

MADENCİNİN MADENİN İÇİNDE BULUNDUĞU TAŞINMAZA VERDİĞİ ZARARDAN SORUMLULUĞU

Mustafa TOPALOĞLU
G.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler
Fakültesi Madeni Hukuk
Araştırma Görevlisi

I — MADENCİLİK FAALİYETİ :

A — Madencilik Faaliyetine Konu Olan Maden Kavramı :

İstikşaf, arama ve işletme aşamalarını içine alan madencilik faaliyeti, belirli bir madenin istihracı amacıyla yapılır (1). Bu yüzden madencilik faaliyetinin bu aşamalarına geçmeden önce, madenin ne olduğunu belirlemede yarar görmekteyiz.

1. Genel Olarak Maden Kavramı

Madenler yeraltı tabii kaynakları arasında yer alan, insanların çok çeşitli alanlarda kullandıkları maddelerdir. Madenler nötr malzemelerdir. Nötr malzeme, arzın içinde veya üzerinde bulunan organik olmayan malzeme demektir (2). Tabiatı arı veya diğer bir deyimle basit biçimde madene rastlamak çok zordur. İstisnaları bir yana, maden tabiatı bileşik veya katı-şık biçimde bulunmaktadır (3).

Maden kelimesi Türkçe değildir. Arapça kökenli olan maden kelimesi, "ma'dan" veya daha doğru bir deyimle "ma'din"dir. Sözlük açısından ikamet anlamına gelen "adn"dan gelmektedir. Gerçekte, bir şeyin istikrar üzerinde duracağı yer anlamına gelir (4).

Sözlük anlamı dışında, her bilim dalı kavram olarak madeni kendine göre tanımlamıştır. Jeokimya yönünden maden "az miktarda bulunan elementlerin derişimlerinden ibaret" (5) olduğu halde, jeolojik yönde maden bir "bir kayaç kütlesi" (6) anlamına gelir. Mine-

roloji ve Petrografi yönünden "mineralojik ve petrografik yöntemlerle incelenebilen özel bir yakaçtır (7). Ekonomik yönden (8) ise maden "işletilebilen her mineral kütlesine verilen addır" (9).

Hukuki yönden maden kavramının tanımını yapmak zordur. Bunun sebebi tabii bilimlerin hukukun ihtiyaçlarına uygun bir formül oluşturmamalarıdır (10). Konumuz bakımından önemli olduğu için hukuki yönden maden kavramı ayrıntılı olarak incelenecektir.

2. Hukuki Bakımdan Maden Kavramı ve Madenlerin Mülkiyeti

a) Hukuki Bakımdan Maden Kavramı

- (1) Uçkan, Madencilik İlişkin Haklar ve Bunların Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Getirilmesi, Eskişehir 1983, s. 32.
- (2) Bkz. Göğ, Maden, s. 40.
- (3) Göğ, Maden, s. 7.
- (4) Türk Hukuk Lügati, s. 213.
- (5) Gümüş, Metalik Maden Yatakları, İstanbul 1974, s. 14.
- (6) Gümüş, s. 17.
- (7) Gümüş, s. 18.
- (8) Ekonomik yönden maden değil de daha çok "maden yatağı" kavramı önem taşımaktadır. Maden yatağı "işletmeye elverişli olan her türlü mineral kütlesi veya bir ya da daha çok sayıda mineral içeren ve işletmeye elverişli olan cevher kütlesi" olarak tanımlanmaktadır. Tanım için bkz. Caner, Madencilik Yatırımları ve Ekonomik Değerlendirme Teknikleri, Ankara 1976, s. 1.
- (9) Gümüş, s. 8.
- (10) Göğ, Maden, s. 40.

Hukuki bakımdan madeni belirleyen belli başlı iki sistem vardır : Birincisi, madeni tanımlayan sistemdir. Bu sistemde kanunda bir maden tanımı verilmiştir. Bu tanımın kapsamına giren maddeler maden sayılmaktadır. Bir madde bu kapsama girmiyorsa, maden olarak nitelendirilemeyecektir ⁽¹¹⁾.

Diğer sistem, tadadi (sayma) sistemdir. Tadadi sistemde, maden sayılan maddeler kanunda teker teker sayılmışlardır ⁽¹²⁾. 3213 sayılı Maden Kanunu da bu sistemi benimsemiştir. Tadadi sistemin benimsenmesi ülkemiz şartları açısından isabetli olmuştur ⁽¹³⁾. Tadadi sistem, maden mevzuatını uygulayacak idarenin takdir yetkisini daraltacağından daha güven vericidir. Ayrıca Maden Kanunu'nun kapsamını belirlemek kolaylaşacaktır ⁽¹⁴⁾.

3213 sayılı kanun'un 2. maddesinde, "Tabiatta element (basit), bileşik (mürekkep) veya karışım (mahlut) halde bulunan, aşağıda yazılı maddeler bu Kanun'a göre maden sayılır" hükmü yer almaktadır ⁽¹⁵⁾. Daha sonra "enerji madenleri", "metal madenleri", "sanayi madenleri" ve "kıymetli taşlar" başlıkları altında maden sayılan maddeler teker teker sayılmaktadır. Bundan başka, bu maddede zikredilmemiş bir madde, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın teklifi ve Bakanlar Kurulu Kararı ile Maden Kanunu kapsamına alınabilmektedir (3213 S.K. md.2/Son).

b) Maden Mülkiyeti

Maden mülkiyeti konusunda belli başlı iki sistem mevcuttur. Birinci sistem madenleri arazinin bütünleyici parçası olarak kabul eder ⁽¹⁶⁾. İkinci sistem, devlet hakimiyet (Dominialite) sistemidir. Bu sistemde, devletin madenler üzerindeki hakkı, iki şekilde görülür. Ya devlete madenler üzerine tam bir özel mülkiyet hakkı tanınmıştır ya da devlet, madenlerin topluma en yararlı şekilde işletilmesi için yetkilerle donatılmıştır. Devlet, bu yetkisine dayanarak madenlerin işletilmesi için bir başka kişiye imtiyaz verebileceği gibi, madenleri kendi de işletebilir ⁽¹⁷⁾.

Medeni Kanunda madenle ilgili hükümler yer almaktadır. Doktrinde bu hükümlerden hareketle maden mülkiyeti konusunda iki görüş

belirlenmiştir. MK md. 743 madenlerin arzin mütemmim cüzü olduğundan bahsetmektedir. MK md. 644 ise malikin mülkiyet hakkının, yeraltında onu kullanmakta menfaati olduğu noktaya kadar uzandığını kabul etmektedir. İşte birinci görüş bu hükümlere dayanmaktadır. Bu görüşe göre, mülkiyet hakkı, malikin kendisi için bir fayda veya menfaatin mevcut olduğunu isbat etmesi şartıyla yer altındaki madenleri de kapsayabilecektir ⁽¹⁸⁾. Toprak sahibinin hangi hallerde kanunen korunan bir menfaatin olduğunu tesbite kesin bir kriter ortaya koymak zordur ⁽¹⁹⁾. Toprağın kullanımındaki maksat ve tarz, mülk sahibinin durum ve ehliyeti ⁽²⁰⁾, mahalli ve millî örf ve adet ⁽²¹⁾ kriter olarak kullanılabilir.

İkinci görüş Medeni Kanun'a madenler üzerinde özel mülkiyetin söz konusu olamayacağını savunmaktadır. Bunlar, görüşlerini MK md. 641'e dayamaktadır. Bu maddeye göre, sahihsiz şeylerle, menfaati umuma ait olan mallar devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. İhras, işletme ve kullanılmaları hakkında hususî hükümler vaz olunur. Madenler de bu madde kapsamına girmektedirler ⁽²²⁾. Dolayısıyla madenlerin üzerinde özel mülkiyet tesis edilemeyeceğini ve devletin hüküm ve tasarrufu altında olduklarını kabul etmek gerekir.

(12) Bkz. Uçkan, s.39.

