

- Araştırma Makalesi -

**TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN KANUNDAN DOĞRUDAN DOĞAN YARARLANMA KISITLAMALARINA İLİŞKİN ÖDEVLERİNİN KALDIRILMASI VEYA DEĞİŞTİRİLMESİ ANLAŞMALARI VE BU ANLAŞMALARIN ŞERHİ\***

*(AGREEMENTS ON LIFTING OR MODIFICATION OF DUTIES ABOUT STATUTORY RESTRICTIONS ON OWNERSHIP AND THEIR RECORDINGS TO THE LAND REGISTER)*

**Arş. Gör./Res. Asst. Ömer Ali GİRGIN\*\***

**ÖZ**

Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan bazı kısıtlamaları vardır. Malik mülkiyetini, bu kısıtlamalara uygun olarak kullanmalıdır. Bu kısıtlamalar kanundan doğrudan doğan ve kanundan doğan dolaylı şeklinde bir ayrım altında incelenebileceği gibi; katlanma – kaçınma – yapma; yararlanma yetkisini kısıtlayan – tasarruf yetkisini kısıtlayan gibi ayrımlarla da incelenebilir. Yine bir başka ayrıma göre kanundan doğan ödevler, kamu hukuku nitelikli – özel hukuk nitelikli – çifte nitelikli ödevler olmak üzere üçe ayrılır. Taşınmaz mülkiyetinin, tescile ihtiyaç olmaksızın kanundan doğrudan doğan ödevlerini düzenleyen hükümler emredici nitelikte olmadığı için aksi kararlaştırılabilir. Nitekim kanun koyucu, ödevle bağlı malikin, kanundan doğrudan doğan bu ödevlerin koruduğu taşınmazların malikleriyle anlaşarak ödevleri kaldırmasına veya içeriğini değiştirmesine izin vermiştir. Buna göre böyle anlaşmalar tapuya şerh verilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Taşınmaz mülkiyetinin ödevleri, taşınmaz mülkiyeti, taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları, yararlanma kısıtlaması, şerh

<sup>H</sup> Hakem denetiminden geçmiştir.

\* Bu makale 18.04.2019 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 13.05.2019 tarihinde birinci hakem; 19.07.2019 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

\*\* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Araştırma Görevlisi, omerali-girgin@gmail.com, ORCID ID: orcid.org/0000-0001-7469-9174

Bu makaleye atf için; GİRGIN, Ömer Ali, “Taşınmaz Mülkiyetinin Kanundan Doğrudan Doğan Yararlanma Kısıtlamalarına İlişkin Ödevlerinin Kaldırılması veya Değiştirilmesi Anlaşmaları ve Bu Anlaşmaların Şerhi”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt No.: 17, Sayı No.: 203, 2019, s. 4799-4822.

## **ABSTRACT**

*Landownership includes some restrictions. The owner has to use his ownership in conformity with those restrictions. Such restrictions can be examined under the distinctions direct statutory restrictions – indirect statutory restrictions; positive – negative and restrictions which limit power to use – restrictions which limit power to disposition. Still, another distinction is restrictions with public law character – restrictions with civil law character – restrictions with double characters. Since the articles which regulate direct statutory restrictions of land ownership which exist without recording to the land register, are not mandatory, parties can agree on contrary to law. Lawmaker let the owner who is bounded with the duty, modify or revoke those duties providing that coming to an agreement with the owner of the immovable who gets protected by those duties. According to the related article, those agreements will be recorded to land register.*

**Keywords:** *Duties of land ownership, land ownership, restrictions of land ownership, restrictions power to use, recording to land register*

\*\*\*

## **I. GİRİŞ**

Başlangıçta sınırsız kabul edilen mülkiyet hakkı, klasik görüşün zayıflamasıyla birlikte birçok açıdan sınırlandırılmıştır<sup>1</sup>. Sosyal eğilimlerin neticesinde malikin malı üzerindeki haklarını kullanırken riayet etmesi gereken kurallar getirilmiştir. Bu kuralların başında Anayasa m. 35 gelmektedir. Hükme göre, mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz. Bunun haricinde, aynı maddenin vermiş olduğu yetkiye<sup>2</sup> dayanarak çeşitli kanunlar da mülkiyet hakkını sınırlamış<sup>3</sup> ya da

<sup>1</sup> Çörtoğlu, Sahir: Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etki ve Sonuçları (MK 661), Ankara 1982, s. 2; Şahiniz, Salih: Gayrimenkul Mülkiyetinin Komşuluk Hukukuna İlişkin Dolayısıyla Kanundan Doğan Sınırlamaları: Zaruri İrtifaklar, Prof. Dr. Nuri ÇELİK'e Armağan, Cilt I, İstanbul 2001, s. 638.

<sup>2</sup> “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.” AY m. 35/I-II.

sınırlanmasına izin verilen halleri düzenlemiştir<sup>4</sup>. Konumuz kapsamında taşınmaz mülkiyeti için de aynı şeyi söylemek mümkündür. Taşınmaz mülkiyeti bazı yetkiler ve ödevler içerir. Malik hakkını kullanırken bu yetkiler çerçevesinde ve ödevlere uygun hareket etmelidir. Yetkilerini aştığı ya da ödevlerini yerine getirmediği takdirde TMK m. 730<sup>5</sup> kapsamında sorumlu olur.

Taşınmaz mülkiyetinin kanun tarafından kısıtlandığı halleri “taşınmaz mülkiyetinden doğan ödevler”; kanunun müsaade ettiği biçimde iradi olarak kısıtlandığı halleri ise “taşınmaz mülkiyetinin iradi kısıtlamaları” olarak adlandırmak uygun olacaktır<sup>6</sup>. Bu doğrultuda, kanunun her iki sınırlamayı da “taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları” başlığı altında düzenlemiş olması, kavram karmaşasına ve her iki sınırlama türüne uygulanacak hükümlerde belirsizliğe neden olabileceğinden isabetsizdir<sup>7</sup>.

Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan ödevlerini düzenleyen hükümler emredici nitelikte olmadığından aksi kararlaştırılabilir. Çalışmamızın konusu da bu ödevlerin değiştirilmesi veya kaldırılması için gerekli olan usul ve daha özeldir bu usulün bir parçası olan “şerh” üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Çalışmamızda öncelikle taşınmaz mülkiyetinin ödevlerini (kanundan doğan kısıtlamalar) çeşitli ayrımlar altında kısaca ele alarak bu ödevlerden örnekler vereceğiz. Ardından bu ödevlerin kaldırılması için

<sup>3</sup> Konuyla bağlantılı bir örnek olarak TMK m. 683/I: “Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde...”

<sup>4</sup> “Tapu kütüğüne şerh verilen sözleşmeden doğan önalım hakkı, şerhte belirtilen sürede ve belirtilen koşullara göre her malike karşı kullanılabilir.” TMK m. 735.

<sup>5</sup> “Bir taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimse, durumun eski hâline getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini dava edebilir.” Konuyu ele alan çalışmalar için bkz. Çörtoğlu, Sahir: Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılması, Ankara 1988; Abik, Yıldız: Taşınmaz Malikinin Olumlu Müdahaleler Nedeniyle Komşulara Karşı Sorumluluğu, EÜHFD, C. XIV, S. 3–4 (2010), s. 145 – 186.

<sup>6</sup> Aynı olguyu ifade etmek üzere doktrinde farklı adlandırma önerileri (sınırlama, kısıtlama, takyit) mevcuttur. Bunlardan biri de “daraltımdır”. “Daraltım” önerisi için bkz. Ertaş, Şeref: Eşya Hukuku, Ankara 2008, s. 375.

<sup>7</sup> Aynı yönde bkz. Eren, Fikret: Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011, s. 358; Gürsoy, K. T./ Eren, F./ Cansel, E.: Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984, s. 592; Akipek J./ Akıntürk T.: Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 544. Bu ayrıma katılmakla birlikte “sınırlama” tabirini kullanan yazar mevcuttur. Bkz. Şahiniz (komşuluk), s. 640.

getirilmiş sistemleri İsviçre hukuku ve eski Medeni Kanun bakımından karşılaştırmalı olarak inceleyerek TMK m. 731/II’de bahsi geçen şerhin yapılışını ve etkisini tespit etmeye çalışacağız.

