

TÜRK HUKUKUNDA MECRALAR

Yazan: Asistan Dr. Halûk Tandoğan

B. Komşuluk Münasebetlerine Müsteniden Tesis Edilen Mecralar (1)

Yazımızın ilk kısmının başında (2), başkasının gayrimenkulü üzerinden mecra geçirmek zaruretinde olanların, çok defa, bu gayrimenkul sahibinin rızasını istihsal edemediklerine veya onun tarafından istismar edilmek tehlikesine maruz bulduklarına işaret etmiştik. Gerçi, umumî menfaati ilgilendiren mecraların tesisi için bunları kuran teşebbüsler muhtelif kanunlarla kendilerine tanınmış olan istimplâk salâhiyetinden is-

(1) Etüdümüzün "Umumiyetle Mecralar" a tahsis edilmiş olan A. kısmı, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisinin bundan evvelki sayısında (Cilt IX (1952), sayı 3-4 sh. 135-166 da) neşredilmiş bulunmaktadır.

Bu kısmın intişarından sonra, Emil Thomas Tobler'in mevzuumuzla doğrudan doğruya alakalı olan tezi (Die dinglichen Rechte des Zivilgesetzbuches dargestellt am Beispiel der Leitungen, Diss. Bern 1953) çıkmıştır. Tobler de (a. g. e., sh. 157-158), Prof. Hirsch gibi (Bk. makalemizin A. kısmı, IV, 1), MK. m. 653 deki teferruat ve tes-cilden muafiyet prensiplerinin bilhassa şahsî mahiyetteki mecra irtifak hakları için vaz edilmiş olduğu fikrini müdafaa etmektedir. Tobler'e göre, mecra, teşebbüsün üzerinde bulunduğu gayrimenkul lehine müesses bir irtifak hakkına binaen yerleştirilmişse, MK. m. 653 hükmü mevcut olmasaydı dahi, bu gayrimenkulün temlikî veya terhini mecraya da şâmil olurdu; binaenaleyh mezkûr maddedeki teferruat esasının ancak şahsî mahiyetteki irtifak hakları mucibince konulan mecralar için pratik ehem miyeti vardır.

Fikrimizce teşebbüs sahibi, teşebbüsün bulunduğu gayrimenkulün maliki değilse veya gayrimenkul üzerinde bir inşaat yahut kaynak hakkı yoksa, şahsî mahiyetteki bir mecra irtifak hakkına binaen yerleştirdiği mecraları teşebbüsle birlikte gayrimenkul rehni hükümlerine tevfi kan terhinine imkân yoktur. Diğer taraftan, böyle şahsî bir irtifak hakkının, Tobler'in kabul ettiği gibi, yazılı bir mukavele ile temlik veya terhininin (MK. m. 868) gayrimenkul vasfını taşıyan mecralara teşmilinin ne derece doğru olacağı cayı sualdir.

Gene Tobler'in kanaatinca (a. g. e., sh. 44,48-49, 62), şahsî mahiyetteki bir irtifak hakkının sahibinin kim olduğu hususunda kâfi derecede aleniyet bulunmaması bir mahzur teşkil etmez; binaenaleyh, tescil muafiyeti esasî şahsî bir irtifak hakkı mucibince kurulan açıktaki mecralar için de varittir.

Nihayet Tobler, mecra irtifak hakkının müruru zamanla iktisabı hususunda da orijinal fikirler ileri sürmektedir (a. g. e., sh. 75-85).

(2) Bk. Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt IX, sayı 3-4, sh. 135. (Sh. 135, satır. 21 de "karşılaşılan güçlükler o nisbette aramaktadır" ibaresinin doğrusu "karşılaşılan güçlükler o nisbette artmaktadır" olacaktır; sh. 151 satır 2 deki "m. 653 f. I cümle 1" yerine "m. 653 f. III cümle 1" okunmalıdır).

tifade etmektedirler. Ancak bir mecranın tesisi her zaman âmme menfaati icabı olmayabilir. Bazan da hususî bir şahsın başkasının arazisinden mecra geçirmek hususunda himayeye şayan bir menfaati bulunabilir. Filhakika bir kimsenin su, gaz, elektrik gibi madde ve kuvvetlerden istifade edebilmesi veya arazisinden çıkan suları akıtabilmesi ancak komşusunun gayrimenkulünden mecra geçirmek suretiyle mümkün olabilir; yahut mecra başka yerden geçirilebilse bile bu, aşırı masrafların yapılmasına sebebiyet verebilir. İşte MK. un 668 ve müteakip maddeleri bu gibi halleri nazara almakta ve muayyen şartlar tahakkuk ettiği takdirde, gayrimenkul maliklerine bir zaruri mecra hakkı tanımakta ve komşu arazi sahiplerine de mecranın geçirilmesine tahammül mükellefiyetini yüklemektedir.

I. Komşu gayrimenkulden mecra geçirme salâhiyetinin hukukî mahiyeti ve dermeyan edilme tarzı.

1. Mülkiyetin Kanunundan dolayı neş'et eden takyidi nazariyesi.

Yakın zamana kadar hemen bütün müelliflerin iştirak ettikleri (3) bu nazariyeye göre, MK. m. 668, gayrimenkul mülkiyetinin komşuluk münasebetlerine dayanan kanunî bir takyidini ihtiva etmektedir. Komşu gayrimenkulden bir mecra geçirmeyi isteme salâhiyeti kanunî bir irtifak hakkı değildir. Hattâ bu salâhiyet, mülkiyet hakkı karşısında müstakil olarak yer alan mahdut bir aynı hak olarak da telâkki edilemez (4). Mecra geçirmeyi talep salâhiyeti bu talepte bulunabilecek olan gayrimenkul sahibinin mülkiyet hakkının bir cüz'ünü teşkil eder ve onun nüfuz sahasını genişletir. Mecraya tahammül mükellefiyeti de mecranın katedeceği gayrimenkule müteallik mülkiyet hakkının muhtevasına dahil olur. Hülâsa burada, "bazı salâhiyet ve mükellefiyetlerin komşu gayrimenkullerin mülkiyetiyle sübjektif aynı bir bağlılığı (eine subjektiv - dinglichen Verknüpfung von Recht und Pflicht mit dem Eigentum an den benachbarten Grundstücken)" karşısında bulunmaktadır (5).

MK. m. 668 in derpiş ettiği kanunî mülkiyet takyidi, dolayısıyla vâki olan bir takyiddir (6); yani komşusunun arazisinden mecra geçirmek

(3) Haab, Komm. Art. 691-693, Nr. 2; Leemann, Komm. Art. 691, Nr. 2; Wieland, a. g. e., m. 680 (m. 657), No. 3; Romer a. g. e., sh. 84; Bruggmann, a. g. e., sh. 67; Homberger - Marti, FJS, No. 429, sh. 4; André Robichon: Les rapports de voisinage dans le Code Civil Suisse et la législation cantonale romande, thèse, Lausanne 1914, sh. 170 ve 59; Imre, a. g. e., sh. 130.

(4) Haab, Komm., Art. 691-693, Nr. 2.

(5) Haab, Komm., Art. 691-693, Nr. 2.

(6) Gayrimenkul mülkiyetinin dolayısıyla olan kanunî takyidleri hakkında bk.: Robichon, a. g. e., sh. 59-60; Leemann, Komm. Art. 680, Nr. 29-31; Wieland, a. g. e., sh. 248-249.

isteyen kimse, kendisinin mecra tesisi hususundaki salâhiyetini komşu veya hâk'im tanımadan ve gerekli tazminatı peşin olarak ödemedene önce, doğrudan doğruya MK. m. 668 e istinaden mecraı kuramaz. Şu halde mezkûr maddedeki mülkiyet takyidinin hükümlerini husule getirmesi. mecra kurma salâhiyetinin dermeyanı neticesinde (7), tesisat mülkünden geçecek olan kimsenin yahut hâkimin, bu salâhiyetin şartlarının mevcudiyetini kabul etmesine mütevakıftır.

Hattâ dolayısıyla mülkiyet takyidi nazariyesi taraftarlarından bazıları (8), mülkünde mecra kurulacak şahsın muvafakatını dahi, mecra geçirme salâhiyetinin, MK. m. 668 e binaen, hüküm ifade etmesi için kâfi addetmemektedirler. Bu müelliflerin fikri mucibince, böyle bir muvafakat, MK. m. 668 in şartları mevcut olsa bile sadece şahsî bir hakka vücut verir; mecraı tahammül mükellefiyetinin aynı neticeler tevliid edebilmesi için mutlaka hâkim tarafından tesbit edilmesi lâzımdır.

Buna mukabil, biz gene dolayısıyla mülkiyet takyidi nazariyesi müdafilerinden olan diğer bazı hukukçuların görüş tarzına (9) iştirak ediyoruz: Eğer mülkü taky'id edilen şahıs MK. m. 668 in şartlarının mevcudiyetini kabul ederek mecranın konulmasına rıza gösterirse ve bu şartlar hakikaten de mevcutsa, mecra geçirme salâhiyeti zikredilen maddeye uygun olarak aynı hüküm ve neticeler husul getirir. Mülkünden mecra geçen şahsın muvafakatı inşai karakteri haiz değildir; yani mecra geçirme salâhiyetine yeniden vücut veremez. Bu muvafakat sadece salâhiyetin şartlarının mevcut olduğunun tanınmasından ibaret olup onun hükümlerini husule getirmesine imkân verir.

Haab'a göre (10), eğer MK. m. 668 in şartları tahakkuk etmediği halde mecranın geçirilmesine muvafakat edilmişse, bundan yalnız şahsî bir hak, bir borç doğar; mezkûr şartlar mevcutsa ve fakat komşu, kanunî

(7) Tobler'in kanaatinca (a. g. e., sh. 113), komşuya karşı onun arazisinden mecraı geçirme hususunda bir talepte bulunabilme salâhiyetinden bahsetmek yanlışdır; mecra geçirmek isteyen, sadece mahkemeye müracaatla MK. m. 668 in şartlarının müşahhas hadisede tahakkuk edip etmediğinin tesbiti hususunda bir dava açmak salâhiyetini (einen prozessualen Anspruch) haizdir.

(8) Wieland, a. g. e., m. 691 (668), No. 7; Aloys Waldis: Das Nachbarrecht, Dritte Auflage, Luzern 1924, sh. 167; Robichon, a. g. e., sh. 186-187.

(9) Haab, Komm. Art. 691-693, Nr. 2; Leemann, Komm. Art. 691, Nr. 25 ve 32; Bruggmann, a. g. e., sh. 60; Romer, a. g. e., sh. 84, Bern Kantonu İstinaf Mahkemesi eski bir kararında (ZbJV, 68 (1932), sh. 545) not 8 de zikredilen müelliflerin fikrine iştirak etmekte iken sonradan aksi içtihadı benimsemiş bulunmaktadır (ZbJV, 82 (1946), sh. 42-43)

(10) Komm. Art. 691-693, Nr. 2.

tahammül mükellefiyetinin muhtevası dışında kalan külfetler altına girmeği - meselâ mecranın bakımını - taahhüt etmişse, bu taahhüt, bir irtifak hakkı (MK.m. 703 f. II) yahut bir gayrimenkul mükellefiyeti tesis olunmadıkça aynı neticeler doğurmaz.

Haab'ın bu fikri, Tobler'in de haklı olarak işaret ettiği gibi (11), tashih ve tavzihe muhtaçtır. Eğer bir kimse MK. m. 668 in şartlarını hakikatte mevcut zannederek mecranın geçirilmesine muvafakat etmişse bundan hiç bir borç doğmaması lâzımdır; çünkü burada borçlanma iradesi yoktur; muvafakat eden şahsın borçlanma iradesinin mevcut olduğu kabul edilse dahi, ona, hataen MK. m. 668 in şartlarının tahakkuk ettiğini zannederek böyle bir borç altına girdiği için, akitle mülzem olmadığını ileri sürmek salâhiyeti tanınmalıdır.

Hulâsa, mülkünden mecra geçirilecek olan şahsın muvafakatı ancak MK. m. 668 in şartları hakikaten mevcutsa aynı neticeler doğuracağından bu şartların mevcudiyetini hâkim marifetiyle tesbit ettirmedikçe hukukî vaziyette tam bir emniyet bulunmaz. Bununla beraber, MK. m. 668 in şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda hatâyâ düşülerek bu maddeye binaen mecra geçirme salâhiyetinin tanındığı haller nisbeten nadirdir. Bu itibarla mezkûr salâhiyetin dermeyanı için muhakkak mahkemeye gitmek gerekmez.

Mülkünden mecra geçirilecek kimse, MK. m. 668 in şartlarının hadisede tahakkuk etmediğini iddia ederse veya ödenecek tazminatın miktarını yahut mecranın yerini tâyinde ihtilâf çıkarsa mahkemeye müracaatla bir tesbit davası açmak zarurî olur. Bu takdirde hâkimin vereceği hüküm inşaî değil izharî mahiyettedir (12). Hâkim, müşahhas vakıada, komşu gayrimenkul maliklerinin mülkiyet haklarının hudutlarını tesbit eder; yoksa mecra geçirme salâhiyeti onun ısdar ettiği hükümle vücut bulmuş olmaz.

