

BAĞIMSIZ VE SÜREKLİ SINIRLI AYNİ HAKLARIN ÖZELLİKLE ÜST HAKKININ TAŞINMAZ OLARAK İŞLEM GÖRMESİ

Prof. Dr. Erden KUNTALP (*)

GİRİŞ

Medeni Kanun (=MK.) m. 632 taşınmaz mülkiyetinin konusunu belirlemektedir. Anılan hükme göre;

«gayrimenkul mülkiyetinin mevzuu, yerinde sabit olan şeylerdir. Bu Kanuna göre aşağıdaki şeyler gayrimenkuldür. 1. Arazi, 2. Tapu sicilinde müstakil ve daimi olmak üzere ayrıca kaydedilen haklar, 3. Madenler».

Maddenin birinci cümlesindeki taşınmaz tanımına, 2. cümle de sayılanlardan yalnızca arazi uygun düşmektedir. Gerçekten arazi dışında sayılanlar esasında «haklar»dır. Oysa «hak» maddi varlığı olan bir nesne (=maddi hal) değildir. Gayrimaddi mal özelliği nedeniyle aynı hakkın konusunu oluşturamaz. Zira Türk/İsviçre ve Alman hukukları, Roma hukukunun res corporales ve res incorporales ayırımını izliyerek (1) Fransız ve Avusturya hukuklarından farklı olarak (2), yalnız maddi malların eşya hukukuna konu olabileceğini kabul etmişlerdir. Türk/İsviçre Medeni Kanunu, BGB'nin (Alman Medeni Kanunu) «kanun anlamında şey maddi varlıkları olan nesnelere» kuralını getiren 90. paragrafı

(*) Medeni Hukuk Profesörü.

(1) bkz. Justinianus Institutiones I, 2, 2: «Bundan başka bazı şeyler maddi (res corporales) bazı şeyler gayrimaddidir (res incorporales). 1. Maddi eşya mahiyetleri icabı maddeten idrak edilebilen eşyadır. 2. Maddeten idrak edilemeyen şeyler gayrimaddidir» (Çeviri için bk. Umur, Ziya)

(2) Avusturya hukuku için bk. ABGB S 285, «İnsanın dışında olup, onun kullanımına yarıyan her varlık şeydir» Fransız hukuku için bk. Planiol/Ripert/Picard, Traité de droit civil français, 2 édition, T. III, les Biens, Paris 1952, sh. 58 vd.

gibi açık bir hüküm içermemekle beraber, getirdiği düzenleme ile eşya hukukunun konusunun kural olarak maddi mallardan oluşacağını öngörmüştür.

Gerçekten Türk/İsviçre hukukunda, aynen Alman hukukunda olduğu gibi bir şey üzerinde aynî hak kurulabilmesi için bunun kişi dışında, mekanda kendi başına sınırlı bir yer tutan ve hukuki egemenlik altına alınabilen maddi bir varlık olması koşulları aranmaktadır (3). İşte eşya adı verilen bu nesnelere dışında kalanlar kural olarak aynî haklara konu olamazlar. Şu halde mülkiyetin, bir nesnel hak olarak, konusunu ancak maddi mallar (res corporales) oluşturabilecek; böylece gayri maddi mal (res incorporales) niteliğinde olan haklar üzerinde bir mülkiyet hakkının kurulabilmesi söz konusu olamayacaktır.

MK. m. 632'yi bu açıdan değerlendirdiğimizde, anılan madde de sayılanlardan yalnızca arazinin, maddi bir varlığı olması nedeniyle, taşınmaz mülkiyetinin konusunu oluşturabileceğini görürüz. Arazi dışında sayılanlar, yani müstakil ve daimi haklar ile «madenler» gerçek anlamda taşınmaz değillerdir. Ancak Kanun bunların ekonomik nedenlerle, ticari hayatta taşınmaz gibi işlem görmelerini kabul etmiş ve bu amaçla bir sistem geliştirmiş bulunmaktadır (4). Medeni Kanunca getirilen bu sistem, özellikle müstakil ve daimi hak niteliğinde olan üst hakkına ilişkin olarak ülkemizde giderek artan bir önem kazanmaktadır (5). Nitekim bu durum karşısında, üst hakkı ile ilgili Medeni Kanunda mevcut iki hükmün (MK. m. 652 ve 751) uygulamada ortaya çıkabilecek sorunların çözümünde yetersiz kalacağı düşünülerek, Medeni Kanuna bu hakkı ayrıntılı bir biçimde düzenliyen yeni hükümlerin eklenmesi yoluna gidilmiş ve bu amaçla hükümet tarafından bir kanun tasarısı hazırlanmıştır. TBMM. Adalet Komisyonunca da benimsenen tasarısı 14.11.1990 tarihinde 3678 sayılı Kanun olarak TBMM. tarafından kabul edilmiş ve 23 Kasım 1990 tarihinde yü-

(3) Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Bd. IC. Das Sachenrecht, 1. Abteilung Das Eigentum, 1. Teilband, Systematischer Teil (ST) und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654, 4. Auflage, Bern 1966, ST. N. 58 vd.; Akipek, J. Türk Eşya Hukuku 1. Kitap, Zilyetlik ve Tapu Sicili, Ankara 1965, sh. 30.

(4) Liver, P. Das Eigentum, Schweizerisches Privatrecht, Bd. V/1, Basel und Stuttgart, 1977, sh. 123; Oğuzman/Seliçi, Eşya Hukuku, 5. Bası, İst. 1988, sh. 146, 147.

(5) Üst hakkının yararları hk. ayrıntılı bilgi için bk. Ünal, Türk Medeni Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı, Ankara 1988, sh. 6 vd.

rürlüğe girmiştir (6). İşte bu çalışmamızda üst hakkının taşınmaz olarak işlem görmesinin biçimsel ve esasa ilişkin koşullarının neler olduğunu, ayrıca taşınmaz olarak işlem görmesinin ne anlama geldiğini açıklamaya çalışacağız.

I — ÜST HAKKININ TAŞINMAZ OLARAK İŞLEM GÖRMESİNİN KOŞULLARI

A — ESASA İLİŞKİN KOŞULLAR

MK. m. 632, üst hakkının bir taşınmaz olarak işlem görebilmesini iki temel koşula bağlamış görünmektedir. Bunlar müstakillik (=bağımsızlık) ve daimilik (=süreklilik)tir. Ancak kanunda ifade edilmiş bulunan bu iki temel koşula, kanunda açıkca belirtilmemiş olmakla beraber, eşyanın doğası gereği bulunması gereken bir ön koşulu daha katmak gerekmektedir. Bu koşulu da herşeyden önce taşınmaz olarak işlem göreceği olan üst hakkının mevcut olması oluşturmaktadır. Şu halde burada esasa ilişkin olarak üç koşulun gerçekleşmesi zorunlu bulunmaktadır: «**hakkın varlığı**», «**hakkın bağımsızlığı**», ve «**hakkın sürekliliği**» şimdi bu koşulları teker teker inceliyelim.

1. Hakkın Varlığı

Taşınmaz olarak işlem görmenin temel koşulu, işlem göreceği olan hakkın, yani üst hakkının mevcut olmasıdır. Bu hakkın varlığı da, kural olarak tapu kütüğüne bir irtifak hakkı olarak tescil edilmiş olmasına bağlıdır. Bu tescil esasında hakkın varlığının temelini oluşturur (7). Tescilin nasıl gerçekleştirileceği sorununun çözümü, üst hakkı bir irtifak hakkı olduğuna göre, irtifak hakların kurulmasına ilişkin kurallara bağlıdır.

Ancak burada üzerinde önemle durulması gereken nokta, üst hakkının yalnızca özel mülkiyete bağlı taşınmazlar üzerinde değil; fakat kamu malları üzerinde de kurulabilme olanağıdır (8). Bu bakımdan üst hakkı açısından kurulma koşulları yanında ayrıca, kamu malları üzerinde üst hakkı kurulabilme koşullarını da be-

(6) bk. RG. 23 Kasım 1990, Sa: 20704; ayrıca bk. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Tutanak S. Sayısı: 398.

(7) bk. Liver, Schweizerisches Privatrecht, sh. 124.

(8) bk. Haab Kommentar zum Schweizerischen Recht, IV Band. Das Sachenrecht, Das Eigentum, Zurich 1977, Art. 655, N. 6; Oğuzman/Seliçi, sh. 147.

lirlemek gerekmektedir. Bu konuda çözümlenmesi gereken ilk sorun, idarenin, kamu malları üzerinde üst hakkı kurabilme yetkisinin ne olduğudur. Bununla kastedilen, idarenin üst hakkı kurabilme yetkisinin, tamamen kendi takdirine bağlı genel bir yetki mi, yoksa yalnızca kanunun öngördüğü hallerde sınırlı bir özel yetki mi olduğu hususudur. Esasında Türk mevzuatında, kamu malları üzerinde idareye üst hakkı kurabilme yetkisini açıkça tanıyan iki düzenleme yer almaktadır.

