

ÜST HAKKI İRADI VE BU İRADIN ÖDENMESİNE İLİŞKİN ALACAĞIN GÜVENCESİ OLARAK KANUNÎ İPOTEK HAKKI

BUILDING RIGHT REMUNERATION AND STATUTORY CHARGE AS THE GUARANTEE OF THE CLAIM RELATED TO THE PAYMENT OF THIS REMUNERATION

Arif Barış ÖZBİLEN*

Özet: Sahibine, başkasına ait olan bir arazinin altında veya üstünde yapı inşa etme veya mevcut bir yapıyı muhafaza etme yetkisini veren üst hakkı, arazi malikinin arazisi üzerindeki mülkiyet hakkını kaybetmeksizin bundan finansal olarak yararlanmasına olanak sağladığı gibi, üst hakkı sahibine de araziyi yüksek bir bedelle satın almak zorunda kalmadan bunun üzerindeki yapının maliki olma yetkisini kazandırmaktadır. Bu çalışmada, özellikle, üst hakkının tesisi karşılığında yüklü taşınmaz malikine karşı üstlenilen irat ödeme borcu ile bu borcun yasal teminatını oluşturan ve yerine getirilmesi konusunda üst hakkı sahibine yükümlülük yüklenen kanunî ipoteği kurma borcunun hukukî niteliklerinin ortaya konulması amaçlanmaktadır.

Anahtar Sözcükler: Üst Hakkı, Üst Hakkı İradı, Kanunî İpotek Hakkı

Abstract: The building right which entitles its holder competence to erect or maintain a construction above or below the ground of the property, plays an important role by providing to the holder of the building right, the authority to own the building to be constructed on the land, without the need to purchase the land itself. This essay is aimed especially to determine the legal nature of the obligation to pay the building right remuneration and that of the obligation to record a statutory charge on the building right in order to guarantee this remuneration claim.

Keywords: Building Right, Building Right Remuneration, Statutory Charge

* Yrd. Doç. Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

I- Genel Hatlarıyla Üst Hakkı

Üst hakkı, sahibine başkasına ait bir arazinin üstünde veya altında inşaat¹ yapma veya mevcut olan bir inşaatı (yapıyı) muhafaza ederek, ondan yararlanma yetkisini sağlayan bir irtifak hakkıdır.² Bu suretle, üst hakkı sahibi başkasına ait olan bir arazideki inşaat üzerinde malik olma yetkisi kazanır.³ Ancak bu yetki, MK m. 683 vd. hükümleriyle ortaya konulan mülkiyet hakkının sağladığı yetki ile birebir özdeş bir yetki değildir. Zira mülkiyet hakkından farklı olarak üst hakkı sahi-

¹ İnşaattan anlaşılması gereken, toprağın altında veya üzerinde meydana getirilen her türlü yapıdır. Bu bağlamda, bir otelin tenis kortu veya yüzme havuzu, bir fabrikanın buhar kazanı, bir taşınmazın altında yapılan mahzen veya sarnıç dahi inşaat olarak kabul edilebilir. Bkz. Suad Bertan, *Aynı Haklar, Medenî Kanununun 618-764'üncü Maddelerinin Şerhi*, Cilt 2, MK. 703-764, Ankara 1976, sh. 1532-1533. Keza duvar, köprü, su kanalı, direk, arazinin altına yapılan galeri, sığınak, garaj, depo ve hâttâ araziye sürekli surette bağlanan makineler dahi inşaat kapsamına dâhil edilir. Bkz. Jale Akipek, "Üst Hakkı Kavramı, Muhtevası ve Mahiyeti", Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, sh. 59.

² Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 15. Bası, İstanbul 2012, sh. 856; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku*, 9. Bası, İzmir 2011, sh. 507; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara 2013, sh. 601; Hasan Erman, *Eşya Hukuku Dersleri*, 4. Bası, İstanbul 2013, sh. 158; Mehmet Ünal, *Türk Medenî Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı*, Ankara 1988, sh. 6; Osman Berat Gürzumar, *Türk Medenî Hukukunda Üst Hakkı*, 2. Baskı, İstanbul 2001, sh. 27; Akipek, sh. 32; Vecdi Aral, *İnşaat (Üst) Hakkı*: (MK. Mad. 652, 751), İstanbul 1962, sh. 9; Mustafa Alper Gümüş, "Yeni Türk Medenî Kanunu Hükümleri İle Karşılaştırmalı Olarak Medenî Kanun'un Üst Hakkına İlişkin Hükümlerinde Üst Hakkı İlişkinin Tarafları ve İlgilileri İçin Kabul Edilmiş "Tazminat (Bedel) Alacakları" ve "İpotek Hakları"", *Bilgi Toplumunda Hukuk*, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II, İstanbul 2003, sh. 534; Alban Ballif, *Le Droit de Superficie, Éléments réels, obligations propter rem et droits personnels annotés*, Bâle 2004, No. 139; Denis Piotet, "Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières", *Traité de Droit Privé Suisse, Volume V, Tome 2, 2e édition*, Berne 2012, sh. 116; Paul-Henri Steinauer, *Les droits réels*, Tome III, 4ème édition, Berne 2012, sh. 110; Aydın Aybay/ Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 2012, sh. 269; Kemal Oğuzman/Nami Barlas, *Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar*, 16. Bası, İstanbul 2010, sh. 138; Mustafa Dural/Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku*, Cilt I, *Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri*, İstanbul 2012, sh. 152; Hüseyin Altaş, *Medenî Hukuk Başlangıç Hükümleri* (TMK m. 1-7), Ankara 2014, sh. 76. Ayrıca üst hakkının ortaya çıkış nedenleri ve tarihsel gelişimi konusunda bkz. A. Nadi Günel, "Roma Hukukunda Üst Hakkı (Superficies)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 47, Sayı 1-4, 1998, sh. 107, 110.

³ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 856; Ertaş, sh. 507; Akipek, sh. 65; Sirmen, sh. 601; Pascal Simonius/Thomas Sutter, *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, T. II, Die beschränkten dinglichen Rechte*, Bâle 1990, sh. 133; Herdem Belen, "Üst Hakkında Süresinden Önce Devir Talebine Esas Edimler ve Buna Bağlı Hukuksal Sonuçlar", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 4, Yıl: 2005, sh. 37; Aybay/Hatemi, sh. 271; Ballif, No. 139; Steinauer, Tome III, sh. 111.

bi, yapı üzerindeki bu yetkisini süre bakımından sınırsız bir şekilde kullanamaz. Bir taşınmaz maliki, taşınmazı üzerinde sahip olduğu yetkileri herhangi bir süre sınırlamasına tâbi tutulmaksızın kullanabilirken; üst hakkı sahibi bu yetkilerini ancak MK m. 836/f. 1 ve f. 2'de öngörülen süre sınırına⁴ bağlı olarak kullanabilir.⁵

Bir arazi üzerindeki mülkiyet hakkı, kapsam itibarıyla bu arazinin altında veya üstünde bulunan yapıları içine alsa dahi; üst hakkı istisnaî olarak bir yapının, altında veya üzerinde bulunduğu arazinin malikinden başka bir kişiye ait olmasına izin vermektedir. Zira Medenî Kanun m. 726/f. 1 uyarınca, bir üst irtifakına dayalı olarak başkasına ait bir arazinin altında veya üstünde sürekli kalmak üzere inşa edilen yapıların mülkiyetinin, üst hakkı sahibine ait olacağı öngörülmektedir. Böylelikle, arazinin mülkiyetinin el değiştirmesine gerek kalmaksızın, üçüncü kişiler arazi üzerinde inşaat yapma ve arazinin mülkiyetinden bağımsız olarak, inşa ettikleri yapıya malik olma yetkisini kazanmaktadır.⁶ Kurulan üst hakkı ile, arazi malikinin arazisi üzerindeki mülkiyet hakkı sona ermemekte; onun araziyi satıp, devretme ya da arazi üzerinde ipotek hakkı kurma gibi yetkileri mevcudiyetini korumaktadır.⁷

Üst hakkı, belirli bir taşınmaz lehine⁸ kurulabileceği gibi, belirli bir kişi lehine de kurulabilir. Kişi lehine (ya da kişiye bağlı olarak) ku-

⁴ Üst hakkı, bağımsız bir irtifak olarak en fazla yüz yıl için kurulabilir. Ancak kurulmuş olan üst hakkı, süresinin dörtte üçü dolduktan sonra, kurulması için kanda öngörülen şekle uyulmak suretiyle en fazla bir yüz yıl daha uzatılabilir. MK m. 836/f. 1 ile öngörülen yüz yıllık azamî sınırın, yalnızca bağımsız üst hakkı için değil, bağımsız olmayan (şahısla kâim veya eşyaya bağlı) üst hakkı için de söz konusu olduğu yönünde bkz. Ertaş, sh. 516.