Hâkim tarafından, MK. m. 668 mucibince mecra geçirme salâhiyetinin tesbiti, idarî makamların idare hukukuna ait mülâhazalarla, mecranın tesisine mümanaat etmeleri ihtimalini bertaraf etmez (13). Buna mukabil mecra için idarî makamlarca inşaat ruhsatnamesi verilmiş olması da adliye mahkemelerini MK. m. 668 in şartlarının tahakkuk edip etmediğini tayin hususunda bağlamaz (14).

(11) A. g. e., sh. 114-115.

(12) Haab. Komm. Art. 691-693, Nr. 2; Leemann, Komm. Art. 691, Nr. 28; Bruggmann, a. g. e., sh. 67; Romer a. g. e., sh. 85; Waldis, a. g. e., sh. 166;

(13) Haab, Komm. Art. 691-693, Nr. 2

(14) Baselsstadt Instanz Mahkemesi, SJZ, 23 (1927), sh. 376, Nr. 298.

MK. m. 668 deki mülkiyet takyidine binaen mecranın konulabilmesinin komşunun muvafakatine veya hâkimin tesbit edici mahiyette bir hükmüne tabi kılınmasına şu düşünce âmil olmuştur: bu maddenin şartlarının tahakkuk edip etmediğini her müşahhas vakiada ayrıca tesbit etmek gerekir. Eğer bu hususun takdiri mecra kuracak şahsın keyfine bırakılmış olsaydı mecranın mülkünden geçeceği kimsenin menfaatleri lâ-yıkiyle teminat altına alınmış bulunmazdı.

MK. m. 668 e müsteniden mecra tesisinin, aynı zamanda, mülkiyet hakkı takyid edilen kimseye peşin olarak bir tazminat verilmesine mütevakıf olduğunu söylemiştik. Böylece kanundan dolayısıyla neş'et eden mülkiyed takyidi, tazminatın ödenmesi neticesinde mecranın kurulması ve idamesi hususunda müktesep bir salâhiyet (un droit acquis, ein wohler worbener Recht) bahşeder (15); sonradan MK. m. 668 hükmü ilga veya tâdil edilse dahi bu salâhiyete hâlel gelmez.

Gayrimenkul sahipleri, MK. m. 668 deki mülkiyed takyidin'in, günün birinde kendilerine karşı dermeyan edilmesi ihtimalini önlemek için komşularıyla bir mukavele yaparak bu takyidi ortadan kaldıran bir irtifak hakkı tesis edebilirler. Böyle bir hakkın muteber olarak doğabilmesi için, mukavelenin resmî şekilde yapılması ve tapu siciline tescili lâzımdır (MK. m. 657 cümle 2),

2. Kanunî irtifak hakkı nazariyesi.

Bu nazariye son zamanlarda Peter Liver tarafından ortaya atılmıştır (16). Liver dolayısıyla mülkiyet takyidlerinin birer kanunî irtifak hakkından başka bir şey olmadıkları kanaatindedir. Elhakika bu takyidler tapu siciline tescil neticesinde vücut bulmaları (17), bir tazminat ödenmesini gerektirmeleri, tazminat ödenince müktesep bir salâhiyet bahşetmeleri ve mevzuları bakımından tamamiyle bir irtifak hakkının vasıflarını haizdirler. Gerçi MK. m. 668 deki mülkiyet takyidinin doğumu tescile tabi değildir; böyle bir takyidin sırf izharî mahiyette olmak üzere tescilini istemek aynı maddenin ikinci fıkrası mucibince taraflarına

(15) Leemann, Komm. Art. 680, Nr. 30; Robichon, a. g. e., sh. 60; Wieland, a. g. e., sh. 249.

(16) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, 2. Teil, a), Das Sachenrecht, Dienstbarkeiten und Grundlasten, Zürich 1951, Einleitung, Nr. 86-105.

(17) Kanun sarahaten yalnız zaruri geçit hakkının doğumunu tescile tabi kılmakta (MK. m. 672) ise de Liver'e göre (Komm., Einleitung, Nr. 91-92, 94, Art. 731, Nr. 6) bu esas kıyasen zaruri kaynak (MK. m. 683) ve komşunun arsasına tecavüz eden inşaat halinde tesisi istenebilen inşaat hakkı (MK. m. 651 f. II) için de tatbik olunmalıdır.

ihtiyarına bırakılmıştır. Fakat bu, kanunî irtifak haklarının tescil neticesinde doğumu kaidesine tanınmış haklı gösterilmesi müşkül bir istisnadır ve MK. m. 668 deki mecra geçirme salâhiyetinin bir kanunî irtifak hakkı olarak tavsifine mani teşkil etmez (18.)

Kanunî irtifak haklarını mukavelevî irtifak haklarından ayıran başlıca hususiyet şudur (19): bu hakların takyid edecekleri gayrimenkulün maliki onların tesisine rıza göstermeğe kanunen mecburdur.

Şu halde MK. m. 668 in şartları mevcut olduğu takdirde, mecra geçirmek isteyen kimse komşusundan arazisi üzerinde kendi lehine bir mecra irtifak hakkı tanınmasını talep edebilir. Komşu muvafakat ederse irtifak hakkının tesisi için yazılı (Türk hukukunda resmî) bir mukavele yapılmalıdır. Komşunun rıza göstermemesi halinde mahkemeye gidilerek onun mükellefiyetini tesbit eden veya onu rıza beyanında bulunmağa mahkûm eden bir ilâm alınabilir; fakat en ziyade tercihe şayan olan yol hâkimden inşaf bir hükümle irtifak hakkını bahşetmesini talep etmektir (20).

Dolayısıyla mülk'iyet takyidi nazariyesi taraftarları, mecra geçirme salâhiyeti kanunî bir irtifak hakkı olarak telâkki edilirse, onun sıra hakkındaki MK. m. 784 hükmüne tabi olacağını ve hâdim gayri menkul üzerinde daha önce tesis edilmiş mahdut aynı hakların ona takaddüm edeceklerini tenkid makamında ileri sürmüşlerdir (21). Liver bu tenkidi şu suretle reddetmektedir (22): Kanunî irtifak haklarının tesisine rıza gösterme mecburiyeti yalnız hâdim gayrimenkul maliki için değil, aynı zamanda, bu gayrimenkul üzerinde mahdut aynı haklara sahip olanlar için de vardır; binaenaleyh bunlara gerekli tazminat verilip de kanunî irtifak hakkı doğdu mu artık o, tarihen sonra olmasına rağmen, sırada önde gelir.

Liver'in dolayısıyla mülkiyet takyidlerinin birer kanunî irtifak hakkı oldukları hususundaki görüşü bunların mahiyetini daha açık olarak izah etmekte ise de halen zarurî mecra geçirme salâhiyetini tanzim eden kanunî hükümlere uymamaktadır. Bu itibarla bahsi geçen görüş ancak de lege ferenda kabul edilebilir (23).

II. Mecra geçirmeği istemeğe salâhiyetli ve buna tahammül ile mükellef olanlar.

- (18) Liver, Komm. Einleitung, Nr. 90 ve 92; Art. 731, Nr. 14.
- (19) Liver, Komm. Einleitung, Nr. 96.
- (20) Liver, Komm. Einleitung, Nr. 97-98.
- (21) Haab, Komm. Art. 674, Nr. 26
- (22) Komm. Einleitung, Nr. 103.
- (23) Aynı fikirde Tobler, a. g. e., sh. 116.

1. Mecra geçirmeği istemeğe salâhiyetli olanlar

MK. m. 668 kimlerin mecra geçirmeği talebe salâhiyetli oldukları hususunda bir sarahati havi değildir. Bununla beraber bu hükmün kanundaki yerinden ve bahsi geçen salâhiyetin hukukî mahiyetinden böyle bir talepte bulunabilecek şahısların hangileri olduğunu tesbit etmek mümkündür.

MK. m. 668 komşuluk hukukunu ilgilendiren bir mülkiyet takyidini ihtiva etmekte ve bu takyide tekabül eden salâhiyet de mesnedini gayrimenkul mülkiyetinde bulmaktadır. Binaenaleyh sadece, mecra kendisine hizmet edeceği gayrimenkulün maliki veya bu gayrimenkul üzerinde bir inşaat (üst) yahut kaynak hakkına sahip olan kimse MK. m. 668 e binaen mecra geçirme salâhiyetini dermeyan edebilir (24).

Mecradan faydalanan gayrimenkul üzerinde başka mahdut bir ayrı hakka (meselâ bir intifa hakkına) veya şahsî (meselâ adi icar yahut hasılat icarından mütevellid) bir hakka sahip olan kimse MK. m. 668 hükmüne istinad edemez (25). Intifa hakkı sahibi veya müstecir, mecra tesisini zaruretinde bulunuyorsa, gayrimenkul malikiyle arasındaki mukaveleye binaen, ondan komşusuna karşı mecra geçirme salâhiyetini dermeyan etmesini isteyebilir.

Mecra geçirmek talebinde, yalnız su, elektrik, gaz gibi madde ve kuvvetleri kendi gayrimenkulüne getirtmek isteyen malik değil, bu madde ve kuvvetleri tevzi eden kimse de bulunabilir (26). Tevzi eden şahıs veya teşebbüsün bu madde ve kuvvetleri bizzat istihsal etmesi de şart değildir. Meselâ bir su deposu sahibi yahut başkasından elektrik alıp dağıtan ikinci derecede bir teşebbüs de MK. m. 668 den istifade eder.

Diğer taraftan yalnız hususî şahıslar değil bir âmme müessesesi de MK. m. 668 mucibince mecra geçirmeği talep edebilir (27).

Eğer mecra kendisine hizmet edeceği gayrimenkul müsterek mül-

(24) (25) Haab. Komm. Art. 691-693, Nr. 3; Leemann. Komm. Art. 691, Nr. 10-11; Wieland, a. g. e., m. 668 (691), No. 6; Romer. a. g. e., sh. 76-77; Bruggmann, sh. 57; Robichon, sh. 180-181; Waldis, sh. 166.

Tobler'e göre (a. g. e.,) sh. 109-110) inşaat ve kaynak haklarından gayri irtifak haklarının sahiplerinin MK. m. 668 den faydalanamamalarının sebebi, bunların başkasının arazisinden geçirecekleri mecra maliki olamamalarıdır; binaenaleyh mecra menkul olduğu (MK. m. 654) veya mülkiyete mevzu olacak bir inşaatı tazammun etmediği takdirde (meselâ bir hendek) bu gibi kimseler de MK. m. 668 i dermeyan edebilmelidirler.

(26) Leemann, Komm. Art. 691, Nr. 10; Haab, Komm. Art. 691-693, Nr. 3. Romer, sh. 76; Temyiz Mahkemesinin aşağıda not 47 de zikredilen kararı.

(27) Zürich Yüksek Mahkemesinin 5.12.1924 tarihli kararı: BIZR, 24 (1925), sh. 211.

kiyete mevzu ise maliklerin mehra geçirme salâhiyetini dermeyanı hususunda MK. m. 625 f. I tatbik edilmelidir,

2. *Mehra geçirilmesine tahammül ile mükellef olanlar.*

Bunlar da bilhassa, mehra'nın geçirilmesi için gerekli şartları arzeden gayrimenkullerin malikleridir. Bir de bu gayrimenkuller üzerinde irtifak, intifa, rehin gibi mahdut aynı haklara sahip olanlar mehra'nın tesisine tahammül ile mükelleftirler (28). Eğer mehra'nın katedeceği gayrimenkul üzerinde böyle mahdut bir aynı hak mevcutsa mehra geçirme salâhiyetinin bu hak sahibine karşı da dermeyanı ve ona da bir tazminat ödenmesi lâzımdır. Aksi takdirde, MK. m. 668'deki mülkiyet takyidi bu şahsa karşı hüküm ifade etmez.

Mehra'nın üzerinde kurulacağı gayrimenkulün mülkiyeti müsterek veya iştirak halinde ise mehra geçirme salâhiyeti müteaddit maliklerin hepsine karşı ileri sürülmelidir.

Mehra'nın yerleştirileceği gayrimenkulün nev'inin ehemmiyeti yoktur; bu, zirai, sınaî, veya ikamete tahsis edilmiş bir gayrimenkul olabilir (29).

MK. m. 668 in Devlet veya diğer âme hükmi şahıslarının gayrimenkullerine de tatbik edilebilip edilemeyeceğini tayin için şu tefrik yapılmalıdır:

Bu gibi âme hükmi şahıslarının hususî emlakine dahil olan gayrimenkuller bahis mevzuu olduğu zaman mezkûr hükme müracaat edilebileceği hususunda doktrinde tam bir ittifak mevcuttur (30).

Ancak, umumun istifadesine tahsis edilmiş âme emlakî karşısında bulunulduğu vakit vaziyet ne olacaktır? Burada âme emlakî üzerinde devletin ve diğer âme hükmi şahıslarının haiz oldukları hakkın mahiyetinin münakaşasını yapmak (31) etüdümüzün hududlarını aşar. Binaena-

(28) Haab, Komm. Art. 691-693, Nr. 4; Leemann, Komm. Art. 691, Nr. 15; Wieland, a. g. e., m. 668 (691), No. 6; Romer, a. e., sh. 77; Robichon, a. g. e., sh. 182.