Bunlardan birincisi 2634 sayılı «Turizmi Teşvik Kanunu»nun 8. maddesinin D bendidir. Anılan hükme göre turizm alanları ile turizm merkezlerindeki devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerler dahil olmak üzere hazineye veya kamu kuruluşlarına ait olan yerler ile ormanları Bakanlık;

«Türk veya yabancı uyruklu gerçek veya tüzel kişilere kiralamaya, tahsis etmeye, **bu taşınmaz mallar üzerinde müstakil ve daimi haklar dahil irtifak hakkı tesisine..... yetkilidir.**»

İkinci düzenleme 6831 sayılı «Orman Kanunu»nda karşımıza çıkmaktadır. Anılan Kanunun 17. maddesinin 22.5.1987 tarih ve 3373 sayılı Kanunla değişik üçüncü fıkrasına göre,

«Turizm alanı ve merkezleri dışında kalan devlet ormanlarında kamu yararına olan her türlü bina ve tesisler için gerçek ve tüzel kişilere, Tarım Orman ve Köy İşleri Bakanlığınca bedeli karşılığı izin verilebilir. Bu izin süresi kırkdokuz yılı geçemez. Devletçe yapılan tesisler dışında kalan her türlü bina ve tesisler izin süresi sonunda eksiksiz ve bedelsiz olarak Orman Genel Müdürlüğünün tasarrufuna geçer. Ancak işletmenin maksadına uygun faaliyet gösterdiği Orman Genel Müdürlüğünce belgelenen hak sahiplerinin kullanma hakları, bina ve tesislerin rayiç değeri üzerinden belirlenecek yıllık bedelle doksandokuz seneye kadar uzatılabilir. Bu durumda devir işlemleri bu uzatma sonunda yapılır. **Turizm amaçlı tesisler için hak sahipleri adına tapuda irtifak hakkı tesis edilir.** İzin ve irtifak hakları amaç dışı kullanılmaz».

Kamu malları üzerinde açıkça irtifak hakkı kurulabileceğini öngören bu iki hükmün dışında, mevzuatımızda başka bir hüküm yer almamaktadır. Gerçi 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile Dev-

lete ait Taşınmaz Mal Satış, Trampa, Kiraya Verme, Mülkiyetin Gayri Aynî Hak, Tesis, Ecrimisil ve Tahliye Yönetmeliğinin (9) 72 vd. maddelerinde kamu malları üzerinde irtifak hakkı kurulması ile ilgili hükümler bulunmaktadır. Ancak bu düzenlemeler esasında irtifak hakkının kurulmasına ilişkin olarak idarenin bünyesinde ne gibi işlemler yapılacağını belirlemektedirler. Şu halde bunlar temelde idarenin kamu malları üzerinde üst hakkı kurabilme yetkisini açıklamamakta; yalnızca bir üst hakkının kurulmasının söz konusu olduğu hallerde bunun nasıl kurulacağını belirlemektedirler. Bu bakımdan söz konusu düzenlemenin bir «yetki hükmü» olarak değerlendirilebilmesi mümkün değildir.

Mevzuatta, kamu malları üzerinde irtifak hakkı (=üst hakkı) kurulmasına ilişkin iki yetki hükmünün belirli bir alana (Turizm sektörüne) ait olmak üzere yalnızca iki yasada yer almış olması karşısında, ilk bakışta hatıra hemen Türk hukuk düzeninin kamu mallarında üst hakkının kurulabilmesine sınırlı bir olanak tanıdığı yargısı gelebilir. Açık düzenlemelere göre, bu olanak turizm sektöründeki yatırımcılar lehine getirilmiş bulunmaktadır. Bu yargıyı 6831 sayılı Orman Kanununun 17. maddesinin biraz yukarıda metnini vermiş olduğumuz değişik 3. fıkrasının ifadesi de ayrıca güçlendirmektedir. Gerçekten anılan hükmün ifadesine göre Turizm alanı ve merkezleri dışında kalan devlet ormanlarında kamu yararına olan her türlü bina ve tesisler için gerçek ve tüzel kişilere bedeli karşılığı izin verilebilecek, turizm amaçlı tesisler için ise hak sahipleri adına tapuda irtifak hakkı (üst hakkı) kurulabilecektir. Hüküm bu ifadeyle irtifak hakkı kurulmasını, tesisin turizm amaçlı olmasına bağlamış görünmektedir. Böylece turizm amacı dışındaki kullanımlarda irtifak hakkı kurulması yoluna gidilemeyecek yalnızca izin söz konusu olabilecektir. Böylece 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu ile 6831 sayılı Orman Kanunu'nun irtifak hakkına ilişkin hükümleri beraberce değerlendirilmek suretiyle, bu hakkın idarece kurulabilmesinin yalnızca Turizm sektörüne yönelik bina ve tesisler için söz konusu olabileceği savı ileri sürülebilecektir. Ancak bu düşünceye katılmak kanımca mümkün değildir. Esasında idarenin kamu mallarına ilişkin yetkilerini çok sınırlıyan bu düşünce, günümüzdeki geçerli kamu malı görüşüne ters düşmektedir. Bilindiği gibi çağdaş kamu malı görüşü, Devletin kamu malı üzerinde yalnızca denetim ve gözetim yetkisi olduğu savını reddederek, kamu mallarının gerçekte dev-

(9) bk. RG. 16 Aralık 1984, Sa: 18607, sh. 14 vd.

letin mameleki alanına dahil bulunduğunu, bu nedenle idarenin bu mallardan, özgüleme (=tahsis) amaçlarına bir zarar vermemek kaydıyla ekonomik açıdan yararlanma yetkisini denetim ve gözetim yetkileri yanında haiz bulunduğunu ileri sürmektedir (10). Bu görüş esasında, devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan doğal servet ve kaynakların aranması ve işletilmesi hakkının devlete ait olacağını (m. 168) ve devlet ormanlarının devletçe işletileceğini (m. 169) kabul etmek suretiyle kamu malına ekonomik bir özellik kazandıran Anayasa tarafından da benimsenmektedir (11).

Zaten 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu ile 6831 sayılı Orman Kanunu'nun kamu malları ve bu arada devlet ormanları üzerinde irtifak hakkı kurulabileceğini öngörmüş olmaları da, esasında bu mallardan devletin ekonomik açıdan yararlanabileceği düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Görülüyor ki gerek Anayasa, gerekse anılan her iki kanun kamu mallarının ülke için bir ekonomik zenginlik oluşturduklarını ve bu ekonomik zenginlikten devletin yararlanabileceğini benimsemiş bulunmaktadırlar. Şu halde Türk hukukunda idarenin kamu malı üzerinde eşya hukukunun «dominium (=mülkiyet)» ve kamu hukukunun yetkiler toplamı olarak nitelendirilebilecek «imperium (=hakimiyet)» unsurlarından oluşan bir hakkı bulunmaktadır (12). İdari mülkiyet (=propriété administrative) adı verilen bu hak uyarınca, Devlet kamu malı üzerinde özel mülkiyetin sağladığı bütün yetkileri haiz bulunmaktadır. Ancak bu yetkileri, kamu malının özgüleme amacına uygun kullanmak zorundadır. Bu çerçevede içinde, idarenin kamu malı üzerinde, özgüleme amacına ters düşmedikçe irtifak hakkı (=üst hakkı) kurulabilme genel yetkisi mevcuttur. Şayet irtifak hakkı kurulması malın özgüleme amacı ile bağdaşmıyorsa, bu takdirde idarenin irtifak hakkı kurma yetkisi o mala ilişkin olarak artık söz konusu olamayacaktır.

İdarenin kamu malı üzerinde irtifak hakkı (=üst hakkı) kurmasının, buna ilişkin idari kararın alınmasından sonra eşya hukuku kurallarına bağlı olduğu kuşkusuzdur.

(10) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. **Kuntalp**, Deniz Kıyılarının Hukuksal Düzeni, Ankara 1981, sh. 94.

(11) bk. **Kuntalp**, sh. 102.

(12) **Düren**, A. İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1979, sh. 55 vd.

