır. Ancak, Tapu Sicil Tüzüğü’nün bağımsız ve sürekli hakları düzenleyen 10. maddesi, taşınmaz olarak kaydedilecek bu hakları irtifaklar ile sınırlamıştır. Bu düzenleme karşısında, bağımsız ve sürekli bir taşınmaz yükünün tapu sicilinde ayrı bir sayfaya kaydedilmesini Türk hukuku bakımından mümkün görmesek de, taşınmaz yükünün ekonomik bir değer olarak daha verimli bir şekilde kullanılabilmesi için Tapu Sicil Tüzüğü’ndeki sınırlayıcı ifadenin kaldırılması gerektiği düşüncesindeyiz¹¹.

2. Taşınmaz Yükünün Hükümleri ve Sona Ermesi

Taşınmaz yüküne aynı unsuru sağlayan husus, teminatır¹². Teminat, edimin yerine getirilmesini güvence altına alır. Edim ile teminat o derece birbirine bağlıdır ki, edim yerine getirilmediğinde, rehlin paraya çevrilmesi yoluna başvurularak ifa edilmeyen edim sebebi ile alacaklının uğradığı zarar karşılanır. Sorumluluk, yalnız taşınmaz ile sınırlı bir aynı sorumluluktur¹³.

Bununla birlikte, taşınmaz yükü ilişkisinden doğan münferit edimler, muaccel olmalarından itibaren üç yıl geçtikten sonra kişisel borç halini alır (MK 848/II). Bu edimler bakımından artık aynı bir sorumluluk söz konusu değildir; yüklü taşınmaz malikinin kişisel sorumluluğu bulunur. Her ne kadar taşınmaz yükü bir aynı hak olması dolayısıyla zamanaşımına uğramayacak olsa da, muacceliyet tarihinden itibaren üç yılın dolması ile kişisel borç halini alan bu münferit edimler zamanaşımına tâbidir (MK 847). Dönemsel edimlerde bu zamanaşımı, TBK 147/b 1 uyarınca beş yıldır. Bu edimler bakımından aynı teminat kaybedilmekle birlikte, edimlerin ifa edilmemesi halinde genel haciz yolu ile takip başlatılabilecektir¹⁴.

Taşınmaz yükü ile yüklenilen edim ifa edilmediğinde, edimi ifa etmeyen malik taşınmaz yükü alacaklısının zararını tazmin etmelidir. Bununla birlikte, özellikle bir yapma edimi taşınmaz yüküne konu ise ve bu yapma edimi yerine getirilmemiş ise, yüklü taşınmaz maliki TBK 113’e göre hakimden izin alarak masrafları yüklü taşınmaz malikine ait olmak üzere kendisi ya da üçüncü bir kişi vasıtası ile bu edimi yerine getirebilir. Bu durumda zarar tazmin edilmemiş ya da yapılan masrafları tahsil edilememiş ise taşınmaz yükü paraya çevrilecektir¹⁵. Yüklü taşınmazın rehlin paraya

¹¹ Hakları da konu alabilmeleri açısından, taşınmaz yükünün intifa ve rehin haklarına konu olabileceğine ilişkin bkz Akipek, Akıntürk and Ateş (n 2) 726; Sirmen (n 2) 572.

¹² Göksu (n 2) art 782 ZGB, para 2; Jenny (n 6) Vorbem zu art 782-792 ZGB para 1; Köprülü and Kaneti (n 2) 225; Noverraz, ‘Art 782-792 CC’ (n 2) art 782 CC para 28; Schmid-Tschirren (n 2) art 782 ZGB para 2; Tuor, Schnyder, Schmid and Rumo-Jungo (n 2) § 109 para 8.

¹³ Akipek, Akıntürk and Ateş (n 2) 721; Suad Bertan, *Aynı Haklar*, vol 2 (Balkan 1976) 1580; Göksu (n 2) art 782 ZGB para 11; Gürsoy, Eren and Cansel (n 2) 930; Jenny (n 6) Vorbem zu art 782-792 ZGB para 1; Köprülü and Kaneti (n 2) 225; Oğuzman, Seliçi and Oktay-Özdemir (n 4) para 3146-3147; Virgil Rossel and Fritz Henri Mentha, *Manuel de droit civil suisse*, vol 3 (2nd edn, Payot 1922) 80; Schmid-Tschirren (n 2) art 782 ZGB para 4.

¹⁴ Noverraz, ‘Art 782-792 CC’ (n 2) art 791 CC para 7; Steinauer, *Les droits réels*, vol 3 (n 2) para 2604.

¹⁵ Esener and Güven (n 5) 482; Köprülü and Kaneti (n 2) 225-226; Piotet (n 6) 225.

çevrilmesi yolu ile paraya çevrilmesi neticesinde¹⁶, taşınmaz yükünün değeri elde edilemez ise, yüklü taşınmaz malikinin kişisel sorumluluğu bulunmaz. Aynı şekilde, yüklü taşınmaz maliki borcunu yerine getirmediğinde, taşınmaz yükü alacaklısı genel haciz yolu ile takip hükümlerine başvuramaz. Aksi takdirde, yüklü taşınmaz malikinin önce rehne başvuru def'i ile karşılaşacaktır¹⁷.

Taşınmaz yükü rehlin paraya çevrilmesi yolu ile ihale edildiğinde, taşınmaz yükü sahibi alacağını tahsil eder. Taşınmaz yükü ile diğer sınırlı ayni haklar arasındaki sıra ilişkisi tescil tarihine göre belirlenir¹⁸. Hatta daha kesin olmak gerekir ise, taşınmaz yükü tescil edilmek şartı ile sırasını yevmiye defterine kaydedildiği ana göre alır (MK 1022/II). Taşınmaz yükü sahibi alacağını tahsil ettikten sonra rehlin paraya çevrilmesinden bir meblağ artmış ise, alelade alacaklılara sıra gelecektir¹⁹. Paraya çevirme sonunda taşınmaz yükü borçlusu taşınmaz mülkiyetini kaybederken, ihaleyi alan mülkiyeti taşınmaz yükü ile devralır²⁰. Dolayısıyla rehlin hakkında farklı olarak, taşınmaz yükü alacağına bağlı bir teminat teşkil etmez.

Taşınmaz yükü ile yüklü taşınmaz, alacaklı veya yükümlü malikin talebi ile yükten kurtarılabilir. Yükten kurtarma, taşınmaz yükü sahibine hakkının değerinin ödenmesi ile taşınmaz yükünün sona erdirilmesidir. Borçlu değer tapuda gösterilen miktardan az olduğunu iddia eder ise, bu hususu kanıtlar (MK 846). Zamanla değer artmış ise, alacaklı tapuda yazandan daha fazlasını isteyemez²¹. Alacaklının yükten kurtarma yetkisini düzenleyen MK 844, taşınmaz yükünü kuran sözleşmede öngörülmüş olabilecek yükten kurtarma halleri dışında, yüklü taşınmazın alacaklının haklarını önemli ölçüde tehlikeye düşürebilecek şekilde bölünmesi, malikin yüklü taşınmazın değerini düşürmesi ve yerine başka bir teminat göstermemesi ile malikin edimleri birbiri ardına üç yıl yerine getirmemesi hallerini öngörmüştür. Hak sahibinin terkinde rıza göstermesi üzerine, yükten kurtarma bedelinin ödenmesi gerekir²². Yükümlünün yetkisine ilişkin MK 845 ise yine sözleşmede öngörülmüş olabilecek yükten kurtarma halleri dışında alacaklının taşınmaz yükünü kuran sözleşmeye uymaması ile yükün kurulmasının üzerinden otuz yıl geçmesi hallerini saymaktadır. Yükten kurtarılma hakkının kullanılmasına rağmen, yüklü taşınmaz maliki yükten kurtarma bedelini ödemez ise, taşınmaz yine rehlin paraya çevrilmesi yolu ile satılır. Ancak, bu sefer taşınmaz yükü terkin edilerek taşınmaz ihale edilir²³.

¹⁶ İİK 23/1'e göre, ipotek tabiri İcra ve İflâs Kanunu çerçevesinde taşınmaz yükünü de kapsamaktadır.

¹⁷ Cyril Galland, *Le contenu des servitudes foncières, Aspects de droits réels et obligations de faire rattachées à la servitude* (Schulthess 2013) 323-324; Rossel and Mentha (13) 80; Steinauer, *Les droits réels*, vol 3 (n 2) para 2602.

¹⁸ Jenny (n 6) art 783 ZGB para 11; Noverraz, 'Art 782-792 CC' (n 2) art 783 CC para 15; Schmid-Tschirren (n 2) art 783 ZGB para 2; Steinauer, *Les droits réels*, vol 3 (n 2) para 2594 fn 4.

¹⁹ Galland (n 17) 322; Steinauer, *Les droits réels*, vol 3 (n 2) para 2581.