(29) Leemann, Komm. Art. 691, Nr. 12; Romer, a. g. e., sh. 77.

(30) Leemann, Komm. Art. 691, Nr. 12; Haab, Komm. Art. 664; Nr. 32-33, Art. 680, Nr. 21; Wieland, a. g. e., sh. 151; Tobler, a. g. e., sh. 123; Romer, a. g. e., sh. 77. Onar, a. g. e., sh. 919. Devlet mallarının kamusal alan, yönetsel alan ve finansal alan diye üçlü tasnifinde (Derbil, a. g. e., sh. 410 ve müt.) son guruba giren mallar komşuluk hükümlerine tabi olurlar.

(31) Bu husustaki nazariyeler için bk. Onar, a. g. e., sh. 939 ve müt.; Haab, Komm. Art. 664, Nr. 10-12; Wieland, a. g. e., m. 641 (664) No. 4; Leemann, Komm. Art. 664, Nr. 10-12.

leyh sadece şuna işaretle iktifa edeceğiz ki gerek İsviçre'de (32) gerek memleketimizde (33) umumun istifadesine tahsis edilmiş âmme emlâkının de esas itibarıyla komşuluk münasebetlerinden doğan mülkiyet takyidlerine tabi tutulması gerektiği kabul olunmaktadır. Bununla beraber âmme emlâki üzerinde devletin murakabe ve nezaret hakkı ve bu malların tahsis ciheti göz önünde tutularak MK. m. 688 in şartları tahakkuk etse dahi salâhiyetli idarî makamlara mecranın tesisine mümanaat imkânını da tanımak lâzımdır (34). Diğer taraftan, Federal Mahkemenin de müteaddit vesilelerle beyan ettiği gibi (35), eğer mecra tesisi bir âmme hükmi şahsı (meselâ belediye) ile rekabete girişecek olan bir teşebbüs tarafından isteniyorsa MK. m. 668 in şartlarının mevcudiyetine rağmen idarî merciler bu tesise mani olabilirler. Hattâ âmme hükmi şahsı henüz kendi tesislerini kurmamış, fakat sadece bunların projelerini hazırlamış olsa dahi vaziyet yine aynıdır.

Bu bahiste inceleyeceğimiz diğer bir mesele de MK. m. 668 in tatbikin de komşuluk mefhumunun hudutlarının nasıl tâyin edileceğidir. Başka bir deyimle, hangi gayrimenkullerin malikleri arasında MK. m. 668 in ileri sürülmesini mümkün kılacak komşuluk münasebetlerinin mevcudiyeti kabul edilmelidir? Bu husustaki fikirleri üç grupta toplamak mümkündür:

a.) Wieland'a göre (36) "mecralar ve kanallar tesisi hakkı ancak mücavir gayrimenkul sahibi tarafından istenebilir. İki gayrimenkulün doğrudan doğruya yekdiğerine temas etmesi şart değildir. Uzun mesafeli gaz ve su mecraları tesis etmek ve belki de bunları bir çok komün ve

(32) İsviçre'de komşuluk münasebetlerinden doğan takyidlerin umumun istifadesine tahsis edilmiş âmme emlâki için ne nisbette cari olacağını tayini kantonların âmme hukukuna bırakılmıştır. Bk. François Guisan: *Droit de voisinage et domaine public*, Notes de jurisprudence, JdT, 1951, sh. 139 ve müt. 1936, sh. 298 ve müt.; Haab., *Komm. Art. 664*, Nr. 13-14 ve 17; Leemann, *Komm. Art. 691*, Nr. 13; Romer, a. g. e., sh. 77; Wieland, a. g. e., m. 668 (691), No, 9; Tobler, a. g. e., sh. 110-111,

(33) Onar, a. g. e., sh. 938, No. 1; sh. 944. Temyiz Mahkememiz, umuma ait bir yolu kat'eden bir su arkının açılmasına MK. m. 668 mucibince müsaade eden bir mahalli mahkeme kararını, mezkûr maddenin aradığı zaruretin hadisede bulunmadığı ve Hazinesinin temsilcisi davet edilmeden ona müessir bir hüküm verilemeyeceği mülahazaları ile nakzetmiştir (1. H. D., 25/10/1944, E. 4363/K. 3676; Kâmil Tepeci, a. g. e., cilt 2 sh. 137). Yüksek Mahkemenin bu kararından, onun, menfaati umuma ait mallar hakkında MK. m. 668 in tatbikini esas itibarıyla kabul ettiği istidlâl olunabilir.

(34) Haab, *Komm. Art. 680*, Nr. Romer, a. g. e., sh. 77-78, Aynı esaslar yönetsel alan, yahut başka deyimle hizmet malları (Verwaltungsvermögen) için de doğrudur

(35) RO 58 I 241, "Gemcinderat Rothenturm c. Schwyz" ve bu kararda zikredilen diğer kararlar.

(36) A. g. e., sh. 283.

bucakların ortasından geçirmek isteyen hususi müteşebbis MK. m. 691 e müsteniden aradaki gayrimenkuller üzerinde mecra tesisini iddia edemez. Komşuların hakkına böyle bir tecavüz ancak menafii umumiye ile alâkadar bir teşebbüs lehine olarak tanınabilir (bir komüne lâzım olan su ve gazın sevki). Bu meselelerin sureti hallini komşuluk münasebetlerine mütedair kaidelerde değil istimplâke müteeallik kanunlarda araştırmalıdır. Kaldı ki her hususî halde kimin komşu telâkki edileceği ve kimin su suretle Mad. 691 (TMK. 668) mucibince mecra ve kanallara müsamaha etmek mükellefiyetine tabi olduğunu genel bir kaide ile tâyin kabil değildir. Bu doğru ve haklı hudut, ahval ve şeraite uygun bir takdir ile yargı tarafından bulunmalıdır. *Genel bir tarzda komşular dairesi aynı bir komün veya mahallenin gayrimenkul maliklerinden üerisine kadar teşmil edilmemelidir.*

b) Diğer bazı hukukçular komşuluk mefhumunun aynı mahalle veya komün hudutları dahilinde bulunan gayrimenkullere tahdidini kabul etmemektedirler. Fakat bu müelliflerin fikrine de MK. m. 668 in tatbiki hudsuz olmamalı ve muayyen bir mıntaka dahilinde kalmalıdır. Ancak bu mıntakanın tâyini her müşahhas vakıada hâkimin takdirine bırakılmalıdır.

Haab' (37) ve Heck'e (38) göre "komşu gayrimenkullerden yalnız bunlar, mahallen mahdut ve komşuluğa müstenid takyidlerin esasını teşkil eden menfaat bağılılığının şumulüne giren bir saha dahilinde oldukları zaman bahsedilebilir".

Tuor (39) Romer (40), Tobler (41) ve Robichon'un (42) kanaatlarına gayrimenkuller arasında arazinin teşekkül tarzı itibariyle muayyen bir mahallî münasebetin bulunması onların komşu sayılabilmesi için kâfidir.

c) Leemann (43) ve Bruggmann (44) ise şu tezi müdafaa etmektedirler: Komşuluk hudutlarını kat'i olarak tesbit mümkün olmadığından ve MK. m. 668 sanayinin ve tekniğin inkişafını temin maksadıyla vazedildi:

(37) Komm. Art. 691-693, Nr. 6.

(38) Grundriss des Sachenrechts, § 50, 1.

(39) Das neue Recht. Eine Einführung in das schweizerische Zivilgesetzbuch. Zürich 1912, sh. 391.

(40) A. g. e., sh. 78

(41) A. g. e., sh. 108

(42) A. g. e., sh. 183

(43) Komm., Art. 691, Nr. 14

(44) A. g. e., sh. 57-59.

ğinden bu hükmün, şartları tahakkuk ettiği takdirde, *her gayrimenkul malikine karşı dermeyan edilebilmesi yerinde olur.*

Biz de sanayii ve ziraatı gelişmeğe muhtaç olan memleketimizde mecralardan mümkün mertebe faydalanılabilmesi için (45) bu sonuncu fikre iştirak etmekteyiz. Zaten bizzat MK. 668 metninden de onun mahdud bir sahada tatbiki gerektiği neticesi çıkarılamaz. Gerçi bu hüküm komşuluk münasebetlerine müstenid ise de mecra tesisi zaruretinin bu münasebetleri gerektiren menfaat bağlûğuna vücut verdiği söylenebilir.

Bundan başka, kilometrelerce uzağa yayılan bir mecra şebekesi kuran teşebbüslerin yalnız istimlâk yoluna müracaat edebilecekleri fikri Türk hukuku bakımından sağlam esasera dayanmamaktadır. Filhakika MK. m. 668 e mehz kanununun 691 inci maddesinin ikinci fıkrası alınmamıştır ve daha ileride tafsilâtiyle göreceğimiz veçhile (46), Türk hukukunda bir teşebbüs lehine istimlâk salâhiyetinin bulunması, onun, mecra tesisi için, MK. m. 668 i ileri sürebilmesine mani değildir. Nitekim Temyiz Mahkememiz de, Elektrik Şirketinin mezkûr hükümden istifade edebileceğini kabul etmiş bulunmaktadır (47). Memleketimizde istimlâk yoluyla mecra irtifak hakkı tesis edilemediğine göre, MK. m. 668 e müracaat ile, mecranın altından veya üstünden geçeceği gayri menkulü satın almağa hacet kalmadan, münasip bir tazminat mukabilinde mecra tesisi, uzun hatlar kuran veya borular döşeyen teşebbüsler için, istimlâke bağvurmaktan daha az külfetli olacaktır; böylelikle aynı zamanda istimlâkin formalitelerinden kurtulmak da imkân dahiline girecektir.

II. Mecra tesisi salâhiyetinin dermeyanı şartları.

MK. m. 668 gayrimenkul sahiplerini mülklerinden mecra geçirilmesine tahammüle ancak şu şartların tahakkuku halinde mecbur kılmalıdır: evvelâ, mecranın başka yerden geçirilmesi imkânsız olmalı veya çok fazla masrafı mucip bulunmalıdır; sanîven, tesisat dolayısıyla yapılacak zarar tamamıyla ve peşinen tazmin olunmalıdır. Aşağıda bu şartlardan etraflı bir şekilde bahsedeceğiz.

Diğer taraftan İsviçre Medeni Kanunu, Kanunumuzun 668 inci maddesine tekabül eden 691 inci maddesinin ikinci fıkrasında, kantonal veya

(45) Meselenin ehemmiyetini takdir etmek için son yılların büyük elektrik tevzii ve sulama projelerini hatırlamak kâfidir.

(46) Bk. aşağıda, III, 3.

(47) 4. H. D., 5/11/1938, E. 2653/K. 2230 (Kâmil Tepeci, a. g. e., cilt 2, sh, 135-136).

federal hukukun mecra tesis eden lehine istimlâk salâhiyeti tanıdığı hallerde komsuluk münasebetlerine müsteniden mecra kurulamayacağı suretinde selbî bir şartı ihtiva etmektedir. Bu maddenin iktibası esnasında ikinci fıkra tercüme edilmemiştir. Acaba Türk hukukunda da böyle selbî bir şartın aranması lâzım mıdır? Bu soruların cevabını da bu bahiste vermeğe çalışacağız.

Nihayet, MK. m. 668 e binaen mecra tesis etmek isteyen kimsenin mecra hakikaten ihtiyacı olduğunu isbat etmekle mükellef olup olmadığı meselesi üzerinde de bu bahiste duracağız.

1. *Mecranın başka yerden geçirilmesinin imkânsız olması veya çok fazla masrafı mucip bulunması.*

Bir kimsenin arazisinden mecra geçirmek onun mülkiyet hakkını esaslı surette takyit ettiğinden, kanun vaznı buna ancak mecra başka yerden geçirilmesi imkânsız olduğu takdirde müsaade etmekte ve mecra başka yerden geçirmenin aşırı masrafları mucip olması halini de imkânsızlığa kıyaslamaktadır.

IMK. m. 691 in Conseil fédéral tarafından kaleme alınan ilk metninde sadece imkânsızlık hali gözönünde tutulmaktaydı. Mecrayı başka yerden geçirmenin fazla masrafı mucip olması takdirinde de ona tahammül mükellefiyeti, metnin Conseil National'de müzakeresi esnasında eklendi. Maddenin yeni şekli Conseil d'Etats'da şiddetli bazı itirazları celbetti. Richard, bu hükmün anayasaca tanınmış olan mülkiyet hakkının ağır bir ihlâlini teşkil ettiği fikrini ileri sürdü (48). Fakat aşırı masraflar halinde bir çok teşebbüslerin yarıda kalacağı ve neticede mahkemelerin içtihad yoluyla bu hali imkânsızlığa kıyaslayacakları ve hususî teşebbüslerin inkişafının dolayısıyla umumun menfaatine olduğu mülahazalarıyla Richardın itirazları kabul edilmedi.