(13) Esmer, Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, Ankara 1983, s. 65.

(14) Göğür, Maden, s. 40.

(15) (Maden kanunu, maden olarak maden cevherinin bulunduğu damarları anlamaktadır) Oğuzman/Seliçi, Eşya Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1985, s. 137.

(16) İsay, s. 513.

(17) Ayrıntılı bilgi için bkz. Aşula, Türkiye'de Medeni Kanun Makamından Medeni Rejimi ve Mülkiyeti, Ankara 1968, s. 15; Ökçün, "XX. Yüzyıl Başlarında Osmanlı Maden Üretiminde Türk, Azınlık ve Yabancı Payları", Abadan'a Armağan, Ankara 1969, s. 807.

(18) Aşula, s. 40.

(19) Aşula, s. 40.

(20) Aşula, s. 40.

(21) Kubalı, "Medeni Kanun ve Mülkiyeti", Medeni Kanun'un XV. Yıl Dönümü Armağanı, İstanbul 1944, s. 838.

(22) Federal Mahkeme 1911 tarihli bir kararında madenlerin MK md. 641 (İMK md. 664) içinde mütalaa edilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. (Anıldığı yer : Aşula, s. 41). Buna karşılık Kubalı, aslında madenlerin 641. maddede sayılan sahihsiz şeyler veya menfaati umuma ait mallardan olmadığını, ileri sürmektedir. Fakat yazar, Medeni Kanun ile Maden Mevzuatı arasında paralellik kurabilmek için madenlerin 641. madde kapsamında olduğunu kabul etmekte yarar görmektedir. (Medeni Kanun ve Maden Mülkiyeti, s.851-852).

1982 Anayasasının 168'inci maddesi ve aynı şekilde 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 4'üncü maddesinde yer alan hüküm karşısında, madenlerin MK md. 641 kapsamına girip girmedikleri tartışmada pratik bir yarar kalmamıştır. Çünkü, 1982 Anayasası 168'inci maddesinde "Tabii servet ve kaynakların Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu belirtilmiştir. Keza, 3213 sayılı Maden Kanunu md. 4'de "madenlerin Devletin hüküm ve tasarrufu olduğu" kabul edilmiştir. Ayrıca madenler içinde bulunduğu arazinin mülkiyetine tâbi değildir (3213 S.K. md. 4). Maden Kanunu, bu hükmüyle madenlerin arazinin mütemmim cüzi olmadığını açıkca vurgulamak istemektedir.

Madenlerin devletin hüküm ve tasarrufunda olması ilk önce, idareye arazi mülkiyetinden bağımsız bir mülkiyet konusu yaratma yetkisini verir. İkinci olarak, devlete madenlerin aranması ve işletilmesi denetleme yetkisini vermektedir ⁽²³⁾.

B — Madencilik Faaliyetinin Türleri :

1. İstikşaf

Madencilik faaliyetinin ilk aşamasıdır. Arama projesinin uygulamaya hazır hale getirilmesine kadar olan işlemleri ifade eder ⁽²⁴⁾. Maden yataklarının bulunup nitelik ve inceliklerinin tesbiti için gerekli olan işlemlere başlanılmadan önce, jeolojik yapıyı öğrenmek ve maden yataklarının yer üstündeki belirtilerini saptamak amacı ile arazide basit incelemeler yapılır. Laboratuvar araştırmalarında bulunmak için numune parçalar almak gibi ⁽²⁵⁾. Bu tür faaliyetleri her fert yapabilir. Bu aşamada olsa olsa, emniyet ve kişilerin arazilerinin ihlal edilmemesi bakımından bazı idari tedbirler alınabilir. İstikşaf faaliyetinde bulunacak kişilerin kimliklerini araştırmak ve bunlarla arazi sahipleri arasındaki uyuşmazlıkları önlemek için bazı özel hükümler konabilir ⁽²⁶⁾.

3213 sayılı Maden Kanunu sadece arama faaliyetini öngörmüştür. Ayrıca bir istikşaf faaliyeti Kanun'da yer almamıştır. İstikşaf faaliyeti arama faaliyeti içinde düşünülmüştür.

6306 sayılı Petrol Kanunu'nda ise bu konu "petrol araştırılması ile ilgili olmak üzere, arazinin yerden ve havadan topoğrafik, jeolo-

jik, jeofizik, jeojimik ve benzeri usullerle meseha ve tetkik edilmesine ve -arama sondajları hariç- lüzumlu ameliye, tecrübe ve jeolojik malumat almak maksadıyla sondajlar yapılması" şeklinde "jeolojik istikşaf" (md. 3/5-a) olarak düzenlenmiştir.

2. Arama

Yer kabuğu içinde bulunan maden yatağının belirtilerinin ve uzanımlarının tesbiti için yapılan faaliyetler "arama" faaliyetini oluşturur. Aranılan madenin cinsine, teknolojik imkânlarla ve arazinin özelliğine göre söz konusu faaliyetler çeşitli şekillerde yapılabilir. Örneğin, jeolojik, jeojimik ve jeofizik etüdler gibi⁽²⁷⁾.

Arama faaliyeti, sırasında kuyu, galeri açılmaktadır. Hatta bazen arz üzerinde tesisler kurmak da gerekebilir ⁽²⁸⁾. Arama aşamasında, madenciye görünür rezervin 1/10'u kadar cevheri çıkartıp satma imkânı tanınmıştır (3213 S.K. md. 21).

3213 sayılı Maden Kanunu arama faaliyetini ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Maden aramak için, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'ndan "arama ruhsatı" olmak gerekir (3213 S.K. md. 16). Arama ruhsatı 8'er aylık 3 arama dönemi ve 6 aylık proje hazırlık dönemi olmak üzere toplam 30 aydır (3213 S.K. md. 17).

3. Ön İşletme

3213 sayılı Maden Kanunu, 6309 sayılı Kanun'da bulunmayan yeni bir aşama daha öngörmektedir. Bu aşama, arama ile işletme aşamaları arasında yer alan "ön işletme" aşamasıdır.

Bazı tür madenlerin aranması çok uzun zaman almaktadır. Arama faaliyeti sonucunda işletme faaliyetine geçilebilmesi için büyük tesisler kurmak gerekmektedir. Arama ruhsatı için

(23) Göğer, Maden, s. 120.

(24) Uçkan, s. 52.

(25) Ayrıntılı bilgi için bkz. Caner, Maden Ekonomisi, Ankara 1983, s. 1 vd.; Ovalioğlu, Maden Nedir ve Nasıl Aranır, Ankara 1976, s. 38 vd.

(26) Bu görüş için bkz. Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.II, 3. Bası, İstanbul 1966, s. 1379; Fındıklıgil, s. 89.

(27) Ayrıntılı bilgi için bkz. Caner, Ekonomi, s. 5 vd.

(28) Onar, C.II, s. 1379.

3213 sayılı Kanun'da öngörülen 30 aylık süre, çoğu kez bu işlemleri yapmak için yeterli olmaktadır. 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 19. maddesine göre, arama ruhsatı sahibi, arama çalışmalarının olumlu gelişme gösterdiğini ve diğer faaliyetlere bir süre daha devam edebilmesi halinde daha büyük işletme veya tesisat kurabileceğini beyan ederek "ön işletme" ruhsatı alabilir.

Madenci ön işletme aşamasında, arama aşamasındaki faaliyetlerin hepsini yapabilir. Bu aşamada rezerv tesbit çalışmalarından ziyade, daha çok çevher istihracı ve tesisat kurma faaliyetleri yapılmaktadır.

4. İşletme

Maden cevherlerini yatağından çıkarmak, taşımak, temizleyip stoklamak ...eritmek, uçurmak, kavurmak" gibi faaliyetler işletme faaliyetini oluşturur. Üretim sonrası birtakım faaliyetler de işletme aşamasına girmektedir⁽²⁹⁾. Üretilen cevherlerin başka bir yere nakli işletme aşamasına dahil olmalıdır. Bir görüş, işletme faaliyetinin cevherin yarı mamül haline getirilmesine kadar olan tüm işlemleri kapsaması gerektiğini ileri sürmektedir. 3213 sayılı Kanun bu konuda herhangi bir hüküm getirmemektedir. Türk Hukukunda işletme aşaması, en son cevheri ayıklama ve flatasyon, kalsiyon, gibi işlemlerle cevherin zenginleştirilmesi için yapılan işlemleri kapsamalıdır⁽³⁰⁾.

