MADEN HAKKI VE MADEN İRTİFAKI

Yrd.Doç.Dr. Demet ÖZDAMAR*

GİRİŞ

"Maden" ve "maden hakkı" kavramının tanımı, Maden Hukuku açısından özel bir anlam taşır. Her ülkede kabul edilen maden rejimi bazı farklılıklar arzeder. Bu farklılıklara ve getirilen maden hukuku ile ilgili düzenlemelere göre, "maden" ve "maden hakkı" çeşitli şekillerde tanımlanmış ve maden hakkının hukukî niteliği belirlenmiştir.

Özellikle "maden hakkı" ile yakın bir irtibat halinde bulunan "maden irtifakı" da ayrıca incelenmeye değer bir kavramdır. "Maden irtifakı"nın; Medenî Hukuk'da ve İdare Hukuku'nda karşılaşılan "irtifak hakları" ile karşılaştırmalı olarak ele alınması bu konuya da hukukî yönden bir açıklık getirecektir.

I. MADEN VE MADEN HAKKI KAVRAMI

"Maden" kavramı; hukukî açıdan, ya belli özellik ve nitelikleri taşıyıp taşımadığına (tanımlayıcı sisteme) göre, ya da kanunda tek tek sayılan maddeler içine dahil olup olmamaya (tadadî sisteme) göre tanımlanmaktadır[1]. Türk Hukuku'nda, 3213 Sayılı Maden Kanunu'nun[2] 2.maddesinde, sayma (tadadî) sistem benimsenmiştir. Buna göre, Maden Kanunu'nun 2. maddesinde belirtilen her element maden sayılır. Ayrıca, Maden Kanunda belirtilmemiş (sayılmamış) bir madde, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın teklifi ve Bakanlar Kurulu kararı ile (Mad.K.m.2/VI ve VIII'deki durumlarda), maden olarak kabul edilip, Maden Kanunu hükümlerine tâbi tutulabilir. Örneğin; "Metan Gazının (Kömür, Linyit, Turba ve Bataklık Kökenli) 3213 Sayılı Maden Kanunu Kapsamına Alınması Hakkında" 98/10602 karar sayılı

---

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1 **TOPALOĞLU**, Mustafa: Maden Kanunu, Adana 1999, s.6,16; Diğer madencilik terim ve deyimleri için bkz: **YERSEL**, Kadri: Türk Madenciliğinin Sorunları, Ankara 1970, s.12; **TOPALOĞLU**, Mustafa: "Maden Haklarının Devri ve Şirketlere Sermaye Olarak Koyulması", Adana Barosu Dergisi, Nisan 1996, S.14, s.7, *(Şirket)*; **UÇKAN**, Ömer: Türk Hukukunda Madenciliğe İlişkin Haklar ve Bunların Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Getirilmesi, Eskişehir 1983, s.38 vd.; **GÖĞER**, Erdoğan: Maden Hukuku, Ankara 1979, s.38,104; **TELLİ**, Serap: İdare Hukuku ve Uluslararası Hukuk Açısından Madenler, Ankara 1989, s.69 vd.

2 3213 Sayılı Maden Kanunu, (Kabul Tarihi: 4 Haziran 1985, Yayınlandığı R.G. 15 Haziran 1985, S.18785).

Bakanlar Kurulu Kararı[3] ile "Metan Gazı" maden sayılarak, Maden Kanunu'na tâbi tutulmaktadır.

"Maden hakkına" (Bergrecht, mineral right) gelince; maden bulunan ya da aranacak gayrimenkul ile ilgili, ilk müracaat (takaddüm), ihbar, arama (jeolojik ve jeofizik etütler, sondaj yapma), buluculuk, ön işletme ve işletme ruhsatından doğan haklar bütününden oluşan bir kavramdır (Maden Kanunu m.5; m.3; Maden Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik, -***Yön.-*** m.3 vd.)[4]. Maden hakkı niteliği gereği; kuyu ve galeri açmak, madenin işletilmesi için sair tesisler kurmak haklarını da içerir.

Hukukumuzda eşya kavramı, kanun tarafından tanımlanmış değildir. Eşya Hukuku anlamında "eşya" kavramı olarak; maddî bir varlığa sahip, üzerinde hâkimiyet kurmaya elverişli, insan dışı, sınırlanabilen, iktisadî bir değer taşıyan herşey anlaşılır. Fransız Medenî Kanunu, temellüke elverişli ve iktisadî bir değer taşıyan her şeyi eşya sayarken; Alman Medenî Kanunu, maddî bir varlığa sahip her nevi nesneyi, eşya olarak kabul etmektedir (BGB § 90) [5]. Maden hakkının; gayrimaddi mallar üzerindeki bir mutlak hak olduğu tartışmasızdır. Mutlak hakların da üç çeşit objesi (konusu); şahıslar (kişilik hakları), eşyalar (maddî mallar üzerinde aynî haklar) ve gayrimaddi mallardır (örneğin fikrî ve sınaî haklar). Ancak maden hakkı ile ilgili bu mutlak hak, bir aynî hak mıdır? Maden hakkı; taşınmaz ile bağlantılıdır ve bu hak şeklî olarak, bir taşınmaz gibi muamele görür[6]. Böylelikle, maden hakkının, "kendine özgü aynî bir hak" olduğu kabul edilmektedir. Nitekim, Yargıtay'ın 1966 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, maden hakkının hukukî nitelik olarak Medenî Kanun'un 632. ve 911.maddelerinde deyimini bulan bir aynî hak olduğu ifade edilmiştir[7].

Alman Hukuku'nda da benzer bir şekilde, maden hakkına (Bergrecht), "maden işletmesi mülkiyeti" de (Bergwerkseigentum) denmekte ve maden hakkı ile ilgili konularda Alman Medenî Kanunu'nun aynî haklarla ilgili hükümleri (BGB §§ 873 vd.) uygulanmaktadır. Kural olarak taşınmaz malikinin mülkiyet hakkı, toprağın altını da kapsar. Ancak, Federal Maden Kanunu (Bundesberggesetz -BbergG- von 1980,

---

3 98/10602 karar sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (RG.21.2.1998, S.23265).

4 Maden Kanunu'nun Uygulanmasina Dair Yönetmelik, ***(Yön.)***, (RG.22.08.1985, S.18850).

5 **OĞUZMAN**, M.Kemal/ **SELİÇİ**, Özer: Eşya Hukuku, 3.B., İstanbul 1982, s.6; **ERTAŞ**, Şeref: Eşya Hukuku, 3.B., İzmir 1997, s.6.

6 **LENT**, Friedrich/**SCHWAB**, K.Heinz: Sachenrecht, München 1979, s.166-167.

7 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 04.05.1966 t., E.1996/6, K.1966/4 (RG.1.6.1966, S.12311); Aynı görüşte: **UÇKAN**, s.72-73; **GÖRGÜN**, L.Şanal: İflâsta İstihkak Davası, Ankara 1977, s.46; Bu tür haklara "aynî iktisap edici haklar" ismi de verilmektedir (**AYİTER**, Nuşin: Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme, Ankara 1968, s.107); **TOPALOĞLU**, (Şirket), s.7; **TOPALOĞLU**, Mustafa: "Kaçak Maden Üretiminin Hukuksal Yönü" Türkiye 13. Madencilik Kongresi, 10-14 Mayıs 1993, s.403.