MK. m. 668 deki "bunların başka yerden geçirilmeleri" ibaresi umumî olup "başka yerden" yalnız bir üçüncü şahsın gayrimenkulü değil bizzat mecra tesis edenin bir gayrimenkulü de anlaşılabilir (49). Binaenaleyh, eğer mecra tesis edenin kendisine ait bir gayrimenkulden geçirmesi fazla masrafları mucip olacaksa ve diğer bir gayrimenkulden istifade suretiyle bu masraflardan ehemmiyetli surette tasarruf etmek mümkün ise

(48) Bull. Stén. (C. E.), 1909, sh. 1333 - 1334.

(49) Leemann, Komm. Art. 691, Nr. 17; Romer, a. g. e, sh. 79.

50) IMK.projesinin sevk edildiği Mütahassısar Komisyonunda, Hoffmann mecra tesis edenin kendi gayrimenkullerinden geçirmek imkânı oldukça başkasının gayrimenkulünün takyid edilmemesi (aşırı masraflar halinde dahi) teklifinde bulundu ise de bu teklif nazarı itibara alınmadı. (Mütahassısar Komisyon Mazbataları, sh. 71-72)

bu sonuncu gayrimenkulün sahibi MK. m. 668 gereğince mecraya taham mül ile mükellef tutulacaktır (50)

Masrafların çok fazla olduğu neye göre tayin edilecektir? Bu suali Richard da tenkid makamında sormuş ve "aşırı masraflar" tabirinin müphem olduğunu ileri sürmüştü.

Masrafların ne zaman fahiş telâkki edileceği hususunda bugün doktrinde hâkim olan görüş (51) şudur: Eğer mecranın başka yerden geçirilmesi halinde yapılacak masraflar, onun kendisine karşı MK. m. 668 ileri sürülen şahsın gayrimenkulünden geçirilmesi takdirinde, bu şahsın maruz kalacağı zarardan çok fazla ise, bu masraflar aşırı sayılmalıdır. Başka bir deyimle, hâkim mülkünden mecra geçecek şahsın katlanacağı külfetle mecranın başka yerden geçirilmesi halinde mecraı tesis edenin yapacağı masrafları karşılıklı olarak tartmalı ve hakkaniyet esaslarına göre bir karara varmalıdır. Yoksa masrafların aşırılığını tayinde, bunların mecra tesis edenin mâlî vaziyetine göre ağır olmasının veya mecranın kendisine hizmet ettiği tesisat veya gayrimenkulün kıymetine göre fazla olmasının bir rolü bulunmamalıdır (52).

Temyiz Mahkemesi, mecranın başka yerden geçirilmesinin imkânsız veya fazla masraflı mucip olduğunun tesbiti için ehli-vukufa keşif ve tetkikat yaptırılmasını münasip görmektedir (53). Yüksek mahkeme bazı kararlarında (54), mecra geçirme salâhiyetini, hadisede MK. m. 668 in şartlarının tahakkuk etmediğini ileri sürerek, reddetmekte ve fakat bu şartların niçin tahakkuk etmediğini izah yoluna gitmemektedir; bu hal hakkı tenkidlere sebebiyet vermiştir (55).

2. Yapılacak zararın tamamıyla ve peşin olarak tazmini:

MK. m. 668 e binaen başkasının gayrimenkulünden mecra geçirmek isteyen kimse, mülkü takyid edilen şahsın bu takyid dolayısıyla uğrayacağı bütün zararları peşin olarak tazmin etmek mecburiyetindedir. İstimlâk-

(51) Haab, Komm. Art. 691-693, Nr. 7; Leemann, Komm. Art. 691, Nr. 17-20; Bruggmann, a. g. e., sh. 61-62; Robichon, a. g. e., sh. 177; Romer, a. g. e., sh. 79,

(52) Homberger ve Marti (FJS, No. 429, sh. 5), masraflar mecranın kendisine hizmet ettiği gayrimenkulün kıymetine göre çok fazla ise bu masrafları aşırı saymak lâzımdır, diyorlar. Bu ölçü, kendisine karşı MK. m. 668 ileri sürülen şahsın menfaatlerini hiç hesaba katmadığından hakkaniyete uygun değildir.

(53) 1. H. D., 10/1/1935, E. 162/K. 28 (Tepeci, a. g. e., cilt 2, sh. 135); 1. H. D., 19/11/1951, 1223/5005 (Tepeci, a. g. e., cilt 3, sh. 297).

(54) 1. H. D., 24/11/1936; 1. H. D., 25/10/1944, 4363/3676 (Tepeci, a. g. e., cilt 2, sh. 137).

(55) İmre, a. g. e., sh. 130.

de olduğu gibi burada da malikin mülkiyet sahasına olan müdahale ancak tam bir tazminat mukabilinde tevviz edilmektedir.

Verilecek tazminatın tayininde istimlak bedelinin tesbiti hakkında ki esaslar kıyasen tatbik edilebilir (56).

Zararın hesabında yalnız mecranın mevcudiyeti dolayısıyla gayri menkulün kıymetinde hasıl olacak tenezzül değil (57) aynı zamanda mecranın yerleştirilmesi, bakımı, kontrolü dolayısıyla gayrimenkul malikin katlanacağı sıkıntılar da gözönünde tutulmalıdır. (58). Mecranın tesisi sırasında ekinlerin tahribi, bu sebepten mahsulün noksan olması, arazinin işletilmesinin güçleşmesi, mecranın istikbalde o gayrimenkulde bina inşasına engel olması gibi hususlar da hesaba katılmalıdır. Mecra toprağa hiç temas etmeyen bir havaî hattan ibaret olsa dahi tazminat verilmesi gerekir. (59). Tazminatın miktarında ihtilaf vukuunda hâkim icabederse, ehli-vukufa müracaat etmelidir.

Mecranın takyid ettiği gayrimenkul üzerinde daha önceden mahdud aynı haklara sahip olanlar varsa bunlara da mecranın tesisi dolayısıyla uğriyacakları zarar tazmin edilmelidir. Aksi takdirde bu şahıslar da mecranın tesisine muhalefet edebilirler (60).

Tazminatın tamamı mecranın yerleştirilmesinden önce verilmeli veya bu hususta gerekli teminat gösterilmelidir. Tazminat borcunun, irat şeklinde muayyen zamanlarda ödenmesine ancak buna bütün alâkahlar rıza gösterdikleri takdirde cevaz vardır (61).

Tazminat tediye edilmeden önce mecra yerleştirilirse, gayrimenkul maliki buna derhal itiraz etmeli ve zilyedliğinin ihlâli dolayısıyla, MK. m. 896 da derpiş edilen, meni müdahale davasını açmalıdır; bununla beraber, tazminatın edasından evvel mecranın konulmasına malik hiç ses çıkarmamışsa, sonradan mecranın kaldırılmasını talep edemez (62). Maa-

(56) Haab, Komm. Art. 691-693, Nr. 12; Homberger ve Marti, FJS, No: 429, sh. 5.

(57) Bern Kantonu İstinaf Mahkemesi bir kararında (ZbJV, 68 (1932), sh. 546), yanlış olarak, yalnız gayrimenkulün kıymetindeki tenezzülü nazara almaktadır.

(58) Haab, Komm. Art. 691-693, Nr. 12; Leemann, Kom. Art. 691, Nr. 21; Romer, a. g. e., sh. 79; Bruggmann, sh. 62-63.

(59) Zürich Yüksek Mahkemesi, SJZ, 20 (1923), sh. 166.

(60) Mecranın katedeceği gayrimenkul üzerinde bir rehin hakkına sahip olanlar MK. m. 782 ve 776 nın tatbikini de isteyebilirler: Bruggmann, a. g. e., sh. 63, Not 1 ve 2.

(61) Haab, Komm. Art. 691-693, Nr. 12; Leemann, Komm. Art. 691, Nr. 22; Robichon, a. g. e., sh. 178. İMK projesinin 664 üncü maddesi sarahaten tazminatın irat şeklinde ödenmesini emrediyordu.

(62) Zürich Yüksek Mahkemesi, BIZR, XII (1913), sh. 26.

mafih malikin sükûtu tazminattan da feragat ettiğine bir karine sayılmaz (63); binaenaleyh bu takdirde mecra sökülemese de tazminat isteme hakkı baki kahr.

3. *Mecra tesis edenin istimlâk salâhiyetine sahip olması, onun MK. m. 668 den istifadesine mani midir?*

İMK m. 691 f. II ye göre "komşuluk hukukundan doğan mecra geçirme hakkı, kantonal veya federal hukukun istimlâk yoluna başvurulmasını emrettiği hallerde, dermeyan edilemez".

Bu hükümden doktrin (64) ve mahkeme içtihatları (65) şu neticeyi çıkarmaktadırlar: Mecra tesis eden şahıs, lehine istimlâkin şartları objektif olarak mevcutsa, mecra'yı geçirmek için komşuluk hukukunu ilerletemez. Eğer istimlâk talebi, şartları hakikatte tahakkuk etmediği halde bir yanılma neticesinde yapılır ve bu yüzden reddedilirse, m. 691 e müracaat ederek mecra'yı geçirmek kabildir. Meselâ istimlâk talep edenin buna salâhiyetli olmadığı veya istimlâkin ancak menfaati umumiye için yapılabileceği bir halde bu menfaatin bulunmadığı gibi mülâhazalarla talep kabul edilmezse vaziyet böyledir. Fakat talep, mecra'nın tesisinin umumun emniyeti bakımından tehlikeli görülmesi gibi bir sebepten dolayı reddedilirse artık m. 691 e başvurmak imkânı da kalmaz; fiilî hakika, aksi takdirde, idare hukukunun âmir hükümlerinin bertaraf edilmesine yol açılmış olur.

Daha yukarıda da muhtelif vesilelerle işaret ettiğimiz gibi, İMK m. 691 f. II, Medenî Kanunumuzda yer almamıştır. Bu fıkranın ihmali belki onun kantonal hukuka da atıfta bulunması ve kantonal hukuku ilgilendiren hususların Medenî Kanunumuza alınmamasıyla izah olunabilir.

Bahsi geçen hüküm, hangi sebepten olursa olsun, kanunumuza intikal etmediğine göre, Türk hukukunda, fikrimizce, mecra tesis eden lehine istimlâk salâhiyeti tanınmış olması onun MK. m. 668 den istifadesine mani teşkil etmemelidir (66). Evvelce de üzerinde durduğumuz veç-

(63) Bern Kantonu İstinaf Mahkemesi yukarıda not 57 de zikrettiğimiz kararında, malikin sükutunu tazminattan da feragat ettiği suretinde yanlış olarak tefsir etmektedir.

(64) Haab, Komm. Art. 691-693, Nr. 8; Leemann, Komm. Art. 691, Nr. 16, 35-40; Wieland, a. g. e., m. 691 (668), No. 3; Romer, a. g. e., sh. 89-92; Robichon, a. g. e., sh. 187-195; Bruggmann, a. g. e., sh. 47-50, 63-76; Waldis, a. g. e., sh. 157 ve müt.

(65) Federal Mahkeme RO 51 II 158 ve müt., "Wild c. Stadt Zürich".

(66) Umumun emniyeti dolayısıyla zaten istimlâkin reddedileceği hallerde, idarî merciler, mecra tesis eden MK. m. 668 e müracaat etse dahi, mecra'nın inşasına mani olabilirler.

hile (67), memleketimizde böyle selbi bir şartın aranmaması bir çok kolaylıkları mucip olacaktır; kaldı ki Temyiz Mahkememiz de istimplâk salâhiyetini haiz olan bir teşebbüsün MK. m. 668 e binaen mecra geçirebileceğini kabul etmiş bulunmaktadır. (68).

Profesör Göktürk bu hususta aksi noktai nazarı müdafaa etmekte ve "... bir teşebbüsün başkalarının gayrimenkulünden böyle zaruri bir mecra hakkı iddia edebilmesi, aynı neticenin hususi veya kamu istimplâki yoluyla temin edilememesiyle mümkündür" demektedir (69). Fakat sayın Hocamız bu görüşlerinin mucip sebeblerini, bilhassa kanunî mesnedini beyan etmemektedirler.

4. *Mecra tesisinde zaruret bulunduğu ispat edilmeli midir?*

Zürich Medenî Kanunu § 149, mecra geçirme hakkını ancak mecra'nın tesisine hakikaten ihtiyaç olduğu, bu hususta bir zaruret (Bedürfnis) bulunduğu takdirde bahşediyordu. Zaruretin bulunup bulunmadığı hakkında ihtilâf çıkarsa bunu salâhiyetli idarî merciler hallediyordu.

İsviçre Medenî Kanunu Projesi'nin Müttehassıslar Komisyonunda müzakeresi esnasında (70) Hoffmann, Zürich Kanunundaki hakiki ihtiyaç şartının Medenî Kanun'a da ithal edilmesini teklif etti. Fakat bu teklif Huber'in, burada istimplâk bahis mevzuu olmadığı ve binaenaleyh mecra tesis edenin mecraya muhakkak ihtiyacı olduğunu ispat etmesine hacet bulunmadığını söylemesi üzerine reddedildi.

Şu halde Medenî Kanunumuzun bugünkü vaziyetine göre bir kimse gayri menkulündeki lüks mahiyetteki tesisata (71) hizmet edecek bir mecra'yı komşusunun gayrimenkulünden geçirmeği MK. m. 668 e binaen talep edebilecektir. (72).