Kişiye bağlı olarak kurulan üst hakkının başkasına devredilmeyeceği ve mirasçıya intikal etmeyeceği kararlaştırılmış olup, bu hak için ayrıca herhangi bir süre de belirlenmemiş ise, süre, üst hakkı sahibinin ölümüyle sona erer.

⁵ Üst hakkının süresi son bulduğu takdirde, üst hakkına konu olan yapının mülkiyeti MK m. 684 ve m. 718/f. 2 hükümleri ile öngörülen ana kural gereğince arazinin malikine geçer.

⁶ Akipek, sh. 65.

⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 856; Sirmen, sh. 601.

⁸ Üst hakkı belirli bir arsa üzerindeki "inşaat lehine" değil; inşaatın bulunduğu "taşınmaz mal" lehine tesis edilir. Üst hakkının lehine tesis edilmiş olduğu arsadaki inşaatın yıkılması, üst hakkının sona ermesine sebebiyet vermez. Üst hakkının bu bağlamda sona erdiğinden bahsedebilmek için, yüklü ya da yararlanan taşınmazın yok olması gerekir. Bkz. Yarg. 14. HD, 10.12.1975 tarih ve 5337/5693sayılı kararı (<http://www.kazanci.com> (erişim tarihi: 27.5.2015)).

ruhan üst hakkı, münhasıran kişiye bağlı (şahısla kaim) irtifaklardan olan intifa (MK m. 794 vd.) ve oturma (MK m. 823 vd.) haklarından farklı bir biçimde, kural olarak başkasına devredilebilir ve mirasçılara intikal edebilir.⁹ Ancak, tarafların bunun aksini kararlaştırmaları, diğer bir deyişle üst hakkının mirasçılara intikal etmeyeceğini ya da başkasına devredilmeyeceğini öngörmeleri de mümkündür.

Üst hakkı, bu özellikleri nedeniyle öğretilerde “düzensiz”¹⁰, “karma”¹¹, “karmaşık”¹², “devredilebilen kişiye bağlı”¹³, “düzensiz kişisel irtifak/el değiştirebilen kişisel irtifak”¹⁴ şeklinde farklı isimlendirmelere konu olsa da; bu ifadeler, ortak bir irtifak türüne işaret etmek amacıyla kullanılmaktadır. Bu bakımdan üst hakkı, kendisi ile aynı sınıflandırma içerisinde yer alan kaynak irtifakı ile benzerlik gösterir.¹⁵

Bağımsız¹⁶ ve sürekli¹⁷ bir nitelik arz etmesi durumunda üst hakkının, tapu sicilinin ayrı bir sayfasına taşınmaz olarak kaydedilmesi mümkündür.¹⁸ Bunun bir sonucu olarak, üzerinde kurulduğu taşın-

⁹ Steinauer, Tome III, sh. 116.

¹⁰ Ertay, sh. 506.

¹¹ Aybay/Hatemi, sh. 268; Erman, sh. 157.

¹² Turhan Esener, Eşya Hukuku, Ankara 1985, sh. 170.

¹³ Jale Akipek/Turgut Akıntürk, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, sh. 701.

¹⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 855; Sirmen, sh. 601.

¹⁵ Erden Kuntalp, “Bağımsız ve Sürekli Sınırlı Aynı Hakların Özellikle Üst Hakkının Taşınmaz Olarak İşlem Görmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl: 1991, Sayı: 4, sh. 535.

¹⁶ İrtifak hakkı sahibinin iradesiyle devredilebilen ve mirasçılara intikal eden irtifaklar “bağımsız irtifak” olarak adlandırılmaktadır. Bunun neticesinde eşyaya bağlı olarak kurulan, devri yasaklanan ya da taşınmaz malikin rızasına tâbi tutulan üst hakkı, bağımsız irtifak niteliği arz etmez. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 857, dn. 462; Kuntalp, sh. 534, 536-541; Ballif, No. 153; Steinauer, Tome III, sh. 113. Bu konuda ayrıca bkz. Davut Gürses, “Kredi Teminatı Olarak Üst Hakkı İpotegi”, *Bankacılar Dergisi*, Sayı: 76, Yıl: 2011, sh. 6-8.