2. Hakkın Bağımsızlığı

a — Kavram

Hakkın bağımsızlığı ile kastedilen hakkın devredilebilmesi veya mirasçılara intikal edebilmesidir. Esasında hakkın taşınmaz olarak işlem görebilmesi, aynen bir taşınmaz gibi el değiştirebilmesi anlamına gelmektedir (13). Bu sonuç ancak hakkın ne münhasıran belirli bir kişi lehine, ne de belirli bir taşınmaz lehine kurulmamış olması ile sağlanabilir. Zira hakkın münhasıran belirli bir kişi lehine, kurulması halinde, hak sahibi sadece o olabileceğinden hakkın, lehine kurulduğu kişiden başka bir üçüncü kişiye geçirilebilmesi mümkün olamayacak; böylece el değiştirebilme olanağı gerçekleşmeyecektir. Aynı durum, hakkın belirli bir taşınmaz lehine kurulması halinde de ortaya çıkmaktadır. Gerçekten hakkın belirli bir taşınmaz lehine kurulması halinde, hakkın lehine kurulduğu taşınmazdan ayrı olarak devri mümkün değildir. Hakkın sahibi daima lehine kurulduğu taşınmazın maliki olduğundan, hakkın el değiştirebilmesi de ancak lehine kurulduğu taşınmazın mülkiyetinin devri ile gerçekleşebilecektir. Nitekim TSN. (=Tapu Sicil Nizamnamesi) de 8. maddesinde aynen anılan hakkın;

«...ne hakim bir arazi lehine ve ne de münhasıran muayyen bir şahıs lehine teessüs etmemiş bulunması lâzımdır».

demek suretiyle bu esası ortaya koymaktadır.

Bu açıklamayı esas alarak irtifaklar hakkında bir değerlendirme yaptığımızda, şu tablo ile karşılaşırız: İlk önce «şeyya bağlı irtifaklar»ın (subjektiv-dinglichen Rechte=Grunddienstbarkeiten) belirli bir taşınmaz lehine (yararlanan taşınmaz=hakim gayrimenkul) kurulmuş olmaları nedeniyle bağımsızlık özelliğinden yoksun olduklarını belirtmemiz gerekir. Bu bakımdan bu tür irtifakların MK. m. 632 uyarınca taşınmaz olarak işlem görmeleri mümkün değildir (14).

Buna karşılık kişisel irtifaklarda bir ayırım yapılması yerindedir. Kişisel irtifaklardan «intifa» ve «sükna» gibi kanunen mün-

(13) *Liver*, Schweizerisches Privatrecht, sh. 124.

(14) bk. *Haab*, Art 655, N. 7; *Meier-Hayoz*, Art. 655, N. 20; *Liver*, Schweizerisches Privatrecht, sh. 124; *Oğuzman/Seliçi*, sh. 148; *Tuor/Schnyder*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Auflage, Zurich 1978, sh. 540.

hasıran belirli bir kişi lehine kurulmuş olanlar da devredilebilir veya mirasçılara geçebilme, kısaca bağımsızlık özellikleri bulunmadığından, MK. m. 632'nin uygulama alanına giremezler (15).

Kişisel irtifaklar grubu içinde yer alan «**düzensiz kişisel irtifaklar**» ise, aksi belirtilmedikçe, devredilebilir ve mirasçılara geçebilirler. Bu tür irtifakların örneğini «**üst hakkı**» ve «**kaynak hakkı**» oluşturur. Şu halde «üst hakkı» ile «kaynak hakkı» bağımsızlık özelliği gösterebilen irtifak hakları olarak, MK. m. 632/2' de sözü edilen haklar grubuna girerler. Nitekim TSN.'nin 8. maddesinde de taşınmazlar üzerindeki bağımsız (=müstakil) ve sürekli (=daimi) haklara örnek olarak üst hakkı ile kaynak hakkı gösterilmektedir. Ancak hemen belirtelim ki, üst hakkı ve kaynak hakkının devredilemeyeceğini veya mirasçılara geçmeyeceğini kararlaştırmakta mümkündür. Şayet devir veya mirasçılara geçiş yasaklanmışsa, bu takdirde hakkın bağımsız niteliği ortadan kalkmış olacağından, artık MK. m. 632/2 anlamında taşınmaz olarak işlem görebilecek bir haktan söz edilemeyecektir. Görülüyor ki üst ve kaynak haklarının bağımsızlıkları mutlak değildir. Aksinin kararlaştırılması mümkündür. Aksi açıkça öngörülmemiş ise, asılan devredilebilirlik ve mirasçılara geçiştir.

Oysa kişisel irtifakların üçüncü grubunu oluşturan «**diğer irtifaklarda**» (MK. m. 753), devredilmezlik ve mirasçılara geçmeme asıldır. Şayet bunların da devredilebilmesi veya mirasçılara geçmesi isteniyorsa, bu takdirde bunun açıkça kararlaştırılmış olması gerekmektedir. Aksinin kararlaştırıldığı, yani devredilebilecekleri ve mirasçılara geçebileceklerinin öngörüldüğü hallerde, bu grubun irtifak da «bağımsızlık» özelliği, böylece MK. m. 632/2 uyarınca taşınmaz olarak işlem görebilme yeteneği kazanmış olur (16).

(15) **Haab**, Art. 655, N. 7; **Meier-Hayoz**, Art. 655, N. 20; **Liver**, Schweizerisches Privatrecht, sh. 124.

(16) Bugün öğretide hakim olan görüş, TSN. m. 7'de (İsviçre Tapu Sicil Nizamnamesi m. 8'de) sürekli ve bağımsız hak olarak yalnızca üst hakkı ile kaynak irtifakının gösterilmesinin esasında bu tür haklara örnek vermek amacı taşıdığını, bu nedenle TMK. m. 753/İMK m. 781'e dayanarak kurulmuş irtifakların da bağımsız ve sürekli hak karakteri kazanabileceğini kabul etmektedir (bk. **Haab**, Art. 655, N. 5; **Meier-Hayoz**, Art. 655, N. 20; **Liver**, Schweizerisches Privatrecht, s. 124; **Oğuzman/Seliçi**, sh. 149.). Hatta TSN. m. 8'de açıkça irtifaklardan söz edilmesine karşın, öğretide kişisel nitelikteki taşınmaz yükümlülüğüne de sürekli ve bağımsız bir hak karakteri verilebileceği kabul edilmektedir (bk. **Leemann**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV Sachenrecht, II Abteilung, Bern 1925, Art. 783,

«Eşyaya bağlı irtifakların», «kişisel diğer irtifaklara dönüştürülebilmesi mümkün olduğundan, böyle bir irtifakın MK. m. 632/2'nin uygulama alanına sokulmak istenmesi halinde, yapılacak ilk şey eşyaya bağlı irtifakın, bağımsız özellik gösteren bir kişisel diğer irtifaka dönüştürülmesidir (17). Hemen belirtelim ki bu dönüştürme yüklü taşınmaz (=hadim gayrimenkul) malikinin rızasına bağlıdır.

Yaptığımız bu açıklamadan anlaşılacağı üzere çeşitli irtifak hakları içinden MK. m. 632/2 anlamında «bağımsızlık» özelliğini haiz olabilecekler yalnızca kişisel irtifaklar grubunda yer alan düzensiz irtifaklar (üst hakkı ve kaynak hakkı) ile diğer irtifaklardır (MK. m. 753). Bu iki alt grup arasındaki temel farklılık, «üst» ve «kaynak» haklarında bağımsızlığın, buna karşılık «diğer irtifaklarda» bağımlı olmanın (devredilmezlik ve mirasçılara geçmeme) asıl olmasıdır. Ancak her iki grupta da «asılın» aksini kararlaştırmak mümkündür. Böylece üst ve kaynak hakkının devredilmiyeceği, diğer irtifakların ise devir edilebileceği öngörülebilmektedir. Bu takdirde devredilemiyeceği kararlaştırılan üst ve kaynak haklarının, MK. m. 632/2 uyarınca taşınmaz olarak işlem görebilmeleri artık söz konusu olamaz. Buna karşılık devredilebileceği ve mirasçılara geçebileceği kabul edilen diğer irtifakların MK. m. 632/2'nin uygulama alanına girmeleri mümkün olabilir. Şu halde üst ve kaynak hakları için bağımsızlık yasal bir özellik olmakla beraber, değiştirilemez bir özellik değildir. Kişisel diğer irtifaklarda ise yasa gereği taşıdıkları bağımlılık özelliği de her zaman anlaşmayla değiştirilebilir.

b — Devir olanağına getirilen sınırlamalar

Bu durum karşımıza hakkın bağımsızlığına ilişkin olarak önemli sorunlar çıkartmaktadır. Örneğin düzensiz irtifaklarda (üst ve kaynak haklarında) devir imkânının tamamen ortadan kaldırılmayıp yalnızca sınırlandırılmış olmasının hakkın bağımsızlığına bir etkisinin bulunup bulunmadığı bir başka deyişle bu durumda hakkın bağımsızlığını sürdürdüğünü kabul etmenin

N. 44; Haab, Art. 655, N. 5; Liver, Schweizerisches Privatrecht, sh. 125; aksi görüş için bk. Oğuzman/Seliçi, sh. 147; S.S. Tekinay, Eşya Hukuku, 3. bası, C. I, İstanbul 1978, sh. 190). Ancak bunun önemli bir pratik yararı olmayacağı da gözden kaçırılmamalıdır. (Leemann, Art. 783, N. 44).