Mecra tesis edenin buna hakikaten ihtiyacı olduğunu ispata mecbur tutulmayışı bazı müellifler tarafından haklı olarak tenkid edilmiştir (73).

(67) Bk. yukarıda not 46 ya ait metin.

(68) Bk. yukarıda not 47.

(69) Aynı Haklar, Ankara 1949, sh. 925. Ebülülâ Mardin de bir içtihad notunda (İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt X (1944), sh. 866) Wieland'a atıfta bulunarak lehine istimplâk salâhiyeti tanınmış olan teşebbüslerin MK. m. 668 den istifade edemeyeceğini söylemektedir. Fakat her iki müellif de IMK m. 691 f. II nin Medenî Kanunumuza alınmadığı hususunu gözönünde tutmamaktadırlar.

(70) Müttehassıslar Komisyonu Mazbataları, sh. 71-72.

(71) Meselâ bir kimsenin bahçesinde yaptırdığı süs mahiyetindeki fıskiyeli bir havuza su getirmek için mecra geçirme talebinde bulunması gibi.

(72) Leemann, Komm. Art. 691, Nr. 23; Romer, a. g. e., sh. 79; Bruggmann, a. g. e., sh. 46; Haab, Komm. Art. 691-693; Nr. 5 ten evvel.

(73) Bk. Robichon, a. g. e., sh. 177-178.

Temyiz Mahkememiz bir kaç kararında (74) "kanunun aradığı zaruret" ten bahsetmekte ise de bu zaruret, mecranın muhakkak komşu gayrimenkulden geçirilmesi zaruretidir, yoksa bizzat mecra tesisinin zaruri olup olmadığı Mahkemece nazara alınmamaktadır. Mecra tesisi, buna tahammül ile mükellef olan şahsın mülkiyetini esash bir surette takyid ettiğinden, de lege ferenda, komşuluk münasebetlerine müsteniden mecra geçirme salâhiyetinin dermeyanına, ancak mecranın tesisinin hakiki bir ihtiyaca, bir zarurete tekabül ettiğinin isbatı halinde müsaade edilme-lidir.

IV. Mecra geçirme salâhiyetinin muhtevası, hükümleri, Tescili ve ortadan kalkması.

1. Mecra geçirme salâhiyetinin muhtevası ve hükümleri.

MK. m.668 e müsteniden geçirilmesi istenebilecek mecraların nelerden ibaret olabileceği hususunda, doktrinde mevcut muhtelif fikirlerden etüdümüzün ilk kısmında bahsederek (75) mezkûr maddenin geniş manada tefsirine taraftar olmadığımızı belirtmiştik. Şu halde orada söylediklerimizi hulâsaten tekrarhyacak olursak, MK. m. 668 e ancak su, elektrik ve gaz mecraları (76) ile, hâdim gayrimenkulden istifadeyi bunlardan fazla takyit etmeyen, benzer mecraların geçirilmesi için istinat edilebilir (77) Su bentleri, büyük kanallar, eklüzler, su depoları, havuzlar, teleferik, fûniküler, dekovil hatları ve hususî bağlama hatları gibi tesisatın komşu gayri menkulde inşası veya oradan geçirilmesi için MK. m. 668 den istifade edilemez.

Komşuluk münasebetlerine binaen mecra geçirme salâhiyetinin, bu salâhiyet mülkü takyid edilecek gayrimenkul sahibi tarafından tanınmadıkça veya hâkimin bu salâhiyetin mevcudiyetini tesbit etmedikçe ve her iki halde de gerekli tazminat verilmedikçe hüküm ifade etmeyeceğini yukarıda görmüştük (78). Bu şartlar tahakkuk etmeden mecra yerleştirir-

(74) 1. H. D., 24/11/1936; 1. H. D., 25/10/1944, 4363/3676 (Tepeci, a. g. e., cilt 2, sh. 137).

(75) Bk. Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt IX (1952), sayı 3-4, sh. 143-145.

(76) Bu mecralar hakkında bk.: Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt IX (1952), sayı 3-4, sh. 145-146.

(77) Aynı fikirde Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt IX (1952), sayı 3-4, sh. 143-145, not 31, 33-36 da zikredilen müelliflere ilâveten Robichon, a. g. e., sh. 171-172; Tobler, a. g. e., sh. 6. Bu sonuncu müellif de, bizim gibi, MK. m. 668 in tahdidî ve m. 653 ün teşmilî olarak tefsirine (a. g. e., sh. 49) taraftardır.

(78) Bk. yukarıda I, 1.

lirse menî müdahale davası açılabilceği gibi (79) böyle bir mecrayı kapatan gayrimenkul malîki tazminatla da mükellef olmaz (79a).

Mecra geçirme salâhiyetinin şümulünü tayinde, mecra irtifak hakkının şümulünü tesbit için kendilerine müracaat ettiğimiz MK. m. 710 ve 711 kıyasen tatbik edilebilirler (80).

Mecra geçirme salâhiyeti tanındıktan ve tazminat ödendikten sonra, mecra sahibi yahut onun mümessil veya müstahdemleri takyit edilen gayrimenkulde mecranın inşası, bakımı ve kontrolü için gerekli bütün işleri yapabilirler (81); mecranın inşasında lâzım olacak malzemeyi bu gayrimenkule yığabilirler; elektrik hatlarını tesbit etmek için gayrimenkulde mevcut binalardan istifade edebilirler; mecranın geçmesine mani olan ağaçları budayabilirler. Fakat bütün bunlar yapılırken takyit edilen gayrimenkul malîkinin menfaatlerini mümkün olduğu kadar az hâfîdar etmeğe çalışmalıdırlar (MK. m. 710 f. I),

Mecranın inşası ve bakımı masrafları, prensip itibariyle, mecra tesis edene aittir. Bununla beraber, mecranın mülkünü katettiği kimse de, ondan - meseiâ bir kaynaktan su getiren mecradan yahut bir lağım borusundan - istifade ediyorsa, istifadesiyle mütenasip olarak bu masraflara iştirak etmelidir; bu netice MK. m. 674, 682 f. II cümle 1 den ve m. 713 cümle 2 nin kıyasen tatbikinden çıkarılabilir (82).

MK. m. 668 e binaen tesis edilen mecraların mülkiyeti ve bu mecralar dolayısıyla husule gelen zararlardan mes'uliyet hakkında etüdümüzün ilk kısmındaki izahata (83) atıfla iktifa edeceğiz.

MK. m. 668 mucibince mecraya tahammül mükellefiyetinin bir mülkiyet takyidinden ibaret olduğunu ve ona tekabül eden salâhiyetin kanunî bir irtifak hakkı olarak vasıfliandırılmayacağını daha yukarıda beyan etmiştik. Bu tavsifin bir neticesi olarak, mecra geçirme salâhiyeti hakkında, bir irtifak hakkı için olduğu gibi, "sıra" meselesi bahis mevzuu olmaz ve bu salâhiyet mecranın katedeceği gayrimenkul üzerinde

(79) Bk. yukarıda not 62 ye ait metin.

(79a) Temyiz Mahkemesi, HUH, 21/3/1951, E. 1. 352/225/K. 59, (Türk İctihatları Külliyyatı, 1951, cilt II, no. 1972).

(80) Tabii MK. m. 711 e kıyasen müracaat, ancak mecra geçirme salâhiyeti tesbit ettirilmiş bulunuyorsa, bahis mevzuu olabilir.

(81) Romer. a. g. e., sh. 80; Haab, Komm. Art. 691-693; Nr. 10; Leemann, Komm. Art. 691, Nr. 7-8; Bruggmann, a. g. e., sh. 60; Robichon, a. g. e., sh. 172-173.

(82) Leemann, Komm. Art. 691, Nr. 9; Haab, Komm. Art. 691-693, Nr. 12 in fine.

(83) Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt IX (1952), sayı 3-4, sh. 157-160, hususuyla sh. 158.

daha önceden mevcut mahdut aynı hakların sahiplerine karşı da dermeyan edilebilir (84); bittabi bu şahısların mecranın tesisi dolayısıyla haklarının takyidinden mütevellid zararları tamamıyla ve peşin olarak tazmin edilmelidir.

2. *Mecra geçirme salâhiyetinin tescili.*

MK. m. 668 mucibince mecra geçirme salâhiyeti ve buna tekabü eden mecraya tahammül mükellefiyeti kanunî bir irtifak hakkının mevzuunu teşkil etmeyip sadece alâkalı gayrimenkullerin mülkiyetlerinin muhtevasına dahil olduklarından, tapu sicilline tescil edilmeleri mecburiyeti yoktur.

Bununla beraber, bunların tescili pratik bakımdan fayda arzedebilir (85). Filhakika mecraya tahammül mükellefiyeti kanundan doayısıyla neşet etmekte ve buna tekabül eden salâhiyet, muteber olarak tanınıp gerekli tazminat alınmadıkça, hüküm ifade etmemektedir. Binaenaleyh bilhassa mecra görünürde olmadığı zaman bu mükellefiyet ve salâhiyet için kâfi derecede aleniyet temin edilememektedir. Mecranın tesisini müteakip MK. m. 668 hükmü değişse, mecranın eskiden bir irtifak hakkına müsteniden mi yoksa komşuluk münasebetlerine binaen mi tesis edildiği hususunda şüphe hasıl olabilir. İşte bu mülâhazalar kanun vâzını, tesisatın, sahibinin talebi üzerine tapu sicilline kaydedilebileceği hakkındaki MK. m. 668 f. II yi kabule sevketmiştir.

Tapu Sicilli Nizamnamesi m. 35 mucibince, komşuluk münasebetlerine müstenid mecra geçirme salâhiyeti, gayrimenkul irtifak haklarının tescili hakkındaki hükümlere tevfikân kaydolunur. (86).

MK. m. 668 f. II yalnız tesisat sahibinin tescili istiyebileceği şeklinde kaleme alınmışsa da, mülkünden mecra geçen de böyle bir talepte bulunabileceği hususunda doktrinde tam bir ittifak mevcuttur (87). Tescil masraflarını ödemek onu talep edene düşer.

Eğer mecrayı tesis eden tescili talep ediyorsa evrakı müsbite olarak, mülkünden mecra geçen mecraya tahammül mükellefiyetini tanıdığına dair yazılı bir vesika veya mecra geçirme salâhiyetini tesbit eden mah-

(84) Haab, Komm. Art. 691-693, Nr. 2 ve Art. 674, Nr. 26; Leemann, Art. 680, Nr. 31 ve 24.

(85) Leemann, Komm. Art. 691, Nr. 29; Haab, Komm. Art. 691-693; Nr. 21.

(86) Tobler (a. g. s., sh. 118) ve Haab'a göre (Komm. Art. 674, Nr. 27) bu salâhiyetin, tescil edileceğine, şerh verilmesi onun hukukî mahiyetine daha uygun olurdu.

(87) Leemann, Komm. Art. 691, Nr. 29; Haab, Komm. Art. 691-693; Nr. 21; Romer, a. g. e., sh. 86; Robichon, a. g. e., sh. 186.

keme ilâmını ve her iki halde de tazminatın tediye edildiğini mübeyyin bir makbuz ibraz etmelidir (88).

Tescil, mecra geçirme salâhiyeti ortadan kalktığı veya mecra başka bir gayrimenkule nakledildiği takdirde, mülkü takyid edilmiş olan şahsın talebi üzerine, terkin edilir .

Tescil izharî (déclaratoire) mahiyettedir (89); muteber olarak tanınmış mecra geçirme salâhiyeti, tescil edilmemiş olsa bile hüküm ifade eder ve mecranın kattettiği gayrimenkulü sonradan hüsnüniyetle iktisap edenlere karşı dahi dermeyeran edilebilir. Hüsnüniyetli müktesip de eski malik gibi mecraya tahammülle mükelleftir; bittabi, ahval değişmişse, MK. m. 670 mucibince, mecranın başka yere naklini istemek hakkı mahfuzdur. Eğer mukayyed gayrimenkulü satın alan kimsenin mecranın mevcudiyetinden hiç haberi yoksa BK. m. 194 ve onu takip eden maddeleri ileri sürerek akdın feshini veya bedelin tenzilini istemesi mümkün olabilir (90).

3. Mecra geçirme salâhiyetinin ortadan kalkması.

MK. m. 668 e müstenid mecra geçirme salâhiyetinin ortadan kalkması hususunda irtifak haklarına müteallik MK. m. 707 ve müt. hükümlerinin kıyasen tatbiki hatıra gelebilirse de bu hareket tarzı, bahsi geçen salâhiyetle irtifak hakkı arasındaki mahiyet farkı dolayısıyla bizi yanlış neticelere sevkedebilir. Binaenaleyh böyle bir kıyas yapılsa dahi bunda gayet ihtiyatlı olmak gerekir (91).

Alâkalı gayrimenkullerden birinin zayi olması MK. m. 668 e müstenid mecra geçirme salâhiyetine de son verir.