İşletme faaliyetinde bulunabilmek için işletme ruhsatı almak gerekir (3213 S.T. md.24). İşletme ruhsatı süresi en az 10, en fazla 60 yıl olabilir.

Türk Hukukunda işletme ruhsatının hukuken niteliği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Konuya klasik medeni hukuk anlayışı içinde bakanlar, söz konusu ruhsatnamenin aynı hak niteliğinde olduğunu kabul etmektedirler. Yargıtay da 4.5.1966 tarih ve E. 966/6, K.966/4 sayılı içtihadı birleştirme kararında idare tarafından verilen maden işletme ruhsatnamesinin nitelikçe Medeni Kanun'un 632 ve 911. maddelerinde deyimini bulan aynı hak olduğu görüşünü benimsemiştir. Bu görüş haklı olarak doktrinde eleştirilere uğramıştır⁽³¹⁾.

Maden Kanunu'na göre verilen ruhsatnamenin aynı hak sayılması onun niteliği ile bağdaşmamaktadır. Çünkü ruhsatname, belirli bir mal üzerinde işletme ruhsatnamesi sahibine doğrudan hakimiyet sağlamaz. Ruhsatname sahibi ileride yer kabuğundan çıkarılacak cevherler üzerinde mülkiyet hakkı elde edecektir.

İşletme ruhsatı, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından bir idari işlemle verilmektedir. 1982 Anayasası, tabi servet ve kaynakların özel kişilerce işletilebilmesi için kanunun açık "iznini" aramaktadır (md. 168). Buradan hareketle, işletme ruhsatnamesi verilmesi işleminin bir "idari izin" olduğu savunulmuştur⁽³²⁾.

II — MADENCİNİN MADENİN İÇİNDE BULUNDUĞU TAŞIMAZA ZARAR VERMESİ :

Madenin bulunduğu taşınmazın maliki konumuz açısından önem taşımaktadır. Madencilik faaliyeti yapılacak sahada, madenci ile taşınmaz maliki arasında bazı menfaat çatışmaları ortaya çıkmaktadır. Madencilik faaliyetleri maden sahasını kaçınılmaz olarak etkilemektedir. Bu etkilerin sonucu olarak meydana gelen zararlar, madenci ile maden sahasının malikini karşı karşıya getirmektedir.

Maden sahasının maliki, madencinin kendisi olabileceği gibi, başkası da olabilir. Maden sahası madencinin mülkiyetinde değilse; ya özel kişilerin mülkiyetindedir ya da devletin hüküm ve tasarrufu altındadır.

A — Maden Sahasının Madencinin Mülkiyetinde Olması :

Madenci ile maden sahasının maliki aynı kişi olunca, söz konusu problemler doğmaz. Çünkü, bir kişi kendi arazisinde gerekli ruhsat ve izinleri almak şartıyla madencilik faaliyetlerinde bulunabilir. Bu faaliyetin yararı ve zararı kendisine ait olur.

(29) Uçkan, s. 56; Göğer, Maden, s. 252.

(30) Bu görüş için bkz. Göğer, Maden, s. 254.

(31) Tekinay, Eşya Hukuku, C.I, 4. Bası, İstanbul 1984, s. 190, dipnotu 4; Oğuzman/Seliçi, s. 137, dipnotu 348.

(32) Bu görüş için bkz. Türk, "Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun Üzerinde Açıklamalar" AÜHFD, C.XXXVI, s. 1-4, Ankara 1979, s. 88.

A — Maden Sahasının Madenciden Başka Özel Kişilerin Mülkiyetinde Olması

Madencilik faaliyetleri yapılırken, zorunlu olarak madenin bulunduğu taşınmaza müdahaleler olmaktadır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi⁽³³⁾, malikin mülkiyet hakkı taşınmazın içinde bulunduğu madenleri kapsamaz. Madenler taşınmazın mütemmim cüzü değildir. (3213 S.K. md.4). Bununla beraber, bir sahada madencilik faaliyetleri yapabilmek için, taşınmazın kullanımı söz konusu olacağından malikin rızası alınmak gerekir. 3213 sayılı Maden Kanunu 46. maddesi, arama, ön işletme ve işletme safhalarında bu konuyla ilgili hükümler ihtiva etmektedir.

1. Arama ve Ön İşletme Aşamasında

Arama ve ön işletme aşamasında rezervin tesbiti için kuyu galeri açılması ve ulaşım için araziden yararlanmak gerekli olmaktadır. Özellikle ön işletme aşamasında, arz üzerine işletme faaliyeti için gerekli tesisatların yapılması söz konusudur.

Bu tür faaliyetlerin yapılabilmesi madencinin madenin içinde bulunduğu taşınmazı kullanılmasını zorunlu kılmaktadır. Bu kullanım için mantıki olarak akla ilk defa madenci ile saha malikinin anlaşmaları gelir. 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 46. maddesinde yer alan hükümlerden ilk önce madencinin saha malikinin anlaşma yoluna gitmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır. Madenci ile taşınmaz maliki arasında bir anlaşmaya varabilirse, bu anlaşmaya göre arama ve ön işletme faaliyetleri yapılacaktır. Bu anlaşma ile taraflar arasında iradi olarak intifa hakkı kurabilirler.

Bazı hallerde bu anlaşma sağlanamayabilir. İşte o zaman, 3212 sayılı Kanun, madencinin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'ndan madenin bulunduğu taşınmaz üzerinde irtifak ve/veya intifa hakkı kurulmasını isteyebileceğini belirtmiştir (md.46/1).

Bu irtifak hakkının niteliğine ve hükümlerine geçmeden önce, genel olarak irtifak hakkı ve türleri hakkında kısaca durmakta yarar vardır.

- a) Genel Olarak İrtifak Kavramı ve Türleri
aa) İrtifak Hakkı Kavramı :

İrtifak hakkı, hakkın konusu olan eşya üzerindeki kullanma ve yararlanma ile ilgili yetkilerin bir bölümünü veya tümünü hak sahibine sağlayan veya eşyanın malikin mülkiyetle ilgili yetkilerinden bazılarının kullanılmasını hak sahibinin yararına yasaklayan sınırlı ayni haktır⁽³⁴⁾.

İrtifak hakkının "aktif" ve "pasif" olmak üzere iki yönü vardır. İrtifak hakkı pasif yönüyle malikin mülkiyet hakkından doğan yetkilerini kısıtlar veya malikin bu yetkilerini kullanmasını önler. Üst hakkı ve geçit hakkı gibi haklar malike "katlanma" ve "kaçınma" borcu yüklerler⁽³⁵⁾.

İrtifak hakkı aktif yönü ile hak sahibine doğrudan, kullanma veya yararlanma, bazen de hem kullanma hem yararlanma yetkisi vermektedir. Meselâ, irtifak hakkı hem kullanma hem de yararlanma yetkisi veren bir irtifak hakkıdır⁽³⁶⁾.

İrtifak hakları hak sahibine eşya üzerinde sınırlı bir hakimiyet sağlarlar. Burada sınırlı olan hakkın doğurduğu sonuçlar değil, hakkın muhtevasıdır⁽³⁷⁾. İrtifak hakkının muhtevası ise yalnız eşya ve eşyanın özünden yararlanma imkanından ibarettir. İrtifak hakkının muhtevasına eşya malikinin davranışının sağlayabileceği menfaatler dahil değildir⁽³⁸⁾.

bb) İrtifak hakkı çeşitli sınıflamalara tabi tutulabilir. Biz, idari irtifakları da belirtebilmek için, aşağıdaki gibi bir sınıflama yapmayı uygun gördük.