(17) Haab, Art. 655, N. 7; Meier-Hayoz, N. 20.

mümkün olup olmadığı sorusunun yanıtlanması gerekmektedir. Hemen belirtelim ki, bu sorunun yanıtı Türk Hukuku açısından büyük bir önem taşımaktadır. Gerçekten 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu uyarınca kamu arazisi üzerinde yatırımcı lehine üst hakkı tesis edilirken, T.C. Maliye ve Gümrük Bakanlığı Milli Emlak Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanmış olup sürekli kullanılan resmi senedin 5. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesinde;

«Bu senedin konusu olan irtifak hakkı Maliye ve Gümrük Bakanlığı ile Turizm ve Gümrük Bakanlığı ile Turizm Bakanlığı'nın oluru alınmadan devredilemeyecektir»

ve devir başlıklı 13. maddesinin birinci fıkrasında;

«Lehine irtifak hakkı tesis edilen şirket hakkın tamamı veya bir kısmını Maliye ve Gümrük Bakanlığı ile Turizm Bakanlığı'nın izni olmaksızın başkasına devredilemeyecektir. Anılan Bakanlıklardan izin alınmadan üzerine ipotek konulmayacaktır. Ancak Hazine lehine gayrimenkul mükellefiyeti kurulması şartıyla ipotek konulmasına izin verilebilir»

denilmek suretiyle, kamu arazisi üzerinde kurulan üst hakkının devredilebilme imkânı sınırlandırılmıştır. Gerçekten hakkın üçüncü bir kişiye devri, yetkili makamların (Gümrük ve Tekel Bakanlığı ile Turizm Bakanlığının) iznine bağlanmış; ayrıca taşınmaz olarak işlem görmenin en önemli sonucu olan hakkın ipotek edilebilmesi ilk önce Hazine lehine taşınmaz yükümlülüğü (gayrimenkul mükellefiyeti) kurulması koşuluna bağlanmış, sonra da yetkili makamların izni aranmıştır. Şimdi burada karşımıza çıkan soru, devir imkânına getirilen bu sınırlamaların, hakkın bağımsızlığını ortadan kaldırıp kaldırmadığıdır. Ancak bu sorunun incelenmesine geçmeden önce hemen belirtelim ki, resmi senette yer alan bu sınırlamalar ne 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanununda, ne de anılan Kanunun;

«Bu taşınmaz malların (=kamu mallarının yatırımcılara tahsisi, kiralanması ve bunlar üzerine irtifak hakkı tesisine ilişkin esaslar ile süreler, bedeller, hakların sona ermesi ve diğer şartlar (ın) Bakanlık (Turizm Bakanlığı), Maliye Bakanlığı ve Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından müştereken tespit edilir»

diyen 8. maddesinin c fıkrasına dayanarak Bakanlar Kurulunca 31.3.1983 tarihinde 83/6285 sayılı karar ile yürürlüğe sokulan «Kamu Arazisinin Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmelik»te (18) bulunmaktadır. Gerçekten 2634 sayılı Kanunun 8. maddesinin (D) bendinde «bu taşınmaz mallar üzerinde müstakil ve daimi haklar dahil irtifak hakkı tesis» edilebileceği belirtildikten sonra (C) bendinde bu hakkın tesisine ilişkin esaslar ile sürelerin, bedellerin ve hakların sona ermesinin ve diğer şartların Turizm Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve Tarım ve Orman Bakanlığınca birlikte saptanacağını hükme bağlamaktadır (19). Görülüyorki bu düzenlemede hakkın devri imkânına getirilebilecek sınırlandırmalardan hiç söz edilmemekte, yalnızca bu hakkın tesisine ilişkin esaslar ile diğer şartların anılan bakanlıklarca birlikte belirleneceği öngörülmektedir. Bu durumda üzerinde durulması gereken nokta, getirilen sınırlamaların üst hakkının bağımsızlık özelliği ile bağdaşp, bağdaşmadığıdır. Gerçekten ne kanun, ne de yönetmelik bu sınırlamalardan söz etmediğine göre, bağımsız nitelikte bir üst hakkının kurulmasına yönelik düzenlenen resmi senette, ancak bu niteliği vurgulayan ve buna ters düşmeyen hükümlere yer verebileceğinden, devir imkânına getirilen sınırlandırmaların da, bağımsız üst hakkının özüne yabancı olmaması, kısaca ona ters düşmemesi gerekmektedir.

Öğretide, tapuya kayıt edilen üst hakkının devir imkanının sınırlandırılıp sınırlandırılmıyacağı tartışma konusudur. **Akipek**, tapuya kayıtlı üst hakkının devir kabiliyetinin, onun bağımsız müstakil hak olma vasfını ortadan kaldırmıyacak bir biçimde sınırlandırılabilceğini kabul etmekte; böylece üst hakkının ancak belirli kişilere devredilebileceğinin kararlaştırıldığı yahut malikin muvafakatiyle devrin yapılabileceğinin, fakat malikinde yalnızca muhik sebeplerle muvafakatini vermekten kaçınabileceğinin öngörüldüğü hallerde yapılan sınırlamanın kabul edilebilir olduğunu ileri sürmektedir (20). Aynı biçimde **Meier-Hayoz**'da hakkın be-

(18) bk. RG. 28.IV.1983, Sa: 18031, sh. 33 vd.

(19) Burada Kanun yapımındaki bir hata dikkat çekmektedir: Gerçekten sıra itibariyle ilk önce hakkın tesisine ilişkin hükmün, bundan sonra da bu tesisin koşullarını belirliyen hükmün gelmesi gerekirken, 2634 sayılı Kanun, tersine bir tutum izleyerek, ilk önce hakkın koşullarını, sonra da hakkın tesisini öngörmüştür. Burada önemli bir mantık hatası yapıldığı açıktır.

(20) Üst hakkı kavramı, Muhtevası ve Mahiyeti, H.C. Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, sh. 38; **Tekinay**'da aynı görüştedir. bk. sh. 189.

lirli bir çevreye dahil kişilere devredilebileceğinin veya rehnedilemeyeceğinin kararlaştırılmış olmasının bunun bağımsızlığını ortadan kaldırmıyacağını ifade etmektedir (21). Buna karşılık **Stocklin** taşınmaz niteliği kazanan üst hakkının, aynen taşınmaz gibi devrinin malikin muvafakatına bağlı tutulamıyacağını, şayet sözleşmede böyle bir kural öngörülmüş ise, bu koşulun yalnızca tarafları bağliyacağını hakkın sonraki müktesiplerine karşı ileri sürülemeyeceğini belirtmektedir (22). Görülüyor ki **Stocklin**, tapuya taşınmaz olarak kaydedilen üst hakkının devrine ilişkin olarak getirilecek sınırlamaların esasında onun «bağımsızlık» özelliği ile bağdaşmadığını kabul etmektedir. **Akipek**, **Stocklin** tarafından ileri sürülen bu fikre üst hakkının tapuya kayıtlı bir «taşınmaz» haline gelmeyeceğini, bu bakımdan «taşınmaz» için öngörülen düzenlemenin burada hareket noktasını oluşturamayacağını ileri sürerek karşı çıkmaktadır (23). Ancak hemen belirtelim ki **Akipek**'in bu eleştirisi haklı bir gerekçeye dayanmamaktadır. Bir kere, üst hakkının, tapuya taşınmaz olarak kaydının ona «taşınmaz» niteliği kazandıramaması, devir imkanının sınırlandırılabilmesi sonucuna yol açmaz. Esasında tapuya kaydın taşınmaz niteliği kazandıramaması, üst hakkının, bir hak olarak cismani varlığı olmamasından ileri gelmektedir. Giriş kısmında açıklamış olduğumuz gibi, Medeni Kanunumuz aynı hakların (=nesnel hakların) kural olarak maddi varlıklar üzerinde kurulabileceğini kabul etmiş bulunmaktadır. «Üst hakkı» madde bir varlık olmadığından, aslolan bunun üzerinde bir aynı hak kurulamaması yani aynı hakları konu olamamasıdır. Hal böyle iken kanun ekonomik nedenlerle, bu kuraldan ayrılmış ve üst hakkının belirli özellikleri haiz olması kaydıyla, tapuya taşınmaz olarak kaydını, dolaşısıyla aynı haklara konu olabilmelerini kabul etmiştir. Bu yolu açarken de temel amacı, bu hakların aynen taşınmazlar gibi devredilebilmelerini, başka aynı haklara, özellikle rehin haklarına konu olabilmelerini sağlamaktır (24). Şu halde tapuya taşınmaz olarak kayıt edilmeğe yüklenen işlev, kayda konu hakkın, bir taşınmaza eş hukuki durum içine sokulmasıdır. Bu bakımdan bir

(21) Art. 655, N. 20. Benzer görüş için bk. **Gürsoy/Eren/Cansel**, Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1984, sh. 197.

(22) Die Begründung von Baurechten unter Bedingungen und Auflagen..., Abhandlungen zum schweizerischen Recht, N.F. 321, Bern 1956, sh. 22 vd.

(23) Üst hakkı kavramı, sh. 38.