Buna mukabil aynı madde mucibince tesis edilmiş olan bir mecraya ait tescilin terkinini mutlaka mecra geçirme salâhiyetinin ortadan kalkmasını tazammun etmez; çünkü daha evvel de üzerinde durduğumuz veçhile tescil ve onun terkinini burada inşâî değil sadece izharî karakteri haizdir.

Alâkalı gayrimenkullerin mülkiyetlerinin aynı şahsın elinde toplanması halinde, MK. m. 668 in vücut verdiği münasebet, irtifak haklarının aksine, muhakkak ortadan kalkar.

Diğer taraftan, mecrayı tesis eden teşebbüs sahibi teşebbüsün üye-

(88) Haab, Komm. Art. 691-693; Nr. 21.

(89) Not. 87 de yapılan atıflar ve Waldis, a. g. e., sh. 168; G. Weiss: Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum ZGB, Bd. III, Zürich 1951, Nr. 4805.

(90) Leemann, Komm. Art. 691, Nr. 31.

(91) Romer, a. g. e., sh. 88-89.

rinde kurulduğu gayrimenkuldeki mülkiyet, inşaat veya kaynak hakkını kaybederse artık MK. m. 668 e istinad edemez.

Nihayet, ahvalin değişmesi dolayısıyla, MK. m. 670 hükmüne binaen mecranın başka bir gayri menkule nakli istenebilir (92) Bu takdirle, mecranın üstünden geçtiği gayrimenkul, o zamana kadar, MK. m. 668 in şartlarına uyduğu halde artık bu şartlar ortadan kalkmış demektir.

V. Mecra geçirilmesine tahammül ile mükellef olanın talep edebileceği hususlar

Mülkünden MK. m. 668 mucibince mecra geçirilmek istenen kimse de muhtelif taleplerde bulunabilir. Bunlardan birini, yapılacak zararın tamamen ve peşin olarak ödenmesini isteme salâhiyetini, m. 668 in şartlarını incelerken gördük. Mülkü takyid edilen şahsın talep edebileceği diğer hususlar da aşağıdaki paragrafların mevzuunu teşkil edecektir.

1. *Mülkünden mecra geçen kimsenin, menfaatlerinin munsifane nazara alınması talebi.*

Kanun vazı bir kimsenin gayrimenkulünden, onun rızası olmasa dahi başkasının mecra geçirilmesine müsaade ederken, mülkiyet hakkı böyle ağır bir takyide uğrayan şahsın menfaatlerini de mümkün mertebe himayeyi arzu etmiş ve bu maksatla Medenî Kanun'da 669 ve 670 inci maddelere yer vermiştir.

MK. m. 669 f. I e tevfikân "tesisat mülkünden geçen kimse menfaatinin munsifane nazara alınmasını talep edebilir." Bu hüküm, komşuluk hukukunda ve irtifak hakları bahsinde umumiyetle tanınmış olan bir prensibin (MK. m. 710 f. I) ifadesidir. Mecra geçirme salâhiyetini haiz olan şahıs, nasıl olsa yapılacak zararı tamamen ödiyeceğini ileri sürerek, takyid edilen gayrimenkulden dilediği gibi istifade edemez; o, salâhiyetini, mülkünden mecra geçecek olan kimseye en az zarar ve sıkıntı verecek şekilde kullanmağa mecburdur.

Mecranın yerinin (tracé) tesbitinde gayrimenkulden halihazırda ne suretle faydalandığı ve istikbalde bu faydalanma tarzında husule gelebilecek tahavvüller (94) gözönünde tutulmalıdır. Eğer mülkü takyid

(92) Bk. aşağıda V, 3. Halbuki bir irtifak hakkının taallük ettiği yerin değiştirilmesinde (MK, m. 714), bu hakkın bir üçüncü şahsın gayrimenkulüne nakli bahis mevzuu olamaz: Haab, Komm. Art. 691-693; Nr. 18.

(93) Haab, Komm. Art. 691-693, Nr. 13; Leemann, Komm. Art. 692, Nr. 1; Romer, a. g. e., sh. 82; Robichon, a. g. e., sh. 195-196; Bruggmann, a. g. e., sh. 63; Waldis, a. g. e., sh. 169.

(94) Meselâ, mecranın katettiği tarlaya ileride bir ev yapılacaktır.

edilenin menfaatına uygunsa, mecranın yerleştirilmesi için, inşa edilmiş kısımlar inşa edilmişlere, ekilmemiş arazi ekilmişse, muhtelif şeyler ekilmişse kıymeti az olan şeylerin bulunduğu kısım diğer kısımlara tercih edilmelidir (95) Mecranın gayrimenkul malikine daha az zarar verecek bir yerden geçirilmesi daha masraflı olsa dahi bu yer kabul edilmelidir. Fakat masrafların fazlalığı ile mülkü takyid edilenin mecranın o yerden geçirilmesine olan menfaati arasında bir nisbet bulunmalı ve bu menfaat nazara alınacak diye, mecra tesis edenden, onu projesinden vazgeçirecek, aşırı masraflara girişmesi istenilmemelidir (96).

Mecra tesis eden mecranın doğuracağı rahatsızlığı ve sebebiyet verebileceği tehlikeleri asgarî hadde indirmek için gerekli bütün tertibatı almalıdır (96).

Mecranın inşası, kontrol ve tamiri esnasında da mülkü takyid edilen malikin menfaatleri imkân nisbetinde az haleldar edilmelidir.

Mülkünden mecra geçenin menfaatlerinin himayesinde çok ileri gidilmemeli, onun keyfi istekleri hesaba katılmamalıdır. Hâkim bu menfaatlerin takdirinde hakkaniyet ve nasafet esasları ile bağlı kalmalıdır (MK. m. 4).

2. Üzerinde tesisat yapılan arazinin satın alınması talebi.

Mülkünden mecra geçirilen kimse, MK. m. 669 cümle 2 ye tevfikân "fevkalâde ahvalde ve tesisat gayrimenkulün üstünde ise, üzerine tesisat yapılacak münasip bir kısmının kendi zararını tamamiyle telâfi edecek bir ivaz mukabilinde alınmasını isteyebilir."

Bu hükümde kastedilen manâda "fevkalâde ahval", mecra üzerinden geçtiği gayrimenkulden olan istifadeyi aşırı derecede takyid ettiği ve bu yüzden gayrimenkulün münasip bir kısmının mecra tesis edence satın alınması hakkaniyet icabı olduğu takdirde, mevcuttur (98). Eğer mecranın tesisi neticesinde gayrimenkulün tahsis cihetine uygun olarak kullanılması imkânsızlaşır veya fevkalâde güçleşirse vaziyet böyledir. (99).

Yalnız toprağın üstünden geçen mecralar için arazinin alınması talebinde bulunulabilir. Yeraltı mecraları katettikleri mülkden olan istifadeyi daha az takyid ettiklerinden kanun vazı, onların tesisi halinde böyle bir talepte bulunmak salâhiyetini tanımamıştır.

(95) Bruggmann, a. g. e., sh. 63; Leemann, Komm. Art. 692, Nr. 2; Robichon, a. g. e., sh. 196.

(96) Robichon, a. g. e., sh. 196-197.

(97) Haab, Komm. Art. 691-693, Nr. 13

(98) Leemann, Komm. Art. 692, Nr. 4; Bruggmann, a. g. e., sh. 64.

(99) Haab, Komm. Art. 691-693, Nr. 14; Waldis, a. g. e., sh. 169.

Diğer taraftan mecra tesis eden de, MK. m. 669 hükmüne istinad ederek, mecranın geçtiği araziyi satın almağa salâhiyetli değildir (100).

Mecranın katettiği arazinin sahibi onun satın alınmasını mecranın tesisinden önce istiyebileceği gibi daha sonra da talep edebilir (101). Filhakika mecranın araziye ne suretle takyid edeceğini önceden tahmin etmek her zaman mümkün olmaz. Kaldı ki MK. m. 670 de değişen ahvalin nazara alınması esasını kabul etmektedir.

Arazinin ne miktarının satın alınacağını hâkim hakkaniyete uygun olarak takdir eder. Mecranın geçmesi neticesinde gayrimenkul ikiye bölünmüş ve parçaların birinden istifade çok güçleşmiş olursa o parçanın tamamı alınmalıdır. Hatta zaten dar olan bir gayrimenkul, üzerinden mecra geçmesi yüzünden, kıymetini ehemmiyetli surette kaybediyorsa, hâkim onun bütününe alınmasına hükmedebilir (102).

Gayrimenkulü alınan malik tam bir tazminata istihkak kesbeder. Tazminatın miktarının tesbitinde yalnız o gayrimenkulün normal satış değeri değil (103) aynı zamanda gayrimenkulün elinden çıkması dolayısıyla malikin uğradığı diğer zararlar da hesaba katılır (104).

Mecranın katettiği gayrimenkulün münasip bir kısmının veya tamamının satın alınması halinde bu gayrimenkul üzerindeki rehin hakkı sahiplerine MK. m. 783 ve 776 hükümleri tatbik edilir.

3. Mecranın yerinin değiştirilmesi talebi.

MK. m. 670, m. 669 un mülkünden mecra geçen şahsa bahsettiği menfaatlerinin munsifane nazara alınmasını talep salâhiyetinin, ahvalin değişmesine bağlı hususî bir tatbik şeklini ihtiva etmekte ve clausula rebus sic stantibus prensibinden mülhem olmaktadır. Mülkü takyid edilmiş olan şahıs, bu hükme binaen, mecranın tesisi zamanındaki şartlar değişirse, onun, menfaatlerine uygun olan başka bir yere naklini talep edebilir.

Şayet yeniden ortaya çıkan hadiseler mecranın ilk tesisi anında mevcut olsalardı onun başka yerden geçirilmesini icap ettirecek idiyeler, ahvalin mecranın naklini haklı gösterecek surette değiştiğinden

(100) C. A. Gücün, a. g. e., sh. 202.

(101) Leemann, Komm. Art. 692, Nr. 5; Robichon, a. g. e., sh. 197.

(102) Leemann, Komm. Art. 692, Nr. 6; Haab, Komm. Art. 691-693, Nr. 14.

(103) Bu hususta bk. Waldis, a. g. e., sh. 170.

(104) Leemann, Komm. Art. 692, Nr. 7; Romer, a. g. e., sh. 83.

bahsedilebilir (105). Mukayyet gayrimenkulün malikinin keyfi arzuları mecranın nakli için kâfi bir mesnet teşkil edemezler. Şartların değişmesi neticesinde husule gelen yeni menfaatler vaziyeti, gayrimenkul malikinin şahsına ait mülâhazalardan âri ve objektif olarak takdir edilmeli ve mecranın naklinin hakiki bir ihtiyaca tekabül edip etmediği araştırılmalıdır. Meselâ mecranın katettiği yerin zamanla bina inşası için elverişli bir hale gelmesi takdirinde mecranın nakli tecviz edilmelidir. Mecranın naklinde muhakkak mamelekî bir menfaat bulunması gerekmez, bir irtifak hakkının yerinin değiştirilmesine müteallik bir kararında Federal Mahkeme'nin beyan ettiği gibi (106) bu hususta manevî bir menfaat de nazara alınabilir (107).

Mecranın aynı gayrimenkulün başka bir cihetine nakli istenebileceği gibi o gayrimenkul sahibinin başka bir arsasına veya bir üçüncü şahsın arazisine yerleştirilmesi de talep edilebilir (108). Sonucu haide üçüncü şahsın gayrimenkulü MK. m. 668 deki şartları arzetmelidir (109). İrtifak haklarının taalluk ettiği yerin değiştirilmesinde, yeni yerin de eskisi kadar elverişli olması şartı arandığı halde (110), MK. m. 670 mucibince mecra eskisinden daha az elverişli bir yere nakledilebilir (111). Filhakika MK. m. 668 gayrimenkul malikinin rızası olmasa dahi onu mecranın geçirilmesine tahammüle zorlamaktadır; halbuki bir irtifak hakkının takyid ettiği gayrimenkulün maliki bu hakkın tesisine bizzat rıza göstermekte ve yerinin tesbitine iştirâk etmektedir. Bu itibarla MK. m. 668 dolayısıyla mecraya katlanan malike onun naklinde daha ziyade kolaylık gösterilmektedir.

Mülkünden mecra geçen kimse ahvai değişirse, mecranın nakli yer-

(105) Leemann, Komm. Art. 693, Nr. 2; Haab, Komm. Art. 691-693, Nr. 17; Romer, a. g. e., sh. 87; Bruggmann, a. g. e., sh. 66. Temyiz Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi iki yeni kararında (22.4.1950; 25.12.1950, 3719/5000: Tepeci, a. g. e., cilt 3, sh. 298-299) mahallî mahkemenin, ahvalin değişmesini nazara almayıp MK. m. 670 i tatbik etmemesini bir bozma sebebi saymıştır. Gene Temyiz Mahkemesi'nin Hukuk Genel Kurulu'nun 10/5/1950 tarih ve E. 3-140-46/K. 29 sayılı kararına da bakınız (Türk İçtihatlar Külliyyatı 1950, cilt 1, No. 268).

(106) RO 57 II 155, "Sidler c. Dr. Langer", cons. 1 a).

(107) Aynı fikirde: Haab, Komm. Art. 691-693, Nr. 17 in fine.