## **II. TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN KANUNDAN DOĞRUDAN DOĞAN ÖDEVLERİNİN KALDIRILMASI VEYA DEĞİŞTİRİLMESİ**

### **A. Taşınmaz Mülkiyetinin Kanundan Doğrudan Doğan Ödevleri**

#### **1. Genel Olarak**

Giriş bahsinde sözü edildiği gibi taşınmaz mülkiyetinin kısıtlanması halleri iradi kısıtlamaları ifade eder. Bu sebeple bu başlık, yalnızca kanundan doğan sınırlamaları kapsamaktadır.

Taşınmaz mülkiyetinin ödevleri doktrinde çeşitli tasnifler altında incelenmektedir. Bunlardan ilki, ödevlerin konuları ölçüt alınarak yapılan “katlanma – kaçınma – yapma” ödevleri tasnifidir. Kanun bazen malike, mülkiyet hakkına başkaları tarafından yapılan müdahalelere hoşgörüyle yaklaşma; bu elatmalara müsaade etme; diğer bir ifadeyle “katlanma” ödevi yüklemiştir. Diğer yandan malikin taşınmazını belirli biçimlerde kullanmamakla sorumlu olduğu durumlarda malikin kaçınma ödevi söz konusudur. Malikin katlanma ve kaçınma şeklinde vücut bulan ödevleri olumsuz niteliktedir. Bu ödevlerle ilgili herhangi bir edimde bulunmasına gerek yoktur. Buna karşılık “yapma” içerikli ödevlerinde kanun malike, belirli bir davranışta bulunma ödevi yüklemiştir. Malikin böyle ödevleri olumlu niteliktedir.

İkincisi, kanundan doğuş biçimlerine göre yapılan “kanundan doğrudan doğruya doğan ödevler – kanundan doğan dolaylı ödevler” tasnifidir. Bu ayrıma göre bazı ödevler, kanundan doğrudan doğruya doğar; ödev, varlığını ilgili kanun maddesine borçludur<sup>8</sup>; bu tür ödevler mülkiyetle birlikte doğar ve var olur; var olması veyahut kullanılması için hiçbir harici işleme, özellikle de tescile gerek duyulmaz<sup>9</sup>. Bunların tapu-

<sup>8</sup> Akipek/ Akıntürk, s. 547.

<sup>9</sup> Akipek/ Akıntürk, s. 547; Fischer, Marie: Schweizerisches Zivilgesetzbuch Handkommentar Art. 680 – 703, Zürich 2006, s. 634; Şahiniz (komşuluk), s. 636; Sirmen, Lale: Eşya Hukuku, Ankara 2018, s. 407.

ya sadece bildirici nitelikte kaydı da uygun görülmez<sup>10</sup>. Taşınmazın hem malikinin hem de sınırlı aynı hak sahiplerinin uymak zorunda olduğu bu ödevler, iyiniyete dayalı hak iktisap edenlere karşı da yine tescilsiz ileri sürülebilir<sup>11</sup>. Öte yandan, kanundan doğan dolaylı ödevler, şartları gerçekleştiğinde, ödevden yararlanacak olan taşınmazın malikine, ödevle yükümlü olan taşınmazın malikine karşı ileri sürebileceği<sup>12</sup> yenilik doğuran bir talep hakkı tanır<sup>13</sup>. Aslında ödevin içeriği kanunda düzenlenmiştir; ödev potansiyel olarak vardır; fakat bu ödevin varlık kazanabilmesi için yararlanan taşınmaz malikinin talep etmesi ve hâkim görüşe göre tescil ettirmesi gerekir<sup>14</sup>. Kanundan bu şekilde dolaylı olarak doğan ödevler, eşyaya bağlı borç (*realobligation*) niteliğindedir<sup>15</sup>.

Diğer bir tasnif ise ödevlerin kimin yararına yüklendiği temel alınarak yapılır<sup>16</sup>. Bu tasnife göre kanundan doğan ödevler, kamu hukuku nitelikli – özel hukuk nitelikli – çifte nitelikli ödevler olmak üzere üçe ayrılır<sup>17</sup>. Kamu hukuku nitelikli ödevlerin bu isimle anılmasının sebebi, bu ödevlerin daha çok kamu hukuku kapsamındaki kanunlarda düzenlenmesidir. Böyle ödevler, genellikle belirli kişilerin yararına değil, kamu yararına getirilmiştir<sup>18</sup>. Malik böyle ödevlerden herkese karşı sorum-

<sup>10</sup> Schmid, Jörg/ Hürlimann-Kaup, Bettina: Sachenrecht, Zürich 2009, N. 928.

<sup>11</sup> Schmid/ Hürlimann-Kaup, N. 928.

<sup>12</sup> Bu hak dava dışı ya da dava yoluyla ileri sürülebilir. Bkz. Şahiniz (komşuluk), s. 678 vd.

<sup>13</sup> Fischer, s. 634; Şahiniz (komşuluk), s. 636, 657; Akipek/ Akıntürk, s. 549. Aksi görüşte olan yazarın, zorunlu irtifaklarla ilgili açıklamaları arasında buradaki talep hakkının yenilik doğuran hak niteliğinde olamayacağına ilişkin görüşü için bkz. Kırca, Çiğdem, Zorunlu İrtifakların Hukuki Niteliği, AÜHFYD Yıl 2005, Cilt 54, Sayı 4, s. 74, 75, 76.

<sup>14</sup> Eren, s. 363; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 596; Çörtoğlu, s. 22; Özsunay, Ergun, Zaruri Geçit Hakkı, İstanbul 1968, s. 166; Akipek/ Akıntürk, s. 549. Aksi görüşe göre bunların da kural olarak tescil edilmelerine gerek yoktur. Akipek/ Akıntürk, s. 547.

<sup>15</sup> Eren, s. 362; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 596; Oğuzman, K./ Seliçi, Ö./ Oktay Özdemir, S.: Eşya Hukuku, İstanbul 2013, s. 553; Ünal, M./ Başpınar, V.: Şekli Eşya Hukuku, Ankara 2010, s. 93; Şahiniz (komşuluk), s. 645; Özsunay, s. 166, 175; Sirmen, s. 407; Akipek/ Akıntürk, s. 549. Ayrıca böyle ödevlerin içerdiği bu talep hakkının kullanılabilmesiyle kurulan hakkın hukuki niteliği hakkındaki görüşler için bkz. Şahiniz (komşuluk), s. 658 vd.

<sup>16</sup> Schmid/ Hürlimann-Kaup, N. 920.

<sup>17</sup> Akipek/ Akıntürk, s. 546.

<sup>18</sup> Haab, R./ Simonius, A. / Scherrer, W./ Zobl, D.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/1, Zürich 1977,

ludur. Bu nitelikteki ödevler kamu menfaatini sağlamak amacını taşıyıp emredici nitelikleri gereği, değiştirilemez veya kaldırılamaz<sup>19</sup> (TMK m. 731/III). Kamu hukuku nitelikli ödevlerin değiştirilmesi ya da kaldırılmasına yönelik bir şerh talebini tapu memuru da reddetmelidir<sup>20</sup>. Buna karşılık özel hukuk nitelikli ödevler emredici nitelikte düzenlenmemiştir. Bu ödevlerin kapsamı değiştirilebileceği gibi ödev tamamen de kaldırılabilir (TMK m. 731/II<sup>21</sup>).

Nihayet son bir ayırım da kanundan doğrudan doğan ödevler özelinde yapılmaktadır. Buna göre kanundan doğrudan doğan ödevler, mülkiyete getirdiği kısıtlamanın türüne göre tasarruf yetkisini kısıtlayan ödevler ve yararlanma yetkisini kısıtlayan ödevler olmak üzere ikiye ayrılır<sup>22</sup>. Tasarruf yetkisini kısıtlayan ödevlere örnek olarak aile konutu üzerindeki tasarrufların eşin iznine bağlı olması (TMK m. 194) ve yasal rehin hakkı (TMK m. 867/II) verilebilir. Yararlanma yetkisini kısıtlayan ödevler ise aşağıda görüleceği üzere komşu hakkı (TMK m. 737), kazı ve yapılar katlanma (TMK m. 738) ve doğal olarak akan suya katlanma (TMK m. 742) ve bunun gibi ödevlerdir.

Çalışmanın özünü teşkil eden şerh (TMK m. 731/II), taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğrudan doğan, yararlanma yetkisini kısıtlayan ve özel hukuk nitelikli ödevlerinin değiştirilmesi veya kaldırılmasına

s. 386; Tuor, Pierre: İsviçre Medeni Kanunu'nun Federal Mahkeme İçtihatlarına Göre Sistemli İzahı, Bern 1914 – 1929, (çev. Artus, Amil, Ankara 1957) s. 555; Sirmen, s. 406; Akipek/ Akıntürk, s. 546.