(24) **Liver** Schweizerisches Privatrecht, sh. 126; **Haab**, Art. 655, N. 7.

taşınmazın devri veya rehnedilmesi nasıl sınırlandırılmıyorsa, üst hakkının devir imkanının da sınırlandırılmaması gerekmektedir. Gerçekten bu konuda getirilecek her sınırlandırma, tapuya taşınmaz olarak kayda yüklenen işleve ters düşecek, bu işlevin yerine getirilmesini engelleyecektir. Zaten **Akipek**'te, bunu seziniyerek aynen «sürekli ve bağımsız olan ve bilhassa bu nitelikleri dolayısıyla tapuya kayıtlı olan üst haklarıdır ki bu haktan beklenen fonksiyonu tam anlamıyla yerine getirmeğe elverişlidir» demek gereğini duymuştur (25).

Yaptığımız açıklamadan anlaşılacağı gibi devir imkânına getirilen sınırlama «bağımsızlık» özelliği ile bağdaşmamaktadır. Bağımsızlık özelliği ile kastedilen, daha yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere, hakkın sahibi tarafından serbestçe bir üçüncü kişiye geçirilebilmesidir. Devrin izne bağlanması hak sahibinin devir yetkisini büyük ölçüde sınırlandırmakta; böylece hak sahibinin kişiliğini ön plana çıkarmaktadır. Çünkü izin koşulu doğal olarak, devralacak olan kişi açısından getirilmiş bulunmaktadır. Taşınmaz maliki uygun görmediği kişi için bu izni vermeyecek, ancak uygun gördüklerine hakkın devredilebilmesini kabul edecektir. Bu ise hakkı bir ölçüde kişiye bağlı kılacaktır. Bu kişi belirli olmamakla beraber, daima taşınmaz malikinin kabul ettiği kimse olacaktır. Oysa bağımsız nitelikteki üst hakkında artık hak sahibinin kişiliği önemli bir unsur niteliğinde değildir. Bağımsızlığın öngörülmesi herhangi bir kişinin hak sahibi olabileceğinin kabul edilmesi anlamına gelmektedir. Aksine belirli bir kişinin esas alınması halinde, artık bağımsızlıktan söz edebilmek mümkün olamayacaktır. Bağımsız olarak kurulmuş bir üst hakkına ilişkin sözleşmede bu türlü sınırlamalara yer verilmiş ise, bu sınırlamalar yalnızca sözleşmenin tarafları arasında geçerli olup, bunların üçüncü kişilere özellikle müktesiplere, rehin hakkı sahiplerine karşı ileri sürülebilmeleri mümkün değildir. Zira sözleşmede yer alan bu sınırlamalara, bağımsızlık özelliği ile bağdaşmadıkları için, nesnel (=ayni) etki tanımak söz konusu olamaz. Esasında hem bağımsız olduğu ifade edilen, hem de bu türlü sınırlamalara yer verilmiş bir üst hakkının tescili ve tapunun ayrı bir sahifesine kaydı talebinin ilgili tapu müdürü tarafından red edilmesi gerekmektedir. Nitekim Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü 19.3.1991 de yayınladığı 1508 sayılı Genelgesinde, bu düşünce ile;

(25) Üst hakkı kavramı, sh. 38.

«...üst hakkının tesisi sırasında, üçüncü şahıslara devredilemeyeceğine, mirasçılara intikal etmeyeceğine ve aynı hak tesis edilemeyeceğine veya bu tür tasarrufların izin alınmak suretiyle yapılabileceğine yönelik kısıtlamalar getirilmesi halinde (kamu kuruluşlarınca getirilmek istenen kısıtlamalar dahil) üst hakkı müstakil nitelik kazanamayacağından bu bir hak tesisi taleplerinin sadece... üst hakkı olarak tescil edilmek suretiyle karşılanması» gerekeceğini ifade etmektedir.

3 — Hakkın Sürekliliği

Taşınmaz olarak işlem görmenin esasa ilişkin üçüncü koşulu hakkın sürekli olmasıdır. Hak ne zaman sürekli dir? Hemen belirtelim ki, hakkın sürekliliği ile kastedilen «ebedilik» değildir (26). Bu nedenle, «süresiz» olduğu kadar süreli bir hakkında sürekli sayılabilmesi mümkündür. Böylece, TSN m. 8 uyarınca ilk önce süresiz olarak kurulan hakkın sürekli nitelik gösterdiğini vurgulamak gerekir (27). Şayet hak süreli olarak kurulmuşsa, bu takdirde hakkın sürekli sayılabileceği en az sürenin ne olabileceğinin belirlenmesi zorunlu olur. Bu konuda 3678 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce ne MK. da, ne de TSN'de bir hüküm yer almaktaydı. Her ne kadar Kamu arazisinin turizm yatırımlarına tahsisi hakkında yönetmelik irtifak hakkının 49 yıllık bir süre için kurulabileceğini öngörmekteyse de (bk. m. 18/2), bu süre esasında anılan yönetmeliğe göre üst sınırı göstermektedir. Gerçekten, kamu arazisinin turizm yatırımlarına tahsisi hakkında Yönetmelik 21. maddesinde irtifak hakkı yoluyla yapılan tahsislerde süreye ilişkin olarak «kiralama yoluyla tahsis» başlıklı 18. madde hükmüne yollama yapmaktadır. Anılan hükmün 2. fıkrasına göre «kira süresi 49 yıla kadardır». Hükmün bu ifadesinden açıkça anlaşılacağı gibi kamu arazisi üzerinde turizm amacına yönelik olarak kurulacak irtifak haklarında süre en fazla 49 yıl olabilecektir. Görülüyor ki 49 yıl, tanınabilecek sürenin üst sınırını oluşturmaktadır. Nitekim 18. maddenin 2. fıkrası da kira süresi 49

(26) bk. Ünal, Yapı Hakkı, sh. 148; Köprülü/Kaneti.

(27) bk. Ünal, Yapı Hakkı, sh. 148; Akipek, Üst hakkı kavramı, sh. 36; Haab, Art. 655, N. 8; Gürsoy/Eren/Cansel, sh. 197. Ancak hemen belirtelim ki Medeni Kanunda yapılan değişiklik ile üst hakkı için aynen İsviçre Medeni Kanununda olduğu gibi, en fazla 100 yıllık bir süre öngörülmüştür. bk. MK. m. 751/1 «Üst hakkı müstakil bir hak olarak yüz yıldan fazla bir süre için kurulamaz».

yıla kadardır kuralını getirdikten sonra, bu sürenin tesisin türü, sınıfı kapasitesi ve mahalli özellikler de gözönünde bulundurularak Arazi Tahsis Komisyonunca saptanacağını öngörmek suretiyle kırkdokuz yılın üst sınır olduğunu, irtifak hakkı süresinin bu sınır içinde belirleneceğini hükme bağlamaktadır. Görülüyor ki Türk Hukukunda hakkın sürekli sayılabilmesi için bu sürenin en az ne kadar olması gerekeceği sorusu çözüm beklemekteydi.

Gerçi Medeni Kanunumuza kaynaklık eden İsviçre Medeni Kanunu da sürekli sayılmanın en az süresi hakkında bir hüküm içermemektedir. Ancak Kanunun bu suskunluğu İsviçre Tapu Sicil Tüzüğü'nün 7. maddesi ile doldurulmaktadır. Anılan hükme göre irtifak hakkının sürekli sayılabilmesi, **en az otuz yıllık bir süreyle** kurulmuş olması koşuluna bağlı bulunmaktadır. Böylece İsviçre hukukunda, süreye ilişkin sorun tüzüğün bu hükmü ile çözümlenmiş olmaktadır. Türk hukukunda da, İsviçre Tapu Sicil Tüzüğü'nden esinlenerek, irtifak hakkının sürekli sayılabilmesi için en az otuz yıllık bir süreyle kurulmuş olması gerekeceği ileri sürüldüğü gibi (28), on yıllık süreyi de süreklilik açısından yeterli görenler bulunmakta (29), hatta, herhangi bir süreye bağlı tutmanın üst hakkını süreli hale sokacağı da iddia edilmekteydi (30). Ancak hükümet tarafından hazırlanan Medeni Kanunun bazı hükümlerinin değiştirilmesi veya anılan kanuna bazı maddelerin eklenmesi hakkındaki Kanun Tasarısına, Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu görüşmelerinde, bir hüküm eklenerek «üst hakkının en az yirmi yıl için tesis edilmişse sürekli nitelikte sayılacağı» öngörülmüştür. Adalet Komisyonu raporunda niçin yirmi yıllık bir sürenin yeğlenmiş olduğu açıklanamamakta; hükmün eklenmesinin gerekçesi olarak yalnızca «yapılan ilâve ile üst hakkının ne kadar süre için tesis edilirse süreli (sürekli olacak) nitelikte sayılacağı hususuna açıklık getirilmiş» olduğu belirtilmektedir. (31). Esasında sürekli sayılabilmek için ne kadar bir sürenin gerektiği sorusunun, irtifak hakkının taşınmaz olarak işlem görmesinden beklenen ekonomik yararların elde edilebilme süresi gözönüne alınarak çözümlenmesinin yerinde ola-

(28) bk. Ünal, Şekli Eşya Hukuku, Ankara 1989, sh. 179; (ayrıca dn. 30'a bk.).