(108) Halbuki bir irtifak hakkı, rızası olmadıkça, üçüncü bir şahsın gayrimenkulüne nakledilemez: Obwalden Kanton Mahkemesi, SJZ, 14 (1917/18), sh. 255, Nr. 206.

(109) Haab, Komm. Art. 691-693, Nr. 18; Leemann, Komm. Art. 693, Nr. 5.

(110) (Federal Mahkeme'nin not 106 da zikredilen kararı, cons. 1, b); Cour de justice Civile du Canton de Genève, Sem. Jud. 50 (1928), sh. 51.

(111) Leemann, Komm. Art. 693, Nr. 6.

ne, yeni şartlara uygun tesisat yapılmasını, meselâ açık bir arkın üstünün kapatılmasını da isteyebilir (112). Gerçi, MK. m. 670 sadece mecranın naklinden bahsetmekte ise de, koruyucu tesisatın yapılması mecranın yerinin değiştirilmesine nazaran daha hafif bir tedbir olup yanında ayrıca z kredilmesine hacet yoktur. Kaidi ki, mukayyed gayrimenkul malikinin menfaatlerinin munsifane nazara alınması prensibi, ahval değişince yeni şartlara uygun emniyet tertibatının alınması talebini haklı göstermeğe kâfidir.

Yeni hadiselerin zuhuru halinde, takyid edilen gayrimenkulün maliki kendiliğinden mecrayı başka yere nakledemez (113). MK. m. 670 ona sadece bu nakli mecra sahibinden talep salâhiyetini bahsetmektedir. Böyle bir talep vukuunda mecra tesis eden buna rıza gösterirse mesele yoktur. Rıza göstermezse, hâkim mecranın nakli talebinin haklı olup olmadığını tesbit etmelidir.

Mecranın nakli ameliyesi mecra sahibi tarafından yapılmalıdır (114). O, bu husustaki mükellefiyetini tanıdıktan veya hâkim bunu tesbit ettikten sonra mecrayı nakletmezse, takyid edilen gayrimenkul maliki BK. m. 97 f. I e tevfikân, masrafı mecra sahibine ait olmak üzere (115) naklin kendisi tarafından yapılmasına izin verilmesini isteyebilir.

Mülkünden mecra geçen mecranın naklini yalnız bir defa değil ahval müteaddit defalar değişirse her seferinde talep edebilir (116).

Eğer mecranın eski yeri MK. m. 668 f. II mucibince yapılan tescilde gösterilmişse mecra sahibi veya mukayyed gayrimenkul maliki nakil keyfiyetini de tapu siciline işaret ettirebilirler. Eğer mecra üçüncü bir şahsın gayrimenkulüne nakledilirse mevcut tescilin terkinini talebinde de bulunabilir (117).

Nakil masrafları, MK. m. 670 cümle 2 ye tevfikân, kaideten mecra sahibine aittir. Burada irtifak haklarının taallük ettiği yerin değiştirilmesinde câri esasın (118) tamamen aksinin kabul edilmiş olduğu görül-

(112) Haab, Komm. Art. 691-693, Nr. 18; Tobler, sh. 111; Federal Mahkeme'nin "Spitz, Streiff et Cie. c. Knobel" davasındaki kararı, RO 71 II 27 yahut JdT, 1945 sh. 369, hususuyle sh. 371.

(113) Leemann, Komm. Art. 693, Nr. 3-4; Haab, Komm. 691-693, Nr. 18.

(114) Leemann, Komm. Art. 693, Nr. 7.

(115) Masrafın kısmen veya tamamen mukayyed gayrimenkul maliki tarafından ödenmesi gereken haller müstesna: Bk. aşağıda not 120-122 ye ait metin.

(116) Leemann, Komm. Art. 693, Nr. 9.

(117) Leemann, Komm. Art. 693, Nr. 8.

(118) İrtifak hakkının naklinde masrafı kaideten hâdim gayrimenkul maliki deruhde etmelidir (MK. m. 714 f. I).

mektedir. Kanunun bu tanzim tarzı, Müttehassıslar Komisyonunda ileri sürülen şu mülâhazalara (119) istinad etmektedir: MK. m. 668 e binacın tesis edilen mecralara çok defa gayrimenkul maliki rızası olmaksızın katlanmak mecburiyetinde kalmaktadır; ahvalde kendisinin mes'ul olmadığı bir değişikliğin husule gelmesi dolayısıyla mecranın başka yere nakli zarurî olursa bir de nakil masraflarını onun uhdesine terettüp ettirmek hakkaniyete uygun olmazdı.

Kaide nakil masraflarına mecra sahibinin katlanması olmakla beraber, MK. m. 670 cümle 3 e göre, maslahat icap ediyorsa hâkim, mukayyed gayrimenkulün sahibinin münasip miktarda nakil masrafına iştirâkini emredebilir. Mecra, mülkünü katettiği kimsenin menfaatlerine de hizmet ettiği, meselâ onunla müstereken kullanıldığı zaman vaziyet böyledir. Bundan başka, eğer mukayyed gayrimenkul malikinın katlandığı yük, külfet nakil keyfiyeti neticesinde, azalmışsa, onun bu azalma nisbetinde masraflara iştirâki gerekir; çünkü mecranın tesisi esnasında bu tesis dolayısıyla mülkiyet hakkının uğradığı takyid nisbetinde bir tazminat almış bulunmaktadır (120).

MK. m. 670 cümle 3 ün "gayrimenkul sahibinin münasip miktarda nakil masrafına iştirâki" nden bahsetmesi bu masrafın tamamının ona yüklenmesine mani teşkil etmez (121). Eğer nakil dolayısıyla, mülkünden mecra geçenin vaziyeti ehemmiyetli surette iyileşmiş buna mukabil mecra tesis edeninki ise kötüleşmiş bulunuyorsa masrafların tamamını mukayyed gayrimenkul malikine ödetmek yerinde olur. Mülkünden mecra geçen, mecranın tesisi esnasında ahvalin ileride değişeceğini bildiği halde kasden bunu söylememişse gene masrafların tamamına katlanmalıdır (122).

İhtilâf halinde masrafların ne suretle tevzi edileceğini, hâkim hakkaniyete uygun olarak tayin eder. Masrafların bir kısmının veya tamamının mukayyed gayrimenkul sahibince karşılanması gerektiğini iddia eden mecra sahibi bu iddiasını haklı gösterecek sebepleri isbatla mükelleftir.

İrtifak hakkının taallûk ettiği yerin değiştirilmesi hakkındaki MK. m. 714 ikinci fıkrasında şöyle bir hüküm ihtiva etmektedir: "Komşuluğa müteallik hükümler mecraların bir yerden diğer yere naklinde dahi câri-

(119) Bk. Bruggmann, a. g. e., sh. 51-53.

(120) Leemann, Komm. Art. 693, Nr. 11.

(121) Code Civil Suisse, Exposé des motifs de l'avant - projet du Département fédéral de justice et de police, Berne 1902, sh. 482.

(122) Bruggman, a. g. e., sh. 66; Leemann, Komm. Art. 693, Nr. 12. Federal Mahkeme'nin yukarıda not 110 da zikredilen kararı Cons. 2 ye de bakınız.

dir." Doktrinde ittifakla bu fıkradan, bir irtifak hakkına müsteniden tesis edilen mecraların naklinin de MK. m. 670 hükmüne tabi tutulması gerektiği, istidlâl olunmaktaydı (123). Fakat Claude Barbey yakın zamanlarda neşrettiği bir makalede (124), MK. m. 714 f. II nin bu şekilde tefsirinin ne kadar mahzurlu olduğunu gösterdi. Filhakika bir irtifak hakkına müsteniden tesis edilen mecranın naklinde MK. m. 670 tatbik edilecek olursa, masraflar, umumiyetle irtifak hakları için kabul edilen kaidenin aksine, hâd'm gayrimenkul malikine değil irtifak hakkı sahibine ait olacaktır; bundan başka, umumiyetle irtifak haklarının taallûk ettiği yerin değiştirilmesinde yeni yerin, hakkın kullanılması için eskisi kadar elverişli olması arandığı halde mecra irtifak hakkında buna da bakılmayacaktı. Haibuki Barbey'in haklı olarak işaret ettiği gibi (125), MK. m. 670 hükmü bilhassa, komşuluk münasebetlerine müsteniden rızası olmasa dahi mülkünden mecra geçirilen malikin vaziyeti gözönünde tutularak vazedilmiştir; böylece mülkü taky'd edilen malike bahşolunan imtiyazlı vaziyetin, gayrimenkulü üzerinde bir mecra irtifak hakkı tesisine rıza gösteren ve bunun için bir ivaz alan kimseye teşmili doğru olmaz. Mecra irtifak haklarının diğer irtifak haklarına nazaran bir hususiyeti yoktur; buna mukabil MK. m. 668 in tanıdığı zarurî mecra geçirme salâhiyetinden mahiyet itibarıyla çok farklıdır. Binaenaleyh onları diğer irtifak haklarından ayırarak MK. m. 670 e tabi kılmak için hiçbir sebep mevcut değildir.

Bu itibarla MK. m. 714 f. II yi, komşuluk münasebetlerine müsteniden tesis edilen mecraların nakli hakkında, MK. m. 670 hükmünün mahfuz tutulduğu suretinde anlamak yerinde olur. Barbey'e göre (126), böyle bir tefsir için kanunun şu mealdeki almanca metnine de istinad edilebilir: "Mecraların bir yerden diğer yere naklinde, *bundan başka* komşuluk hukukuna müteallik hükümler tatbik edilir (127). "Barbey'in fikrinde bu metindeki" *bundan başka*", (im übrigen) tabiri tahdidî bir tefsiri tazammun etmektedir. (128).

(123) Leemann, Komm. Art. 693, Nr. 15; Haab, Art. 691-693, Nr. 16; Waldis, a. g. e., sh. 171; Wieland, a. g. e., md. 742 (714), No. 7; E. Steiner, Eine Unstimmigkeit im Texte des ZGB., SJZ, 37 (1941), sh. 256. Bk. etüdümüzün A. kısmı not 8?

(124) De la modification des charges dans les servitudes: Art. 742 CCS, SJZ, 40 (1944), sh. 219 ve müt.

(125) Sh. 220.

(126) İbid.

(127) "Auf die Verlegung von Leitungen werden im übrigen die nachbarrechtlichen Vorschriften angewendet."

(128) Steiner'in kanaatinca (SJZ, 37, sh. 256) "im übrigen" tabirinin kullanılması bir ifade yanlışlığından ibaret olup bundan bir netice çıkarılamaz.

MK. m. 670 e binaen mecranın naklini yalnız gayrimenkulü takyid edilmiş olan malik isteyebilir (129). Mecra sahibi mecranın yerinin değiştirilmesi için bu hükme istinad edemez; o, ahval değişirse, ancak MK. m. 668 i ileri sürerek mecranın başka bir gayri menkule naklini talep edebilir (130).

VI. Kurutma dolayısıyla su yolları tesisi

Buraya kadar olan incelemelerimiz hep bir gayrimenkul malikinin, arazisinden komşusunun bir mecra geçirmesine tahammül mükellefiyeti ve ona tekabül eden, komşusunun mecra geçirme salâhiyeti üzerinde toplanıyordu. Şimdi ise, tamamen aksi istikamette yer alan ve gene komşuluk münasebetlerine istinad eden diğer bir mükellefiyet ve salâhiyetle meşgul olacağız: bir gayrimenkul malikinin komşusunun arazisinde mecra tesisi mükellefiyeti ve onun karşılığını teşkil eden, komşunun kendi arazisine mecra yerleştirilmesini isteme salâhiyeti. Bu sonuncu mükellefiyet ve salâhiyet kurutma dolayısıyla akan sular bahsinde ortaya çıkar.

1. Kurutma dolayısıyla akan suları kabul mükellefiyeti.

MK. m. 666 f. I cümle 1 mucibince "bir gayrimenkulün sahibi üst taraftaki gayrimenkulde kendi kendine akan suları, hususile kar, yağmur ve tutulmamış kaynak sularını kendi mülküne kabule mecburdur." Demek oluyor ki aşağıdaki gayrimenkulün malikinin yukardaki gayrimenkulden gelen suları kabul mükellefiyeti, ancak bunlar hiçbir insan müdahalesi olmadan toplandıkları ve sathı arzın tabii meyline uyarak aktıkları takdirde mevcuttur. Bu sular aşağıda bulunan arazide bir zarar husule getirirler dahi bu zararın tazmini talep edilemez; arazi sahibi zararı önlemek için mecra inşa etmek mecburiyetinde kalırsa inşaat masrafları tamamen kendisine aittir. (131).

Alt taraftaki gayrimenkulün sahibi, üstte sun'î surette toprağın sathına çıkarılan suları veya tabii olarak çıkıp sonradan tutulan ve akıtılan kaynak sularını, bir mecra vasıtasıyla başka yerden alınıp kullanılmayı müteakip boşaltılan suları, lâğım sularını kabulle mükellef değildir. Bu gibi suları ve yukardaki gayrimenkulün tabii meylinin değiştirilmesi

(129) C. A. Gücün (a. g. e., sh. 203) "tesisatın naklini, sahibi gibi menfaatlar olan kimse dahi meselâ alacaklı ve müstecir dahi isteyebilir" demekte ise de bu görüş tarzı hatalıdır. MK. m. 670 sarahaten yalnız mukayyed gayrimenkulün malikine nakli mecra salâhiyetini bahşetmektedir. (130) Robichon. (a. g. e., sh. 199) yanlış olarak mecra sahibine de MK. m. 670 e müracaat imkânını tanır görünmektedir.