<sup>19</sup> “Kamu yararı için konulan kısıtlamalar kaldırılamaz ve değiştirilemez.” Bunun istisnaları hakkında bkz. Meier-Hayoz, Arthur: Berner Kommentar: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Band IV: Das Sachenrecht 1. Abteilung Das Eigentum, 3. Teilband Das Grundeigentum II: Art. 680-701 ZGB, Bern 1967, 1973, 1975, Art 680, N. 140. Ayrıca bkz. Huber, Eugen: Materialien zum Zivilgesetzbuch Band II, (Ed. Reber, M./ Hurni, C.), Bern 2007, s. 572: “Kişi komşusuna, kendi taşınmazına yasal düzenlemeden daha yakın bir mesafede inşaat yapma hakkı tanıyabilir fakat aynı anlaşmayı kamu yolları veya ormanları hakkında yapmak uygun değildir.”

<sup>20</sup> Fischer, s. 635.

<sup>21</sup> “Bu kısıtlamaların ortadan kaldırılması veya değiştirilmesi, buna ilişkin sözleşmenin resmî şekilde düzenlenmesine ve tapu kütüğüne şerh verilmesine bağlıdır.”

<sup>22</sup> Schmid/ Hürlimann-Kaup, N. 917. Bir görüşe göre burada üçlü bir ayırım vardır. Tasarruf yetkisi, yararlanma yetkisi ve değerlendirme yetkisi kısıtlamaları. Bkz. Sirmen, s. 422.

ilişkin anlaşmaların şerhidir<sup>23</sup>. Öte yandan tasarruf yetkisi kısıtlamalarına ilişkin ödevlerle ilgili kanunkoyucu tek hüküm getirmek yerine her bir ödevde farklı bir değiştirme veya kaldırma usulü öngörmüş olduğundan, böyle ödevlerin kaldırılması TMK 731/II'nin kapsamı dışında kalacaktır<sup>24</sup>. Dolayısıyla, iradi kısıtlamalar, kanundan doğsa bile dolaylı olan ödevler, kanundan doğsa ve doğrudan olsa bile tasarruf yetkisini kısıtlayan ödevler ve kamu yararına getirilmiş olan ödevler bu şerhe konu olamazlar.

## 2. Taşınmaz Mülkiyetinin Kanundan Doğrudan Doğan Ödevleri

Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğrudan doğan ve kamu yararı amacını güdenler dışında kalan temel ödevleri şunlardır<sup>25</sup>:

### a) Komşularını Olumsuz Etkilememe (TMK m. 737)

Türk Medeni Kanunu m. 737, mehz İsviçre Medeni Kanunu'na uygun olarak<sup>26</sup> malike, mülkiyet hakkını kullanırken komşularına zarar vermeme ödevi yükler. Maddeye göre<sup>27</sup>, “Herkes, taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkileri kullanırken ve özellikle işletme faaliyetini sürdürürken, komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınmakla yükümlüdür.” Görüldüğü gibi kanun burada bir kaçınma ödevi yüklemiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise taşkın kullanmaya dair örnekler

<sup>23</sup> Schmid/ Hürlimann-Kaup, N. 930.

<sup>24</sup> Gümüş, M. Alper: Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Ankara 2003, s. 135. Ayrıca, yasal önalım hakkı tasarruf yetkisini kısıtlayan niteliktedir, yani bir “ödevdir”; fakat kanundan doğan dolaylı bir ödevdir. Dolayısıyla burada bahsedilen ödevlerden biri değildir. Diğer bir ifadeyle yasal önalım hakkının TMK m. 731/II kapsamında değerlendirilmemesinin sebebi tasarruf yetkisini kısıtlayan niteliği değil, dolaylı ödev niteliğidir. Dolaylı ödevlerin kaldırılmasıyla ilgili ayrıca açıklama yapılacaktır. Bkz. II-B-4.

<sup>25</sup> Bu noktada (Eren, s. 383, dn. 594'teki yazarların) aksine, mecra irtifakının mülkiyetin kanundan doğan dolaylı ödevlerinden olduğunu belirtmekte fayda vardır. Bkz. Meier-Hayoz, Art. 691, N. 4; Şahiniz (komşuluk), s. 643 vd.; Sirmen, s. 436.

<sup>26</sup> İsviçre Medeni Kanunu'nda komşuluk hukukundan doğan ödevler ve diğer bazı ödevlerle ilgili kantonlara belirleme yetkisi verilmiştir. Bu doğrultuda kantonun özel bir düzenlemesi varsa o uygulanır. Bkz. Huber, s. 574; Tuor, s. 554.

<sup>27</sup> Taşınmaz malikinin sorumluluğunu doğuran müdahalelerin olumlu ve olumsuz olarak ayrılır. Bu maddede sayılanlar genel olarak olumlu müdahale niteliğindedir. Bkz. Abik, s. 159.

tadadi olarak sayılmıştır<sup>28</sup>: “Özellikle, taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel âdete göre komşular arasında hoş görülebilecek dereceyi aşan duman, buğu, kurum, toz, koku çıkartarak, gürültü veya sarsıntı yaparak rahatsızlık vermek yasaktır.” Kanun lafzındaki “komşu” ibaresinden sadece bitişik taşınmaz değil, hayatın olağan akışı içinde o taşınmazdaki faaliyetlerden az çok etkilenebilecek mesafedeki taşınmazlar anlaşılmalıdır<sup>29</sup>. Kanun burada komşu taşınmaz yararına bir ödev getirerek toplumsal huzuru temin etmek istemiştir<sup>30</sup>. Sayılan türden her türlü eylem komşuya dava hakkı vermez; eylemin “taşkın”; “aşırı” nitelikte olması gerekir<sup>31</sup>.

*b) Kazı ve Yapı Yaparken Komşularını Olumsuz Etkilememe (TMK m. 738)*

Malik, kazı ve yapı yaparken komşu taşınmazlara, onların topraklarını sarsmak veya tehlikeye düşürmek ya da üzerlerindeki tesisleri etkilemek suretiyle zarar vermektan kaçınmak zorundadır (TMK m. 738). Burada da bir kaçınma ödevi söz konusudur. Malik kazı veya inşaat yaparken, örneğin kazı dolayısıyla biriken taşların komşu taşınmaza kayarak taşınmaza zarar vermesi veya dipten yapılan kazı nedeniyle komşu taşınmazın toprağının çökmesi durumlarında ödev ihlal edilmiş olur.

*c) Doğal Olarak Akan Suya ve Fazla Suyun Akıtılmasına Katlanma (TMK m. 742, 743)*

Taşınmaz mülkiyetinin içeriğinde taşkın kullanmama ve kazı yaparken zarar vermeme ödevleri gibi kaçınma içerikli ödevlerin dışında, katlanma içerikli ödevler de mevcuttur. Bu ödevlerden biri olan “doğal olarak akan suya katlanma” ödevini düzenleyen TMK m. 742/I’e göre, “Taşınmaz maliki, üst taraftaki araziden kendi arazisine doğal olarak akan suların ve özellikle yağmur, kar ve tutulmamış kaynak sularının akışına katlanmak zorundadır.” Benzer şekilde; fakat bu kez üst taraftaki taşınmaz malikine yüklenen bir ödev TMK m. 742/III’te düzenlenmiştir. “İhtiyaç fazlası suyu tutmama” içerikli bu kaçınma ödevine göre “Üstteki arazi maliki, alt taraftaki taşınmaza gerekli olan suyu, ancak

<sup>28</sup> Tekinay, Sulhi: Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, İstanbul 1988, s. 78; Abik, s. 156.

<sup>29</sup> Sirmen, s. 430.

<sup>30</sup> Abik, s. 150.

<sup>31</sup> Fischer, s. 639; Tekinay, s. 69; Abik, s. 150, 152.



*kendi taşınmazı için zorunlu olduğu ölçüde tutabilir.*"<sup>32</sup> Sularla ilgili ödevlerin yüklendiği kişi bakımından bir sınıflandırma yapılırsa sadece alt taraftaki arazi malikine ve sadece üst taraftaki arazi malikine yüklenen ödevler dışında diğer bir ödev de hem alt taraftaki hem üst taraftaki arazi maliklerine yüklenmiştir. TMK m. 742/II'ye göre "*Komşulardan hiçbiri bu suların akışını diğerinin zararına değiştiremez.*" Dolayısıyla kanun, komşulardan herhangi birinin suların akışını diğerinin zararına olacak biçimde değiştirmesini yasaklamıştır. Ancak bu yasaklamaya aykırı davranan komşunun sorumluluğunun doğması için diğer komşunun zarara uğraması şarttır.