BGBl. I 1310), buna bir istisna getirmiştir. BbergG § 3'e göre, madenlerden, taşınmaz sahibi değil, devletin bu hakkı tanıdığı, maden hakkı (maden işletmesi) (Bergwerkseigentum) sahibi yararlanır. Maden hakkı, özel bir maden siciline kaydedilir.BGB'nin (§§ 873 ff.) aynî haklarla ilgili kurallarının uygulandığı maden hakkının devri; aynî sözleşme[8] ve maden siciline tescil ile gerçekleşir. Böylece, taşınmaz malikinin hakları sınırlanmış olur. Hatta, maden hakkı sahibi, taşınmazın devrini dahi talep edebilir; zararlardan da tehlike sorumluluğu uyarınca sorumludur[9].

Medenî Kanuna göre, Türkiye'deki maden rejimi şu şekilde özetlenebilir: Madenler taşınmazdır. Sahipsiz şeyler veya yararı kamuya ait olan mallar olarak Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunurlar. İşletilmeleri ve kullanılmaları hakkında özel kurallar konulur (MK 632, 641).[10] Benzer şekilde petrol hakkı da aynî hak kabul edilmektedir: "...Petrol Kanunu'nun 36.maddesi petrol haklarının tamamının gayrimenkuller üzerinde yapılabilecek akitlere konu olabileceğini kabul etmiştir. Şu halde, petrol hakkının nev'i şahsına münhasır (kendine özgü) bir aynî hak olduğunu kabul etmek pek hatalı olmayacaktır"[11].

Maden hakkını Medenî Kanun'un 632. ve 911. maddelerine göre aynî bir hak (dolayısıyla taşınmaz bir mal) sayan anlayış ile Medenî Kanun'un 743. maddesindeki madenlerin arzın mülkiyetine tâbi olduğu şeklindeki anlayış, Maden Kanunu'nun 4. maddesi ve Anayasa'nın 168. maddesi hükümleri ile sınırlıdır[12]. Medenî Kanun'un gerek 632. maddesinde, gerekse 911. maddesinde taşınmaz mal sayılarak tapu siciline kaydı öngörülen "maden" ile kastedilen, maden üzerindeki "işletme hakkı"dır[13]. Maden Kanunu'nun 4. maddesine göre; "Madenler Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup, içinde bulundukları arzın mülkiyetine tabi değildir." Böylelikle, Maden Kanunu'nun 4. maddesi ve Anayasanın 168. maddesi hükümleri karşısında, madenler üzerinde özel mülkiyet söz konusu olamaz ve madenler, bulundukları arzın mütemmim cüzü sayılmazlar[14].

Yürürlükteki Medenî Kanun'un 632. Maddesinde, taşınmaz mülkiyetinin konusu olarak; "arazi", "tapu sicilinde bağımsız ve sürekli olarak kaydedilen haklar"

---

8 **ÖZDAMAR**, Demet Çeliktaş: "Aynî Sözleşme ve Aynî Sözleşmeye Benzer ya da Onunla Bağlantılı Bazı Kavramların Karşılaştırılması", Yargıtay Dergisi,Temmuz 2000, C.26, S.3, s.399-418.

9 **WIELİNG**, H.Josef: Sachenrecht, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg-Newyork, 1992, s.357 vd.; Maden hakkı, "mülkiyet hakkına benzer bir yararlanma hakkı" sağlar: **BAUR**, Fritz/**BAUR**, Jürgen: Lehrbuch des Sachenrechts, 15. Auflage, München 1989, s.290.

10 **AŞULA**, Mustafa: Türkiye'de Medenî Kanun Bakımından Maden Rejimi ve Mülkiyeti, Ankara 1968, s.36; 81 vd.

11 **GÖĞER**, Erdoğan: Petrol Hukuku, Ankara 1967, s.94 *(Petrol)*.

12 Bu yönde bkz.: YİBK 6.7.1970 t., E.1967/7, K.1970/6, (RG. 1.11.1970, S.13654); **GÖĞER**, s.118 vd.

13 **TELLİ**, s.94.

14 **TOPALOĞLU**, s.11; **ERTAŞ**, s.100.

ve "madenler" sayılmıştır. Medenî Kanun'un 911. Maddesinde de, aynı şekilde bunların tapu siciline, taşınmaz olarak kaydedileceği belirtilmiştir. Medenî Kanun'un 632 ve 911. Maddelerini karşılayan 1999 tarihli Medenî Kanun Tasarısı'nın 704. ve 998. Maddelerinde ise, taşınmaz mülkiyetinin konusu ve dolayısıyla tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilecek eşyalar olarak şunlar sayılmıştır:

1- Arazi,

2- Tapu kütüğünde ayrı sahifeye kayıtlı (taşınmazlar üzerindeki) bağımsız ve sürekli haklar,

3- Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler.

Böylelikle, Tasarıda; "madenler", taşınmaz mülkiyetinin konusu olmaktan çıkarılmıştır. Tasarı'nın Gerekçesi'ne göre; madenler, özel bir kanunla, özel bir rejime tâbi olduğundan ve 3213 sayılı Maden Kanunu ile özel mülkiyet konusu olmaktan çıkarıldığı için, madde metninde sayılmamıştır.

Dünyada başlıca üç tür maden rejimi kabul edilmektedir: Birinci olarak, *"mütemmim cüz"* sistemine göre; madenler arza tabidir. İkinci olarak, *"devlet hakimiyeti"* sistemine göre; ya devletin madenler üzerinde özel mülkiyet hakkı vardır, ya da devlet, topluma faydalı olacak şekilde işletme/veya işlettirme yetkisi ile donatılmıştır. Üçüncü olarak, *"sahipsiz şeyler*" sistemine göre; gerek toprak sahibi, gerek devlet, madenler üzerinde korunur bir hakka sahip değildir; maden onu bulana aittir. İdarenin rolü, madenin bulunduğunu tesbit ve bulucuya ait hak ve yükümlülükleri düzenlemekten ibarettir[15].

Türk Hukukunda maden rejimi olarak "devlet hakimiyeti" sistemi benimsenmiştir. Nitekim, Anayasa'nın 168. Maddesi'ne göre: "Tabii servetler ve kaynakları, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir...". Bu hüküm ile Anayasa, tabiî servetleri ve kaynaklarını Medenî Kanun hükümlerine bağlı özel mülkiyet düzeninin kapsamı dışında bırakmıştır. Böylece; Devletin madenler üzerindeki hakkının, bir özel mülkiyet hakkı olmadığı, sadece kamu mülkiyetinden doğan bir arama ve işletme hakkı olduğu, bu Anayasa maddesi ile açıkça hükme bağlanmıştır[16].

Kısacası, devletin madenler üzerindeki hakkı, arama ve işletmeyi de içeren bir "tasarruf hakkı"dır. Devlet bu hakkı, bizzat kullanabileceği gibi, özel kişilere de arama ve işletme ruhsatı vermek suretiyle devredebilir. Devletten alınan izinle

---

15 **UÇKAN**, s.58 vd.; **FINDIKGİL**, Yavuz: Maden Hukuku, İstanbul 1966, s.78 vd.; Krş.: **KUBALI**, H. Nail: "Medenî Kanun ve Maden Mülkiyeti" , (Medenî Kanunun on beşinci yıl dönümünden ayrı bası), İstanbul 1944, s.835; **KUBALI**, H. Nail: "Eski Mevzuatımız ve Maden Mülkiyeti", (Ebül'ulâ Mardin'e Armağandan ayrı bası), İstanbul 1944, s.795.