²⁰ Galland (n 17) 325; Jenny (n 6) art 791 ZGB para 7; Piotet (n 6) 225; Simonius and Sutter (n 2) 304; Steinauer, *Les droits réels*, vol 3 (n 2) para 2604.

²¹ Göksu (n 2) art 789 ZGB para 5; Jenny (n 6) art 789 ZGB para 2; Leeman (n 2) art 789 ZGB para 5; Schmid-Tschirren (n 2) art 789 ZGB para 4; Steinauer, *Les droits réels*, vol 3 (n 2) para 2609.

²² Steinauer, *Les droits réels*, vol 3 (n 2) para 2609.

²³ Galland (n 17) 328; Steinauer, *Les droits réels*, vol 3 (n 2) para 2604.

B. İrtifak Hakkına Bağlanan Yapma Edimi ile Taşınmaz Yükünün Karşılaştırılması

1. İrtifak Hakkına Bağlanan Yapma Ediminin Özellikleri

Medeni Kanun'un 779. maddesi, ilk fıkrasında irtifak hakkını yüklü taşınmaz malikine mülkiyet hakkının sağladığı bazı yetkileri kullanmaktan kaçınma ya da hak sahibini yüklü taşınmazı belirli bir şekilde kullanmasına katlanma külfeti yükleyen sınırlı aynı hak olarak tanımlamıştır. Kanun tarafından ortaya konulan bu tanım uyarınca, sadece olumsuz bir edim irtifak hakkına konu olabilir. Olumlu edimler ile irtifak hakkı bağdaşmaz. Bununla beraber, aynı maddenin ikinci fıkrasında, “[y]apma borçları, irtifaka başlı başına konu olamaz; ona ancak yan edim olarak bağlanabilir” düzenlemesi yer almaktadır.

İlgili hüküm uyarınca, her ne kadar olumlu bir edim irtifak hakkına konu olamasa da, irtifaka bir yan edim olarak bağlanabilir. İrtifak sözleşmesinde ya da tapu sicilinde akdedilen sonraki tarihli bir sözleşmede öngörülen bu yan edim, tapu siciline de yansıtılarak eşyaya bağlı bir borç halini alır. Böylece her yeni yüklü taşınmaz maliki, bu yan edimi yerine getirme borcu altına girer.

Ne var ki irtifaka bağlanan bu yapma borcunun yan edim olabilmesi için, irtifak hakkına nazaran ikincil nitelik arz etmesi şarttır. İkincil nitelikten söz edilebilmesi için iki temel kıstasın beraberce bulunması gerekir. İlk olarak, yapma ediminin irtifakın kullanılmasını kolaylaştırması, mümkün kılması, emniyet altına alması ya da bu kullanımın üçüncü kişiler nezdinde doğabilecek zararlı sonuçlarını önlemesi lazımdır²⁴. İkinci olarak ise, bu yan edim ile yüklü taşınmaz malikine yüklenen yükün irtifakın arz ettiği külfete eşit ya da bu külfetten daha ağır olmaması şartı aranır²⁵. Bu değerlendirme, yan edim ile irtifakın kendisinin yarattığı masraflar, zaman kaybı, kişisel özgürlüklerin sınırlanması gibi farklı kriterlere göre yapılır. Ancak her durumda, bu kıyaslanmanın mümkün olabilmesi için, yapma edimi ile irtifak hakkının aynı taşınmaza, yani yüklü taşınmaza ilişkin olması icap eder²⁶.

2. İrtifak Hakkına Bağlanan Yapma Edimi ile Taşınmaz Yükü Arasındaki Farklar

Medeni Kanun'un 779. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen yapma borçlarının irtifaka bağlanması ve tapu kütüğüne de yazılarak eşyaya bağlı bir borç halini alması imkanı, irtifakın kullanılmasını kolaylaştırmak amacı ile öngörülmüştür.

²⁴ Maria Consuelo Argul, ‘Art 730-743 CC’, in Pascal Pichonnaz and Bénédicte Foëx (eds), *Commentaire romand, Code civil II* (Helbing&Lichtenhahn 2016), art 730 CC para 11; Oğuzman, Seliçi and Oktay-Özdemir (n 4) para 2774; Tek (n 1) 65-66.

²⁵ Köprülü and Kaneti (n 2) 56; Oğuzman, Seliçi and Oktay-Özdemir (n 4) para 2774; Piotet (n 6) 51; Paul-Henri Steinauer, *Les droits réels*, vol 2, *Propriété foncière, propriété mobilière, généralités sur les droits réels limités, servitudes foncières* (4th edn, Stämpfli 2012) para 2219; Tek (n 1) 66-67.

²⁶ Galland (n 17) 200.

Zira, bu imkan öngörülmemiş olsa idi, irtifak hakkı sahibinin hakkının kullanımını kolaylaştırmak, mümkün kılmak ya da emniyet altına almak için önünde iki seçeneği olacaktı. İlk seçenek, yüklü taşınmaz malikinin salt kişisel nitelikte bir yapma borcu altına girmesidir. Ancak, yüklü taşınmazın mülkiyeti devredildiğinde yeni malik bu borcu özellikle üstlenmedikçe sözleşmelerin nispliği ilkesi gereği bu borç kendisine karşı ileri sürülemeyecektir. Dolayısıyla, irtifak hakkı sahibinin karşısında sadece bu borcun öngörüldüğü andaki sözleşmenin tarafı olan yüklü taşınmaz maliki olacağından, bu ihtimal hak sahibinin irtifak hakkına sahip olduğu müddetçe ihtiyacını karşılayan bir çözüm olmayacaktır. İkinci seçenek ise, yüklü taşınmazın ekonomik niteliğinden doğmak veya yararlanan taşınmazın ekonomik ihtiyaçlarını karşılamak şartlarını yerine getiren bir taşınmaz yükü ile irtifak hakkının kullanılmasını kolaylaştırmak, mümkün kılmak ya da emniyet altına almaktır. Bu ikinci ihtimalde olumlu edim bir aynı ilişkiye bağlı olduğundan irtifak hakkı sahibinin ihtiyaçlarını karşılayacak ise de, özellikle irtifak ve taşınmaz yükünün aynı taşınmazı yükümlenmeleri söz konusu olduğunda hem taşınmaz mülkiyeti ciddi anlamda sınırlanacak, hem de iki farklı sınırlı aynı hakkı kurmak için tapu sicilinde iki katı işlem yapılacaktır. Taşınmaz yükünün yarattığı bu sıkıntıyı giderebilmek için, İsviçre kanun koyucusunun bizdeki MK 779/II'yi karşılayan İsvMK 730/II'yi öngördüğü ifade edilmiştir²⁷.

Kurulması ve taşınmaz mülkiyetine getireceği külfet bakımından, irtifak hakkına bağlanan yapma ediminden daha zahmetli olmasına rağmen, kanun koyucu irtifak haklarının taşınmaz yükleri ile desteklenmesi ihtimalini saklı tutmuştur. Burada öncelikle dikkat edilmesi gereken husus, taşınmaz yükünün irtifak hakkı karşısında iki farklı biçimde tesis edilebileceğidir. Taşınmaz yükü, irtifak hakkına bağlı bir şekilde kurulabileceği gibi²⁸, irtifak hakkından bağımsız da olabilir. Her iki ihtimalde de, irtifak hakkına bağlı yan borçlardan farklı olarak, kurulacak taşınmaz yükünün konusunun MK 839/III'e uygun olarak yüklü taşınmazın ekonomik niteliğinden doğması ya da yararlanan taşınmazın ekonomik ihtiyaçlarını karşılaması gerekir. Ayrıca, taşınmaz yükünün ikincil olmaması, irtifaka bağlanan yapma borçlarından farklı olarak, taşınmaz yükünün irtifak hakkı kadar ya da ondan daha ağır bir külfet yüklemesine imkan tanır²⁹.

²⁷ Steinauer, *Les droits réels*, vol 2 (n 25) para 2219.

²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz III. ve IV.