- i) Medeni Kanundaki İrtifak Hakları:

—İradi İrtifaklar: bu tür irtifak hakları tarafların iradesinden doğarlar. İradi irtifakların doğumu için, taşınmaz maliki ile irtifak hakkını iktisap edecek şahıs arasında borç doğurucu nitelikte bir "irtifak sözleşmesi" yapılması ge-

(33) Bkz. yukarıda, s.19.

(34) Bu tanım için bkz. Köprülü/Kanetli, Sınırlı Ayni Haklar, 2. Bası, İstanbul 1982-1983, s.41.

(35) Gürsoy/Eren/Cansel, s. 699.

(36) Gürsoy/Eren/Cansel, s.699.

(37) Oğuzman/Seliçi, s.507.

(38) Oğuzman/Seliçi, s.507.

rekir. İrtifak sözleşmesi resmi şekilde yapılmalıdır (MK md. 705). Tapu Kanunu md. 26'ya göre, bu sözleşmelere resmiyeti tapu memuru sağlayacaktır.

İrtifak sözleşmesi borç doğurucu işlem olduğundan tek başına irtifak hakkının doğumu için yeterli değildir. Ayrıca, bu sözleşmeye dayanılarak irtifakın tapu kütüğüne tescili gerekir⁽³⁹⁾. İrtifak hakkı, aynı hak olarak tescilin yapılması ile doğar.

İradi irtifaklar eşyaya bağlı kurulabileceği gibi, kişiye bağlı olarak da kurulabilir.

Eşyaya bağlı irtifaklarda, hak sahipliği doğrudan doğruya kişiye değil, bir başka eşya üzerinde malik olmaya göre belirlenmektedir⁽⁴⁰⁾. İrtifakın bağlandığı eşyaya malik olma, irtifak hakkına sahip olma sonucunu yaratır. İrtifak hakkının bağlandığı eşyanın el değiştirmesi halinde, irtifak hakkı da ona bağlı olarak el değiştirir. Bu tür irtifaklar bir taşınmaz üzerinde, başka bir taşınmaz yararına kurulabilir⁽⁴¹⁾.

İradi irtifaklar, bir şahıs lehine de kurulabilir. Burada hak sahibinin taşınmazın maliki olup olmaması önem taşımaz. Lehine irtifak hakkı kurulan şahıs, gerçek veya tüzel kişi hatta bir topluluk dahi olabilir⁽⁴²⁾. Şahsa bağlı irtifak haklarının bir kısmı zorunlu olarak bir şahıs lehine kurulabilir. Bunlar, lehine kuruldukları şahıstan başkasına devredilemez ve mirasçılara geçmez⁽⁴³⁾. Medeni Kanun, intifa ve sükna hakkının bu nitelikte olduğunu öngörmektedir (md. 721, md. 730). Bunların dışında kalan şahsa bağlı irtifak haklarının değiştirilebilmeleri mümkündür. Medeni Kanun'da öngörülen üç tane devredilebilen şahsa bağlı irtifak hakkı vardır. Bunlar; "üst hakkı" (MK md. 751), "kaynak hakkı" (MK md. 752) ve "düzensiz irtifak" (MK. md. 753)'dir.

— Kanunî İrtifaklar: Mülkiyet hakkının muhtevasına sadece yetkiler değil, aynı zamanda ödevler de girer. Bu ödevler hukukî ödev niteliğindedir. Yani hukuk düzeni tarafından belirli durumlarda bulunan kişilere bu durumları nedeniyle yöneltilen ve uyulması zorunlu olan emirlerdir⁽⁴⁴⁾. Klasik mülkiyet görüşünün aksine, bu ödevler mülkiyet kavramının özüne yabancı değildirler. 1982 Anayasası'nın 35. maddesi ve MK md.618'den malike bir takım ödevlerin yüklendiği sonucu çıkmaktadır⁽⁴⁵⁾.

Mülkiyetden doğan ödevler doğuş şekillerine göre kanundan doğrudan doğruya doğan ödevler ve kanundan dolayısıyla doğan ödevler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Kanundan doğrudan doğruya doğan ödevler, kanunla mülkiyet hakkının muhtevasına konmuş olan ve bu muhtevayı yetkilerle beraber oluşturan ödevlerdir⁽⁴⁶⁾. Kanundan doğruya doğan ödevler irtifak hakları gibi, maliki mülkiyetin muhtevasını oluşturan bazı yetkileri kullanmaktan kaçınma veya başkanının kullanmasına katlanma yükümlülüğü altına sokarlar. Ancak bunlar hiç kimseye aynı hak sağlamadıkları için, irtifak hakkı niteliğinde değildirler⁽⁴⁷⁾.

Kanundan "doğrudan doğan ödevlerin" karşısında "kanundan dolayısıyla doğan ödevler" yer alır. Taşınmaz mülkiyetin kanundan dolayısıyla doğan ödevleri, zorunlu mecra hakkı⁽⁴⁸⁾ (MK md. 668), zorunlu geçit hakkı (MK md. 671, 672), zorunlu suyu almak hakkı (MK md. 683) olarak sayılabilir⁽⁴⁹⁾. Kanundan dolayısıyla doğan ödevler irtifak haklarıdır ve bunlara "kanunî irtifaklar" denmektedir⁽⁵⁰⁾. Bunlar iradi irtifaklardan kanundan doğmaları itibarıyla ayrılırlar. Mükellef taşınmazın maliki, kanundan dolayısıyla doğan bir irtifak iddiası haklı ise, bu irtifakın hak sahibi lehine, tapuda tescil talebinde bulunmak zorundadır. Eğer malik, tescil talebinde bulunmaktan kaçınırsa, irtifak hakkı iddia eden taraf mahkemeye başvurabilir.

(39) Köprülü/Kaneti, s.61.

(40) Akipek, Türk Eşya Hukuku, III. Kitap, Mahmut Ayni Haklar, Ankara 1974, s.46; Köprülü/Kaneti, s.49.

(41) Akipek, Mahdut, s.47.

(42) Akipek, Mahdut, s.47; Oğuzman/Seliçi, s.592.

(43) Oğuzman/Seliçi, s.592; Gürsoy/Eren/Cansel, s.742.

(44) Akipek, Eşya Hukuku, II. kitap, Mülkiyet, Ankara 1971, s. 203; Gürsoy/Eren/Cansel, s.592.

(45) Çörtoğlu, Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetin Kullanılmasının Çevreye etki ve Sonuçları, Ankara 1982, s.3; Gürsoy/Eren/Cansel, s.595.

(46) Akipek, Mülkiyet, s.207; Çörtoğlu (Komşuluk), s.20; Aral, V. "Kanuni İrtifaklar", İHFM, CXXIX, S. 4, s.8; Özsunay, Zaruri Geçit Hakkı, İstanbul 1968, s.163.

(47) Düren, İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1979, s.251.

(48) Bazı yazarlar zorunlu mecra hakkını kanundan doğrudan doğan ödevler içinde incelemektedir (Özakman, Türk Hukukunda Mecra İrtifakları, İstanbul 1978, s.164; Akipek Mülkiyet, s.207).

(49) Çörtoğlu, (Komşuluk) s.22.

(50) Gürsoy/Eren/Cansel, s.717, Akipek Mahmut, s.51; Aral, s.1038 vd.

Mahkemenin irtifak hakkının kurulmasına ilişkin vereceği karar, kurucu niteliktedir⁽⁵¹⁾ (MK md. 642/1). İrtifak hakkı iktisap edecek kişi malike tam tazminat ödemek zorundadır. İrtifak hakkının kurulması için mahkemeden kararı alan taraf, malikin talebinde lüzum kalmaksızın tapuda tescil yaptırabilir. Yapılan bu tescil bildiricidir⁽⁵²⁾. Yani, irtifak hakkının tescilden önce doğduğunu açıklamaktadır.

ii) İdari İrtifaklar :

İdari irtifak konusunda doktrinde çok değişik görüşler vardır.