16 Anayasa Mahkemesi'nin 16.02.1965 gün ve E.1963/126, K.1969/7 sy.kararı (R.G. 22.7.1965 gün ve S.12055); **UÇKAN**, s.71; **DÜREN**, Akın: İdare Malları, Ankara 1975, s.110 *(İdare Malları)*.

çıkarılan maden (maden cevheri), ancak bu zaman taşınır mal hükmünde olur ve onu çıkaran kişinin mülkiyetine girer.

II. GENEL OLARAK MEDENÎ İRTİFAKLAR

İrtifak hakları; sahibine, konusu olan eşyayı doğrudan doğruya kullanma veya ondan yararlanma yetkileri veren veya malike bir çekinme (içtinap) borcu yükleyen, sınırlı bir hakimiyet hakkıdır (MK.m.703). İrtifak hakkında önemli olan, bu yararlanmanın mutlaka taşınmazın herhangi bir özelliği ile ilgili olması ve malikin taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkından doğan yetkilerinin kısıtlanmasıdır. İrtifak hakkının kapsam, içerik ve çeşitleri, İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarında, şu anda yaşayan (ve klasik irtifak hakkı anlayışına bağlı kalmış) diğer bazı hukuk düzenlerine nazaran daha geniş ve zengindir.

İrtifak hakkı kavramı, Klasik Roma Hukuku'nda yalnızca eşyaya bağlı (***aynî***) irtifaklara işaret ederken; bu kavram İustinianus devrinde ***şahsî*** (şahıs lehine kurulan) irtifakları da kapsamına almıştır. Fransız ve İtalyan Medeni Kanunları, Klasik Roma Hukuku'nu takip etmişlerdir. Oysa, İsviçre ve Türk Medeni Kanunları, eşyaya bağlı irtifak haklarının yanında şahsî irtifak haklarını da tanımışlar; bununla yetinmeyerek, bir de şahsî irtifakların intifa ve sükna (devir ve intikali mümkün olmayan ***düzenli şahsî*** irtifakların) dışında kalan türlerini (***düzensiz şahsî*** irtifakları), devir ve miras yoluyla intikali mümkün haklar olarak düzenlemişlerdir. Bu sonuncular, aksi kararlaştırılmadıkça devri ve miras yoluyla intikali mümkün olan "üst hakkı" ve "kaynak hakkı" (***geniş anlamda düzensiz şahsî*** irtifaklar) ile ancak taraflarca kararlaştırılırsa devri ve miras yoluyla intikali mümkün olan ***"diğer irtifak hakları"*** (***dar anlamda düzensiz şahsî*** irtifaklar)dır[17].

Kanun koyucu, iktisadî hayatın doğurduğu zaruretler dolayısı ile alacak hakları ve **diğer haklar** üzerinde de rehin ve **irtifak hakkı** tesisine imkân tanımıştır (Medenî K.m.717, 745, 868).

III. İDARÎ İRTİFAKLAR VE BUNLARIN MEDENÎ İRTİFAKLAR İLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. İDARÎ İRTİFAKLAR

Medenî Kanun'da (m.703 vd.) düzenlenen, "medenî irtifak"lara (servitude) paralel olarak, İdare Hukuku doktrininde "idarî irtifaklar" (kamu hukuku irtifakları) adı altında bir takım hak ve yetkiler kategorisi ortaya çıkmıştır[18]. Örneğin; bir arsa

---

17 **GÜRZUMAR**, O. Berat: Türk Medeni Hukuku'nda Üst Hakkı, İstanbul 1998, s.27 vd.; Krş: **ERTAŞ**, s.428, 434, 446, 461; **AYAN**, Mehmet: Eşya Hukuku, C.III, Konya 1994, s.17 vd.

18 **ERKÜN**, Safa Ş.: İmar Hukuku Prensipleri, İstanbul 1959, s.34; **YAYLA**, Yıldızhan: Kamu Malları Üzerinde İrtifak Tesisi, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD), Y.9, S.1-9, 1988, s.357.

sahibi inşaat yaparken, parselinin tamamını binasına zemin olarak kullanamaz; ön bahçe, aydınlık aralığı gibi belli bir alanı, mutlaka boş bırakmak zorundadır. Malikin bu kısım üzerinde, kullanma ve faydalanma yetkisi, kamu lehine olmak üzere sınırlandırılmıştır.

İdarî irtifak kavramı, öğretide açıkça saptanmış değildir[19]. Fakat[20]; Anayasa m.46/I, m.169, 2942 sayılı Kamulaştırma (İstimlâk) Kanunu m.4, 3194 sayılı İmar Kanunu m.14 ve Maden Kanunu m.46 hükümleri karşısında idarî irtifak kavramı; genel olarak şu şekilde tanımlanabilir: İdarî irtifaklar; kamu yararı varsa, idare veya özel kişiler lehine, ***özel taşınmaz mülkiyeti*** üzerinde konulan sınırlamalardır[21]. İşte; kanun veya kanuna dayanılarak tüzük veya imar plânı gibi idarî tasarruflar yoluyla gayrimenkul mülkiyetinin unsurları olan faydalanma ve kullanma hakları üzerine konulan bu tür sınırlamalara idarî irtifaklar denir[22]. İdarî irtifaklar, *"kamusal Eşya Hukuku"*nun (öffentliches Sachenrecht)[23] konusunu oluşturur. Kamu malları üzerinde Eşya Hukuku ile ilgili durum iki yönlü olarak belirmektedir: Bir yandan, Medenî Hukuka ait mülkiyet yer alırken, diğer yandan bunun altında Kamu Hukuku'nu ilgilendiren bir eşyaya hakimiyet (mülkiyet) yer alır.

Medenî Kanun'un 618. Maddesine göre; bir şeye mâlik olan kimse, o şeyde *"kanun dairesinde"* dilediği gibi tasarruf etmek hakkını haizdir. Mehaz İsviçre Medenî Kanunu'nun Almanca metni "kanun dairesinde" ibaresini *"hukuk nizamı dairesinde"* olarak genişletmiştir. Bugünkü mülkiyet artık endividüalist değil, kamu yararına sosyal bakımdan bağlanmış, sosyal bir mülkiyettir[24]. Bu düşünce sonucu, idarenin özel mülkiyet üzerinde idarî irtifaklar kurma yetkisi doğmuştur.

---

19 **DÜREN**, Akın: İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1979, s.255 vd.

20 3194 sayılı İmar Kanunu'nun (RG.9.5.1985, S.18749), "İrtifak Hakları" başlığını taşıyan 14.maddesine göre: "Belediye veya valilikler, imar planlarının uygulanması sırasında, bir gayrimenkulün tamamını kamulaştırmadan o yerin muayyen saha, yükseklikte ve derinliğindeki kısmı üzerinde kamu yararı amacıyla irtifak hakkı tesis edebilir.

Belediyeler veya valilikler, mümkün olan yer ve hallerde mal sahibinin muvafakatiyle, bedelsiz irtifak hakkı verme karşılığında, bedelsiz irtifak hakkı tesis edebilir."

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun (RG.8.11.1983, S.18215), "İrtifak hakkı kurulması" başlığını taşıyan 4.maddesine göre: "Taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulabilir."

21 **ERKÜN**, s.35; **ARCAK**, Ali: Yeni Kamulaştırma Yasası, C.I, Ankara 1984, s.158; **DÜREN**, s.253, 260.