²⁹ İrtifaka bağlanan yapma ediminin irtifaktan daha ağır bir külfet getirecek olması ihtimalinde taşınmaz yükünün kurulması gerektiğine ilişkin olarak bkz Argul (n 24) art 730 CC para 11; Galland (n 17) 340; Gürsoy, Eren and Cansel (n 2) 946; Piotet (n 6) 51 ve 217-218 Steinauer, *Les droits réels*, vol 2 (n 25) para 2219a. Taşınmazından su kaynaklı malikin, dağıtıcı kaynak hakkı sahibinin alıcıları olan üçüncü kişilere ana hattın belirli bir yerinde belirli bir debide su verme borcu altına girmesinin katlanma edimi kadar ağır bir yük oluşturacağı, bu sebeple irtifaka bağlanan bir yan borç olarak görülemeyeceği; bunun yerine taşınmaz yükü tesis edilmesinin daha doğru olacağına ilişkin bkz ATF 93 II 290 = JdT 1968 I 560. Taşkın inşaat dolayısıyla kurulan irtifak hakkı çerçevesinde, yüklü taşınmaz malikine yararlanan taşınmaz malikinın taşınmazın kısmı teras olarak kullanabilmesi için taşınmaz alanı taşla döşeme borcunun yüklenilmesinde, bu borcun irtifakın kullanımı ile ilgisinin bulunmaması dolayısıyla MK 779/II'nin kapsamında sayılmayacağı, ancak bağımsız bir taşınmaz yükü olarak öngörülebileceği; ne var ki somut olaya ayrı bir sözleşme ve tescil işlemleri yapılmadığından salt kişisel bir borç sayılması gerektiğine ilişkin Federal Mahkeme kararı için bkz 5A_229/2010 = ZBGR 92/2011, 205-212. Bununla birlikte, geçersiz bir irtifaka bağlı yan borcun taşınmaz yükünü kurucu sözleşmeye tahvil edilebileceğine ilişkin bkz Jenny (n 6) art 783 ZGB para 8.

İrtifak hakkından bağımsız taşınmaz yüklerinin irtifak hakkını desteklemesi, konusu irtifak bedeli olan taşınmaz yüklerinde olduğu gibi, irtifak hakları ile ilişkili oldukları; ne var ki bu hak ile aralarında bir iç bağlantının bulunmadığı durumlarda karşımıza çıkar. İrtifak hakkından bağımsız taşınmaz yükleri, yüklü taşınmaza irtifak hakkı kadar ya da ondan daha ağır bir külfet yükleyebilmenin yanında, irtifak hakkının kullanılmasını kolaylaştırmak, mümkün kılmak ya da emniyet altına almak amaçlarına hizmet etmeyebilir. Diğer taraftan, irtifak hakkı yüklü taşınmazı külfet altına alır iken, bağımsız taşınmaz yükünün yararlanan taşınmaz üzerinde kurulması da mümkündür³⁰. Örnek vermek gerekir ise, yararlanan taşınmaz lehine kurulan bir geçit irtifakında, geçit güzergahının temizlenmesi ya da aydınlatılması borçları bir taşınmaz yükü ile yararlanan taşınmaz malikine yüklenebilir.

Medeni Kanun'un 779. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen yan edimin aynı zamanda irtifak hakkına bağlı olması söz konusudur. Bu edim irtifak hakkı ayakta kaldığı müddetçe ayakta; irtifak hakkı sona erdiğinde yapma edimi de kendiliğinden sona erer³¹. Aynı zamanda, irtifak devredildiğinde, yan edim de kendiliğinden devredilmiş olacaktır³². Bu durum, irtifak hakkından bağımsız taşınmaz yükünden farklılık gösterir. Bağımsız taşınmaz yükü, kural olarak irtifak hakkının sona ermesinden etkilenmez. İrtifak hakkı sona erse dahi, taşınmaz yükünün borçlusunu edimini yerine getirmek zorundadır³³.

Olumlu edim öngören bu iki yapının doğurdıkları sorumluluk türü de birbirinden farklıdır. Yukarıda da görüldüğü üzere³⁴, taşınmaz yükünde, yüke konu olan taşınmazla sınırlı bir aynı sorumluluk söz konusudur; taşınmaz yükü borçlusunun kişisel sorumluluğu bulunmaz. Oysa, irtifaka bağlı yapma borcunda, yüklü taşınmaz malikinin borcun ifasında kişisel bir sorumluluğu bulunur ve bu sorumluluk genel zamanaşımı hükümlerine tâbidir³⁵. Yüklü taşınmaz malikinin irtifaka bağlı yapma borcunu yerine getirmemesi durumunda, irtifak hakkı sahibi kendisinden borcun yerine getirilmemesi dolayısıyla uğradığı zararın tazminini talep eder. Bu çerçevede irtifak hakkı sahibi, TBK 113 gereği ifa edilmeyen yapma borcunun kendisi tarafından ya da üçüncü bir kişi tarafından masrafları borçluya ait olacak şekilde

³⁰ Hem bağımsız, hem de bağımlı taşınmaz yükleri bakımından bu sonuç için bkz Galland (n 17) 307. Bu husustaki tartışmalara, aşağıdaki III. B. 2 başlığı altında yer verilecektir.

³¹ Piotet (n 6) 51. Buna karşılık yapma ediminin sona ermesi, irtifak hakkının varlığına etki etmez. Galland (n 17) 203.

³² Noverraz, *Constitution et contenu de la charge foncière* (n 2) 97.

³³ Galland (n 17) 329; Carl Wieland, *Les droits réels dans le Code civil suisse*, vol 1 (Henri Bovay tr, M. Giard&E. Brière 1913) 648. İrtifak hakkı ile ilişkili taşınmaz yüklerinden, MK 845/III gereği sürekli bir irtifaka bağlanan taşınmaz yüklerinden durum tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz IV. A.

³⁴ Yukarıda bkz I. A. 2.

³⁵ Argül (n 24) art 730 CC para 13; Galland (n 17) 322; Piotet (n 6) 217-218; Steinauer, *Les droits réels*, vol 2 (n 25) para 2219b. Federal Mahkeme'nin önüne gelmiş bir uyuşmazlıkta, yüklü taşınmaz malikleri, taşınmazlarında irtifak hakkından yararlanan taşınmaz maliklerinin talebi üzerine masraflı kendilerine ait olmak üzere bir raylı sistem kurup, bu raylı sisteme katlanma yükü altındadırlar. Raylı sistemin kurulmasını irtifaka bağlı yapma borcu olarak nitelendiren Federal Mahkeme, 18 yıl sonra gelen inşaat talebinin yüklü taşınmaz malikinin zamanaşımı def'inde bulunması üzerine zorla yerine getirilemeyeceğine hükmetmiştir. ATF 122 III 10 = JdT 1998 I 111.

yerine getirilmesini hakimden isteyebilir³⁶. Zarar tazmin edilmez ya da masraflar karşılanmaz ise, irtifak hakkı sahibi yüklü taşınmaz malikine karşı genel hükümler çerçevesinde takip başlatabilir.

Görüldüğü üzere, irtifaka bağlanan yan yapma ediminden daha fazla işlem gerektiren, dolayısıyla daha masraflı bir şekilde kurulan taşınmaz yükü, MK 779/II'nin şartlarının oluşmadığı hallerde işlev görür. Böylece özellikle irtifak hakkından daha ağır bir külfet yükleyebilecektir. Aynı zamanda, sınırlı ayni sorumluluk öngörmesi bakımından da, taşınmaz yükü borçlusu açısından daha elverişli kabul edilebilir. Bununla beraber, bağımsız olarak kurulduğu takdirde, taşınmaz üzerinde tek başına ayakta kalabilecek ve sadece MK 839-849 hükümlerine tâbi olacak iken, kanun koyucu MK 845/III çerçevesinde taşınmaz yükünün irtifaka bağlanmasına cevaz vererek, irtifaka bağlı yan edimin kurulamayacağı ya da fazla ağır bir kişisel sorumluluk yükleyeceği hallerde, irtifak hakkının kullanılmasını mümkün kılınmasına, kolaylaştırılmasına ya da emniyet altına alınmasına zemin hazırlamıştır.

III. Taşınmaz Yükünün İrtifak Hakkına Bağlanmasının Şartları

Kural olarak, taşınmaz yükü ile irtifak hakkı aynı taşınmazı yükümleseler de, birbirinden bağımsız iki aynı haktır. İkisi de kendi sona erme rejimlerine tâbidirler. Örnek olarak, irtifak sona erse de taşınmaz yükü ayaktadır; sona erme hallerinden biri gerçekleşmedikçe ya da taşınmaz yükten kurtarılmadıkça taşınmaz yükü varlık gösterecektir³⁷. Ne var ki kanun koyucu, normal şartlar altında bağımsız olarak kurulması beklenen taşınmaz yükünün irtifak hakkına bağlanabileceğini öngörmüştür.