"Fazla suyun akıtılmasına katlanma" içerikli ödev ise TMK m. 743'te düzenlenmiştir. Hükme göre "*Bir arazinin suyu öteden beri alt taraftaki araziye doğal bir şekilde akmakta ise, alt taraftaki arazi maliki, üst taraftaki araziden fazla suyun boşaltılması sırasında da bu suları tazminat isteme hakkı olmaksızın kabul etmek zorundadır.*" Kanunkoyucu burada da yine alt taraftaki arazi malikine bir katlanma ödevi yüklemiştir. Hüküm her türlü fazla suyun akıtılması hali için düzenlenmiş; ayrıca bataklıkların kurutulmasıyla ilgili, aynı maddenin son fıkrasında özel kanun hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir (TMK m. 743/III).

#### *d) Arazisine Girilmesine Katlanma (TMK m. 751, 752, 753)*

Kanunun malike "herkes yararına" yüklemiş olduğu ödevler türünden olan "başkalarının arazisine girmesine katlanma" ödevleri ardışık üç maddede düzenlenmiştir. Bu ödevlerden ilki, "orman ve mer'aya girme" yan başlığı altında "*...herkes başkasının orman ve mer'asına girebilir ve oralarda yetişen yabancı meyve, mantar ve benzeri şeyleri, yerel âdetlerin izin verdiği ölçüde toplayıp alabilir.*" ifadesiyle düzenlenmiştir. Burada kanun koyucu etken bir dil kullanmış; hükmü, katlanma ödevi yüklediği maliki değil, bu katlanma ödevinden yararlanacak olanları özne alarak kurgulamıştır. Hükümden anlaşılacağı üzere orman veya mer'a maliki, başkalarının arazisine girmesine ve hatta yerel âdeti aşmadığı sürece yabancı yetişen bitki gibi şeyleri toplamasına müsaade etmek zorundadır<sup>33</sup>. Türk Medeni Kanunu m. 752'de ise "*Su, rüzgâr, çığ veya*

<sup>32</sup> Görüldüğü gibi burada sadece suların akmasına izin verme değil, buna mecbur olma söz konusudur; çünkü alt taraftaki arazi maliki için bu su hayati önemde olabilir. Bkz. Huber, s. 576.

<sup>33</sup> Huber, s. 583.

*diğer doğal güçlerin etkisiyle ya da rastlantı sonucunda başkasının arazisine sürüklenen veya düşen şeyler ile buraya giren büyük ve küçük baş hayvan, arı oğulu, kanatlı hayvan ve balık gibi hayvanların hak sahipleri tarafından aranıp alınmasına, arazi maliki izin vermek zorundadır.”* ifadesine yer verilerek bazı özel durumlarda malikin arazisine girilmesine katlanma ödevi yüklenmiştir.

Son olarak TMK m. 753'te *“Bir kimse kendisini veya başkasını tehdit eden bir zararı veya o anda mevcut bir tehlikeyi ancak başkasının taşınmazına müdahale ile önleyebilecek ve bu zarar ya da tehlike taşınmazına müdahaleden doğacak zarardan önemli ölçüde büyük ise, malik buna katlanmak zorundadır.”* denilerek aynı konuyla ilgili başka bir katlanma ödevinden bahsedilmiştir.

## **B. Ödevlerin Değiştirilmesinin veya Kaldırılmasının Usulü**

### **1. Mehaz İsviçre Medeni Kanunundaki Düzenleme**

Kanundan doğrudan doğan ödevlerin değiştirilmesi veya kaldırılmasıyla ilgili İsviçre hukukundaki düzenleme ZGB Art. 680'de yer almaktadır. Madde, üç fıkra halinde düzenlenmiştir. İlk fıkrada mülkiyetin kanundan doğan kısıtlamalarının, tapu siciline tescil edilmesine bakılmaksızın geçerli olacağı hükmü yer almaktayken; üçüncü fıkrada kamu hukuku kısıtlamalarının değiştirilemeyeceği ve kaldırılamayacağı düzenlenmiştir. İkinci fıkra ise ödevlerin değiştirilip kaldırılmasıyla ilgilidir. Bu hükme göre *“(Kısıtlamaların) kaldırılmasına veya değiştirilmesine ilişkin herhangi bir anlaşma, resmi şekilde yapılmadıkça ve tapu siciline kaydedilmedikçe geçerli olmaz.”* Görüldüğü gibi İsviçre Medeni Kanunu, söz konusu ödevlerin değiştirilmesi veya kaldırılması için öncelikle resmi şekilde yapılan bir anlaşma ve bu anlaşmanın tapu siciline tescili usulünü öngörmüştür.

İsviçre hukukunda doğrudan ödevleri değiştirme veya kaldırma için öngörülen anlaşmanın resmi şekilde yapılacak bir irtifak sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmektedir<sup>34</sup>. Ayrıca bu sözleşme, tapu sicili-

<sup>34</sup> Fischer, s. 634. Yazar, ZGB art. 680/II'de (kaldırma içerikli) irtifakı tesis eden sözleşmenin geçerliliği için resmi şekil ve tescil aranmasına rağmen ZGB art. 732'de irtifak tesis eden sözleşmelerin şeklinin yalnızca resmi şekil olarak belirlenmiş olmasını bir çelişki olarak görmekte ve “kanunkoyucunun dikkatsizliği” olarak nitelendir-

ne tescil edilecektir. Resmi şekle uygun yapılmayan ve tescil edilmeyen sözleşmeler, sadece taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurur<sup>35</sup>.

Son olarak ödevlerin sözleşme yapılmadan da kalkabileceği üç durum sayan bir görüşe temas etmek yerinde olur. Bu görüşe göre, ödevin iyiniyetli olarak ihlaline talep sahibinin zamanında itiraz etmemesi<sup>36</sup> (ZGB Art. 674); kantonal mülkiyet kısıtlamasının ihlalinin zamanaşımına uğraması veya hak düşümü sonucu artık telafi edilememesi<sup>37</sup>; mülkiyet ödevini askıya alan veya değiştiren bir irtifakın kurulması<sup>38</sup> (ZGB art. 731), zamanaşımıyla irtifak hakkı kazanma) durumlarında ödev hukuki bir işlemle kaldırılmasa da, kaldırılmış gibi sonuç ortaya çıkar. Şüphesiz kantonal düzenlemeyle ilgili kısım Türk hukuku için geçerli değildir. Fakat zamanında itiraz etmeme ve ödevi kaldıran bir irtifak kurulması durumlarında benzer bir sonucun Türk hukukunda da kabul edilebileceği söylenebilir.

## 2. Eski Medeni Kanundaki Düzenleme

Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğrudan doğan yararlanma kısıtlamasına ilişkin ödevlerinin kaldırılması konusu eski Medeni Kanunda, yürürlükteki düzenlemeden az bir farkla düzenlenmişti. Hükme göre, *“Mülkiyetin kanuni takyitleri tapu siciline kayde hacet olmaksızın muteber olur. Bu takyitler; ancak resmi bir senedle ve tapu siciline kayıt ile ilga veya tadil olunabilir. Ammenin menfaati için vazolunan takyitler tadil ve ilga olunamaz.”* (Eski Medeni Kanun m. 657). Eski Medeni Kanun'da madde tek fıkıydı. Türk Medeni Kanunu m. 731/II'nin karşılığı olan kısım ise maddenin ikinci cümlesidir. Daha yakından incelenecek olunursa, *“Bu takyitler, ancak resmi bir senedle ve tapu siciline kayıt ile ilga veya tadil olunabilir.”* cümlesinde *“tapu siciline kayıt”* TMK'daki hükümden farklılaşan ibaredir. Zira yürürlükteki maddede bunun yerine *“...tapu kütüğüne şerh verilmesine...”* ibaresi yer almaktadır. Görüldüğü

---

mektedir. Ayrıca bkz. Schmid/ Hürlimann - Kaup, N. 930; Göksu, Tarkan, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht- Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, 2012, s. 204 – 207.

<sup>35</sup> Meier-Hayoz, Art. 680 N. 111; Fischer, s. 634; Tuor, s. 554.

<sup>36</sup> Meier-Hayoz, Art. 680 N. 126.

<sup>37</sup> Meier-Hayoz, Art. 680 N. 128.

<sup>38</sup> Meier-Hayoz, Art. 680 N. 131.