22 Krş. **ERKÜN**, s.36.

23 **GÖTZ**, Volkmar: Allgemeines Sachenrecht, 3.Aufl., (Verlag C.H.Beck), München 1985, s.178 vd.

24 **KARAGÖZOĞLU**, H.Fevzi/**MUMBUÇ**, Mehmet: Açıklamalı-İçtihatlı İmar Kanunu Uygulaması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Ankara 1978, s.37.

İdarî irtifaklara, daha çok Kamulaştırma ve İmar Hukuku alanında rastlanmaktadır[25]. İdare Hukuku'nda özellikle kamulaştırma ile ilgili işlemlerde, kamulaştırma yerine irtifak hakkı tesisine başvurulma sebebi *malî* yöndür. Yani; amaç, daha az masrafla aynı kamu hizmetini gerçekleştirmektir[26].

Bir idarî irtifak çeşidi olan ***"imar irtifakları"*** imar planı uyarınca kent genelinde oluşturulan rejim nedeniyle, taşınmazlar üzerinde meydana gelen sınırlama ve kısıtlamalar olarak tanımlanmaktadır.[27]

İmar irtifaklarının önemli bir özelliği, kural olarak kamulaştırma ile aynı esas ve usullere tâbi olması ile aynı hüküm ve sonuçları yaratmasıdır[28]. Buna göre; idarenin kamu yararına sahibinin rızasını aramaksızın, bedelini ödemek suretiyle taşınmaz üzerinde yarattığı yararlanma ve kullanma hakkı, kararın alınmasıyla hukuksal varlığını kazanacak ve açıklayıcı bir işlem olarakta tapuya tescil edilecektir. İmar irtifakının kurulmasında hakka konu taşınmazın belirlenmesi, bedelinin saptanması, sahibine tebligat yapılması ve tapuya şerh verilmesi gibi işlemler, kamulaştırmada izlenen yönteme göre yapılacaktır. Kamulaştırmadan farklı olarak taşınmaz sahibi taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkını kaybederek taşınmazı idareye terketmeyip kullanılmasına ve yararlanılmasına engel olmama yükümlülüğü altına girecektir. Bu yükümlülüğünden doğan zararı irtifak kuran idare ödemek zorundadır. Malikin talep edebileceği bedel, mülkiyet hakkının verdiği tam yararlanma ve kullanma olanağının irtifak nedeniyle sınırlanması uğradığı kayıptan ibarettir. İrtifak hakkının kurulmasında, kamulaştırmadan farklı olarak taşınmaz sahibinin devir ve temlik yetkisi ortadan kalkmaz. Üçüncü kişi, taşınmazı üzerindeki irtifak hakkı ile birlikte devralabilir. Yine kamulaştırmadan farklı olarak taşınmaz sahibinin taşınmazı boşaltma zorunluluğu yoktur. Yalnızca kullanma ve yararlanmaya engel olma yükümlülüğü vardır.

Devlet organlarına özel hukuk kurumu olan irtifak hakkı kurma yetkisi, Anayasa'nın 46.ve 169. maddeleri ve bu yetkiyi somutlaştıran 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 4.maddesi ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 14.maddesi ile verilmiştir. Nitekim; eşyaya bağlı irtifak hakkının, sicil dışı (tescilden önce) iktisap yolları arasında kamulaştırma sayılmaktadır. Ancak şahsî irtifaklar (intifa, sükna) için, eşyaya bağlı irtifakların iktisabı hükümlerine bir yollamada bulunulmadığından, kamulaştırma yolu ile irtifak kurmak söz konusu olamayacaktır. Buna karşın, MK.m.704'e kıyasen yararlanarak el değiştirebilen, sınırlı şahsî irtifaklar (üst,

---

25 **KARAGÖZOĞLU/MUMBUÇ**, s.448; **ARCAK**, s.157; **ARTUKMAÇ**, Sadık: Türk İmar Hukuku, Ankara 1979, s.328.

26 **KARAGÖZOĞLU/MUMBUÇ**, s.449; "Lüzumlu miktarda taşınmaz mallara ve kaynaklara el konulması, fazlasına dokunulmaması ilkesi": **ARCAK**, s.157.

27 **ERKÜN**, s.36; **ARTUKMAÇ**, s.328; **ABAMA**, M.: İmar Kanunu ve Uygulaması, Ankara 1992, s.242; **ÖRÜCÜ**, Esin: Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı, İstanbul 1976, s.46.

28 **KUTLU**, Meltem: Bir İdari İşlem Olarak Kamulaştırma ve İptal Davası, Ankara 1992, s.64.

kaynak) ile MK.m.753'e göre kurulacak diğer düzensiz irtifaklar eşyaya bağlı irtifak hükümleri bu irtifaklarda da geçerli olduğundan (MK.m.753/3) eşyaya bağlı irtifakın iktisabı yollarından biri olan kamulaştırma yolu ile kurulabilir[29].

B. MEDENÎ İRTİFAKLAR İLE İDARÎ İRTİFAKLARIN FARKI

Medenî irtifak ile idarî irtifak aynı şey değildir. Medenî irtifaklar ile idarî irtifaklar arasındaki başlıca farklar şunlardır[30]:

* Gerek Anayasada (46. ve 169. maddelerde) yer alan (idarî) irtifaklar, gerekse Medenî Kanun'da düzenlenmiş irtifaklar arasında bir ***nitelik*** farkı yoktur. Anayasa'nın 169. maddesinde özel kişiler lehine tanınan idarî irtifak hakkının, ***Medenî Hukuk***'ta düzenlenmiş olan medenî irtifak hakkından farkı; bunun ***Anayasa***'da düzenlenmiş olmasıdır. İdarî irtifaklar karşılığı bir tazminat ödeneceği Anayasa'da (m.46/I) açıkça belirtilmiştir. Malik, ağır ve olağandışı bir yükümlülük altına girdiği için özel bir fedakârlığa katlanmak zorundadır. Bu özel fedakârlık da, "fedakârlığın denkleşti-rilmesi ilkesi" uyarınca idarece bedellendirilecektir[31].

Anayasa'nın 35.maddesinde, mülkiyet hakkının ancak kamu yararı ile sınırlanabileceği belirtilmiştir. İdarî irtifaklara ilişkin olarak da Anayasa'nın 46.maddesinin I.fıkrasında " Devlet ve kamu tüzel kişileri, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usüllere göre kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir" hükmü yer almaktadır.

* İdarî irtifaklar ile Medenî Kanun'da öngörülen medenî irtifaklar arasındaki diğer bir fark ***kuruluş*** yönündendir. İdarî irtifaklar, medenî irtifaklardan ***"kaynak"*** ve ***"zorla kurulmak"*** açısından farklıdırlar. Çünkü idarî irtifaklar Anayasa'nın 38.maddesinin verdiği yetkiye dayanarak, malikin rızası olmadan zorla kurulur. Fakat kurulunca da nitelik olarak medeni irtifaklardan farklı değildirler. İdarî irtifaklar, MK.m.753'deki "düzensiz irtifaklar"a benzetilebilir[32].

* Medenî irtifaklar, kural olarak taşınmaz maliklerinin rızasıyla bir bedel karşılığında tesis edilir; yani ***sözleşmeden*** doğarlar. Halbuki idarî irtifaklar, malikin iradesi dışında; ***kanundan*** veya kanuna dayanan nizamname, talimatname veya imar plânı gibi idarî tasarruflardan doğarlar.