Taşınmaz yükünde, yükümlünün yükten kurtarma yetkisini düzenleyen MK 845/III'te, “[i]rtifak taşınmaz lehine sona erdirilmeyen biçimde kurulmuşsa, yüklü taşınmazın bu yükten kurtarılması istenemez” ifadesi yer almaktadır. Hüküm bu kaleme alınış şekli ile anlaşılammaktadır. Hükümün gerekçesinde, maddenin 743 sayılı Medeni Kanun'un 760. maddesini karşıladığı ifade edilmiştir. 743 sayılı Kanun'un 760. maddesinin son fıkrasına göre ise, “[m]üebbet bir irtifak hakkına merbut olmak üzere tesis edilen gayrimenkul mükellefiyeti iştirâ edilemez”. Gereğe rağmen, iki metin arasında bazı farklar göze çarpmaktadır. Yine de hükmü, eski düzenlemeye uygun olarak anlamak; kanun koyucunun, taşınmaz yükü ile irtifak arasında bağlantı kurulabileceğini kabul ettiği sonucuna varmak kanaatimizde

³⁶ İrtifak hakkı sahibi, MK 786/I çerçevesinde de, hakkının korunması ve kullanılması için gerekli tedbirleri alabilir. Bu kapsamda, irtifak hakkının kullanılmasını kolaylaştıran, mümkün kılan ya da emniyet altına alan yapma borcu yerine getirilmediğinde, MK 786/I kendisine yüklü taşınmaza girerek gerekli önlemleri alma yetkisi tanımaktadır. Hakimin iznine ihtiyacı yoktur. Ne var ki bu yola başvuran alacaklı masraflara kendisi katlanacaktır. İrtifak hakkı sahibi, masrafları yüklü taşınmaz malikinin üstlenmesini istiyor ise, TBK 113 hükmüne müracaat etmelidir. Galland (n 17) 248-249.

³⁷ Oğuzman, Selçici and Oktay-Özdemir (n 4) para 3174.

doğru bir yaklaşım olacaktır. Böylece taşınmaz yükü irtifak hakkı mevcut olduğu sürece ayakta kalacak, kendisine özgü sona erdirilme yolu olan taşınmazın yükten kurtarılmasına başvurulamayacaktır.

Medeni Kanun'da ya da Tapu Sicil Tüzüğü'nde bu iç bağlantının tapu kütüğünde nasıl gösterileceğine ilişkin bir düzenlemeye rastlanılmaz. Halbuki İsviçre Tapu Sicil Tüzüğü 100/ IV gereği, taşınmaz yükü ile sürekli irtifak arasındaki bağlantının özel olarak kaydedileceği açıkça hükme bağlanmıştır.

Bu başlık altında, taşınmaz yükünün bağlanacağı irtifak hakkına ilişkin özellikler (A) incelendikten sonra, taşınmaz yükü ile irtifak hakkı arasındaki bağlantının nasıl kurulacağı (B) hususları ele alınacaktır.

A. İrtifaka İlişkin Şartlar

Taşınmaz yükünün bağlanacağı irtifak hakkının türü ve niteliği, öğretide tartışmalara sebep olmuştur.

1. İrtifak Hakkının Türüne İlişkin Tartışma

Öncelikle her ne kadar MK 845'in gerekçesinde hükmün 743 sayılı MK 760'ü karşıladığı ifade edilmiş ise de, iki hüküm arasında, irtifakın türüne ilişkin bir farklılık olduğu kolayca tespit edilmektedir. 743 sayılı MK 760/III'te, sadece bir irtifak hakkından söz edilir iken³⁸, 4721 sayılı MK 745/III bu irtifakın taşınmaz lehine irtifak olmasını aramaktadır.

Belirtelim ki aynı farklılık, hükmü karşılayan İsvMK 788'in Fransızca ve Almanca metinlerinde de yer almaktadır. Fransızca metinde sadece “*servitude-irtifak*” ifadesi yer almakta iken, Almanca metin “*Grunddienstbarkeit-taşınmaz lehine irtifak*” terimine yer vermektedir.

İsviçre öğretisinde Almanca metnin bu sınırlayıcı lafzı eleştirilmekte, taşınmaz yükünün taşınmaz lehine irtifaka bağlı kurulabileceği gibi kişisel irtifaka bağlı da kurulabileceği; diğer şartların yerine gelmesi halinde bu taşınmaz yükü ile yüklü taşınmazın, yükten kurtarılamayacağı ileri sürülmektedir³⁹. Türk hukukunda da, her ne kadar yeni kanun metninin lafzına aykırı olsa da, genişletici bir yorumla aynı sonuca varmak yerinde olacaktır.

³⁸ 743 sayılı Kanun döneminde, taşınmaz yükünün bağlanacağı irtifakın hem taşınmaz lehine irtifak, hem de kişisel irtifak olabileceğine ilişkin bkz Bertan (n 13) 1625-1626.

³⁹ Bénédicte Foëx, Une faille dans la protection du grevé en cas de réalisation forcée du droit de superficie: la charge foncière comme solution?, in Bénédicte Foëx and Luc Thénévoz (eds), *Insolvenze, désentêtement et redressement, Etudes réunies en l'honneur de Louis Dolléves* (Helbing&Lichtenhahn 2000) 124 fn 85; Galland (n 17) 332; Leeman (n 2) art 788 ZGB para 14; Noverraz, ‘Art 782-792 CC’ (n 2) art 788 CC para 8; Noverraz, *Constitution et contenu de la charge foncière* (n 2) 102; Piotet (n 10) 140 fn 30; Steinauer, *Les droits réels*, vol 3 (n 2) para 2615.

2. İrtifak Hakkının Niteliğine İlişkin Tartışma

Taşınmaz yükü ile yüklü taşınmazın yükümlünün talebi ile yükten kurtarılması için, bu taşınmaz yükünün bağlandığı irtifak hakkının “sona erdirilemeyen” bir biçimde kurulmuş olması aranmaktadır. 743 sayılı MK 760’ta ise, müebbet terimi tercih edilmiştir.

Benzer bir terminoloji problemi, İsviçre Medeni Kanunu’nun Almanca ve Fransızca metinleri arasında da yaşanmaktadır. Almanca metinde yer alan “*unablösbar*-sona erdirilemez” ifadesine karşılık, Fransızca metinde “*perpétuel*-sürüp giden” terimi yer almaktadır. Öncelikle, taşınmaz yüküne özgü bir sona erme hali olan *Ablösung* kelimesinden türeyen *unablösbar* sıfatının bir irtifak için kullanılması eleştirilmektedir⁴⁰. *Perpétuel* ifadesi de belirsizdir. Zira süresiz ya da en az otuz yıl süreli olan sürekli haklar ifadesinin Fransızca karşılığı *perpétuel* değil, *permanent*’dir. Bizim de katıldığımız görüşe göre, *perpétuel* ifadesinden yine de süresiz ya da en az otuz yıl süre ile kurulmuş irtifakların anlaşılması gerekir⁴¹. Özellikle taşınmaz yükü borçlusunun, yükün kurulmasından itibaren otuz yıl geçtikten sonra taşınmazını yükten kurtarma yetkisi göze alındığında, bu yorum taşınmaz yükünün genel mantığına da uygun gözükmektedir⁴². Zira özel bir sona erme sebebi yoksa, otuz yıllık süre dolmadan taşınmaz yükü zaten sona erdirilemeyecektir. Bu durumda taşınmaz yükünün irtifak hakkına bağlanması bir fark yaratmaz. Türk hukukunda da bu bakış açısını benimseyen yazarlar bulunmaktadır⁴³. Yine de tercüme arasında bağdaştırıcı yorum yapan ve yükümlünün yükten kurtarma yetkisini kullanamaması için, taşınmaz yükünün sona erdirilemez sürekli bir irtifaka bağlanmış olması gerektiğini ortaya koyan bir görüş de yer alır⁴⁴.

B. Bağlanmaya İlişkin Şartlar

Medeni Kanun’un 845. maddesinin son fıkrasından açıkça anlaşılmasa da, gerek 743 sayılı MK 760/III, gerek mehz İsvMK 788/III yüklü taşınmaz malikinin talebi üzerine taşınmazın yükten kurtarılması için, taşınmaz yükü ile sürekli irtifak hakkı arasında bir bağlantı bulunmasını aramaktadır. Bu iç bağlantının nasıl olması gerektiği ise öğretilerde tartışmalıdır.

Genel olarak bu bağlantının, taşınmaz yükünün süresinin irtifaka bağlanması, taşınmaz yükünün irtifakın bedelini oluşturması, taşınmaz yükünün irtifakın kullanılmasını mümkün kılması, kolaylaştırması ya da tamamlaması durumunda da

⁴⁰ Foëx (n 39) 124 fn 88.

⁴¹ Schüpbach (n 2) I. 3. A.

⁴² Aynı görüşte bkz Galland (n 17) 333.

⁴³ Bertan (n 13) 1625; Sirmen (n 2) 574. Bununla beraber Hatemi, eski kanunun müebbet irtifak ifadesinden kanuni irtifakları anlamak gerektiğini ileri sürmektedir. Yazara göre, sınırlı aynı haklar kural olarak süre ile sınırlandırıldığından, hükümün kapsamına kanuni irtifak hakları girecektir. Yine de irtifaka bağlı yapma edimi ile komşuluk hukuku kurallarının olduğu bir düzende, irtifak hakkına taşınmaz yükünü bağlamak yazara göre menfaatlerin denkleştirilmesi düşüncesi ile bağdaşmaktadır. Hüseyin Hatemi, Rona Serozan and Abdülkadir Arpacı *Eşya Hukuku* (Filiz 1991) 711-712.