üzere eski kanunda ödevlerin kaldırılması için “tescil” şartı, mevcut kanunda “şerh” ile değiştirilmiştir. Buna karşılık, ödevlerin kaldırılması için resmi şekle uygun sözleşme yapılması şartı varlığını muhafaza etmiştir.

Kanunun yürürlükte olduğu dönemde “*tapu siciline kayıt*” ibaresi üzerinde tartışmalar yürütülmüştür. Bu tartışmalardan ilki kaydın niteliği üzerinedir. Bir kısım yazarlar<sup>39</sup> bu kayıttan “şerhin” anlaşılması gerektiğini savunurken, diğer bazı yazarlar<sup>40</sup> kaydın “tescil” olduğunu ileri sürmekteydi. Diğer tartışma ise tescilin anlamı üzerine öne sürülen farklı görüşlerden oluşmaktaydı. Buna göre bir kısım yazarlar tescilin sonraki maliklere karşı ödevin kaldırıldığını ileri sürmeye yaradığını<sup>41</sup>; karşıt görüştekiler ise ödevleri kaldıran sözleşmenin irtifak hakkı kuran bir irtifak sözleşmesi olarak tapu kütüğüne tescil edilmesini kabul etmekteydi<sup>42</sup>. Öz itibarıyla, kaldırmaya dair sözleşmenin irtifak sözleşmesi; tescilin de irtifak kuran bir tescil olduğunu savunan ve buna karşı çıkan iki görüş mevcuttu.

### 3. Türk Medeni Kanunundaki Düzenleme

Türk Medeni Kanunu’nda kaydın türüyle ilgili tereddütler ortadan kaldırılmış ve kanunun açık ifadesiyle ödevleri kaldıran veya değiştiren sözleşmelerin tapuya “şerh” edileceği belirtilmiştir. Önalımdan feragat<sup>43</sup> için var olan usul burada, yararlanma kısıtlaması niteliğindeki ödevler için getirilmiştir. Bu iki hüküm arasındaki temel fark ise, önalımdan feragatin taraflar arasında etki doğuran türde ya da üçüncü kişilere karşı etki doğuran türde olması fark etmeksizin her halükarda resmi şekilde

<sup>39</sup> Ertaş, s. 76; Akdemir Havutçu, Ayşe: Devre Mülk Hakkı, İzmir 1987, s. 15.

<sup>40</sup> Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 613; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir (2001), s. 417; Şahinüz, Salih: Türk Medeni Kanununda Zaruri Mecra İrtifakı, İstanbul 2001, s. 100.

<sup>41</sup> Çörtoğlu, s. 18; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 613; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir (2001), s. 417; Şahinüz (mecra), s. 100.

<sup>42</sup> Sungurbey, İsmet: Medeni Kanunun Öntasarısının Nesnelere Hukukunun Eleştirisi, İstanbul 1972, s. 253.

<sup>43</sup> Önalım hakkından feragat ile ilgili düzenleme TMK m. 733/II’de yer almaktadır. Hükme göre önalım hakkından feragat ancak resmi feragat sözleşmesi ve tapu kütüğüne şerh ile hüküm doğurur. Ancak belirli bir satış için önalım hakkını kullanmaktan vazgeçmek yazılı şekle tâbidir.

yapılması zorunluymış<sup>44</sup>, doğrudan ödevlerin kaldırılması konusundaki sözleşmenin eğer sadece tarafları bağlaması amaçlanıyorsa şekle bağlı olmadan da yapılabilmesidir. Dolayısıyla TMK m. 731/II kapsamında yapılacak kaldırma veya değiştirme sözleşmesinde resmi şekil, sadece şerh verilecekse aranacaktır. Kaldırma veya değiştirme sözleşmesini yapacak olan makam tapu sicili müdürlüğüdür. Böyle ödevlerin kaldırılmasında şekle uyulmazsa, sözleşme sadece taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurur.

Kaydın türünün şerh olduğunu bildiren TMK m. 731/II, daha önce de zikredildiği gibi sadece kanundan doğrudan doğan ve yararlanma kısıtlaması getiren ödevlerin kaldırılmasında uygulanır.

#### 4. Kanundan Doğan Dolaylı Ödevlerin Kaldırılması

Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan dolaylı ödevleri, bir irtifak olarak tescille varlık kazanır. Bu ödevler tescil olunduktan sonra, değiştirilip kaldırılmaları da kanunun gösterdiği şekilde, irtifakların kaldırılma usulüne uyularak yapılır. Fakat önemle vurgulanmalıdır ki böyle ödevler, geçerli olarak kurulmalarından önceki dönemde de potansiyel olarak mevcuttur<sup>45</sup>. Bu ödevle yükümlü olan malikin, kısıtlama tescil edilmeden bu ödevin kaldırılmasını sağlama imkânı olup olmadığı; diğer bir ifadeyle, malikin, ödevin içerdiği yenilik doğuran talep hakkının, ödevden yararlanan kişi tarafından kullanılmasını; ödevdeki kısıtlamanın kendisine karşı ileri sürülmesini önleyebilip önleyemeyeceği incelenmelidir. Öncelikle malikin, ödevin kaldırılmasında hukuki ve ekonomik yararının olduğu hususunda şüphe yoktur. Zira diğer ödevler gibi bu tür ödevler de malikin mülkiyet hakkını çeşitli biçimlerde kısıtlar. Mülkiyet hakkını bu ödevlerden arındırmak, malik için avantajdır. Ödevler kaldırıldığında malik, taşınmazı üzerindeki mülkiyet hakkını daha özgür biçimde kullanabilir. Ayrıca ödevlerin kaldırılmasına ilişkin anlaşmanın şerhi sayesinde taşınmazını üçüncü kişiye devretmesi halinde yeni malikin de taşınmazı bu ödevlerden arî olarak devralacak olması yine malikin lehinedir. Bu tespitler ışığında, her ne kadar ödevin içerdiği kısıtlama

<sup>44</sup> Akalp Demirtabak, Didem: Yasal Önalım Hakkı, İstanbul 2010, s. 122; Tekinay, s. 63; Şıpka, Şükran: Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şuf'a) Hakkı, İstanbul 1994, s. 111 vd.

<sup>45</sup> Ödevden yararlananların gözünden ifade edilirse, kişi bu hakka (yenilik doğuran bir hak olarak ödevin içerdiği tescilli talep hakkına) hâlihazırda kanun gereği, herhangi bir tescile ihtiyaç olmadan sahiptir. Bkz. Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 553; Şahiniz (komşuluk), s. 645.

ödevden yararlanan kişiler tarafından talep edilmedikçe varlık kazanmayacak olsa da malikin ödevlerin kullanılmayacağından emin olmak istemesi, mülkiyetini sürekli olarak bu ödevin içerdiği hakkın ileri sürülmesi tehdidi altında sürdürmekten kurtulmak istemesi anlaşılabilir bir arzu olacaktır.

Ortaya konulan sorunla ilgili mülkiyetin kanundan doğan dolaylı bir ödevi olan yasal önalım hakkıyla ilgili kanunun getirdiği çözümden hareket edilebilir. Doktrinde yasal önalım hakkının dolaylı bir ödev niteliğinde olduğu görüşü hâkimdir<sup>46</sup>. Bunun gerekçesi, yasal önalım hakkının, paylı mülkiyette paydaşın önalım hakkına konu olan taşınmazdaki paylı mülkiyet hakkının devir özgürlüğünü doğrudan doğruya kısıtlamasıdır<sup>47</sup>. Önalım hakkı kullanılmadığı sürece mülkiyetin kısıtlanmasından bahsedilemez. Bu açıdan diğer dolaylı ödevlerden ayrılan yasal önalım hakkının, diğer dolaylı ödevlerin çoğunluğundan farklı olarak, tescil edilmesine gerek yoktur<sup>48</sup>. Önalım olayı olarak adlandırılan üçüncü kişiye satış ya da ekonomik açıdan satışa eşdeğer bir hukuki işlem gerçekleştiğinde hak kullanılabilir hale gelir ve payını satan paydaşa karşı ileri sürülebilir<sup>49</sup>. Kanunkoyucu bu ödevden yararlanan paydaşların önalım haklarından feragat etmelerinin yolunu düzenleyerek malikin ödevini kaldırmasına imkân tanımıştır<sup>50</sup> (TMK m. 733/II). Hükme göre paydaşlarla TMK m. 731/II uygulamasına benzer şekilde yapılacak anlaşma ve verilecek şerh ile önalım hakkından feragat edilmesi mümkün-

<sup>46</sup> Akalp Demirtabak, s. 22; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 556; Eren, s. 396; Tekinay, s. 39. Aksi görüşte bkz.; Gümüş, s. 132; Erkan, Vehbi Umut: Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 Tarihli E. 2003/34 ve K. 2007/94 Sayılı Kararı Üzerine: Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 5 Sayı: I Yıl: 2014, s. 275; Kırcı, Çiğdem, Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanundaki Değişiklikler, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, II. Cilt, İstanbul 2002, s. 1188; Sirmen, s. 424.