(29) Akipek, üst hakkı kavramı, sh. 36.

(30) Ünal, Yapı Hakkı, sh. 148 (Anılan yazar, ilk önce bu kitabında bu görüşü savunduktan sonra dn. 28 de belirtilen eserinde bu görüşünü değiştirerek 30 yıllık süreyi esas almıştır.).

(31) bk. Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi S. Sayısı 398, sh. 11/17.

cağı açıktır. Medeni Kanununun bir kısım hakkın, taşınmaz olarak işlem görmesini kabul etmesi, temelde bu hakların yatırımlarda bir finansman aracı olarak kullanılabilmesi olanağını yaratmak düşüncesinden ileri gelmektedir. Böylece bu hakların taşınmaz olarak işlem görmesi, asıl taşınmaz rehni alanında önem kazanmaktadır (32). Gerçekten bunların, tapu kütüğünün ayrı bir sahifesine kayıttan sonra, bir kredinin verilmesini sağlamak üzere güvence amacıyla ipotek edilmeleri mümkün olduğu gibi, değerlerinin ipotekli borç senedi yolu ile tedavüle çıkartılabilmesine de olanak vardır. Şu halde sürekli sayılabilmenin süresini de bu işlevlerin rahatlıkla yerine getirilebilmesi için gerekli olan süreye göre; ayrıca bunların teminat değerinin giderek azaldığını gözönüne alarak saptamak yerinde olacaktır. Bunun ifade ettiği anlam sürenin en azından, uzun vadeli bir yatırım kredisi gereksinmesini karşılayabilecek ve kredinin vadesinden sonra da teminat değerini kısmen muhafaza edebileceği kadar uzun olması gerektiğidir (34). Bu açıdan yaklaşıldığı yirmi yıllık sürenin sürekli sayılabilmek için yeterli görülmesi kanaatimizce kuşkuludur. Nitekim İsviçre Medeni Kanununda üst hakkına ilişkin değişiklik yapılması sırasında otuz yıllık sürenin uzatılması ve kısaltılması hakkında verilen iki ayrı öneride halen geçerli olan sürenin uygun olması nedeniyle red edilmiştir (34).

Hakkın sürekli sayılabilmesi yalnızca, en az belli bir süreyle kurulmuş olmasına bağlı değildir. Ayrıca hakkın bu süre içinde «kesintisiz» sürmesi de gerekmektedir. Şu halde hakkın kesintiye uğramasına yol açabilecek her düzenleme, bunun sürekli sayılmasını engelleyebilir. Böylece yüklü taşınmaz malikine üst hakkını serbest iradesi ile sona erdirebilme yetkisinin tanınmış yahut hakkın varlığının bir bozucu koşula bağlanmış olduğu halde, hak, süresiz veya en az süreyle kurulmuş olsa bile, sürekli bir nitelik göstermiş olmaz (35).

(32) bk. ve krş. **Meier-Hayoz**, Art. 655, N. 14.

(33) bk. ve krş. **Haab**, Art. 655, N. 8.

(34) bk. **Liver**, Schweizerisches Privatrecht, sh. 124, dn. 4.

(35) bk. **Meier-Hayoz**, Art. 655, N. 23 ve 24; Hemen belirtelim ki, bir irtifak hakkının bozucu şarta bağlı olarak kurulup kurulamayacağı tartışmalı bir konudur. Egemen görüş kurulamayacağı yönündedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. **Rey**, Berner Kommentar, Bd. IV, 2 Abteilung, 1. Teilband, 1. Lieferung, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 730 und 731 ZGB, Bern 1981, Art. 730, N. 131 vd.; **Piotet**,

Öte yandan 3678 sayılı Kanunla Medeni Kanunun 751. maddesine açıklık getirmek amacıyla yapılan «üst hakkının en az yirmi yıl için tesis edilmişse sürekli nitelikte sayılacağına» ilişkin ekleme, bir başka açıdan karışıklığa yol açmış bulunmaktadır. Muhtemelen yeni hükmün kaleme alınış biçiminden hareket eden Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü, 19.3.1991 tarihinde yayınladığı 1508 sayılı genelgesinde, taşınmaz olarak kütüğün bağımsız bir sahifesine yalnızca en az yirmi yıl süreli üst haklarının kaydedilebileceği anlamına gelen bir ifade kullanmaktadır. Gerçekten Genelge'ye göre;

«...müstakil ve daimi nitelikte olan üst hakkının bir taşınmaz mal gibi ayrı bir tapu kütük sayfasına tescil edilebilmesi için en az 20 yıl müddetle tesis edilmiş bulunması...»

gerekmektedir. Bu ifadesinden de açıkca anlaşılacağı gibi Genelge, süresiz olarak kurulan üst hakkını sürekli nitelikte kabul etmemektedir. Oysa TSN. m. 8 «...müstakil ve daimi haklar müddeti muayyen olsun olmasın hak sahibinin tahriri talebi üzerine tapu kütüğünde müstakil bir sahifeye gayrimenkul olarak tescil olunur» demek suretiyle süresiz (müddeti muayyen olmayan) haklarında sürekli sayılabileceğini kabul etmiş olmaktadır. Nitekim yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, öğretisi de süresiz hakları, sürekli saymaktadır (36).

B — BİÇİME İLİŞKİN KOŞUL

Bağımsız ve sürekli hakların taşınmaz olarak işlem görebilmelerinin biçimsel koşulu, bunların tapu kütüğünün ayrı bir sahifesine kayıt edilmeleridir. Bu koşulu öngören TSN. m. 8 anılan hakların «tapu kütüğünde müstakil bir sahifeye gayrimenkul olarak tescil olunmalarından» söz etmektedir. Bu ifade, yapılacak işlemin MK. m. 911 anlamında taşınmaz olarak kütükte özel bir sahife açılması olduğu gözönüne alındığında, yerinde olmadığı kendiliğinden anlaşılır. Gerçekten buradaki işlem bir «tescil» değil, fakat bir «kayıt» işlemidir (37).

Schweizerisches Privatrecht, V/1, Basel/Stuttgart 1977, sh. 554. Aksi görüş için bk. Liver, Kommentar zum schweizerischen zivilgesetzbuch, IV/2a, I, Grunddienstbarkeiten, Art. 730, N. 66 vd.

(36) bk. yuk. dn. 27.*

(37) bk. Oğuzman/Seliçi, sh. 149; ayrıca bk. Liver, Schweizerisches Privatrecht, sh. 123. Hal böyle iken Tekinay eserinde sürekli «tescil»

Kayıt MK. m. 751/3 ve TSN. m. 8 uyarınca ancak hak sahibinin «talebi» üzerine yapılır. Böylece düzenleme hakkın kaydında, arazinin kaydından farklı bir yol getirmiş olmaktadır. Zira arazi herhangi bir talebe bağlı olmaksızın resen tapuya kayıt edilirken (bk. TSN. m. 3), burada hak sahibinin talebi aranmaktadır. Bunun nedeni maddi bir varlığı olmayan hakkın, daha öncede belirtmiş olduğumuz gibi, taşınmaz olarak işlem görmesinin ekonomik düşüncelerden kaynaklanmış bulunmasıdır. Gerçekten hakkın taşınmaz olarak işlem görmesi, ekonomik açıdan doğrudan doğruya hak sahibine yarar sağlayacağından, tapuya kayıt için onun talebi aranmıştır. TSN. m. 8 gene aynı nedenle, hak sahibi dışında yükümlü taşınmaz malikinin veya bu taşınmaz üzerindeki diğer sınırlı aynî hak, özellikle rehin hakkı sahiplerinin bu konudaki rızalarının istenmesi koşuluna yer vermemiştir.

Kaldı ki, hakkın tapu kütüğüne kaydı, bunun maddi muhtevasında bir değişikliğe yol açmayacağından zaten malik için ek bir külfet veya diğer aynî hak sahibi için de haklarının tehlikeye girmesi gibi bir sonuç doğurmaz. Bu bakımdan hak sahibinin talebi tek başına yeterli görülmüştür (38).