Bir görüş idari irtifakları, "ammenin veya amme emlakinin menfaatleri namına hususi mülkiyete dahil gayrimenkuller üzerine konan takyitlerdir" şeklinde anlamaktadır. İdari irtifak örneklerini de "bazı yerlerde bir takım inşaatla bulunmamak, muayyen yükseklikten fazla inşaat yapmamak, inşaatla muayyen bir şekil kabul etmek gibi menfi borçlar veya şerefiyeler gibi para borcu" olarak tespit etmektedir⁽⁵³⁾.

Bir diğer görüş, idari irtifakları şu şekilde tanımlamıştır: "Kamulaştırma gerekemediği hallerde, yine öze doğru yönelmiş ve para ile karşılanması gereken bir kayıtlama idari irtifaktır"⁽⁵⁴⁾.

Akıpek, idari irtifak kavramına özel hukuk açısından yaklaşmaktadır. Yazar, idari irtifak deyiminin "...Medeni Hukukta kanundan doğayla doğan ödevleri adlandırmak üzere kullanılan kanunî irtifak deyimine paralel olarak, sadece kanuna dayanan idari bir işlem ile mülkiyete yükletilen ödevlere "hasretmenin" yerinde olacağını belirtmektedir⁽⁵⁵⁾.

Bertan tarafından savunulan başka bir görüşe göre ise, "İstimlak Kanunu ile Medeni Kanun'un değiştirilmesi düşünülmemiş ve Medeni Kanun'da yer almış bulunan irtifak hakkı müessesesinden yararlanılması uygun görülür... 6380 Sayılı Kanun'un 4. maddesinde⁽⁵⁶⁾ kamu tüzel kişiliği adına istimlak yolu ile irtifak hakkı kurulması öngörülmektedir. Tapudaki mülkiyet hakkına dair kayıt kalacak ve tapu siciline kamu tüzel kişiliği yararına Medeni Kanun hükümlerine göre irtifak hakkı kurulacaktır"⁽⁵⁷⁾. Bertan'a göre, idari irtifaklar, MK md. 753'de öngörülen "diğer düzensiz şah-

si irtifaklar"dandır. Bir kamu tüzel kişisi adına kurulan idari irtifaklar, her irtifak hakkı gibi, mülkiyet hakkının sahibine sağladığı yetkilerden bazılarının sınırlandırılması gerektirir⁽⁵⁸⁾.

Doktrindeki idari irtifaklarla ilgili bu görüşleri sıraladıktan sonra mevzuatta idari irtifakla ilgili hükümleri belirtelim :

1982 Anayasası, "Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, ...özel mülkiyette bulunan taşınmaz mallar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir." hükmünü taşımaktadır (md. 46/1). Böylece, Anayasa bu hükmü ile, Devlet organlarına bir özel hukuk kurumu olan irtifak hakkı kurma yetkisi tanımaktadır. Anayasa'nın 46. maddesi ile tanınan bu yetki, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 4. maddesi ve 6785 sayılı İmar Kanunu'nun 35. maddesi ile somutlaştırılmıştır. 2492 Sayılı Kanun'un 4. maddesine göre, kamulaştırma amacının elde edilmesi için yeterli olduğu takdirde, taşınmaz üzerinde kamulaştırma yolu ile irtifak hakkı kurulabilir. İmar Kanunu'nun 35. maddesi hükmü de şöyledir: "Belediyeler, imar ve yol istikamet plânlarının tamamında gayrimenkulün tamamını istimlak etmeksizin, o yerin muayyen saha ve irtifadaki kısmı üzerinde amme menfaatine irtifak hakkı da tesis edebilirler".

Doktrinde, kamulaştırma yolu ile irtifak hakkı kurulması, irtifak hakkının sicil dışı (tescilden önce) iktisap yolları arasında sayılmaktadır⁽⁵⁹⁾.

"İdari irtifak" kuruluşunda yer alan idari deyim, irtifakın "devlet yetkisi" ile zorla kurulduğunu göstermek için kullanılmıştır⁽⁶⁰⁾. Gerçekten idari irtifaklar, malikin rızasına bakılmaksızın, idare tarafından Kamulaştırma Kanunu'ndaki şartlara uyularak kurulmaktadır.

(51) Gürsoy/Eren/Cansel, s. 718.

(52) Gürsoy/Eren/Cansel, s. 719.

(53) Onar. C. II, s. 1352.

(54) Özücü, Mülkiyet Hakkının Sınırlaması, İstanbul 1976, s.309.

(55) Akıpek, Mahdut, s. 52.

(56) 6380 Sayılı Kanun'u yürürlükten kaldıran 2942 Sayılı Kanun'un 4. maddesinde aynı hüküm yer almaktadır.

(57) Bertan, Aynı Haklar, C.II, Ankara 1976, s. 1098-1099.

(58) Bertan, s.1099.

(59) Oğuzman/Seliçli, s. 601-602; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 77.

(60) Düren, s. 262-263.

Bununla beraber, idari irtifaklarla, medeni irtifaklar (iradi ve kanuni irtifaklar) arasında nitelik bakımından hiçbir fark yoktur. Medeni irtifaklarla idari irtifaklar arasındaki fark "kaynak" ve "zorla kurulmak" açısındandır⁽⁶¹⁾. İdari irtifaklar, Anayasanın 46. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak 2942 sayılı Kanun hükümlerine göre ve malikin rızası alınmaksızın zorla kurulmaktadır. Kurulduktan sonra da nitelik olarak medeni irtifaklardan farklı değillerdir⁽⁶²⁾.

b) Maden Kanunu'nda Öngörülen İrtifak Hakkının Hukuki Niteliği :

3213 sayılı Kanun'un 46. maddesine göre, madenci "...özel mülkiyete konu gayrimenkul üzerinde kullanma amacına münhasır olmak üzere belli süreler için Bakanlığa müracaat ile irtifak ve/veya intifa hakkı tesisi" isteyebilir.

Söz konusu maddede irtifak ve/veya intifa hakkından bahsedilmektedir. İntifa hakkı, belirli bir gerçek veya tüzel kişiye hakkın konusu üzerinde tam bir yararlanma yetkisi veren, devredilemeyen ve miras yoluyla geçmeyen bir ayni haktır (MK md. 717⁽⁶³⁾). Nesne üzerinde belirli ve sınırlı yararlanmalar intifa hakkı değildir⁽⁶⁴⁾. Dolayısıyla arama faaliyetleri için gereken kullanıma münhasır olarak intifa hakkı kurulacağı ileri sürülmektedir. Ayrıca, 3213 sayılı Kanun'un gerekçesinde de "intifa" kelimesi yer almamakta; sadece irtifak hakkından söz edilmektedir.

Maden Kanunu'nda öngörülen "irtifak hakkı" nitelik itibarıyla idari irtifaklardandır. Bu irtifak hakkının kuruluşu Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından gerçekleştirilmektedir. İrtifak hakkının kuruluşunda malikin rızası aranmamaktadır. Bakanlık madencinin lehine irtifak hakkını, Anayasa'nın 46. maddesinin verdiği yetkiyle kamu gücüne dayanarak kurmaktadır. Burada irtifak hakkının kuruluşu bir idari işlemle gerçekleşmektedir.

Yukarıda da açıkladığımız gibi, idari irtifaklarla medeni irtifaklar arasındaki fark, kuruluş yönündendir. Nitelik olarak hiçbir fark bulunma-

maktadır. Enerji Bakanlığı tarafından madenci lehine kurulan bu idari irtifak nitelik olarak, MK. md. 753'deki düzensiz irtifaklara benzemektedir. Üzerinde irtifak hakkı kurulan maden sahasının maliki, madencinin sahayı maden arama faaliyetleri için kullanmasına katlanmak durumundadır.

c) Maden Kanununa Göre İrtifak Hakkı Kurulması Usulü :

3213 sayılı Maden Kanunu'nda, sadece Bakanlığın irtifak hakkı tesis edebileceğini öngörmektedir. Bu irtifak hakkının nasıl kurulacağı hakkında Kanunda bir açıklık yoktur.