⁴⁴ Noverraz, ‘Art 782-792 CC’ (n 2) art 788 CC para 8; Noverraz, *Constitution et contenu de la charge foncière* (n 2) 102.

kendisini göstereceği ifade edilmiştir⁴⁵. Gene de esas tartışma, iki problem etrafında yapılmaktadır: İlk olarak, taşınmaz yükünün bağlandığı irtifaka oranla ikincil olmasının gerekliliği incelenmekte; ikinci olarak ise, taşınmaz yükü ile bağlı olduğu irtifak hakkının yükümledikleri taşınmazın farklı taşınmazlar olabilmesi imkanı sorgulanmaktadır.

1. Taşınmaz Yükünün İrtifak Hakkına İkincil Olmaması

Taşınmaz yükü ile bağlı olduğu irtifak hakkı arasında bir iç bağlantıdan söz edilebilmesi için, bu yükün aynı MK 779/II’de olduğu gibi irtifak hakkının kullanımını mümkün kılması, kolaylaştırması ya da emniyet altına alması gerekir. Aksi takdirde, taşınmaz yükünün irtifaka bağlanmasının bir anlamı kalmayacaktır. Bu noktada tartışılması gereken husus, irtifaka bağlanan ve irtifaka hizmet eden bu taşınmaz yükünün, aynı MK 779/II’deki yan edim gibi ikincil olmasının aranıp aranmayacağıdır.

Bu tartışmanın temelinde, Liver’in taşınmaz yükünün ikincil edim olmaması durumunda, yükten kurtarmaya ilişkin hükümlerin dolanılması tehlikesinin bulunduğu görüşü⁴⁶ yer almaktadır. Yazara göre⁴⁷, irtifak hakkı ile yüklü taşınmaz sahibine yüklenmiş bulunan katlanma borcu karşısında taşınmaz yükü konusu olan yapma borcunun açıkça ana borç olarak görünmemesi, yüklü taşınmaz sahibinin taşınmazın yükten kurtarılmasını talep etmesini önler.

Eski tarihli kararlarında⁴⁸ geniş yorum yaparak böyle bir şart aramayan Federal Mahkeme, sonraki tarihli kararlarında Liver’in bu görüşüne yaklaşmıştır. Mahkeme’nin 1968 tarihinde yayınlanan emsal kararına konu uyumsuzlukta⁴⁹, Murg İplik Fabrikası, 1937 tarihinde Murg’da üzerinde marangozhane bulunan bir taşınmazı iktisap etmiştir. Söz konusu taşınmaz lehine, 1615 yılından beri eşyaya bağlı bir hak olarak Murg Gölü’nden su alma hakkı tanınmış olup, buna karşılık taşınmaz, işletilen marangozhanenin sahiplerinin Murg Komünü’ne en uygun fiyatla tahta kesmeleri borcu ile yüklenmiştir. 27 Ağustos 1962 tarihinde Murg İplik Fabrikası AŞ, Murg Komünü’nün tahta kesme anlaşmasını fesheder. Murg Komünü bu tahta kesme hakkının sürekli bir irtifaka yani eski su hakkına bağlı olmasından ötürü geri alınamayacağını bildirerek feshe karşı çıkar. Murg

⁴⁵ Piotet (n 6) 241.

⁴⁶ Peter Liver, *Die Grunddienstbarkeiten, Art 730-744 ZGB, Zürcher Kommentar*, vol IV/2a/1 (3th edn, Schulthess 1980) art 730 ZGB para 220-222.

⁴⁷ Liver (n 46) art 730 ZGB para 222. Bu görüşü destekleyen bir başka yazar için bkz Jenny (n 6) art 783 ZGB para 9.

⁴⁸ Bir fabrika lehine tanınan su alma irtifakı için, yüklü taşınmaz malikinin aynı zamanda suyun toplandığı havzanın bakımını yapma ve burayı temizleme borçlarını üstlenmesinin geçerli olarak bir taşınmaz yükünün konusunu oluşturabileceği ve bu irtifak ve taşınmaz yükünün birbirine bağlı olduğuna ilişkin olarak bkz BGE 45 II 386; üst hakkı bedelini teminat altına almak için kurulan taşınmaz yükünün İsvMK 788/III gereği yükten kurtarılamayacağına ilişkin olarak bkz BGE 52 II 27. Belirtelim ki, bu son karar üst hakkına ilişkin detaylı düzenlemelerin öngörülmesinden ve üst hakkı bedelinin kanundan doğan ipotek hakkı ile güvence altına alınmasına ilişkin düzenlemelerden önce tarihlidir.

⁴⁹ ATF 93 II 71 = JdT 1968 I 244.

İplik Fabrikası AŞ, Saint Gallen Kanton Mahkemesi'ne başvurarak feshin geçerli olduğunu ve Murg Komünü sakinlerine artık indirimli fiyatla tahta kesmek zorunda olmadığını tespitini; fesih üzerine tahta kesme hakkının terkin edilmesini; yükten kurtarma bedelinin hakim tarafından belirlenmesini talep eder. Davacının iddiası, su alma irtifakı ile uygun fiyata tahta kesme yükünün birbirinden bağımsız olmasına, İsvMK 788/III (MK 845/III)'ün uygulama alanı bulamayacağına dayanır. Davalı ise karşı dava açarak kendisi ve Murg sakinlerinin zararı için 2000 Fr ödenmesini; Komün ve Murg sakinleri için uygun fiyattan tahta kesilmesine devam edilmesini talep eder. 22 Kasım 1966'da Kanton Mahkemesi, tahta kesme hakkının geçerli bir şekilde feshedildiğini ve tapu sicilinden terkin edildiğini, davacının yükten kurtarma için tarafların üzerinde anlaştıkları 22500 Fr bedel ödeyeceğini ve karşı davanın reddedildiğini hükme bağlar. Davalının temyiz talebi üzerine Federal Mahkeme, tahta kesme hakkının bir taşınmaz yükü olduğunu ve İsvMK 788 (MK 845)'in uyuşmazlığa uygulanabileceğini tespit ettikten sonra, otuz yılın sonunda taşınmaz yükünün geri alınması kamu düzeninden kaynaklandığı için bu kurala istisna getiren bir düzenlemenin geniş yorumlanamayacağını belirler. İkincil olmayan bir yapma borcu bir irtifaka bağlandığında ve taraflar yüklü taşınmaz malikinin aynı sorumluluğunu kararlaştırdıklarında, taşınmaz yükü ile karşılaşılır. İsvMK 788/III bu halde taşınmazların irtifakın sona ermesinden önce yükten kurtarılmasını engeller. Bu yükten kurtarma, taşınmaz yüküne konu olan yapma edimi ile net olarak katlanma ya da kaçınma yükümüne oranla asli borç olarak karşılaşılmadığı durumlarda engellenir. Federal Mahkeme'ye göre, uygulama sadece taşınmaz yükünün sürekli bir irtifakın zorunlu edimi olduğu hallerle sınırlandırılmalı, İsvMK 788/III (MK 845/III) geniş yorumlanmamalıdır. Önüne gelen ihtilafa ilişkin olarak ise Federal Mahkeme, uygun bedelle tahta kesme borcunun su alma irtifakının kullanılmasına hizmet etmemesi dolayısıyla İsvMK 788/III (MK 845/III)'ün uygulama alanı bulamayacağına ve taşınmazın yükten kurtarılabilmesine hükmetmiştir.

Öncelikle Federal Mahkeme'nin taşınmaz yükünün yan hak olarak irtifak hakkına bağlandığı değerlendirmesi kanaatimizce haklıdır. Bunun sonucunda, taşınmaz yükünün irtifaka yabancı bir edim öngörmemesi, aynı MK 779/II'deki gibi irtifakın kullanılmasının mümkün kılınmasına, kolaylaştırmasına ya da emniyet altına alınmasına hizmet etmesi makul bir yorum olarak değerlendirilmelidir. Bu şekilde aralarına amaç ve fonksiyon bakımından bir bağ doğmaktadır⁵⁰. Ancak taşınmaz yükü ile irtifak hakkı bir bütün oluşturduklarında, taşınmazın yükten kurtarılmasının engellenmesi anlam kazanır⁵¹. Bu çerçevede, sürekli ve bağımsız bir irtifak olarak tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilmiş bir kaynak hakkı üzerinden tanınan su verme yükü, ancak irtifak mevcut oldukça ayakta kalacaktır. Bu bakımdan, irtifak

⁵⁰ Galland (n 17) 336; Noverraz, *Constitution et contenu de la charge foncière* (n 2) 103 fn 469; Piotet (n 10) 140; Steinauer, *Les droits réels*, vol 3 (n 2) para 2616.