* Medenî irtifaklar; ***özel hukuka*** giren ***aynî bir haktır***. İdare Hukuku'na ait, idarî irtifak ise, ***idarî bir tasarruftur; kamu hukuku*** karakteri taşırlar. Belli bir kamu

---

29 **DÜREN**, s.262.

30 **ERKÜN**, s.38 vd; **ARTUKMAÇ**, s.329 vd.; **SANCAKDAR**, Oğuz: Belediyenin İmar Planını Yapması-Değiştirmesi ve İptal Davası, Ankara 1996, s.43 vd.; **DÜREN**, s.253 vd.; **DÜREN**, *(İdare Malları)*, s.88.

31 **DÜREN**, s.260-261.

32 **TOPALOĞLU**, s.70; **DÜREN**, s.258, 263.

hizmeti veya kamu malı yararına olarak, fertlerin bazı kullanma ve yararlanma haklarını sınırlar.

* Kural olarak, medenî irtifaklar tapuya tescil edilmesine karşılık, idarî irtifaklar tapuya tescil olunmazlar. Buradaki ***tescil, açıklayıcıdır***[33]. Aynı şekilde maden irtifakının da maden siciline tescili şart değildir (Yön.m.66). Kamulaştırma ile kamu yararına özel mülkiyete konu olan gayrimenkul üzerinde kurulan irtifak hakkı, Medenî Kanun'un irtifak hakları için koyduğu hukukî rejime tâbi olur. Medenî Kanun'un 705.maddesinde irtifak hakkının tesisi için resmî akid mecburiyeti vardır. Medenî Kanun'un 633.maddesinin tescilden önce dahi kamulaştırma ile iktisap kuralı burada da geçerlidir. Resmî akit ve tescil yapılmadan da kamulaştırma ile irtifak kurul-maktadır[34].

* Medenî irtifak hakkı ihlâl edildiği takdirde, hak sahibi ihlâl edene karşı ***adlî*** yargı mercilerinde talep ve dava yetkisine sahiptir. Halbuki, idarî irtifakların ihlâli (bir yolsuzluk) durumunda, bunlar kanundan veya ona dayanan mevzuattan doğduğu ve alenî bir idarî tasarruf olduğu için, ilgili herkes ***idarî*** yargı mercilerinde dava açıp, hem ferdî, hem de yanlış karar alan idareyi bu irtifaklara uymaya zorlayabilirler[35].

* Medenî irtifaklardan, sadece ***hak sahibi*** yararlandığı halde, idarî irtifaklardan genel olarak ***kamu***[36] veya ***kamu ile birlikte özel kişiler*** de yararlanır.

* İdarenin bir kamu malı veya kamu hizmeti lehine dahi olsa, komşu veya ilgili taşınmazlar üzerinde medenî nitelikte irtifak tesisi, idarî irtifak niteliği arzetmez[37].

---

33 **ERKÜN**, s.38; **DÜREN**, 255.

34 **ARCAK**, s.158.

35 **ERKÜN**, s.38; aksi fikirde **DÜREN**, s.264: İdarî irtifakların kurulmasından sonra çıkacak uyuşmazlıklar da adlî yargıda çözülecektir. Çünkü, irtifak bir özel hukuk kurumudur. Mülkiyet, zilyetlik gibi diğer sınırlı aynî hak uyuşmazlıkları esas itibariyle özel kişiler arasında söz konusu olur. Bu özel hukuk kurumlarından ve ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların "idari"lik olsa bile adli yargıda çözülmesi doğaldır. Zira Medeni Kanun irtifak haklarının hukukî düzenini çizmiştir. Bu düzenin içinde çıkacak uyuşmazlıklar da Medenî Kanun gereği adlî yargıda görülecektir.

36 **ERKÜN**, s.38; **DÜREN**, s.260.

37 **ERKÜN**, s.39; "İmar Kanunu'nda tapuya tescili emredilen irtifaklar ise, daha ziyade medenî nitelikte olan irtifaklardır" (**ARTUKMAÇ**, s.329); İdarî makamların, "idarî işlev" dışındaki faaliyetlerini, özel hukuk işlemleri ile yerine getirmesi ve bunlara özel hukuk rejiminin uygulanması ile ilgili olarak bkz: **ERKUT**, Celâl: İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Ankara 1990, s.69 vd.

IV. MADEN İRTİFAKI

*Maden Kanunu'nun **"İrtifak, İntifa Hakkı ve Kamulaştırma"** başlığını taşıyan 46. maddesine göre: "Maden **arama dönemi içerisinde** arama sahası **özel mülkiyete** konu gayrimenkul üzerinde kullanma amacına münhasır olmak üzere **belli süreler** için madenci, bakanlığa müracaat ile **irtifak ve/veya intifa hakkı** tesisi isteyebilir.*

İrtifak ve/veya intifa hakkı karşılığı, Kamulaştırma Kanunu uygun olarak seçilecek bilirkişiler tarafından tespit edilir.

*Arama süresi **sonunda** ön işletme talebi söz konusu olduğu takdirde tesis edilen irtifak ve/veya intifa hakkının süresi **ön işletme süresini geçmemek kaydıyla** uzatılabilir.*

Faaliyetler sırasında sahaya zarar verilmesi durumunda ruhsat sahibi adli merciler tarafından tespit edilecek tazminatı arazi sahibine ödemek ve sahayı kullanılabilir durumda terk etmekle yükümlüdür....."

Maden irtifakı (mineral servitude); başkasına ait bir araziyi, maden aramak ve çıkarmak amacıyla kullanmak hakkıdır. İrtifak hakkı sahibi, çıkarılan madenin maliki olmakla beraber, maden rezervi üzerinde mülkiyet hakkı yoktur[38]; rezerv devlete aittir.

MK.m.742, 743'de ***madenlerin*** (ormanların intifa hakkı ile ilgili MK.m.742'ye atıf yapılarak) ***intifa hakkı*** (Mad.K.m.46'da intifa ve irtifak) konusu olabileceği belirtiliyorsa da, bu ancak Anayasa'nın 168. ve 169. maddesi'nin izin verdiği ölçüde olabilir. Anayasa m.169/II, 2.c.: ormanların "kamu yararı dışında irtifak haklarına konu olamayacağı"nı belirtmektedir[39]. Bu durumda Maden hakkı, (Maden Kanunu, Medenî Kanun ve Anayasa'nın ilgili hükümlerine uyulmak şartı ile) her türlü sınırlı aynî hak ile kayıtlanabilir[40]; dolayısıyla da kamu yararı amacıyla maden hakkı üzerinde irtifak hakları kurulabilir.

Madenin içinde bulunduğu arazi, devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunuyorsa, madencilik faaliyetleri için Devlet'e maden ruhsatı harç ve giderleri dışında başka bir bedel ödenmez[41]. Maden sahasının kapsadığı arazinin özel kişilerin (saha maliki) mülkiyetinde bulunması halinde ise, üzerinde maden bulunan gayrimenkul, idarece kamulaştırılabilir veya yeterli olduğu takdirde, bir kısmı ya da tamamı üzerinde irtifak hakkı tesis olunabilir[42]. Böylece, madenciye idarî irtifak

---

38 **TELLİ**, s.92.

39 **ERTAŞ**, s.435.

40 **LENT/SCHWAB**, s.167.

41 **TOPALOĞLU**, *(Şirket)*, s.7; **TOPALOĞLU**, Mustafa: "Madencinin Madenin İçinde Bulunduğu Taşınmaza Verdiği Zarardan Sorumluluğu", Türk Kamu-Sen C.I, S.5, Eylül 1988, s.30, *(Madencinin Sorumluluğu)*.