<sup>47</sup> Eren, s. 396.

<sup>48</sup> Akalp Demirtabak, s. 23. Örneğin zorunlu geçit hakkında (TMK m. 747) tescil zorunludur. Bkz. Bük, Alaattin: Zorunlu Geçit Davalarında Görev Sorunu, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı 7, Yıl: 2016, s. 270; Tacın, Mustafa Hayri: Uygulama Bakımından Zorunlu Geçit Hakkı Davası, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:7, Sayı:28 (Ekim 2016), s. 391.

<sup>49</sup> Akalp Demirtabak, s. 47 vd.

<sup>50</sup> Önalımın satışla doğduğunun kabul edilmesi halinde dahi “ileride doğacak haktan feragat” niteliğinde, önalımdan mutlak feragatin geçerli olduğuna dair bkz. Şıpka, s. 113.

dür. Bu sayede malik payını üçüncü kişilere satarken, kendisine karşı önalım hakkının kullanılması tedirginliğini yaşamayacaktır<sup>51</sup>. Ödev kaldırılmış olacaktır. Burada feragatin, önalım hakkının tek bir satış için “kullanılmaktan vazgeçilmesi” değil, hakkın “hiçbir zaman kullanılmayacağına dair verilen bir taahhüt” anlamına geldiği<sup>52</sup> hususu gözden kaçırılmamalıdır. Diğer dolaylı ödevler bakımından, tescilden önceki dönemde yani hakkın tabiri caizse uykuda olduğu dönemde, kanun benzer bir çözüm getirmemiştir. Kanaatimizce diğer dolaylı ödevler bakımından da TMK m. 733/II'deki gibi tescilden önceki dönemde yapılacak bir sözleşme ve bu sözleşmenin tapu kütüğüne şerhi ile ödevden yararlanacak kişilerin, sonraki malikleri de bağlayacak biçimde haklarını kullanmamayı taahhüt etmeleri, böyle ödevlerin kaldırılması için makul bir usul olacaktır<sup>53</sup>.

### III. KALDIRMA VEYA DEĞİŞTİRME ANLAŞMASININ ŞERHİ

#### A. Şerhin Yapılması

Buraya kadar yapılan açıklamalar karşısında, TMK m. 731/II'de yer alan şerhin amacının, doğrudan ve kanuni yararlanma kısıtlaması ödevlerinin değiştirilmesinin ya da kaldırılmasının üçüncü kişilere etkili kılınması olduğu söylenebilir. Eski Medeni Kanun bakımından şerh değil, tescil öngörülmüş olsa da mevcut düzenlemede böyle anlaşmaların artık tapu kütüğüne şerh olarak kaydedileceği belirtilmiştir. Böylece ödevlerin değiştirilmesi veya kaldırılması artık aynı hak tanınarak değil, şerhle yapılacaktır<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> Sonraki satışlara da etkilidir. Bkz. Şıpka, s. 114; Ertaş, s. 388.

<sup>52</sup> Akalp Demirtabak, s. 123. Ayrıca bu durumda hakkın özünden vazgeçme, hakkın ortadan kaldırılması değil, daimi olarak kullanılmayacağına dair verilen bir taahhüt olduğu, bunun hukuki niteliği ve bu sayede taahhüt eden önalım hakkını ileri sürdüğünde diğer paydaşların taahhütte bulunan paydaşa karşı bir def'i hakkına sahip olacağına ilişkin görüş için bkz. Gümüş, s. 147.

<sup>53</sup> Önalım hakkından feragat için getirilen bu sıkı şekil zorunluluğu, yasal önalım hakkının yenilik doğuran hak niteliğinin kabulü karşısında eleştirilmektedir. Zira yenilik doğuran haklar tek taraflı irade beyanıyla kullanılır. Buna rağmen hak sahibinin neden bu haktan tek taraflı olarak feragat edemediği ve muhataplarla bir sözleşme yapmak zorunda olduğu anlaşılammaktadır. Konu hakkındaki geniş açıklama için bkz. Buz, Vedat: Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 431, 434.

<sup>54</sup> Gümüş, s. 137.

Tapu kütüğüne yapılacak kaydın niteliğiyle ilgili kanunun şerh yönündeki tercih değişikliği kimi yönlerden eleştirilmiştir. Bir görüşe göre Türk Medeni Kanunu döneminde dahi kaldırma ya da değiştirme anlaşmasının şerh değil, tescil edilmesi gerekir; zira böyle bir kaldırma anlaşması ancak kişi veya eşyaya bağlı bir irtifak hakkı kurma suretiyle mümkün olur<sup>55</sup>. İrtifak hakkını kuran sözleşmeler de resmi şekle tabi olup tescille hüküm ifade edeceğinden, söz konusu ödevlerin kaldırılması bu usule uygun yapılmalıdır<sup>56</sup>. Öte yandan diğer bir görüş, kaydın niteliğinin şerh olduğunu kabul etmekle birlikte, şerhin tapu sicilinin irtifaklar sütununa yapılması gerektiğini savunmaktadır<sup>57</sup>. Bu görüşü savunan yazarlardan Eren'e göre, "*Özel hukuk nitelikli ödevler resmi bir sözleşmeyle (irtifak sözleşmesi) ve tapu kütüğüne (irtifaklar sütununa) şerh ile ortadan kaldırılır veya değiştirilir.*"<sup>58</sup> Yazar, değiştirme veya kaldırmanın ancak bu şekilde üçüncü kişilere karşı etkili olabileceğini ileri sürmektedir<sup>59</sup>.

Nihayet katıldığımız son bir görüş, TMK 731/II'nin açık hükmü karşısında artık tescilden söz edilemeyeceğini; yapılacak kaydın tescil değil, şerh olduğunu ve şerhin de irtifaklar sütununa değil, şerhler sütununa yapılması gerektiğini savunmaktadır<sup>60</sup>.

Önceki kanun döneminde irtifak hakkı tesisi usulüyle ödevin kaldırılması tescili, ödevden yararlanan taşınmazın sayfasına kaydedilirdi. Kaldırmada eşyaya bağlı irtifak söz konusu ise o takdirde hem yararlanan hem de ödevle bağlı taşınmazın sayfalarına tescil gerçekleştirilmeliydi (Tapu Sicili Tüzüğü m. 30. TMK m. 1018). Fakat kaldırma anlaşmasının tescilinin değil, şerhinin söz konusu olduğu yeni düzende şerh, yalnızca yararlanma kısıtlaması içerikli ödevi ileri sürebilecek olan (fakat kaldırmayla birlikte artık ileri süremeyecek olan) taşınmazın tapu

<sup>55</sup> Sirmen, s. 445. Fakat yazar yararlanma kısıtlaması içerikli ödevler dışındaki ödevler için şerh şartını doğru bulmaktadır.

<sup>56</sup> Sirmen, s. 445.

<sup>57</sup> Ertaş, s. 382; Eren, s. 364. Oğuzman/ Seliçi, Eşya Hukuku kitabının önceki basılarında bu görüşe katılmaktaydı (Oğuzman, K./ Seliçi, Ö.: Eşya Hukuku, İstanbul 1992, s. 494).

<sup>58</sup> Eren, s. 364.

<sup>59</sup> Eren, s. 364.

<sup>60</sup> Gümüş, s. 137 – 138; Akipek/ Akıntürk, s. 546; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 548.



kütüğü sayfasına yapılacaktır. Aynı zamanda bu anlaşma, ödevle bağlı olan (fakat kaldırmayla birlikte ödevden kurtulan) taşınmazın tapu kütüğündeki beyanlar kısmında gösterilecektir<sup>61</sup>.

Değiştirme ya da kaldırma anlaşması resmi şekle tâbidir. Buradaki resmi şekli gerçekleştirecek makam tapu sicil müdürlüğüdür<sup>62</sup>.

Şerh için, resmi şekilde yapılacak değiştirme ya da kaldırma anlaşması haricinde bir de “şerh anlaşması” gerekmektedir. Şerh anlaşmasının şekli kural olarak asıl sözleşmenin şekline bağlıdır<sup>63</sup>. Dolayısıyla resmi şeklin şerh anlaşması bakımından da şart olduğu söylenebilir. Burada şerh talebini yapacak olan taraf, kaldırılmadan önce ödevden yararlanan<sup>64</sup> taşınmazın malikidir<sup>65</sup>.