Bu irtifak hakkının idari irtifak niteliğinde olduğunu belirlemiştik. İdari irtifakların kurulması, 2492 sayılı Kanun hükümlerine göre olmaktadır. Ayrıca 3213 sayılı Kanun'un 46/II. maddesinde irtifak hakkının karşılığı Kamulaştırma Kanunu'na uygun olarak tesbit edileceği yolunda bir hüküm bulunmaktadır. İşletme aşamasında Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından yapılacak kamulaştırmanın 2492 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılacağını belirtilmektedir. Bütün bunlardan, maddede açıkça belirtilmiş olmasa bile, madenci lehine idari irtifak kurulabilmesi için, 2492 sayılı Kanunda öngörülen şartlara uymak zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

Kamulaştırma Kanunu'na uygun olarak idari irtifak kurulabilmesi için şu şartlar gereklidir :

aa) Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından kamu yararı kararı alınarak idari irtifak kurma işlemine başlanmalıdır⁽⁶⁵⁾.

bb) 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda kamulaştırma için öngörülen usul ve merasime idari irtifak tesisinde de uyulacaktır (Mesela, taşınmazla malik veya zilyedin tesbiti, kıymet

(61) Düren, s. 263.

(62) Düren, s. 263.

(63) Köprülü/Kaneti, s. 95.

(64) Köprülü/Kaneti, s. 96; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 816. Oğuzman/Seliçi, s. 625.

(65) Karahacıoğlu/Nazaroğlu, İdari ve Adli Yargıda Kamulaştırma, Ankara 1984, s. 155-156.

takdiri gibi). Kıymet takdiri konumuz açısından önem taşımaktadır. 3213 sayılı Maden Kanunu'na göre irtifak hakkının karşılığı Kamulaştırma Kanunu'na uygun olarak tesbit edilecektir (md. 46/II). Zaten, idari irtifaklar Kamulaştırma Kanunu'nda öngörülen usule göre kurulacağından, bedel tesbitinin Kamulaştırma Kanunu'na göre yapılacağı sonucu ortaya çıkmaktadır.

İrtifak hakkı kurulması sebebiyle taşınmaz malda meydana gelecek kıymet düşüklüğü, irtifak hakkı karşılığı (veya kamulaştırma bedeli) dir. (2942 S.K. md. 11). Bu değer hesaplanması için, önce irtifak yokmuşcasına taşınmazın değeri bulunmalı (emsal, gelir gibi esaslara göre) ve sonra irtifak değeri hesaplanmalıdır⁽⁶⁶⁾. Meselâ, 100 bin liralık bir taşınmaz, üzerinde irtifak hakkı kurulması sonucu değeri 80 bin liraya düşmüş ise, irtifak kamulaştırma karşılığı 20 bin liradan ibarettir.

Bilirkişiler, irtifak kamulaştırmasından dolayı taşınmazın değerinde bir düşme olmayacağını belirtebilirler. Yargıtay, bu durumda irtifak hakkı karşılığı ödenmesinin gerekmediğine karar vermiştir⁽⁶⁷⁾.

cc) Kurulan idari irtifakın bedeli peşin ve nakden ödenmelidir. Bu ilke, Anayasa md. 46 ve Kamulaştırma Kanunu'nun 3. maddesinde açıkça ifade edilmiştir.

Bütün bu şartların gerçekleşmesi ile irtifak hakkı tescilden önce doğar⁽⁶⁸⁾. Tapu siciline yapılacak tescil bildirici niteliktedir. Yani, kamulaştırmanın tamamlanması ile irtifak hakkının doğduğunu açıklamaktadır.

d) Maden Kanununa Göre Kurulan İrtifak Hakkının Hükümleri :

3213 Sayılı Kanunu'na göre kurulan idari irtifaklar, kurulduktan sonra Medeni Kanun'da irtifak hakları için öngörülen hükümlere tabi olurlar. Madenci lehine kurulan bu idari irtifaklara MK md. 753'deki düzensiz irtifaklara uygulanacak hükümler uygulanmalıdır.

aa) İrtifak Hakkı Sahibinin Durumu :

i) İrtifak Hakkı Sahibinin Yetkileri :

MK md. 710/I "irtifak hakkının sahibi, hakkını muhafaza ve ondan istifade için bütün tedbirleri alabilir" hükmünü ihtiva etmektedir.

Buna göre, lehine irtifak hakkı kurulan madenci, irtifak hakkının kapsamı içinde maden sahasında madencilik faaliyetlerinde bulunma yetkisine sahiptir.

Burada, irtifak hakkının kapsamını belirlemek gerekmektedir. İrtifak hakkının kapsamı, ilk önce tescilden anlaşılacaktır. Çoğu zaman tescil bizatihi yeterli olmayacağından iktisap sebebine bakmak gerekecektir (MK md. 711/I). İdari irtifaklarda iktisap sebebi, irtifak hakkının kurulmasına ilişkin idari karardır. İktisap sebebi irtifakın hangi amaçla kurulduğu gözönüne alınarak yorumlanacaktır⁽⁶⁹⁾.

3213 sayılı Maden Kanunu'na göre kurulacak irtifak hakkının amacı, maden arama ve ön işletme faaliyetlerinin gerçekleştirilebilmesidir. İrtifak hakkının kapsamını belirlerken arama ve ön işletme faaliyetleri esas alınacaktır. Lehine irtifak hakkı kurulan madenci, bu irtifak hakkına dayanarak arama ve ön işletme için gerekli bütün faaliyetlerde bulunabilecektir. Örneğin kuyular açma, sahada kazı yapma, çıkarılan cevherin nakli gibi.

ii) İrtifak Hakkı Sahibinin Mükellefiyetleri :

MK md. 710/I'e göre, irtifak hakkı sahibi hakkını taşınmaz malikine en az zarar verecek şekilde kullanmalıdır. İrtifak hakkı sahibi irtifak hakkını kullanırken malikin menfaatini gözetmek zorundadır⁽⁷⁰⁾. İrtifak hakkı, kapsamı içinde kullanılmalıdır. Eğer irtifak hakkının kapsamı dışına çıkılırsa, irtifak hakkının aşkın kullanılması ile karşı karşıya geliriz. Doktrinde irtifak hakkının aşkın kullanılması halinde, taşınmaz malikin sorumluluğuna ilişkin MK md. 656 hükmünün uygulanabileceği savunulmaktadır⁽⁷¹⁾.

Madenci de, lehine kurulan idari irtifakı sahaya malikine en az zarar verecek şekilde kullanmaya çaba göstermelidir. İrtifak hakkına da-

(66) Yargıtay, 5. HD. 8.5.1973 tarih, E. 9835, K. 10407 (Ancak, Kamulaştırma Devletleştirme Kanunları, C. I, Ankara 1986, s. 410).

(67) Yargıtay, 5. HD, 19.3.1975 tarih, E. 3281 ve K. 7158 (Ancak, s. 723).

(68) Gürsoy/Eren/Cansel, s. 777; Oğuzman/Seliçi, s. 602; Karahacıoğlu/Nazaroğlu, s. 156.

(69) Oğuzman/Seliçi, s. 612.

(70) Köprülü/Kaneti, s. 81; Oğuzman/Seliçi, s. 615.

(71) Oğuzman/Seliçi, s. 615; Köprülü/Kaneti, s. 82; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 803; Bertan, s. 1237-1238.

yanarak madencilik faaliyetlerinde bulunurken en güvenli, yolu seçmelidir. Bunun için maden işletmeciliğinde zararın önlenmesi için geliştirilmiş teknik gereklere uygun olarak faaliyetler yürütmelidir.

bb) Taşınmaz Malikin Durumu:

Malik, madencinin ön işletme faaliyetlerini engellememeli ve zorlaştırmamalıdır (MK md. 710/II). İrtifak hakkının kullanılabilmesi için zorunlu olan müdahalelere katlanmalıdır. Diğer bir ifade ile, dürüstlük kuralları dışına çıkmamalıdır⁽⁷²⁾.

cc) İrtifak Hakkı Sahibi Madencinin Taşınmaz Malikine Verdiği Zarardan Sorumluluğu:

Medeni Kanunda, irtifak hakkı sahibinin irtifak hakkını aşkın kullanması halinde sorumlu olacağını öngören bir hüküm yer almamaktadır. İrtifak Hakkı sahibinin hakkını aşkın kullanmasından doğan zarardan. MK. md. 656'ya göre sorumlu olacağı kabul edilmektedir⁽⁷³⁾.