42 **FINDIKGİL**, s.106.

tesisini talep etme hakkı tanınmıştır. Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü bizzat kendisi de, herhangi bir ruhsat veya izne gerek kalmaden, madencilik yapılabilecek bütün sahalarda 18 inci maddede belirtilen esaslar dahilinde arama faaliyetlerinde bulunabilir (Mad.K.m.47). Bu amaçla, Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü lehine de idarî irtifak kurulabilir.

Maden Kanunu'nun 46. maddesinde özel kişi olan madenci lehine Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından irtifak veya intifa hakkı kurulmasından söz etmektedir. Maddeye göre, önce madenci arama sahası maliki ile anlaşma yoluna gitmelidir. Saha maliki ile madencinin, madencilik faaliyeti için anlaşamamaları durumunda, maden irtifakı yoluna gidilir. Maden üzerindeki irtifak hakkı, madenci lehine Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından, Anayasa'nın 46. Maddesine dayanarak idarî bir işlem ile kurulur ve idarî irtifak hakkı, tapu siciline yapılacak tescilden önce doğar. Tapu siciline yapılacak ***tescil (izharî) açıklayıcı*** niteliktedir[43].

Maden Kanunu'nun 46. maddesinde, intifa hakkı kurulur denmesi isabetsizdir. Çünkü intifa hakkı, hak sahibine eşya üzerinde hukuken tasarruf dışında tam bir yararlanma yetkisi veren bir aynî haktır. Nesne üzerinde belirli ve sınırlı yararlanma yetkisi veren bir hak, intifa hakkı olamaz. Bu maddede intifa hakkının sadece arama faaliyetleri için gerekli kullanıma münhasır olarak kurulacağı belirtilmektedir. Ayrıca Kanun gerekçesinde intifa hakkından bahsedilmemiştir[44].

Madenci lehine kurulacak idari irtifakın nasıl kurulacağı yolunda Maden Kanunu'nda bir açıklık yoktur. İdarî irtifaklar, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunun'daki[45] şartlara göre kurulur. Genel bütçeye dahil dairelerle, katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, ***mülkiyetin gayri aynî hak tesisi*** ve taşıma işleri Devlet İhale Kanunu'ndaki hükümlere göre yürütülür (DİK.m.1/I).

Burada "mülkiyetin gayri aynî hak tesisi" ile kastedilen; Borçlar Kanunu ve Medenî Kanun'un sınırlı aynî hak tesisi ile ilgili maddelerinde gösterilmiş olan işlemlerdir (DİK, m.3/V). "İhale" ise, DİK'unda yazılı usul ve şartlarla, işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemleri ifade eder (DİK, m.3/IX).

DİK'nun 58.maddesine göre; taşınmaz malların (ihale sonunda), müşteri adına tescili zorunludur. Ancak, bu tescil zorunluluğu, mülkiyetin geçişi açısından aranan bir zorunluluk değildir. Yapılacak tescil sadece izharî (açıklayıcı) niteliktedir. Mülkiyet, ihale ile geçer. İhale şartnamesinde yazılı sürede tescil yapılmaması, sadece idarenin (hasar, zarar, fuzulî işgal vs. gibi sebeplerle) sorumlu olmasını önler.

---

43 **TOPALOĞLU**, s.69 vd.

44 **TOPALOĞLU**, s.69.

45 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu (RG.10.9.1983, S.18161).

Maden irtifakı kurmak için önce; Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından kamu yararı kararı alınmalıdır. Bunun yanında Kamulaştırma Kanunu'nda kamulaş-tırma için öngörülen usul ve şartlara burada da uyulacaktır (örneğin; taşınmazın, malikin ve zilyedin tespiti, kıymet takdiri gibi). Kıymet takdiri; irtifak hakkı kurulması sebebiyle, taşınmaz malda meydana gelecek kıymet düşüklüğü, irtifak hakkı karşılığı (irtifak kamulaştırma bedeli)dir. Ayrıca, kurulan idarî irtifakın bedeli peşin ve nakten ödenmelidir (Anayasa m.46). Bütün bu şartların gerçekleşmesiyle idarî irtifak hakkı, tapu siciline tescilden önce doğar, tescil açıklayıcı niteliktedir.

Maden Kanunu'na göre, idarî irtifak, ancak *arama aşamasında* kurulabilir. Arama aşamasından sonra, *ön işletme* aşamasına geçilecekse, kurulan irtifakın süresi, en fazla ön işletme ruhsatı süresi kadar uzatılabilir.

Maden Kanunu'nun 46. maddesi, işletme aşamasında madenci lehine kamulaş-tırma yapılabilmesine imkan veren son fıkrası, Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir[46]. Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçesi kısaca, madenci lehine kamu-laştırılan arazinin, kamulaştırma amacı dışında kullanılabilmesinin mümkün olması ve amaç dışında kullanım halinde eski malikine iade zorunluluğunun bulunmasıdır.

Bu hükmün iptali ile ortaya çıkan boşluğun giderilmesi hukukî bir zorunluluktur. Danıştay yerinde olarak, arama ve ön işletme aşamasında olduğu gibi, işletme aşamasında da 46. maddenin hali hazır durumuna göre idarî irtifak tesis edilebileceği görüşündedir[47]. İdarî irtifak tesisi her zaman ihtiyaca cevap vermeyebilir. Bazı durumlarda arazinin tamamının kullanılması gerekebilir. İşte bu gibi durumlarda kamulaştırma yapılması bir ihtiyaç olarak kendini gösterir.

Lehine irtifak hakkı kurulan madenci, irtifak hakkının kapsamı içinde, maden sahasında madencilik faaliyetlerinde bulunma yetkisine sahip olur. İrtifak hakkı sahibi, bu yetkisini saha malikine en az zarar verecek şekilde kullanmalıdır. Saha maliki de madencinin arama ve ön işletme faaliyetlerini engellememeli ve zorlaştırmamalıdır (Medenî K.m.710/I ve II'ye kıyasen).

İrtifak hakkının aşkın kullanılması sonucu bir zarar meydana gelirse, irtifak hakkı sahibinin Medenî Kanun'un 656. maddesine göre sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Fakat Maden Kanunu'nun 46.maddesin'nin IV.fıkrasında bu konuda özel hüküm getirmiş ve Medeni Kanun'un 656. maddesini bertaraf etmiştir. Buna göre, irtifak hakkı sahibi, arama ve ön işletme aşamasında üzerinde irtifak hakkı kurulan maden sahasına verdiği zarardan sorumlu tutulacaktır. Bir kişinin arazisinde

---

46 Anayasa Mahkemesi, 22.09.1993 t. ve E.1993/8, K.1993/31; **TOPALOĞLU**, s.71.

47 Danıştay 8. D., 05.10.1994 gün ve E.1994/570, K.1994/2537; (**TOPALOĞLU**, s.72)

maden bulunması, kişiyi zenginleştireceği yerde, idarî irtifak tesisi nedeniyle arazisini kullanamaz duruma düşmesine sebep olabilecektir[48].