(131) Leemann, Komm. Art. 689-690, Nr. 6.

neticesinde akan suları aşağıdaki gayrimenkulden geçirebilmek için o gayrimenkul sahibine karşı MK. m. 668 e müsteniden mecra geçirmek salâhiyetini dermeyan etmek lâzımdır (132).

MK. m. 666 f. I cümle 2 ye (133) göre komşuların hiçbiri diğerinin zararına suların tabii cereyanını değiştiremez (134). Burada, yukarıda bulunan gayrimenkul maliki için bir içtinap mükellefiyeti bahis mevzu-udur (135). O, arazisinden tabii olarak akan suyun miktarını bir takım tesisat yaparak arttıramıyacağı gibi arzın sathında tadilat yaparak suyun akış istikametini de değiştiremez (136). Bundan başka kendi kendine akan suları toplayıp aşağıdaki gayrimenkulün bir veya bir kaç noktasına teksif edemez. Bittabi bu içtinap mükellefiyetleri, onlara riayet edilmemesi halinde aşağıdaki gayrimenkul sahibinin bir zarara uğraması veya uğramak ihtimalinin bulunması şartına bağlıdır. Bir zararın veya zarar tehlikesinin bulunup bulunmadığı MK. m. 661 deki esaslara göre tâyin edilir ve icabında yukarıdaki gayrimenkulün sahibine karşı MK. m. 656 nın bahsettiği salâhiyetler kullanılır.

İsviçre'de Medenî Kanun Projesi hazırlanırken, bu projede, halihazırdaki m. 666 f. 1 i teşkil eden hükümlerin yer alması, Ziraat Mühendisleri Cemiyetinin bazı tenkidlerini celbetti. Cemiyet, Conseil National'e gönderdiği bir muhtıradaki (137) bu hükümlerin toprağın ıslahı, hususile kurutma ameliyelerine engel olacağı kanaatini izhar etti (138). Bunun üzerine m. 666 f. I e bir istisna olmak üzere kurutma hakkındaki m. 667 hükmü kabul edildi.

(132) Haab, Komm. Art. 689-690, Nr. 3.

(133) MK. m. 666 ya tekabül eden, mehaz Kanun'un 689 uncu maddesi tercüme edilirken, onun iki ayrı fıkrası, hatalı olarak, tek bir fıkranın iki cümlesi haline konmuştur. Bu hususta Zahid İmre tarafından yapılan yerinde tenkidler için bk: İmre, a. g. e., sh. 125.

(134) MK. m. 666 f. I cümle 2 "bu cereyana mani olamaz" ibaresini ihtiva etmekte ise de bu, ikinci fıkra ile tedahülü mucip olmaktadır. Mehaz Kanun'daki gibi" tabii cereyanını değiştiremez" demek daha doğru olurdu.

(135) Bu hususta bk: Haab, Komm., Art. 689-690, Nr. 5; Leemann, Komm. Art. 689-690, Nr. 7-12.

(136) Bununla beraber arazinin tabii meyli tabirini çok dar-manada almamak lâzımdır. Eğer, vaktiyle yukarıdaki gayrimenkulün sathında insan eliyle bazı değişiklikler yapılmış ve aşağıdaki gayrimenkul sahibi buna o zaman itiraz etmemiş ise bu suretle arazinin aldığı vaziyeti de tabii telâkki etmek lâzımdır.: Haab, Komm. Art. 689-690, Nr. 3; Leemann, Komm. Art. 689-690, Nr. 8. Temyiz Mahkemesi 3. H. D. nin 21/4/1952 tarih ve E. 5649/K. 4118 sayılı kararına da bk.

(137) Bk. Wieland, a. g. e., sh. 278; Brüggmann, a. g. e, sh. 38-40,

(138) Aşağıda not 151 e ait metinle karşılaştırmız.

MK. m. 667 cümle 1 gereğince “bir bataklığın suyu ötedenberi alt taraftaki tarlaya akagelmekte ise sahibinin onu kurutmak için yapacağı ameliyattan neş’et eden suları alt taraftaki tarla sahibi kabule mecburdur”. Bu hükmün, aşağıdaki gayrimenkul sahibini, cereyanında suni surette tahavvül husule getirilmiş olan suları kabule mecbur etmekle MK. m. 666 f. 1 cümle 1 in bir istisnasını teşkil ettiği söylenmektedir (139).

MK m. 667 bir bataklığın kurutulmasından bahsetmekte ise de mehzaz kanunda umumiyetle kurutma ameliyeleri gözönünde tutulmaktadır. Bizde de bu maddenin yalnız bataklıkların kurutulmasına hasredilmemesi ve her nevi arazide suların akıntısını ıslah için yapılan ameliyelere teşmili yerinde olur (140).

MK. m. 667 nin tatbik edilebilmesi için üstteki arazinin sularının kurutmadan önce de tabii olarak ötedenberi alttaki tarlaya akagelmış olması lâzımdır. Eğer kurutmadan önce sular, arazinin teşekkülü icabı, başka bir gayrimenkule dökülüyor idiseler aşağıdaki tarla sahibi kurutma ameliyeleri neticesinde istikameti değişen bu suları kabul ile mükellef değildir, meğer ki ona karşı MK. m. 668 e müsteniden mecra geçirme salâhiyeti ileri sürülebilsin (141).

2. *Aşağıdaki gayrimenkul sahibinin kendi arazisinde su yolları tesisini isteme salâhiyeti.*

Eğer kurutma dolayısıyla suların miktarının artması veya cereyanının muayyen noktalarda teksifi yahut istikametinin değiştirilmesi aşağıdaki gayrimenkul malikinin hiçbir zararını mucip olmuyorsa, o, herhangi bir tazminat talebinde bulunamaz (142). Zaten ekseriya kurutma ameliyeleri aşağıdaki arazinin faydasına olur. Filhakika eskiden intizamsız olarak, muhtelif yerlerden, bazan çok şiddetli bazan hafif olarak akan ve aşağıda bulunan tarladaki mezruatı kirleten veya tahrip eden sular yeni tesisat sayesinde muntazam bir cereyana sahip olurlar. Bundan başka, eğer kurutma suları aşağıdaki tarlada daha önceden mevcut bir

(139) Romer, a. g. e., sh. 94; İmre, a. g. e., sh. 125. İmre tarafından kurutma sularının kabulüyle alâkalı olarak zikredilen (a. g. e., sh. 125, not 19) Temyiz Mahkemesi kararının kurutma sularıyla alâkası yoktur.

(140) Aynı fikirde: İmre, a. g. e., sh. 126, not 21.

(141) Romer, a. g. e., sh. 94; Leemann, Komm. Art. 689-690, Nr. 16.

(142) Bk. Leemann, Komm. Art. 689-690, Nr. 18; Zürich Yüksek Mahkemesinin bir kararı, SJZ, 24 (1928), sh. 233, Nr. 210.

hendek içinden akıyorlarsa gene o tarla sahibinin bir zararından bahsedilemez (143).

MK. m. 667 cümle 2 ye göre, kurutma dolayısıyla suların cereyanında husule gelen değişiklik aşağıdaki tarlaya bir zarar verse dahi tarla sahibi bu suları kabulle mükelleftir. Bu hüküm de MK. m. 666 f, I cümle 2 nin bir istisnası sayılmaktadır (144).

Yalnız, aşağıdaki tarla sahibi uğrayacağı zararı önlemek için, yukarıdaki gayrimenkul malikinden, tarla içinde su yolları tesisini istiyebilir. Tesis masrafları kurutma ameliyesine girişen malike aittir (MK. m. 667 cümle 3). Eğer o gerekli su yollarını inşa etmezse, aşağıdaki tarla sahibi, masrafı ona ait olmak üzere bizzat bu inşaatı yapabilir veya bir üçüncü şahsa yaptırabilir. Hatta tarlasına suların aktığı kimse su yollarının yerini ve yapılış tarzını daha iyi takdir edecek mevkide olduğundan bunların yapılmasını evvelâ yukarıdaki gayrimenkul malikinden talep edip onun imtinâmı beklemeden doğrudan doğruya kendisi inşaata teşebbüs edebilir (145).

Aşağıdaki tarla sahibi, kurutma sularının akması dolayısıyla, su yollarının tesisinden evvel uğradığı zararın tazminini talep edebileceği gibi bu mecraların kendisine tahmil ettikleri külfet ve onların isgal ettikleri yer için de münasip bir tazminat isteyebilir (146).

Eğer aşağıdaki tarla sahibinin kurutma ve mecraların tesisi dolayısıyla bazı istifadeleri olmuşsa o da istifadesi nisbetinde masraflara iştirak etmelidir (147).

Bir Federal Mahkeme kararına göre (148), yukarıda bulunan müteaddit gayrimenkullerin malikleri kurutma ameliyesine girişirlerse ve sularını ayrı ayrı aşağıdaki bir araziye akıtırlarsa, herbiri, o arazide su yolları tesisi masraflarına, sebebiyet verdikleri zarar nisbetinde iştirake borçludurlar. Fakat kurutma suları müşterek bir kanal vasıtasıyla akıtılıyorsa yukarıdaki gayrimenkul malikleri müteselsilen mes'ul olurlar; ancak herbiri için arazisinin sularını bu kanala akıtmaktan vazgeçerek bu mes'uliyetten kurtulmak imkânı mevcuttur.

Aşağıdaki gayrimenkul malikinin kurutma sularını kabul ve yukarıdaki gayrimenkul malikinin su yolları tesisi mükellefiyetlerini resmi

(143) Luzern Yüksek Mahkemesi, SJZ, 17 (1921), sh. 200, Nr. 148; Waldis, a. g. e., sh. 348.

144) Romer, a. g. e., sh. 95.

(145) Wieland, a. g. e., sh. 279; Robichon, a. g. e., sh. 169, Not 1.

(146) Wieland, a. g. e., sh. 279; Robichon, a. g. e., sh. 169-170,

(147) Leemann, Komm. Art. 689-690, Nr. 19.

(148) RO 68 II 369 yahut JdT, 1943, 466 ve müt., "Kögi c. Ochsner".

bir mukavele yapıp tapu siciline tescil ettirerek tadil veya ilga etmeleri kabildir (MK. m. 657 cümle 2) (149).

Kurutma suları dolayısıyla mecra tesisini yalnız doğrudan doğruya kurutmanın yapıldığı gayrimenkule bitişik arazi sahipleri değil bu suların üzerlerine aktığı bütün gayrimenkullerin malikleri istiyebilirler (150)

Haab, MK. m. 666. f. I in kabulü üzerine toprağın islâhı ve kurutma projelerinin sekteye uğrayacağı hususunda izhar edilmiş olan endişelerin yersiz olduğu kanaatindedir. (151) Filhakika MK. m. 666 f. I cümle 2 nin mefhumu muhalifinden, yukarıdaki gayrimenkul malikinin suların tabii cereyanını, aşağıdaki arazi sahibine zarar vermeden, değiştirmesinin caiz olduğu istihraç edilebilir. Bizzat Ziraat Mühendisleri Cemiyeti de kurutmanın ekser hallerde aşağıdaki tarla sahibine zarar yerine fayda getirdiğini ileri sürmekte idi. Kurutmanın nadiren aşağıdaki gayrimenkul sahibi için zararlı olacağı hallerde, ona karşı MK. m. 668 e müsteniden mecra geçirme salâhiyeti dermeyan edilebilirdi. Hulâsa MK. m. 667 nin kabulünün pratik neticesi sadece şu olmuştur: bu madde sayesinde, kurutma sularının akıtılmasının zararlı olduğu hallerde, aşağıdaki gayrimenkul malikine MK. m. 668 mucibince tazminat verip mecra tesis etmeden önce dahi yukarıdaki gayrimenkul malikinin işe başlayıp suları akıtması imkân dahiline girmiştir.

Belediye hudutları dışında olup Devlet'in hüküm ve tasarrufu altında sahipsiz bulunan bataklık ve bataklık mahiyetinde göl ve su birikintilerinin kurutulması takdirinde kurutulan yerler dışında kalan eşhasa ait arazide yapılacak tesisat hakkında 5516 sayılı Bataklıkların kurutulmasına müteallik Kanun'un 10 uncu maddesi tatbik edilir. Bu hükümden daha yukarıda bahsetmiş olduğumuzdan (152) burada tekrar üstünde durmayacağız.

(149) Leemann, Komm. Art. 689-690, Nr. 21; Romer, a. g. e., sh. 96.

(150) Leemann, Komm. Art. 689-690, Nr. 20.

(151) Komm. Art. 689-690, Nr. 7.

(152) Bk. Ankara Hukuk Fakültesi Mecmuası. Cilt IX (1952) sayı 3-4, sh. 141.