Hak sahibi, kendisine ait bulunan bu talebi, herhangi bir koşula bağlı bulunmaksızın dilediği zaman kullanabilir. Böylece talebin yapılabilmesi için, mutlaka hak üzerinde tasarrufta bulunmak zorunlu değildir. Tasarrufta bulunmak gereği olmasa bile hak sahibi kayıt için talepte bulunabilir. Aynı biçimde talebin mutlaka hak için öngörülen en az yirmi yıllık sürenin başlangı-

kelimesini kullanmaktadır (bk. sh. 189); aynı hataya Başbakanlık Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tasarruf İşlemleri Dairesi Başkanlığının 19.3.1991 tarih ve 1508 sayılı Genelgesinde de rastlamaktayız. Gerçekten anılan genelge, hakkın müstakil sahifeye tescilinden söz etmektedir. Oysa 3678 sayılı Kanunla Medeni Kanunun 751. maddesinde yapılan değişiklikle açıkça kayıttan söz edilmektedir. Madenin yeni şeklinin 3. fıkrasında yerinde olarak aynen «üst hakkı, müstakil ve daimi nitelikte ise, üst hakkı sahibinin talebi üzerine tapu kütüğüne **gayrimenkul olarak kaydedilir**» denmektedir.

- (38) bk. **Hörnberger**, Art. 943, N. 12, 13; **Haab**, Art. 655, N. 9; **Meier-Hayoz**, Art. 655, N. 301; **Liver**, Schweizerisches Privatrecht, sh. 126; **Oğuzman/Seliçi**, sh. 150. Ancak hakları, sıra itibarıyla bağımsız ve sürekli üst hakkından önce gelen rehin hakkı sahiplerinin rızaların alınması, TMK. m. 784/2 (IMK. m. 812/2) olumsuz sonucunu engellemek açısından yararlı olabilir (**Haab**, Art. 655, N. 9; **Meier-Hayoz**, Art. 655, N. 30).

cında yapılması gerekmemektedir (39). Gerçekten sürenin işlemeğe başlamasından daha sonra da hakkın kütüğe kaydının talep edilmesi mümkün bulunmaktadır (40).

TSN. m. 8'e göre kütüğe kayıt talebi «yazılı» şekle bağlıdır. Şu halde şifahi olarak yapılan taleplerin değerlendirilmeğe alınması mümkün değildir. İsviçre uygulamasında hak sahibinin, kaydedilecek hakla ilgili olarak, tapu müdüründen rehin tesisine yahut mülkiyetin devrine yönelik bir tescil talebinde bulunmasının, kayıt için yeterli olacağı kabul edilmektedir (41).

Yazılı talebi alan tapu müdürü kaydın yapılabilmesi için gerekli koşulların mevcut olup olmadığını kendiliğinden araştırmak durumundadır. Bu amaçla ilk önce hakkın taşınmaz olarak işlem görmek üzere tapu kütüğüne kayda elverişli olup olmadığını inceleyecektir. Bu incelemede hakkın gerçek kapsamı ve içeriğini belirleyebilmek için tarafların kullandıkları deyimleri değil, fakat onların genel yorum kurallarına göre saptanacak gerçek iradelerini esas alacaktır (42). Bu araştırma sonucunda hakkın tapu kütüğünün bağımsız bir sahifesine kayda elverişli olmadığı saptanırsa, tapu müdürünün kayıttan kaçınması gerekecektir (43). Hak

(39) Homberger, Art. 943, N. 12; Haab, Art. 655, N. 9; Meier-Hayoz, Art. 655, N. 27.

(40) Homberger, Art. 943, N. 12; Haab, Art. 655, N. 9.

(41) Haab, Art. 655, N. 9; Meier-Hayoz, Art. 655, N. 24. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tasarruf İşlemleri Dairesi Başkanlığının 19.3.1991 tarih ve 1508 sayılı Genelgesinde, hakkın bağımsız sahifeye kaydına ilişkin talebin, üst hakkının kurulması ile ilgili resmi senette yer alacağı ifade edilmektedir (bk. sh. 5. ... üst hakkı sahibinin müstakil sahifeye tesciline ilişkin talebini kapsar şekilde düzenlenmiş resmi senetten...).

(42) Homberger, Art. 943, N. 14.

(43) Nitekim Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tasarruf İşlemleri Dairesi Başkanlığı 19.3.1991 tarih ve 1508 sayılı Genelgesinde ilk başta aynen (sh. 4) «Buna göre, 20 yıldan az süreli üst hakkının, müstakil ve daimi hak olarak, ayrı bir kütük sahifesine tescili mümkün olmadığı gibi 20 yıl ve daha fazla süreli olmasına rağmen üst hakkının tesisi sırasında üçüncü şahıslara devredilemeyeceğine, mirasçılara intikal etmeyeceğine veya aynı hak tesis edilemeyeceğine yönelik kısıtlamalar getirilmesi halinde, üst hakkı müstakil nitelik kazanamayacağından bu tür hak tesisi taleplerinin sadece taşınmaz malın tapu kütüğü sahifesinin irtifak hakları ve gayrimenkul mükellefiyeti sütnunda «üst hakkı» olarak tescil edilmek suretiyle karşılanması gerekmektedir» denildikten sonra gene aynen (sh. 5) «yukarıda açıklandığı üzere, üst hakkının müstakil ve daimi nitelikte olabilmesi ve taşınmaz mal gibi ayrı bir tapu kütük sayfasına tescil edilebilmesi

sahibi, tapu müdürünün bu kararına adli yargıda değil, ancak idari yargıda itiraz edebilecektir (44).

Yazılı talep ve bu talebe dayalı olarak kayıt yükümlü taşınmazın bulunduğu mülk tapusuna yapılmalıdır. Çeşitli taşınmazlar üzerinde kurulmuş bağımsız ve sürekli üst haklarının, bir ekonomik bütünlük oluşturmaları halinde bu hakların ortak bir sahifede birleştirilebilmeleri mümkündür. Ancak hemen belirtelim ki, hak sahibi her bir üst hakkının bağımsız bir sahifeye kaydını da isteyebilir (45). Şayet ortak bir sahifeye kayıt söz konusu ise, yükümlü taşınmazların çeşitli mülklerde bulunmaları halinde karşımıza hangi mülk tapusunu kayıt için esas alacağı sorusu çıkar. TSN. m. 8 kayıt için hangi mülkün esas olacağına yükümlü taşınmazların ilgili bulunduğu çeşitli mülklerin aynı il hudutları içinde yer almaları durumunda il tapu müdürünün; farklı il hudutları içinde bulunmaları halinde ise tapu genel müdürlüğünün, karar vereceğini hükme bağlamaktadır.

Tapu müdürünün bağımsız sahifeye kaydı nasıl gerçekleştireceği konusunda TSN. m. 10 taşınmaz tesciline (=kaydına) ilişkin usullerin burada da uygulanacağını öngörmekle yetinmektedir (46).

için en az 20 yıl müddetle tesis edilmiş bulunması ve konusunda herhangi bir kısıtlılık getirilmemiş olması, başka bir anlatımla bağımsız olması gerekmektedir» demek suretiyle bu özellikteki hakların tapu kütüğünün bağımsız bir sahifesine kaydına dair yapılarak taleplerin reddi gerektiği açıklanmaktadır.

(44) Homberger, Art. 943, N. 14; Meier.Hayoz, Art. 655, N. 29; Gürsoy/Eren/Cansel, sh. 198.

(45) Homberger, Art. 943, N. 14.

(46) Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tasarruf İşlemleri Dairesi Başkanlığının 19.3.1991 tarih ve 1508 sayılı Genelgesinde kayıt işleminin yapılaş usulü gösterilmektedir. Buna göre

«Yüklü (ana) taşınmaz malın tapu kütüğünün «irtifak hakları ve gayrimenkul mükellefiyetleri» sütununda, «M: Müstakil ve Daimi nitelikte olan, üst hakkı, ... lehine yıl müddetle nolu sahifede tescil edilmiştir. Tarih.....Yev.....» şeklinde tescil ve, Kararlaştırılmış olması halinde, tapu kütüğünün beyanlar hanesinde «.....TL.lık tazminat karşılığında üst hakkı sahibinin kanuni ipotek hakkı vardır. Tarih ... Yev» şeklinde belirtme, yapılacaktır. Yüklü (ana) taşınmaz malın tapu kütüğü sayfasında «müstakil ve daimi üst hakkı» ile ilgili tescil ve belirtme işlemleri yapıldıktan sonra, ilgili tapu kütüğünün en son sayfasına üst hakkı tescil edilecektir. Bu tescil, tapu kütüğünün; a —yıl süre ile... nolu sahifedeki ada parsel üzerinde üst hakkı» b — Mül-

II — ÜST HAKKININ TAPU KÜTÜĞÜNÜN BAĞIMSIZ BİR SAHİFESİNE KAYDININ HUKUKİ SONUÇLARI

Üst hakkının tapu kütüğünün bağımsız bir sahifesine kaydının hem maddi, hem de icra hukuku açısından önemli sonuçları vardır.