Bu sorumluluğun niteliği hukuka uygun müdahalelerden sorumluluk, yani fedakarlığın denkleştirilmesidir. Burada madencinin faaliyeti bir ruhsata (idarî izne) dayandığı için hukuka uygundur. Madenci, hiç kusuru bulunmazsa faaliyetlerini teknik gereklere uygun olarak yürütse bile meydana gelen zararı karşılamak durumundadır. Yalnız bu zarar, idarî irtifak kurulurken öngörülemeyen zarar olmalıdır. Çünkü önceden öngörülebilen zararlar zaten irtifak hakkı karşılığı kapsamına girmektedir. Bir zarar için iki kere tazminat ödenmesi hakkaniyet uygun düşmez.

Maden Kanunu, arama ve ön işletme faaliyeti bittiği zaman, araziyi kullanılabilir hale getirmekle madenciyi yükümlü tutmuştur. Saha maliki, bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen madenciye karşı eski halin iadesi davası açabilir. Eğer arazinin eski hale getirilmesi objektif olarak imkansızlaşmışsa; o zaman sahaya verilen zarar mevcuttur. Bu durumda, yukarıda açıkladığımız madencinin sahaya verdiği zarardan sorumluluğu söz konusu olur.

Gerek arama ve ön işletme aşamasında, gerekse işletme aşamasında maden sahası dışındaki taşınmazlar madencilik faaliyetleri sonucu zarara uğrayabilirler. Maden zararı (Bergschaden) denilen bu zarar konusunda 6309 sayılı Maden Kanun'unda olduğu gibi, yürürlükteki 3213 sayılı Maden Kanunu'nda da boşluk mevcuttur. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında, bu boşluğun bina ve eser sahibinin sorumluluğuna ilişkin (BK.m.58) hükümlerine göre doldurulacağını hükme bağla-mıştır[49]. Maden işletmesinin olağan komşuluk sınırları içinde kalan gürültü, sarsıntı, ısı, buğu, duman, is gibi çevreye etkileri maden zararı sayılmaz. Bu gibi çevre etkilerinin sebep olduğu zararlar, 2572 sayılı Çevre Kanunu'na göre sorumluluğu gerektirir[50].

V. MADEN İRTİFAKININ DAİMÎ VE SÜREKLİ BİR HAK NİTELİĞİ

Maden irtifakının daimî ve sürekli bir hak olarak, Maden Sicili'ne tescili mümkün olabilir mi?

Medenî Kanun'un 632.maddesine göre; tapu siciline müstakil (bağımsız) ve daimî olarak kayıtlı bulunan aynî haklar ve madenler taşınmaz sayılır. Kanun koyucu, bazı irtifak haklarının piyasada tedavülünü sağlamak, bunlara daha büyük ekonomik değer kazandırmak amacıyla, bunların ayrıca tapu siciline, taşınmaz olarak kaydına olanak sağlamıştır (Tapu Sicili Tüzüğü m.10).

---

48 **TOPALOĞLU**, 70; **TOPALOĞLU**, *(Şirket)*, s.7; **TOPALOĞLU**, *(Madencinin Sorumluluğu)*, s.30.

49 YİBK., 22.6.1966 t., E.1966/7, K.1966/7, (R.G. 28.7.1966, S.12360); **TOPALOĞLU**, s.70.

50 **KAYIR**, Yıldıray: 2872 Sayılı Çevre Kanunu'na Göre Kirletenin Hukukî Sorumluluğu, İzmir 2000, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi- DEÜ. Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı).

İrtifak haklarının **bağımsız** olmasından kasıt, sadece belli bir şahıs veya taşınmaz lehine tesis edilmemiş olmasını ifade eder. Bu nedenle, şahsî irtifak haklarının (intifa, sükna hakkı) tapu siciline taşınmaz olarak kaydı mümkün değildir. Aynı şekilde, belli bir taşınmaz lehine tesis edilen, aynî irtifak haklarının da, lehine tesis edilen taşınmazdan ayrı olarak devri mümkün olmadığından, bağımsız olmadığı kabul edilir. Başka bir ifadeyle, bir (taşınmaz üzerindeki) irtifak hakkı hak sahipliği diğer bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkına sahip olmaya bağlanmamış ve bu irtifak hakkı (kanun veya tarafların anlaşması gereği) başkasına devredilebiliyor ve mirasçıya geçebiliyorsa, o hak bağımsız bir irtifak hakkıdır. Kısacası, devredilebilen ve (hak sahibi gerçek kişi ise) mirasçıya intikal edebilen her şahsî irtifak hakkı, bağımsızlık niteliğini haizdir[51]. Üst hakkı ve kaynak hakkı eşyaya bağlı olarak tesis edilmese bile, aksi kararlaştırılmadıkça, temlik edilebileceğinden bunlar, bağımsız nitelikte olacağı için, tapuya, taşınmaz olarak ayrı bir sahifeye tescil edilebilir[52]. Bu hakların, başkasına devredilebilir şekilde tesisi de mümkündür. Bu halde bağımsız nitelikte olacaklarından, ayrı bir sahifeye taşınmaz olarak kaydı mümkündür. 3227 sayılı Kanunla ihdas edilen devre mülk hakkı da, tapu kütüğünün ayrı bir sahifesine kayıt edilebilir.

İrtifak hakkının **daimiliğinden (sürekliliğinden)** ne anlaşılacağı, ne Medenî Kanun'da, ne de Tapu Sicili Tüzüğü'nde açıklanmamıştır. Herhangi bir süreye bağlı tutulmamış irtifak hakkı daimi niteliktedir[53]. Medenî Kanun'un 751.maddesinin III.fıkrasında üst hakkının "*en az yirmi yıl"* için tesis edilmesi halinde, sürekli sayılacağı belirtilmiştir. Üst hakkındaki bu süre, kıyasen diğer aynî haklarda da uygulanmalıdır. 1999 tarihli Medenî Kanun Tasarısı'nın, 826.maddesinde üst hakkına ilişkin bu süre, *"en az otuz yıl"* için öngörülmüştür.

Bağımsız ve daimî nitelik taşıyan irtifak hakkı, sahibinin **tescil talebi** ile tapu siciline, ayrı bir sahifeye taşınmaz olarak kaydedilebilir. Tescil (kayıt) için, irtifak hakkının üzerine tesis edildiği taşınmaz malikinin iznine gerek yoktur (MK.922). Bu şekilde tapu siciline kaydedilen bir irtifak hakkı bir taşınmaz gibi işlem görür ve aynî hakların konusu olabilir[54].

Maden irtifakı, **"dar anlamda düzensiz şahsî irtifaklar" (diğer irtifak hakları)** içinde yer alır. Dar anlamda düzensiz şahsî irtifaklar (diğer irtifak hakları) (MKm.753), devredilebilir ve miras yolu ile geçer. Sadece bu husus kararlaştırılmışsa böyledir[55]. "Diğer irtifak hakları" (MK.m.753), bir taşınmaz üzerinde belli bir yarar

---

51 **GÜRZUMAR**, S.37.

52 **ERTAŞ**, s.101; **GÜRZUMAR**, s.37.

53 İsviçre Tapu Sicili 7.maddesinde de de, en az 30 yıl için tesis edilmiş bir irtifak hakkı daimî nitelikte sayılmaktadır; **ERTAŞ**, s.102.

54 **ERTAŞ**, s.102.