⁵¹ Bu yönde bkz Galland (n 17) 333; Noverraz, *Constitution et contenu de la charge foncière* (n 2) 12; Piotet (n 10) 140 fn 30.

hakkı ile taşınmaz yükü bir bütün oluşturmaktadır. Zira sadece taşınmaz yükü irtifak hakkı ile bir bütün oluşturduğunda, taşınmaz yükünün sona ermesi irtifak hakkı sahibinin menfaatini zedelemektedir⁵².

Bununla birlikte, taşınmaz yükünün irtifak karşısında ikincil nitelikte bulunmasına ilişkin ısrarın gerekliliği tartışılmalıdır⁵³. Öncelikle MK 845/III'ün lafzına baktığımızda, MK 779/II gibi yapma ediminin irtifak hakkına “yan edim” olarak bağlanmasını öngörmediğine dikkat çekmek isteriz⁵⁴. Kanunda bu dar yorumu destekleyecek bir husus bulunmamaktadır. Kanun irtifak hakkı ile taşınmaz yükü arasında bir bağlantı bulunması gerektiğini bildirmekle beraber, bu bağlantının nasıl olması gerektiğini düzenlememektedir. İrtifak hakkına bağlanan taşınmaz yükünün irtifaktan daha ağır bir yük arz etmemesini aranır ise, taşınmaz yükü ile irtifaka bağlanan yapma edimi arasındaki tek fark, sorumluluğun aynı mi yoksa kişisel mi olduğu noktasına kendisini gösterecektir. Oysa yan yapma borcunu ceza koşuluna bağlayıp rehinle teminat altına almak gibi yöntemlere başvurmak sureti ile bu fark da etkisiz hale getirilebilmektedir⁵⁵.

Bu çerçevede, sadece irtifak sözleşmesinde öngörülüp tapu siciline yansıtılarak eşyaya bağlı borç haline getirilebilen irtifaka bağlı bir yapma edimi öngörmek yerine, tarafların iki farklı sözleşme akdedip iki farklı tescil talebinde bulunarak irtifaka bağlı taşınmaz yükü kurmayı hangi sebeple tercih edecekleri sorgulanmalıdır. Aralarındaki tek fark ifa etmemeden kaynaklanan sorumluluğun türü ise, MK 845/III'ün MK 779/II karşısında elverişsiz kaldığını kabul etmek gerekir. Oysa normal şartlarda asli bir edim öngören taşınmaz yükünü, edim yükü ikincil olacak biçimde kurup irtifak hakkına bağlamak, bu kurumun amacı ile bağdaşmadığı gibi MK 845/III'in kadük bir hüküm haline getirir. Zira salt aynı sonucun elde edilmesi için tek bir sözleşme yapıp tek tescil talebinde bulunmak varken kimse iki farklı sözleşme akdedip iki ayrı tescil talebinde bulunmayı tercih etmeyecektir. Yapma edimini tescile yansıtmak yerine taraflar daha masraflı olan taşınmaz yükü kurup irtifak hakkına bağlamayı tercih etmişler ise, yapma borcunun irtifaka oranla ikincil kalmamasını istedikleri, hatta belki bu yapma borcunun irtifaka oranla daha ağır bir külfet yüklemesine ihtiyaç duydukları sonucuna varılmalıdır⁵⁶.

2. Taşınmaz Yükü ile İrtifak Hakkının Aynı Taşınmazı Kayıtlaması

Taşınmaz yükünün irtifak hakkına bağlanarak yükümlünün talebi üzerine yükten kurtarılmasının önlenmesi için aralarında bir iç ilişkinin bulunması

⁵² Galland (n 17) 336.

⁵³ Bu sınırlayıcı yorumu tartışmaya açan P. Piotet, sonuç beyan etmemektedir. Piotet (n 10) 140 fn 31.

⁵⁴ Galland (n 17) 334-335; Göksu (n 2) art 787-788 ZGB para 11; Steinauer, *Les droits réels*, vol 3 (n 2) para 2616.

⁵⁵ Galland (n 17) 339.

⁵⁶ Novveraz, *Constitution et contenu de la charge foncière* (n 2) 104-105; 11; Schmid-Tschirren (n 2) art 788 ZGB para 11; Schüpbach (n 2) I. 3.

gerektiğini yukarıda da ifade etmiştik⁵⁷. Bu iç ilişkinin kabul edilebilmesi için, taşınmaz yükü ile irtifakın aynı taşınmazı yükümlemelerinin zorunlu olup olmaması tartışılmıştır.

Bazı yazarlar⁵⁸, irtifak hakkından yararlanan arazinin üzerinde, bu irtifak hakkına hizmet edecek şekilde taşınmaz yükü kurulduğunda, aralarında bir iç ilişkinin oluştuğunu ileri sürmektedirler. Dolayısıyla bu yazarlara göre, irtifak hakkı ile taşınmaz yükünün aynı araziyi yükümlemesi mecburi değildir. Söz konusu taşınmaz yükü yine MK 845/III gereği sona erdirilemeyecektir. Bu duruma örnek olarak, imar kurallarına istisna getiren bir irtifak hakkından yararlanan taşınmaz malikinin, imar kurallarına aykırılığı maskeleyen için bir düzenek kurmaya yönelik taşınmaz yükü altına girmesi ya da inşaat kısıtlaması irtifakından yararlanan taşınmaz malikinin inşaatın bakımını yapmayı öngören bir taşınmaz yükü altına girmesi gösterilmektedir. Her iki durumda taşınmaz yükü, irtifak hakkının kullanımını mümkün kılması ya da kolaylaştırması açısından ona bağlıdır⁵⁹. Bunun karşısında ise, taşınmaz yükünün irtifaka bağlı kabul edilebilmesi için her iki sınırlı aynı hakkın aynı taşınmazı yükümlemesi gerektiği görüşü yer alır⁶⁰.

Federal Mahkeme'nin sürekli irtifaklara bağlanan taşınmaz yüklerine ilişkin emsal kararında⁶¹ da bu sorun tartışma konusu yapılmıştır. Mahkeme'ye göre iç bağlantıdan söz edilebilmesi için, ya taşınmaz yükü ile irtifakın aynı taşınmazı yükümlemesi ya da taşınmaz yükünün, lehine irtifak tesis edilen (yararlanan) taşınmaza ilişkin olması lazımdır. Ancak, İsvMK 788/III (MK 845/III)'ün lafzı ve konuluş amacı incelendiğinde, Mahkeme'ye göre hem irtifakın hem de taşınmaz yükünün aynı taşınmazı yükümlemesi gerekir. Otuz yıllık sürenin sonunda her türlü taşınmaz yükünün yükten kurtarılabilmesi gerekir iken, taşınmaz yükü sürekli bir irtifak hakkına bağlandığında, irtifak hakkı var oldukça onun kullanımına hizmet eder. Bu süreçte taşınmaz yükü ile yüklü taşınmaz yükten kurtarılabilse idi, irtifak hakkı ayakta kalmasına rağmen irtifak hakkı sahibinin menfaatleri büyük oranda zedelenecekti. Dolayısıyla hükmün konuluş amacından, yükümlünün

⁵⁷ III. B.

⁵⁸ Foëx (n 39) 123; Galland (n 17) 338; Noverraz, 'Art 782-792 CC' (n 2) art 788 CC para 9; Noverraz, *Constitution et contenu de la charge foncière* (n 2) 102-103; Piotet (n 6) 242; Simonius and Sutter (n 2) 302.

⁵⁹ Örnekler için bkz Noverraz, 'Art 782-792 CC' (n 2) art 788 CC para 10, fn 11; Schüpbach (n 2) II. 3.

⁶⁰ Bertan (n 13) 1626-1627; Göksu (n 2) art 787-788 ZGB para 11; Jenny (n 6) art 788 ZGB para 8; Schmid-Tschirren (n 2) art 788 ZGB para 13; Steinauer, *Les droits réels*, vol 3 (n 2) para 2616; Tuor, Schnyder, Schmid and Rumo-Jungo (n 2) § 109 para 21.