İnceleme konumuz açısından 3213 sayılı Maden Kanunu 46/IV hükmünü ele almak gerekir. Bu hüküm şu şekildedir: "Faaliyetler sırasında sahaya zarar verilmesi durumunda ruhsat sahibi adli merciler tarafından tesbit edilecek tazminatı arazi sahibine ödemek ve sahayı kullanabilir durumda terketmekle yükümlüdür". Bu madde irtifak hakkını kullanırken verilen zarardan sorumluluk hükmü getirmektedir. Maden Kanunu, bu hükümle MK md. 656'yı bertaraf etmiş midir? Bu soruya olumlu cevap vermek gerekir. Burada Maden Kanunu özel bir kanundur. İdari irtifaklara dayanarak madencilik faaliyeti yapılmasına imkan veren Maden Kanunu, 46. maddesinde bu faaliyetin sonucu olarak doğan zarardan sorumluluğu genel hükümlere (MK md. 656) gitmeden düzenlemek istemiştir. Yani madencilik faaliyeti sonunda irtifak hakkı sahibi sebep olduğu zarardan, MK md. 656'ya göre değil, 3213 sayılı Kanun'un 46/IV maddesine göre sorumlu olacaktır.

3213 sayılı Kanun'daki hükmü inceleme-ye geçmeden önce, 3213 sayılı Kanunla yürürlükten kaldıran 6309 sayılı Maden Kanunu'nun tazminat ve teminatla ilgili hükümlerini belirtmekte yarar vardır. 6309 sayılı Ka-

nun'a göre maden arama hakkı sahibi, idareden arama sahasının geçici işgalini isteyebilir (md. 134). Madenci, maden arama faaliyeti için arazisi geçici olarak işgal edilen malike tazminat vermekle yükümlüdür (6309 S.K. md. 127/I). Arazi maliki, madenciden tazminattan başka teminat da isteyebilmektedir (6309 S.K. md. 131). Bu teminatla, geçici işgal süresinin sonunda iade edilen arazide meydana gelecek olan kıymet düşüklüğünü karşılamak amaçlanmaktadır. Yani, geçici işgal edilen arazinin malike iadesi sırasında, ödenen tazminatı aşan zararlar, bu teminatta karşılanacaktır⁽⁷⁴⁾.

3213 sayılı Kanunla madenci lehine idari irtifak kurulurken de, Kamulaştırma Kanunu'na göre hesaplanacak irtifak karşılığı ödenecektir (md. 46/II). İrtifak karşılığı, arazide irtifak nedeniyle meydana gelecek kıymet düşüklüğüne göre belirlenecektir.

Arama veya ön işletme faaliyeti sonunda sahaya zarar verilmesi durumunda, verilen zarardan dolayı madencinin tazmin yükümlülüğünün bulunup bulunmadığının tesbitinde şu noktadan hareket edilmek gerekir: Eğer söz konusu zarar irtifak karşılığı hesaplanırken göz-önüne alınmış ise, madenci zararı tazminle yükümlü değildir. Zararın meydana geleceği önceden öngörülmüş ve bu zararın karşılığı olan tazminat peşin olarak ödenmiştir.

Madencilik faaliyeti yapılan sahada, irtifak karşılığı hesaplanırken, önceden öngörülmeyen zararların da meydana gelmesi mümkündür. Böyle bir durumda madencinin tazmin yükümlülüğü hangi hukuki sebebe dayanacaktır?

Bu konuda daha önce belirttiğimiz gibi, 3213 sayılı Kanun'un 46. maddesi hükmünü ele almak gerekir. Bu madde madencinin kusurlu olup olmamasından bahsedilmemektedir. Tazmin yükümlülüğünün doğabilmesi için faaliyetler sırasında sahaya zarar verilmesi yeterli görülmüştür. Madenci kusurlu olmasa dahi sahada oluşan zararı karşılamak zorundadır.

(72) Köprülü/Kaneti, s. 82.

(73) Oğuzman (Seliçi, s. 615; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 803; Köprülü/Kaneti, s. 82; Bertan s. 1237-1283.

(74) Göger, Maden, s. 141.

3213 sayılı Maden Kanunu 46. maddesinden dolayı sorumluluğun doğabilmesi için sahaya verilen bir zarar söz konusu olmalıdır. Arazi dışındaki şeylere verilen zararlar bu madde kapsamına girmez. Arazi malikinin binaları da sahaya dahildir ve bunlara zarar verilmesi de 46. maddeye göre sorumluluğu gerektirir. Yalnız sahaya verilen zarar, önceden öngörülme-yen bir zarar olmalıdır. Önceden öngörüle-bilen, arazinin kıymetini azaltacak zararlar için irtifak hakkı kurulurken, irtifak karşılığı öden-mektedir. Bir zarar için iki kere tazminat veril-mesi söz konusu olamaz.

Madencinin maden arama faaliyetleri ara-ma ve ön işletme ruhsatına dayanmaktadır. Da-ha önce de açıkladığımız gibi, bu ruhsatlar bir idari izin niteliğindedirler. Ruhsat alınarak ya-pılan madencilik faaliyetleri hukuka uygun ni-telik taşımaktadır. Bu faaliyetler sonucu oluşan zarardan doğan sorumluluğun niteliği, hukuka uygun müdahalelerden doğan sorumluluk (fe-dakarlığın denkleştirilmesi ilkesi) olduğu söyle-nebilir⁽⁷⁵⁾. Sahada meydana gelen zararlar normal işletme faaliyetleri sonucu oluşmakta-dırlar. Madencilik faaliyetleri tabiatları icabı, ka-çınılmaz olarak bir takım zararlara yol açmaktadırlar.

dd) Maden Sahasını Kullanabilir Durumda Bırakmak Mükellefiyeti :

Maden arama ve ön işletme faaliyetleri ara-zinin topoğrafyasını değiştirmektedir. Özellikle açık madencilik⁽⁷⁶⁾ denilen yolun seçilmesi halinde arazinin tekrar kullanılması son dere-ce güçleşmektedir.

3213 Sayılı Maden Kanunu, çok yerinde olarak, madenciyi arama ve ön işletme faaliye-ti bittiği zaman, araziye kullanılabılır hale getir-mekle yükümlü tutmuştur (md. 46/IV). Madenci sahada açtığı çukurları kapatacak, araziye yığ-dığı artıkları kaldıracak, yani araziye tekrar kul-lanılabilmesine imkan verir hale getirecektir.

Saha maliki, bu yükümlülüğünü yerine ge-tirmeyen madenciye karşı eski halin iadesi da-vası açabilir. Şayet arazinin tekrar kullanılabılır hale getirilmesi objektif olarak imkansızlaş-mışsa; o zaman sahaya verilen bir zarar söz ko-nusudur. Bu durumda biraz önce açıkladığımız

sahaya verilen zarardan sorumluluğa ilişkin hü-kümler uygulanmalıdır.