## B. Şerhin Etkisi

Usulüne uygun olarak gerçekleştirilen değiştirme ya da kaldırma ile birlikte taşınmazlar arasında yeni bir hukuki durum meydana gelecektir. Buna göre artık kanunun öngördüğü düzen, tarafların üzerinde uzlaştığı biçime dönüşecektir. Bu kapsamda anlaşma değiştirme üzerineyse mülkiyetin ödevlerinin kapsam olarak daraltılması ya da genişletilmesi<sup>66</sup>; kaldırma üzerineyse mülkiyetten doğan bu ödevin tamamen ortadan kaldırılması söz konusudur<sup>67</sup>. Ödev tamamen ortadan kaldırılınca, ödevle bağlı taşınmazın maliki artık ödevin içerdiği yararlanma kısıtlamasına uygun hareket etmek zorunda olmayacaktır. Ödevden yararlanan taşınmaz maliki de artık komşusunun, ödevin içerdiği yararlanma kısıtlamasına uymasını bekleyemeyecektir. Eğer ödev bir kaçınma edimine ilişkinse, ödevden kurtulan taşınmazın maliki artık o davranıştan kaçınmak

<sup>61</sup> Gümüş, s. 141.

<sup>62</sup> Eren, s. 377.

<sup>63</sup> İstisnaları için bkz. Tapu Sicili Tüzüğü m. 47 vd.

<sup>64</sup> İlgili taşınmazın malikinin tespitinde yaşanan sorunlar, tapu sicilinin aleniyeti ve elektronik tapu sicili uygulamasının muhtemel yarar ve zararları hakkında bilgi için bkz. Başpınar, Veysel, Elektronik Tapu Sicili Düzenlenirken, Tapu Sicilinin Aleniyeti ve Diğer Alanlarla İlgili Alınması Gereken Tedbirler, AÜHFD Yıl: 2008, C. 57, Sayı:3, s. 97 vd.

<sup>65</sup> Gümüş, s. 141.

<sup>66</sup> Haab/ Simonius/ Scherrer/ Zobl s. 385; Meier-Hayoz, N. 93.

<sup>67</sup> Haab/ Simonius/ Scherrer/ Zobl s. 385; Fischer, s. 634; Meier-Hayoz, N. 93; Çortoğlu, s. 17; Özsunay, s. 159.

zorunda değildir. Aynı şekilde katlanma edimi içeren bir ödevin kaldırılmasıyla malik, artık ödevden yararlanan taşınmazdan gelen bazı etkilere katlanmak zorunda olmayacaktır. İlk duruma örnek olarak, malik hoş görülebilecek seviyeyi aşan duman, buğu, kurum, toz, gürültü vb. çıkarmaktan kaçınmak zorundayken (TMK m. 737/II) ödevin kaldırılmasıyla mülkiyetini artık bu kısıtlamayla bağlı olmadan kullanabilecektir. Benzer biçimde, katlanma edimi içeren doğal olarak akan sulara katlanma ödevinin kaldırılmasıyla (TMK m. 742/I), malik artık bu suları kabul ile yükümlü olmayacaktır.

Şerhin hukuki sebebi, değiştirme veya kaldırma sözleşmesidir. Şerh yapılmadığı takdirde sözleşme hangi şekilde yapılırsa yapılsın, sadece tarafları bağlar. Öte yandan bu sözleşmeyle ödevin mutlak anlamda son bulup bulmadığı tespit edilmelidir. Doktrinde bu konuya eğilen Gümüş'e göre, kaldırma anlaşmasıyla mülkiyetten doğan ödev, "tamamıyla ortadan kalkmaz; sadece etkisiz kılınır". Yazara göre, kısıtlamaya tâbi olan taşınmaz maliki, taşınmazı üzerindeki kısıtlamanın etkisiz kılınmasıyla, diğer sözleşme tarafına karşı ileri sürebileceği bir def'i hakkına kavuşur<sup>68</sup>. Buradan hareketle, bu anlaşmanın bir *pactum de non petendo* niteliğinde olduğu sonucuna ulaşılabilir<sup>69</sup>. *Pactum de non petendo*, basit bir anlatımla, alacaklının borçluya karşı alacağını ileri sürmeme taahhüdünü ve bu kapsamda borcunu ileri sürdüğü takdirde borçluya bu talebi geri çevirmesine imkân veren bir def'i hakkını (*ope exceptionis*) içeren bir sözleşmedir<sup>70</sup>. Bu sözleşmenin belirli bir süre için geçerli olmak üzere kurulması halinde "*pactum de non petendo in tempus*"; süresiz olarak kurulması halinde "*pactum de non petendo in perpetuum*" söz konusu olur<sup>71</sup>. Dolayısıyla sürekli kaldırma durumunda anlaşmanın etkisi, taşınmazından ödevi kaldırılan malik bakımından, ödevin aleyhine kaldı-

<sup>68</sup> Gümüş, s. 138.

<sup>69</sup> Gümüş, s. 138.

<sup>70</sup> Tahiroğlu, Bülent: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2011, s. 100; Gümüş, s. 138. "pactum de non petendo (in perpetuum), ibra gibi borcu sona erdiren bir sebep olmayıp, alacaklının borçlu ile ifanın talep edilmeyeceği konusunda anlaşmalarıdır." Bkz. Savaş, Abdurrahman: Türk Borçlar Hukukunda İkale Sözleşmesi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:7, Sayı:26 2016, s. 116.

<sup>71</sup> Savaş, s. 116.

rıldığı taşınmaz malikine karşı ileri sürebileceği<sup>72</sup> daimi bir def'i hakkı kazanmak suretiyle, ödevin etkisizleşmesi olarak karşımıza çıkar<sup>73</sup>.

Anlaşmanın etkisi bu iken, anlaşmanın şerhinin etkisinin ne olacağı izaha değer bir konudur. Öncelikle, kaldırmaya dair anlaşmanın şerhinin etkisinin, kişisel hakların şerhindeki gibi eşyaya bağlı borç meydana getirme olup olmadığını belirlemek gerekir. Burada kişisel hakların şerh edilmesinde olduğu gibi malike yüklenen bir borç söz konusu değildir. Örneğin bir kira sözleşmesi, tapuya şerh verildiğinde eşyaya bağlı borç oluşturur ve sonraki malikler de bu kira sözleşmesine uymak zorunda kalır. Taşınmaz el değiştirdiğinde, yeni malik mülkiyeti, kimliği önem arz etmeksizin önceden şerhi verilmiş olan kira sözleşmesine uygun davranma borcuyla birlikte devralır. Fakat aynı şeyi TMK m. 731/II'deki şerh için söylemek mümkün değildir. TMK m. 731/II kapsamında verilen şerh sonucunda, ne mevcut malike ne de taşınmazın el değiştirmesi varsayımında yeni malike bir borç yüklenir; aksine, kaldırma anlaşmasının kurulduğu tarihten itibaren hem (ödevin aleyhine kaldırıldığı taşınmazın maliki) mevcut malike hem de onun cüz'i halefleriyle sonraki sınırlı ayni hak sahiplerine karşı ileri sürebileceği bir def'i hakkı verilir. Diğer yandan, bir an için ödevin aleyhine kaldırıldığı taşınmaza katlanma veya kaçınma edimi içeren ve bir borç yüklendiği kabul edilse bile bu da eşyaya bağlı borç doğurmaz. Çünkü eşyaya bağlı borç ancak olumlu edimlerle kurulur<sup>74</sup>. Buraya kadar yapılan açıklamalar ışığında eşyaya bağlı borç doğurmadığı böylece tespit edilen bu şerh, cüz'i halefler ve sonraki sınırlı ayni hak sahiplerine karşı da ileri sürülebilme suretiyle "ayni etki" kazanan bir def'i hakkı niteliğindedir<sup>75</sup>. Şerh ile def'i hakkı ayni etki kazanmış olur.

#### IV. SONUÇ

Çalışmamızdan çıkardığımız başlıca sonuçlar şunlardır:

Taşınmaz mülkiyeti bünyesinde bir takım kısıtlamalar barındırır. Bu kısıtlamalar, kanundan ya da hukuki işlemde doğabilir. Kanundan

<sup>72</sup> Anlaşma bir def'i niteliğinde olduğundan hâkim tarafından re'sen gözetilemez. Bkz. Savaş, s. 116.