⁶¹ ATF 93 II 71 = JdT 1968 I 244. Aynı şekilde, komünün bir marangozhane ile değerini, marangozhanenin komün halkı için uygun fiyatta iş yapması yükü ile devretmesi; sonrasında da değerim için komün mülkiyetindeki bir taşınmazdan kaynak irtifakı tanınması durumunda, taşınmaz yükü ile irtifakın aynı taşınmaz üzerinde tesis edilmemiş olmasından bağlı olmadıkları ve taşınmazın yükten kurtarılabilmesine ilişkin Federal Mahkeme kararı için bkz ZBGR 48/1967, 354-361. Federal Mahkeme'nin yanı sıra Kanton İdare Mahkemeleri'nin de bu sonucu benimsedikleri görülmektedir. Örnek olarak, Bern Kanton İdare Mahkemesi önüne gelmiş bir uyuşmazlıkta, irtifaka bağlı taşınmaz yükü ile yüklü taşınmazın yükten kurtarılması için, bu iki hakkın aynı taşınmazı yükümlemesi gerektiği vurgulanmıştır. Somut olayda da, komşu taşınmazın atık sularının kendi taşınmazına akıtılmasına katlanma külfeti altında olan malikinin, bu atık suların biriktirildiği gübre çukurundaki gübreleri komşu taşınmaz malikine verme borcu altında olması dolayısıyla hakların birbirine bağlı olduğu ve taşınmazın yükten kurtarılamayacağı sonucuna varmıştır. Karar için bkz ZBGR 50/1969, 229-234.

irtifak hakkı sahibinin hakkından daha rahat yararlanabilmesi için taşınmaz yükü altına gireceğinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu durumda taşınmaz yükü bir yan hak olarak değerlendirildiğinde, ister istemez irtifak ile taşınmaz yükünün yüklü taşınmaz üzerinde kurulması gerektiği sonucu çıkmaktadır⁶². Kaldı ki yararlanan taşınmaz maliki ya da irtifak hakkı sahibine yüklenen taşınmaz yükü, irtifak hakkı ayakta kaldıkça hak sahibine bir külfet oluşturacaktır. Bu sebeple söz konusu taşınmaz yükü, irtifakın kullanımını kolaylaştıracak olsa da hak sahibinin menfaatine hizmet etmeyeceğinden irtifaka yükten kurtarılamaz bir biçimde bağlanamaz.

IV. Taşınmaz Yükünün İrtifaka Bağlanması Sonuçları

Bu başlık altında, taşınmaz yükünün bağlandığı irtifak hakkının sona ermesi (A) ile, yüklü taşınmazın bölünmesinin (B) taşınmaz yüküne etkilerini değerlendireceğiz.

A. Taşınmaz Yükünün Bağlı Olduğu Sürekli İrtifak Hakkının Sona Ermesinin Sonuçları

Taşınmaz yükünün bağlı olduğu sürekli irtifak hakkının sona ermesinin sonuçları hakkında da öğretide tartışma bulunmaktadır. Özellikle irtifak ile taşınmaz yükünün farklı taşınmazlar üzerinde de kurulması halinde aralarında bir iç bağlantı olabileceğini ileri süren yazarlar⁶³, irtifakın sona ermesi halinde buna bağlı taşınmaz yükünün ayakta kalacağını ve otuz yılın dolması ile artık yükten kurtarılacağını ileri sürmektedirler. Buna karşılık irtifak ile birlikte taşınmaz yükünün de sona ereceğini ileri süren yazarlar da bulunmaktadır⁶⁴. Kanaatimizce irtifak hakkı ile taşınmaz yükünün, amaç ve fonksiyon bakımından irtifak hakkına bağlanan yapma borçları ile benzer şekilde kurulmasının bir anlamı olmalıdır. O da, şayet irtifak hakkı sona erer ise, ona bağlı olarak kurulan taşınmaz yükünün de sona erecek olmasıdır.

Bununla beraber taşınmaz yükü irtifak hakkına bağlandığında, yüklü taşınmaz maliki yükten kurtarmayı talep edemese de, taşınmaz yükü sahibinin MK 844'ün şartları oluşmuş ise yükten kurtarma hakkı vardır⁶⁵.

⁶² Jenny (n 6) art 788 ZGB para 8; Steinauer, *Les droits réels*, vol 3 (n 2) para 2616.

⁶³ Noverraz, 'Art 782-792 CC' (n 2) art 788 CC para 13; Noverraz, *Constitution et contenu de la charge foncière* (n 2) 105; Piotet (n 6) 244.

⁶⁴ Liver (n 46) art 730 ZGB para 195. Özellikle irtifak hakkının MK 785 gibi bir halle sona ermesi durumunda taşınmaz yükünün de sona ereceğine ilişkin olarak bkz Göksu (n 2) art 787-788 ZGB para 11; Schmid-Tschirren (n 2) art 788 ZGB para 12. Her olayda doğrudan bu çıkarsamaya başvurmak yerine, somut olayın özelliklerine göre bir denetimin yapılmasının da yerinde olacağını ortaya koyan katılmadığımız başka bir görüş de bulunmaktadır. Şöyle ki irtifak hakkı ile taşınmaz yükü birbiri ile bağlanmış olmak ile beraber irtifak hakkının sona ermesine rağmen ayakta kalan bu yük yine de irtifak hakkı sahibine bir yarar sağlamakta ise, taşınmaz yükünün ayakta kalması için hâlâ hukuki bir sebep bulunur. Bu istisnai durumla sınırlı kalmak koşulu ile ayakta tutulan taşınmaz yükü, MK 845/1, b 2 gereği otuz yılın dolması ile yükümlünün talebi üzerine sona erdirilebilecektir. Bertan (n 13) 1626.

⁶⁵ Rossel and Mentha (13) 79.

B. İrtifak ile Yüklü Taşınmazın Bölünmesinin Taşınmaz Yüküne Etkisi

İrtifak hakkından yararlanan taşınmazın bölünmesinin irtifaka bağlı taşınmaz yüküne bir etkisi olmadığından, bu başlık altında sadece irtifak ile yüklü taşınmazın bölünmesi ele alınacaktır⁶⁶.

Sadece taşınmaz yükü ile yüklü taşınmazın bölünmesi halinde, edim bölünebilir bir edimse, her parselin değerine göre yük de, edim de aktarılacaktır⁶⁷. Edim bölünemez bir edim ise, yük yeni parsellerin değerine göre bölünür; edim en değerli ya da en uygun parsele aktarılır⁶⁸. Edimi yerine getirme borcu, yüklü taşınmazın ekonomik niteliğinden doğan parsellere aktarılacak olsa da yük, taraflar aksine anlaşmadıkça, her yeni oluşan parsele orantılı bir şekilde aktarılmalıdır⁶⁹. Taşınmaz yükü alacaklısı bu paylaşımı kabul etmez ise, MK 844/b 1 uyarınca taşınmazın yükten kurtarılmasını talep edebilir.

İrtifak hakkı ile taşınmaz yükünün aynı taşınmazı yükümledikleri ihtimalde araların iç bağlantının bulunduğunu kabul ettiğimizden, irtifak ile yüklü taşınmazın bölünmesi, aynı zamanda taşınmaz yükü ile yüklü taşınmazın bölünmesi anlamına gelmektedir. İrtifak, yeni oluşturulan parsellerden bazılarında aktarılamaz ise, bu parseller taşınmaz yükünden de kurtulacaktır⁷⁰. Bu sebeple, MK 792-793'teki ilkeler buraya da uygulanır⁷¹. Böylece bölünme halinde, taşınmaz yükü alacaklısının bir karar vermesi gerekir: ya MK 844/b 1 gereği haklarının önemli ölçüde tehlikeye düşürüldüğünü iddia ederek taşınmazın yükten kurtarılmasını isteyecek ya da yararlandığı teminatın bir bölümünden vazgeçecektir⁷². Belirtmemiz gerekir ki, alacaklının böyle bir seçim ile karşı karşıya bırakılmasını eleştiren yazarlar da vardır⁷³. Taşınmaz yükü ile irtifakın aynı taşınmazı yükümlemelerinin bir zorunluluk olmadığı görüşündeki bu yazarlar, MK 792-793'teki ilkeleri taşınmaz yüküne de uygulamak yerine, yeni oluşan parsellere de taşınmaz yükünün aktarılmasını,

⁶⁶ Taşınmaz yükünden yararlanan taşınmaz bölündüğünde, oluşan yeni parseller taşınmaz yükünden değerleri oranında yararlanır. Edim yararlanan taşınmazın işletilmesine yönelik ise, taşınmaz yükü alacağı sadece bu işletmeden yararlanan parsellerin maliklerine ait olacaktır. Jenny (n 6) art 792 ZGB para 7; Leeman (n 2) art 792 ZGB para 19; Josette Moullet Auberson, *La division des biens-fonds* (Editions universitaires Fribourg 1993) 284-285; Piotet (n 6) 242-243; Piotet (n 10) 142-143; Simonius and Sutter (n 2) 306-307; Wieland (n 33) 673. Taşınmaz yükünün diğer parsellerden MK 785'in kıyasen uygulanması sureti ile terkin edileceğine ilişkin olarak bkz Köprülü and Kaneti (n 2) 248. Her yeni oluşan parselin malikinin edimin yerine getirilmesini istemesi yükün ağırlaşmasına sebep olur ise, edim ve yükten kurtarma değerinin yeni oluşan parsellere paylaşılması gündeme gelebilir. Leeman (n 2) art 792 ZGB para 17-18; Moullet Auberson (n 66) 283; Simonius and Sutter (n 2) 306; Wieland (n 33) 673.

⁶⁷ Moullet Auberson (n 66) 276.

⁶⁸ Moullet Auberson (n 66) 277.