¹⁷ En az 30 yıl süreyle kurulan üst irtifakının, sürekli nitelikte olduğu kabul edilmektedir (MK m. 826/f. 3).

¹⁸ Bkz. Kuntalp, sh. 544; Mehmet Serkan Ergüne, Üst Hakkının Tasarruf İşlemlerine Konu Olmasına İlişkin Hukukî Sorunlar, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXVI, S. 1, sh. 277; Erman, sh. 158; Steinauer, Tome III, sh. 113; Ballif, No. 158.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 8.10.2008 tarih ve 14-620/615 sayılı kararında, üst hakkını kuran resmî senette, “yatırımların başlama ve bitiş tarihlerine kısıtlamalar getirilmesi, irtifak hakkının devri hâlinde Hazine ile yeniden sözleşme yapılması zorunluluğu konulması, belirli koşulların gerçekleşmesi hâlinde Hazine’ye tek yanlı iptal hakkı tanınması, irtifak hakkının kiraya verilemeyeceğine ve bir yılda iki taksidin ödenmemesi durumunda irtifak hakkının iptal edileceğine dair hükümlere yer verilmesi” nedeniyle, üst hakkının bağımsız ve sürekli nitelikte

mazdan bağımsız ve tapuya kaydedilmiş yeni bir taşınmaz meydana gelir¹⁹ ve bu sayede üst hakkı, taşınmaz mülkiyetine benzer bir şekilde temlik, rehin ve haciz konusu olabilir.²⁰ Bu husus 2013 tarihli Tapu Sicil Tüzüğü m. 10/f. 2'de şu şekilde düzenlenmiştir: *“Tapu kütüğüne taşınmaz olarak tescil edilen bağımsız ve sürekli haklar, üçüncü kişilere devredilebilir, mirasçılara geçebilir ve üzerinde her türlü aynı veya kişisel hak kurulabilir”*.

II- Üst Hakkını Kuran İrtifak Sözleşmesinde Yer Alan Kayıtların Hukukî Niteliğine İlişkin Genel Değerlendirme

1) Türk hukukundaki mevcut durum

Türk hukukunda, üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinde yer alan sözleşme hükümlerinin dört ana grupta toplandığı görülmekte-

sayılamayacağına ve bu kısıtlamalar sebebiyle üst hakkının tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına taşınmaz olarak kaydedilemeyeceğine hükmetmiştir (Bkz. <http://www.kazanci.com> (erişim tarihi: 27.5.2015)).

¹⁹ Bunun koşulları için bkz. Kuntalp, sh. 530 vd. Ayrıca bkz. Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Zürich 2002, sh. 960; Aybay/ Hatemi, sh. 270; Ergüne, sh. 279; Akipek, sh. 36.

²⁰ Kuntalp, sh. 548; Gürses, sh. 5. Bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkı tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına kaydedilirken, yüklü taşınmazın tapu kütük sayfasının “İrtifak Hakları ve Gayrimenkul Mükellefiyetleri” sütununda “M: Bağımsız ve sürekli nitelikte olan üst hakkı, lehine yıl müddetle no’lu sahifede tescil edilmiştir. Tarih: Yev:” şeklinde bir kayıt düşülür.

Yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasında, üst hakkının bağımsız ve sürekli niteliği ile ilgili olarak gerekli tescil ve belirtme işlemleri yapıldıktan sonra, ilgili tapu kütüğünün en son sayfasına üst hakkının kaydı yapılır. Bu sayfada:

“a - Tapu kütüğünün sahife no sütunundaki sahife numarasının altına;

“..... sahifedeki taşınmaza ait bağımsız ve sürekli üst hakkı”

b - Yüzölçümü sütununa; yüklü (ana) taşınmazın tamamı üzerinde üst hakkı tesis edilmiş ise “üst hakkı”, bir kısmı üzerinde tesis edilmiş ise üst hakkı tesis edilen miktar yazılır.

c - Taşınmazın niteliği sütununa; “..... yıl süre ile no’lu sahifedekiada parsel üzerinde üst hakkı”

d - Mülkiyet bölümünün edinme sebebi sütununa; “Üst Hakkı”

e - Beyanlar hanesine (tesis için düzenlenen resmî 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’lik tazminat karşılığında yüklü (ana) taşınmaz üzerinde üst hakkı sahibinin kanunî ipotek hakkı vardır. Tarih:.....Yev:.....”, şeklinde yapılacak ve tapu kütüğü sayfaları arasında irtibat kurularak tescil işlemi tamamlanacaktır”.