<sup>73</sup> Roma'da Pactum de non petendo yalnız taraflarını bağlardı. Bkz. Tahiroğlu, s. 101.

<sup>74</sup> Ünal/ Başpınar, s. 94.

<sup>75</sup> Gümüş, s. 140.

doğan kısıtlamalar bazı yazarlar tarafından “ödev” olarak adlandırılmaktadır. Biz de bu adlandırmayı isabetli bulmaktayız.

Taşınmaz mülkiyetinin ödevleri, taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kısıtlayan ve taşınmazdan yararlanma yetkisini kısıtlayan olarak ikiye; bir görüşe göre ise değerlendirme yetkisini kısıtlayan ödevler de dâhil olmak üzere üçe ayrılır. TMK m. 731/II’de düzenlenmiş olan şerh, işte bu ödevlerden, yararlanma yetkisini kısıtlayan ödevlerin kaldırılması veya değiştirilmesi anlaşmalarının şerhidir. Kamu yararına getirilen ödevler değiştirilemez ve kaldırılamaz.

Eski Medeni Kanun’da tapu siciline kayıt olarak “tescil” formülünün, TMK m. 731/II’deki “şerh” ifadesiyle değiştirilmesi ve Tapu Sicili Tüzüğü’nde de konuyla ilgili herhangi bir düzenleme yapılmamış olması, görüldüğü kadarıyla doktrindeki kaydın türü ve yapılacağı tapu sütunu ile ilgili tartışmayı sona erdirmemiştir. Gerçekten, yazarların bir kısmı düzenlemenin hatalı olduğunu ve mehz kanundaki gibi “tescil” formülünün kabul edilmesi gerektiğini savunurken bir kısmı da kaydın türünün şerh olduğunu kabul etmekle birlikte bu şerhin irtifaklar sütununa yapılması gerektiğini ileri sürmektedir. Kanaatimizce kanunun açık hükmü karşısında; kaldırma anlaşması resmi şekilde yapılır, ödevin aleyhine kaldırıldığı taşınmazın tapu sayfasındaki şerhler sütununa şerh edilir ve ödevden kurtulan taşınmazın tapu sayfasındaki beyanlar sütununa kaydedilir.

Ödevlerin kaldırılmasının hukuki niteliği hakkında katıldığımız görüşe göre, kaldırma anlaşması, ödevi (ödevden yararlanan taşınmaz maliki için hakkı) tamamen imha etmez; ödevden kurtulan taşınmaz malikine, kendisinden ödevde uyması talep edildiğinde ileri sürebileceği bir def’i hakkı tanır. Bu anlaşma ise *pactum de non petendo* niteliğindedir.

Son olarak, TMK m. 731/II’deki şerh sayesinde, ödevi kaldırma anlaşması aynı etki kazanır. Şerh, ödevden kurtulan taşınmazın malikinin kazandığı daimi def’i hakkının, sonraki sınırlı aynı hak sahipleri ve cüz’i haleflere karşı da ileri sürülmesi imkânını sağlar.

**KISALTMALAR**

<b>Art</b>	: Artikel
<b>AÜHFD</b>	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>AY</b>	: Anayasa
<b>Bkz</b>	: Bakınız
<b>C</b>	: Cilt
<b>Çev</b>	: Çeviren
<b>Ed</b>	: Editör
<b>EÜHFD</b>	: Erzinan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>m</b>	: Madde
<b>N</b>	: Not
<b>S</b>	: Sayı
<b>s</b>	: Sayfa
<b>TMK</b>	: Türk Medeni Kanunu
<b>vd</b>	: ve devamı
<b>ZGB</b>	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch

**KAYNAKÇA**

Abik, Y. (2010). Taşınmaz Malikinin Olumlu Müdahaleler Nede-niyle Komşulara Karşı Sorumluluğu. EÜHFD, XIV(3-4).

Akalp Demirtabak, D. (2010). Yasal Önalım Hakkı. İstanbul: On İki Levha.

Akdemir Havutçu, A. (1987). Devre Mülk Hakkı. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları.

Akipek J. ve Akıntürk T. (2009). Eşya Hukuku. İstanbul: Beta.

Başpınar, V. (2008). Elektronik Tapu Sicili Düzenlenirken, Tapu Sicilinin Aleniyeti ve Diğer Alanlarla İlgili Alınması Gereken Tedbirler. AÜHFD, 57(3).

Buz, V. (2005). Yenilik Doğuran Haklar. Ankara: Yetkin.

Bük, A. (2016). Zorunlu Geçit Davalarında Görev Sorunu, Uyuş-mazlık Mahkemesi Dergisi, S. 7.

Çörtoğlu, S. (1982). Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti-nin Kullanılmasının Çevreye Etki ve Sonuçları (MK 661). Ankara: An-kara İktisadi ve Ticari Bilimler Akademisi.

Çörtoğlu, S. (1988). Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılması. Ankara: Dayınlarlı Hukuk.

Eren, F. (2011). Mülkiyet Hukuku. Ankara: Yetkin.

Erkan, V. U. (2014). Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 Tarihli E. 2003/34 ve K. 2007/94 Sayılı Kararı Üzerine: Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 5(I).

Ertuş, Ş. (2008). Eşya Hukuku. Ankara: Seçkin.

Fischer, M. (2006). Schweizerisches Zivilgesetzbuch Handkommentar Art. 680 – 703. Zürich.

Göksu, T. (2012). Handkommentar zum Schweizer Privatrecht-Sachenrecht Art. 641-977 ZGB. Zürich/Basel/Genf.

Gümüş, M. A. (2003). Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler. Ankara: Seçkin.

Gürsoy, K. T., Eren, F. ve Cansel, E. (1984). Türk Eşya Hukuku. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Haab, R., Simonius, A., Scherrer, W. ve Zobl, D. (1977). Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/1. Zürich.

Huber, E. (2007). Materialien zum Zivilgesetzbuch Band II, (Ed. Reber, M. ve Hurni, C.). Bern.

Kırca, Ç. (2005). Zorunlu İrtifakların Hukuki Niteliği, AÜHFD 54(4).

Kırca, Ç. (2002). Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanundaki Değişiklikler. Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı II. Cilt, İstanbul.

Meier-Hayoz, A. (1975). Berner Kommentar: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Band IV: Das Sachenrecht 1. Abteilung Das Eigentum, 3. Teilband Das Grundeigentum II: Art. 680-701 ZGB. Bern.

Oğuzman, K., Seliçi, Ö. ve Oktay Özdemir, S. (2013). Eşya Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Oğuzman, K., Seliçi, Ö. ve Oktay Özdemir, S. (2001). Eşya Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi.

Oğuzman, K., Seliçi, Ö. Eşya Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Özsunay, E. (1968). Zaruri Geçit Hakkı. İstanbul: İstanbul Üniversitesi.

Savaş, A. (2016). Türk Borçlar Hukukunda İ kale Sözleşmesi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. 7(26).

Schmid, J., Hürlimann-Kaup, B. (2009). Sachenrecht. Zürich: Schulthess Verlag.

Sirmen, L. (2018). Eşya Hukuku. Ankara: Yetkin.

Sungurbey, İ. (1972). Medeni Kanunun Öntasarısının Nesnel Hukukunun Eleştirisi. İstanbul: Sulhi Varan Matbaası.

Şahiniz, S. (2001). Gayrimenkul Mülkiyetinin Komşuluk Hukukuna İlişkin Dolayısıyla Kanundan Doğan Sınırlamaları: Zaruri İrtifaklar, Prof. Dr. Nuri ÇELİK'e Armağan, Cilt I. İstanbul: Beta.

Şahiniz, S. (2001). Türk Medeni Kanununda Zaruri Mecra İrtifakı. İstanbul: Beta.

Şıpka, Ş. (1994). Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şuf'a) Hakkı. İstanbul: Alfa Yayınları.

Tacın, M. H. (2016). Uygulama Bakımından Zorunlu Geçit Hakkı Davası, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. 7(28).

Tahiroğlu, B. (2011). Roma Borçlar Hukuku. İstanbul: Der Yayınları.

Tekinay, S. (1988). Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, İstanbul: Filiz Kitabevi.

Tuor, P. (1957). İsviçre Medeni Kanunu'nun Federal Mahkeme İçtihatlarına Göre Sistemli İzahı, Bern 1914 – 1929, (Çev. A. Artus). Ankara. (Orijinal yayın tarihi, 1929)

Ünal, M., Başpınar, V. (2010). Şekli Eşya Hukuku. Ankara Yetkin.