⁶⁹ Moullet Auberson (n 66) 280; Wieland (n 33) 673. Edim ile yük değeri arasında fark gözetmeksizin edimden kurtulan parsellerin yükten de kurtulacağına, alacaklının sadece yükten kurtarma hakkını kullanabileceğine ilişkin karşıt görüş için bkz Simonius and Sutter (n 2) 306.

⁷⁰ Bu çerçevede, MK 785'in kıyasen taşınmaz yüküne uygulanabileceği görüşündeki yazarlar için bkz Köprülü and Kaneti (n 2) 240; Leeman (n 2) art 782 ZGB para 58; Schmid-Tschirren (n 2) art 786 ZGB para 3. MK 785'in genel olarak uygulama alanı için bkz Tek (n 1) 129 ff.

⁷¹ Göksu (n 2) art 792 ZGB para 3; Liver (n 46) art 744 ZGB para 42.

⁷² Liver (n 46) art 744 ZGB para 42-44; Moullet Auberson (n 66) 271.

⁷³ Bu karşıt görüş için bkz Piotet (n 6) 244; Piotet (n 10) 142.

ancak irtifak hakkından kurtulan parsellerdeki taşınmaz yüklerinin MK 845/III'ün uygulanması ile, otuz yılın sonunda yükten kurtarılabilir olmasını önermektedirler. Aynı taşınmazı yükümleyen taşınmaz yükü ile irtifak hakkının birbirinden bağımsız olmaları halinde kabul görecektir bu görüşün, taşınmaz yükünün irtifaka bağlanması amacıyla kurulduğuna dikkat çekilerek bu iki hak arasındaki iç bağlantının gözden kaçırıldığı haklı olarak ifade edilmiştir⁷⁴.

V. Sonuç

İrtifak haklarına yan borç olarak bağlanabilen yapma edimlerinin, irtifak hakkının kullanılmasını mümkün kılmak, kolaylaştırmak ve emniyete almak işlevinin yanında, getirdiği külfetin irtifak hakkına oranla daha az olması gerekir. Aynı zamanda, bu yan borcun ifa edilmemesi halinde, yüklü taşınmaz malikinin kişisel sorumluluğu gündeme gelecektir. Yine irtifak haklarını bir yapma edimi ile desteklemek istendiği, ancak bu yapma ediminin irtifak hakkına oranla aynı ya da daha ağır bir külfet getirmesine yönelik bir ihtiyaç duyulduğu ya da yüklü taşınmaz malikine sadece sınırlı bir ayni sorumluluk tanınmakla yetinildiği durumlarda artık taşınmaz yüküne başvurulması gerekir. Taşınmaz yükü ile irtifak hakkı, kural olarak birbirinden bağımsız iki ayni haktır ve farklı düzenlemelere tâbidir. Ne var ki, kanun koyucu taşınmaz yükünün bazı şartlar altında irtifak hakkına bağlanmasını mümkün kılmıştır. İrtifak hakkının kullanılmasını mümkün kılmak, kolaylaştırmak ya da emniyet altına almak işlevi görecektir bu taşınmaz yükü, sürekli bir irtifak hakkına bağlanmış olmalıdır. Bununla birlikte, taşınmaz yükünün malik için irtifak hakkından daha az bir külfet getirmesi beklenmez. Aynı zamanda, taşınmaz yükü ile bağlı olduğu irtifak hakkının aynı taşınmazı kayıtlamaları gerekir.

Taşınmaz yükünün irtifak hakkına bağlanması, öncelikle MK 845/III'te belirtildiği üzere taşınmazın taşınmaz yükü borçlusu tarafından yükten kurtarılması talebini engeller. Hatta, bu iki hak arasındaki bağlantı dolayısıyla, irtifak hakkının sona ermesi halinde, taşınmaz yükü de sona erecektir; zira taşınmaz yükü, bağlı olduğu irtifak hakkına hizmet etmek amacıyla kurulmuştur. Bu iki hak ile yükümlenmiş taşınmazın bölünmesi halinde, irtifak hakkı ile kayıtlanan yeni parsellere taşınmaz yükü de aktarılacak; irtifak hakkının nakledilmediği parsellerden taşınmaz yükü terkin edilecektir. Bu son ihtimalde taşınmaz yükü alacaklısının, yararlandığı teminatın bir kısmından vazgeçme ya da haklarının önemli ölçüde tehlikeye düşürüldüğünü iddia ederek taşınmazın yükten kurtarılmasını isteme hallerinden birini seçmesi gerekir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

⁷⁴ Moullet Auberson (n 66) 272-273.

Kaynakça/References

- Akipek J, Akıntürk T and Ateş D, *Eşya Hukuku* (2nd edn, Beta 2018).
- Argul MC, ‘Art 730-743 CC’, in Pascal Pichonnaz and Bénédict Foëx (eds), *Commentaire romand, Code civil II* (Helbing&Lichtenhahn 2016).
- Bertan S, *Ayni Haklar*, vol 2 (Balkan 1976).
- Esenler T and Güven K, *Eşya Hukuku* (7th edn, Yetkin 2017).
- Foëx B, ‘Une faille dans la protection du grevé en cas de réalisation forcée du droit de superficie: la charge foncière comme solution?’, in Bénédict Foëx and Luc Thénévoz (eds), *Insolence, désentêtement et redressement, Etudes réunies en l’honneur de Louis Dollèves* (Helbing&Lichtenhahn 2000).
- Galland C, *Le contenu des servitudes foncières, Aspects de droits réels et obligations de faire rattachées à la servitude* (Schulthess 2013).
- Göksu T, ‘Art 667-712, 730-744, 780-792 ZGB’, in Marc Amstutz and others (eds), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3th edn, Schulthess 2016).
- Gürsoy KT, Eren F and Cansel E, *Türk Eşya Hukuku* (2nd edn, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1984).
- Hatemi H, Serozan R and Arpacı A, *Eşya Hukuku* (Filiz 1991).
- Huber E, *Exposé des motifs de l’avant-projet (de Code civil suisse) du Département civil de justice et de police* (2nd edn, Böhler&Co 1902).
- Jenny D, ‘Art 782-792’, in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Thomas Geiser (eds), *Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar* (5th edn, Helbing&Lichtenhahn 2015).
- Köprülü B and Kaneti S, *Sınırlı Ayni Haklar* (2nd edn, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1982-1983).
- Leeman H, *Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Art 730-918 ZGB, Berner Kommentar*, vol IV/2 (Stämpfli 1925).
- Liver P, *Die Grunddienstbarkeiten, Art 730-744 ZGB, Zürcher Kommentar*, vol IV/2a/1 (3th edn, Schulthess 1980).
- Moulet Auberson J, *La division des biens-fonds* (Editions universitaires Fribourg 1993).
- Noverraz J-D, *Constitution et contenu de la charge foncière* (Bis et Ter 2005).
- ‘Art 782-792 CC’, in Pascal Pichonnaz and Bénédict Foëx (eds), *Commentaire romand, Code civil II* (Helbing&Lichtenhahn 2016).
- Oğuzman MK, Seliçi Ö and Oktay-Özdemir S, *Eşya Hukuku* (21st edn, Filiz 2018).
- Piotet D, *Traité de droit privé suisse*, vol V/2, *Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières* (2nd edn, Helbing&Lichtenhahn 2012).
- Piotet P, *Traité de droit privé suisse*, vol V/3, *Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières* (Editions universitaires Fribourg 1978).
- Rossel V and Mentha FH, *Manuel de droit civil suisse*, vol 3 (2nd edn, Payot 1922).
- Schmid-Tschirren C, ‘Art 730-792, 884-915 and 21, 34-36 SchlT’, in Andrea Böhler and Dominique Jakob (eds), *Kurzkommentar Zivilgesetzbuch* (Helbing&Lichtenhahn 2012).
- Schüpbach H-R, ‘La charge foncière, une mal aimée, une mal connue’, < <http://www.icone-consultation-notariale.ch/conf-21-06-2001.htm> > Erişim Tarihi 15 March 2019.
- Simonius P and Sutter T, *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht*, vol 2, *Die beschränkten dinglichen Rechte* (Helbing&Lichtenhahn 1990).

Sirmen L, *Eşya Hukuku* (6th edn, Yetkin 2018).

Steinauer P-H, *Les droits réels*, vol 2, *Propriété foncière, propriété mobilière, généralités sur les droits réels limités, servitudes foncières* (4th edn, Stämpfli 2012).

— *Les droits réels*, vol 3, *servitudes personnelles, charges foncières, gages immobiliers, gages mobiliers*, (4th edn, Stämpfli 2012).

Tek GS, *Yararı Kalmayan ya da Azalan İrtifak Haklarının Sona Ermesi (MK m. 785)* (Oniki Levha 2017).

Tuor P, Schnyder B, Schmid J and Rumo-Jungo A, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch* (14th edn, Schulthess 2015).

Wieland C, *Les droits réels dans le Code civil suisse*, vol 1 (Henri Bovay tr, M. Giard&E. Brière 1913).