2. İşletme Aşamasında

Arama ve işletme aşamasından sonra ön işletme aşaması gelmektedir. İşletme aşama-sında da madenin bulunduğu taşınmaz üye-rinde fiilî tasarrufta bulunmak zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

3213 sayılı Maden Kanunu ilk önce, taşın-mazın kullanılması için madenci ile taşınmaz malikinin anlaşmasını aramıştır (md. 46/son). Bu anlaşma sağlanmazsa, işletme sahası ma-denci lehine kamulaştırılacaktır.

a) Genel Olarak Kamulaştırma Kavramı ve Şartları :

aa) Kavram :

Kamu hizmetlerini yürütebilmek için ka-mu kuruluşları, özel mülkiyet içinde bulunan ba-zı taşınmazlara ihtiyaç duyabilirler. İdare, bu taşınmazları satın alma yoluna gidebilir. İdare, uygulamada daha çok kamulaştırma yolu ile bu taşınmazlara sahip olmaktadır⁽⁷⁷⁾. Kamulaştır-ma, "Devlet ve kamu tüzel kişileri tarafından, kamu yararı nedeniyle, yasaya dayanılarak özel kişilere ait taşınmaz ve kaynakların değer kar-şılığını peşin ödeyerek mülkiyetin zorla ve tü-müyle ya da kısmen ilgili kamu tüzel kişisine geçirilmesidir ki, burada mülkiyet tescile gerek kalmadan kamulaştırılan şeyin karşılığının ödenmesiyle geçer" şeklinde tanımla-nabilir⁽⁷⁸⁾.

bb) Şartları :

Kamulaştırmanın yapılması bazı usul ve şartlara bağlıdır.

— Kamu Yararı Kararının Alınması : Ka-mulaştırma için kamu yararı kararının alınması ve bu kararın yetkili makamlarca onaylanması

(75) Benzer durumlar için bkz. Çörtoğlu, Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılması, Ankara 1987, s. 38 ve 40. (Basılmamış Doçentlik Tezi)

(76) Açık madencilikte yer altında galeri değil de, arazide büyük kanallar açılmaktadır. (Evirgen/Onocak, Madencilik Faaliyetlerinden Sonra Çevrenin Düzenleştirilmesi ve İyileştirilmesi, Ankara 1987, s. 6.)

(77) Gözübüyük, Yönetim Hukuku, Ankara 1983, s. 152

(78) Tanım için bkz. Zevkliler, "Kamulaştırma, Satın Sözleşmesinin Özel Bir Şekli midir?" Prof. Dr. Osman Fazıl Berki Armağanı, Ankara 1977, s. 938.

gereklidir (79). 2492 sayılı Kamulaştırma Kanunu 5. maddesinde, kamulaştırma yararı kararı vermeye yetkili makamları belirtmiştir.

— Taşınmazın Değerinin Tesbit Edilmesi : Taşınmazın değeri beş kişiden oluşan kıymet takdir komisyonu tarafından tesbit edilir. Malın değerinin tesbitinde, vergi beyanı, kamulaştırma tarihindeki resmi makamlarca yapılmış kıymet takdirleri, taşınmaz malların birim fiyatları ve diğer objektif ölçüler esas alınacaktır (80).

— Kamulaştırma Kararının Verilmesi : Taşınmaz malın değeri belirlendikten sonra, idare kamulaştırma kararı verir. Bu kararın tebliğ ve ilanından sonra kamulaştırma kararı kesinleşir (81). Tebliğ işlemi ile, kamulaştırması kararlaştırılan taşınmazın ölçekli krokisi, kamulaştırma kararı takdir olunan kıymeti, kamulaştırma karşılığının veya ilk taksidinin millî bankalardan birine hak sahibi adına yatırıldığına dair belge, kamulaştırmanın hangi idare adına yapıldığını ve açılacak davalarda husumetin kimin adına yöneltileceği bildirilir (2942 S.K. md. 13).

İdarenin buraya kadar belirtilen işlemleri yerine getirmesi kamulaştırmanın bittiği anlamına gelmez. Kamulaştırma işleminin tamamlanması için kamulaştırma işlemine veya bedeline karşı dava açılmaması ya da açılan davanın sonuçlandırılması gerekir. Kamulaştırma işleminin tamamlanmasından sonra, taşınmaz tapu sicilinde idare adına tescil edilir.

b) 3213 Sayılı Maden Kanununa Göre Maden Sahasının Kamulaştırılması :

3213 sayılı Kanun, maden sahasının saha maliki ile işletme hakkı sahibi arasında anlaşma sağlanamaması halinde, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından kamulaştırılmasına imkan vermektedir (md. 46/son). Kamulaştırma işleminin nasıl yapılacağı konusunda ise Kamulaştırma Kanunu'na atıf yapmaktadır.

Burada kamulaştırma idare değil, istisnai olarak özel kişi lehine yapılmaktadır. Kamulaştırma Kanunu 1. maddesinde özel kanunlara dayanılarak özel kişiler adına kamulaştırma yapılabileceğini belirtmektedir. 3213 sayılı Maden Kanunu burada özel kanundur ve özel kişiler adına kamulaştırma

yapılmasına imkan tanımaktadır (82). Kamulaştırma bedelinin de madenci tarafından ödenmesi gerekir.

Kamulaştırma işlemi tamamlandıktan sonra, tapu sicilinde tescil idare adına değil de, madenci adına yapılacaktır. Kamulaştırılan taşınmaz üzerinde madenci serbestçe tasarruf etme imkanına sahip olmaktadır. Bundan böyle, madenci bu saha üzerinde serbestçe maden işletme faaliyetlerinde bulunabilecektir.

C — Maden Sahasının Kamu Malı Olması :

Madencilik faaliyeti yapılacak sahanın kamu malı olması da mümkündür. 3213 sayılı Maden Kanunu, kamu malları üzerinde madencilik faaliyetlerinin nasıl yapılacağını düzenlememiştir.

Yürürlükten kalkmış bulunan 6309 sayılı Maden Kanunu'nda bu konuyla ilgili hükümler bulunmaktadır. 6309 sayılı Maden Kanunu devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan arazileri, "hali ve ağaçsız arazi" ve "üzerinde tesis ve binalar bulunan arazi" olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Birinci grup "hali ve ağaçsız hali" yani sahipsiz arazide madencilik faaliyetlerine başlanabilmesi için, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın teklifi üzerine, Bakanlar Kurulu tarafından arazinin madenciye tahsisi gereklidir (6309 S.K. md. 133). Arazide madencilik faaliyetlerinin yapılması herhangi bir teminat ve tazminat yükümlülüğü getirmemektedir (6309 S.K. md. 135).

Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan fakat üzerinde tesis ve/veya bina bulunan arazinin maden hakkı sahibine tahsisi iki ayrı işlemde oluşmaktadır. Önce, yukarıda hali ve ağaçsız arazide olduğu gibi, Bakanlar Kurulu'nun tahsis işlemi gereklidir. Tahsis işleminden başka bir de kira bedeli ödenmesi söz konusudur. Kira bedeli Maliye Bakanlığı tesbit edecektir (6309 S.K. md. 133). Devletin hüküm

(79) Eroğlu, İdare Hukuku -Genel Esaslar, İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi-, Ankara 1985, s. 327.

(80) Kırbaş, Devlet Malları, Ankara 1985, s. 57; Gözübüyük, s. 153.

(81) Eroğlu, s. 329.

(82) Bu konuda bkz. Kırbaş, s. 53.

ve tasarrufu altındaki üzerinde tesis ve/veya bina bulunan arazide, madencilik faaliyetlerinden dolayı madencinin bir teminat veya tazminat talebinin bulunup bulunmadığına ilişkin olarak 6309 sayılı Kanun'da herhangi bir hüküm yoktur ⁽⁸³⁾.

Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan arazide madencilik faaliyetlerinin yapılması ile ilgili olarak 3213 sayılı Kanun'da bir boşluk

mevcuttur. Bu boşluk 6309 sayılı Kanun hükümlerini de gözönüne alınarak doldurulmalıdır.

Buna göre, hali ve ağaçsız arazide madencilik faaliyetlerin yapılması halinde herhangi bir tazmin yükümlülüğü söz konusu olmamalıdır. Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan fakat üzerinde tesis ve/veya binalara zarar veren madencinin sorumluluğu konusunda ise genel hükümler uygulanmalıdır.

(83) Çörtoğlu, Aşkın Kullanma, s. 192.