A — MADDİ HUKUK AÇISINDAN

1. Hakkın taşınmaz olarak işlem görmesi

Maddi hukuk açısından hakkın tapu kütüğünün bağımsız bir sahifesine kaydının en önemli sonucu, hakkın bir taşınmaz olarak işlem görmesidir. Her ne kadar MK. m. 632 hakkın kayıtla taşınmaz konusu haline geleceğini ifade ediyorsa da, hemen belirtelim ki, hak gerçekte taşınmaz mülkiyetinin konusu olamaz. Esasında hakkın taşınmaz olarak işlem görmesi konusunun gerçek anlamda taşınmaz olan yükümlü bir arazi olmasından kaynaklanmaktadır (47). Bu bakımdan tapu kütüğünün bağımsız bir sahifesine kayıt edilen hakka, taşınmaz mülkiyetinin kapsamına ilişkin hükümler, ancak bu hakkın niteliğine uygun düştüğü, yani tapu kütüğünün bağımsız sahifesine kayıt yapılmadan da uygulanabildikleri ölçüde uygulanabileceklerdir. Buna karşılık kaydedilen hak hukuki ilişkilerde, sanki bir arazi imiş gibi işlem görecektir, bir başka deyişle sicil hukukuna tâbi olacaktır (48).

2 — Yükümlü taşınmaz malikinin ve bunun üzerindeki diğer sınırlı aynı hak sahiplerinin hukuki durumunun değişmemesi

Hakkın bağımsız bir sahifeye kaydı, yükümlü taşınmaz malikinin ve bunun üzerindeki diğer sınırlı aynı hak sahiplerinin hukuki durumunu etkilemez.

kiyet sütununa; «..... —Üst hakkı— tarih Yev» c — Beyanlar hanesine (tesis için düzenlenen resmi senette belirlenmiş ise); —Üst hakkı karşılığı olarak irad tarzında borçlanılan edaların azami üç yıllık miktarı için bu malikin kanuni ipotek hakkı vardır. Tarih Yev, — TL.lık tazminat karşılığında yüklü (ana) taşınmaz mal üzerinde üst hakkı sahibinin kanuni ipotek hakkı vardır. Tarih Yev.....», şeklinde yapılacak ve tapu kütüğü sayfaları arasında irtibat kurularak tescil işlemi tamamlanacaktır.

(47) bk. Homberger, Art. 943, N. 18; Gürsoy/Cansel/Eren, sh. 199; ayrıca bk. yuk. dn. 4'de belirtilen yazarlar.

(48) bk. Haab, Art. 655, N. 12; Gürsoy/Cansel/Eren, sh. 199.

Hakkın kapsamı açısından yalnızca, yükümlü taşınmazın sa-
hifesine yapılan tescil esas olmağa devam eder. Bağımsız sahifeye
kaydın bu tescile uygun olmaması halinde, aslıolan tescildir. Bu
nedenle kayda dayanan iyi niyetli müktesip, yalnızca MK. m. 917
uyarınca tazminat istemekle yetinebilir. Aynı şekilde, yükümlü
taşınmazın sahifesinde yapılan tescilin yolsuz olması durumunda,
bağımsız bir sahifeye kayıt bu yolsuzluğu gidermez; kayıta karşı
MK. m. 933 uyarınca bir sicil düzeltme davası, MK. m. 931'e dayalı
bir iyi niyetle iktisap söz konusu oluncaya kadar açılabilir (49).

3 — Hakkın devrinin taşınmaz mülkiyetinin devri hükümlerine tâbi olması

Kütüğün bağımsız bir sahifesine kaydedilen hakkın el de-
ğiştirilmesi, artık taşınmaz mülkiyetinin devri hükümlerine tâbi olur.
Gerçekten böyle bir kaydın yapılmamış olduğu hallerde bağımsız
hak ancak temlik hükümleri uyarınca devredilebilecekken (50)
kütüğün ayrı bir sahifesine kayıt devri taşınmaz hükümlerinin
uygulama alanına sokar. Böylece devir sözleşmesinin Tapu Ka-
nunu m. 26 uyarınca tapu memuru tarafından resmi biçimde ya-
pılması; bunu takiben hakkın kaydedildiği sahifeye tescil işle-
minin gerçekleştirilmesi gerekir. Bir taşınmaz gibi işlem görme
söz konusu olduğuna göre, taşınmaz satımına ve satımı vaadine
ilişkin tüm hükümler hakka uygulanabilir (51).

4 — Her türlü sınırlı aynî hakka ve şerhlere konu olabilme

Kütüğün bağımsız bir sahifesine kayıt edildikten sonra, üst
hakkı, bir taşınmaz gibi, niteliğine uygun düştüğü oranda intifa,
sükna gibi sınırlı aynî haklara ve şerhlere konu olabilir (52). Hat-
ta, yeni tesis edilen hak bağımsız ve sürekli nitelikte ise, bunun
da tapu kütüğünün bağımsız bir sahifesine kaydına engel yok-
tur. Böylece bağımsız ve sürekli bir üst hakkı tapu kütüğünün
bağımsız bir sahifesine kayıt edildikten sonra, bunun üzerine tek-
rar bağımsız ve sürekli bir üst hakkının kurulması mümkün bu-
lunmaktadır (53).

(49) Homberger, Art. 943, N. 17; ayrıca bk. Meier-Hayoz, Art. 655, N. 35; Gürsoy/Cansel/Eren, sh. 198, 199.

(50) Haab, Ant. 655, N. 13, Homberger, Art. 943, N. 18. bk. ve krş. Meier-Hayoz, Art. 655, N. 37.

(51) Haab, Art. 655, N. 13; ayrıca bk. Meier-Hayoz, Art. 655, N. 35.

(52) Haab, Art. 655, N. 14.

(53) Haab, Art. 655, N. 14.

Taşınmaz gibi işlem görme söz konusu olduğundan, hak üzerinde sınırlı aynı hak kurulması veya bir şerh verilmesi hallerinde, işlemin Medeni Kanununun bu hakların veya şerhin kurulmasına ilişkin öngördüğü şekillerine uyularak yapılması gerekir.

5 — Hakkın başka bir irtifak hakkı veya taşınmaz yükümlülüğü ile birleştirilmesi

TSN. m. 32 hükmü uyarınca tapu kütüğünün bağımsız bir sahifesine kayıt edilen üst hakkı, başka bir irtifak hakkı veya taşınmaz yükümlülüğü ile birleştirilebilir. Böylece üst hakkının halenki sahibi aynı zamanda üst hakkına bağlanan irtifak hakkının veya taşınmaz yükümlülüğünün de sahibi olur. Aynı şekilde üst hakkının kütüğün bağımsız sahifesine kayıt edilmiş bir başka üst hakkına bağlanması da mümkündür (54). Ancak kütüğün bağımsız sahifesine kayıt edilmiş bir üst hakkının bir arazinin mülkiyetine bağlanması kabul edilemez. Zira bağlanma ile üst hakkı, münhasıran arazinin mülkiyetine bağlı olacağından bağımsızlık özelliğini yitirmiş olur (55).

6 — Hakkın taşınmaz rehnine konu olabilmesi

Kayıttan önce bağımsız ve sürekli hakkın rehni ancak MK. m. 868 hükmü çerçevesinde mümkün bulunmakta iken (56) tapu kütüğünün bağımsız bir sahifesine kayıt, hakkın ipotek veya ipotekli borç senedi yolu ile rehnedilebilmesi imkânına yol açar (57).

B — İCRA HUKUKU AÇISINDAN

Kayıt, icra hukuku açısından en önemli sonucu, hakkı taşınmazın paraya çevrilmesi hükümlerine tâbi kılmasıdır. Gerçekten kayıt ile beraber hak icra hukuku açısından taşınmazın paraya çevrilmesi hükümlerine tâbi olur. Hemen belirtelim ki, icra takibinin yükümlü taşınmaza yönelmesi bağımsız üst hakkını, ayrı bir sahifeye kayıt edilmiş olsun veya olmasın, etkilemez (58).

(54) Haab, Art. 655, N. 15.

(55) Homberger, Art. 943, N. 19.

(56) Haab, Art. 655, N. 14; Homberger, Art. 943, N. 18; Meier-Hayoz, Art. 655, N. 37.

(57) Haab, Art. 655, N. 14; Meier-Hayoz, Art. 655, N. 37.

(58) Haab, Art. 655, N. 16. Ayrıca bk. Meier-Hayoz, Art. 655, N. 41.

SONUÇ

Yukarıda yaptığımız açıklamalardan anlaşılacağı üzere Medeni Kanun, sürekli ve bağımsız olarak kurulmuş kişisel irtifakların, bu arada bu nitelikteki üst hakkının tapunun bağımsız bir sahifesine kaydedilerek, taşınmaz gibi işlem görmesinin sağlanması olanağını ekonomik düşüncelerle tanımış bulunmaktadır. Ancak bu olanaktan yararlanılabilmesi, böylece hakkın taşınmaz gibi tedavül edebilmesi, teminat olarak gösterilebilmesi için hakkın bağımsızlığını etkileyecek, herhangi bir sınırlama söz konusu olmaksızın kurulmuş olması gerekmektedir.