55 **ERTAŞ**, s.434, 446, 461.

sağlamaya (belirli bir istifadeye) yönelik olarak kurulan irtifak haklarıdır. Örneğin; nişan talimi, geçit (mürur) hakkı. Bu irtifak haklarında, aksi kararlaştırılmadıkça, başkasına devri ve mirasçılara intikali mümkün değildir. Eşyaya bağlı irtifak haklarının kurulması ve kaybına ilişkin hükümler bu irtifak haklarına da uygulanır (MK.m.753). Diğer irtifak hakları için, üst hakkında[56] olduğu gibi azami bir süre kanunda düzenlenmemiştir. Diğer irtifak hakları, bağımsız ve daimî nitelikte iseler MK.m.632/2 ve m.911/2 uyarınca taşınmaz olarak tapuya kayıt edilebilir. Düzensiz irtifak hakları, şahsî veya aynî irtifak hakkı şeklinde kurulabilir[57].

Maden irtifakı" da aynı şekilde, bağımsız ve daimî nitelikte tesis edilirse, maden siciline ayrı bir sahifeye, "maden hakkı" olarak kaydedilebilir. Maden irtifakı da, maden hakkının devir ve intikali şekillerine uyularak devredilebilir (Mad.K.m.5, 6 ve Yön.m.25'e kıyasen). Böylece, maden irtifakı ***"bağımsız"*** niteliğe haiz olur. Maden irtifakı ilk kuruluşunda (tesisinde), maden siciline tescil gerekmemekle beraber, bunun üzerinde tasarruf (devir) edilebilmesi için, tescil edilmesi gerekecektir.

Maden Kanunu'na göre (m.17) "arama ruhsatı" 30 ay (yaklaşık 2,5 yıl), "ön işletme ruhsatı" 3 yıl (m.20/I), "işletme ruhsatı" asgari 10 yıl, azamî 60 yıl (m.25) için verilebilir. Böylelikle, maden irtifakının bağımsız bir aynî hak olarak maden siciline tescili için aranan ***"daimilik"*** şartı, maden irtifakında gerçekleşmemektedir. Çünkü, maden irtifakı, ancak "arama aşamasında" (30 ay için) kurulabilir ve bundan sonra maden irtifakı süresi, ön işletme süresini (üç yıl) geçmemek şartıyla uzatılabilir (Mad.K.m.46/I, II). Üst hakkındaki yirmi yıllık asgari süre, kıyasen diğer aynî haklarda da uygulanacağı ve hatta 1999 tarihli Medenî Kanun Tasarısı'nın, 826. maddesinde üst hakkına ilişkin bu süre, "en az otuz yıl" için öngörüldüğü için, maden irtifakı "daimilik" özelliğini taşımamaktadır. Bu nedenle maden irtifakı, bağımsız ve daimî bir maden hakkı olarak maden sicilinde ayrı bir sayfaya kaydedilemez[58].

İşletme ruhsatı (20 yıldan fazla olan) döneminde, maden irtifakı kurulabilse idi, "daimilik" özelliği gerçekleşeceği için, (MK.m.751/III'deki gibi) maden irtifakı daimî sayılacak ve maden sicilinde ayrı bir sahifeye bağımsız bir maden hakkı olarak kaydedilebilecekti. Ancak, Maden Kanunu'nun 46.maddesi buna olanak vermemektedir.

---

56 Üst hakkı, müstakil bir hak olarak yüz yıldan fazla bir süre için kurulamaz (MK.m.751/j).

57 **ERTAŞ**, s.446 vd.; Şahsî ve aynî irtifak hakları yanında, hem taşınmaz, hem de belli bir kişiye bağlı kurulmaları mümkün bulunan "karma irtifak hakları" söz konusudur: **DÜREN**, *(İdare Malları)*, s.87.

58 "Diğer irtifak hakları" denilen bu irtifakların *"müstakil"*ve *"daimi"* bir hak şeklinde tapu kütüğünde bağımsız bir sayfaya geçirilip geçirilemeyeceği tartışmalı bir sorundur." **AYBAY**, Aydın/**HATEMİ**, Hüseyin: Eşya Hukuku, İstanbul 1981, s.177; "...İsviçre Doktrininde ihtilâf hâsıl olmuşsa da bugün hemen hemen ittifakla, üst hakkı ve kaynak irtifakının birer misal teşkil ettiği ve MK.m.753'e dayanarak tesis edilmiş irtifakların da müstakil ve daimî hak karakteri kazanabileceği kabul edilmektedir." (**OĞUZMAN**, M.Kemal/**SELİÇİ**, Özer: Eşya Hukuku, 3.B., İstanbul 1982, s.171).

VI. MADEN HAKKI ÜZERİNDEKİ SINIRLI AYNÎ HAKLARDA SIRA

Maden irtifakı ile başka bir sınırlı aynî hak (örneğin, maden rehni) çatıştığı zaman aralarındaki sıra[59] (Maden Kanunu'nun 45. maddesinin, Medenî Kanun'un ipotek ile ilgili hükümlerine açık atfı nedeniyle, gayrimenkul üzerindeki sınırlı aynî haklara kıyasen) şöyle olacaktır:

Eğer sınırlı aynî hakların birinin kullanılması diğerine zarar vermiyorsa, eşit sırada yer alacaklar. Aksi takdirde, bu hakların sırası ilke olarak kuruluş tarihine göre belirlenecektir. Burada sıranın tayininde esas alınacak tarih tescil tarihi değil, hakkın (yevmiye defterine -Medenî Kanun m.930- benzer fonksiyon taşıyan) ihbar dosyasına (Yön.m.66/V) yazıldığı tarihtir. Bu kurala istisna, maden hakkı ipoteğindeki sıra olacaktır. Maden ipoteğinde sıra (gayrimenkul rehnindeki sabit derece sistemindeki- Medenî Kanun m.786- gibi), tesis anına göre değil, bağlı olduğu dereceye göre belirlenecektir. Ancak, sabit derece sistemi, sadece maden ipotekleri arasında geçerli olacak (Maden Kanunu m.42/I, m.45); diğer sınırlı aynî haklar için geçerli olmayacaktır.

SONUÇ

Türk Hukuku'nda, 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 2. maddesinde belirtilen her element *"maden"* sayılmıştır. Böylece, maden kavramının belirlenmesinde, tadadî (sayma) sistemi benimsenmiştir. Ayrıca, Bakanlar Kurulu Kararı ile de, bir madde maden olarak kabul edilebilir.

"Maden hakkı" ise; ilk müracaat, ihbar, arama, buluculuk, ön işletme ve işletme ruhsatından, kısacası tüm madencilik faaliyetlerinden doğan haklar bütünüdür.

Maden Kanunu'nun 4.maddesine göre; madenler devletin hüküm ve tasarrufu altında olup, içinde bulundukları arzın mülkiyetine tâbi değildir. Böylece, madenler özel mülkiyet konusu olamaz ve arzın mütemmim cüzü sayılmazlar. Madenlerin aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir (Anayasa m.168). Devlet bu arama ve işletme hakkını, özel kişilere de devredebilir. Çıkarılan maden taşınır mal hükmünde olup, ancak o zaman onu çıkaran kişinin mülkiyetine girer.

Maden Kanunu'nun 46.maddesinde düzenlenmiş olan *"maden irtifakı"*; özel mülkiyete ait bir araziyi, maden aramak ve çıkarmak amacıyla kurulan bir idarî irtifak çeşididir. Maden irtifakı, idarî bir işlem ile kurulur ve tapu siciline tescilden önce doğar. Kamulaştırmanın getirdiği, malî külfetlerden kurtulmak düşüncesi, maden irtifakının kurulmasında önem taşıyan bir unsur olmaktadır.

---

59 Sınırlı aynî haklarda sıra ile ilgili olarak bkz: **ERTAŞ**, s.428.