Ayrıca, üst hakkının bulunduğu tapu kütüğü sayfasının pafta, ada, parsel numaraları ile semti, mahallesi, köyü, mevki ve sokağı sütunları, yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfası ile uygun olacak biçimde yazılır. Bu konuda bkz. T.C. Bayındırlık ve İskân Bakanlığı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tasarruf İşlemleri Dairesi Başkanlığı’nın 15.6.2010 tarih ve 1705 no’lu (2010/12) Genelgesi.

dir. Bunlardan ilki, bir sonraki bölümde açıklayacağımız üzere MK m. 827'de düzenlenen ve üst hakkının içerik ve kapsamıyla ilgili olarak resmî senette yer alan hükümlerdir. Aynî etkiye sahip olan bu hükümlerin herkes için bağlayıcı nitelikte olduğu, madde metninde belirtilmiştir.

İkinci grubu oluşturan sözleşme hükümleri ise kanun gereği eşyaya bağlı borç niteliğine sahip olan hükümlerdir. Bunlar bakımından söz konusu olan eşyaya bağlı borç niteliği, doğrudan doğruya kanun hükmünden ileri gelmektedir. Diğer bir anlatımla, bu hükümler üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinde yer almasalar dahi, kanun tarafından böyle öngörülmüş olduğu için eşyaya bağlı borç niteliğini taşımaktadır. MK m. 834'te düzenlenen üst hakkı iradının güvencesini oluşturmak üzere ipotek kurulmasını isteme hakkı ile yine MK m. 831'de düzenlenen ve taşınmaz malikinin üst hakkının süresinden önce kendisine devredilmesine dair istemi²¹ konusundaki sözleşme hükümleri kanun gereği eşyaya bağlı borç niteliğine sahip olan hükümlerdir.

Tapu siciline şerh verilmek suretiyle eşyaya bağlı borç niteliği kazanan sözleşme hükümleri ise bu konudaki üçüncü grubu oluşturmaktadır. MK m. 830'da düzenlenen ve taşınmaz malikine kalan yapılar için üst hakkı sahibine ödenmesi kararlaştırılan bedelin miktarı, bu bedelin hesaplanış biçimi ile bu bedel borcunun kaldırılmasına ve arazinin ilk hâline getirilmesine ilişkin anlaşmalar, üst hakkını kuran irtifak sözleşmesine ilişkin resmî senette yer almaları ve tapu siciline şerh verilmeleri hâlinde eşyaya bağlı borç niteliğine sahip olmaktadır.

743 sayılı (önceki) Medenî Kanun döneminde ise, taşınmaz malikine kalan yapılar için üst hakkı sahibine ödenmesi kararlaştırılan bedele ilişkin anlaşmalar hakkında farklı bir düzenleme bulunmaktaydı. MK m. 830 hükmünün önceki Medenî Kanundaki karşılığını oluşturan eMK m. 751d hükmüne²² göre, yüklü taşınmaz malikine kalan yapılar

²¹ Bkz. bu konuda Belen, sh. 41.

²² Söz konusu hüküm 743 sayılı Türk Kanunu Medenisî'ne 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı kanun değişikliği ile ilave edilmiştir. Hükme göre: "Gayrimenkul malikine kalan yapılar nedeniyle üst hakkı sahibine bir tazminat ödenmesi kararlaştırılmış ise, tazminatın miktarına ve hesaplanış tarzına, üst hakkı süresinin sonunda gayrimenkulün eski hâline getirilmesine ilişkin hükümler resmî senette yer alır. Bu hükümler üst hakkını ve yükümlü gayrimenkulü iktisap eden herkes için bağlayıcıdır".

nedeniyle üst hakkı sahibine bir bedel²³ ödenmesi kararlaştırılmış ise, bu bedelin miktarı, hesaplanış tarzı ve üst hakkı süresinin sonunda taşınmazın eski hâline getirilmesi konularında taraflar arasında anlaşmaya varılan hususların, üst hakkını kuran irtifak sözleşmesine ilişkin resmî senette yer almış olmak kaydıyla; tapu siciline şerh verilmesine dahi gerek kalmadan herkes için bağlayıcı olacağı öngörülmekteydi. Bu hüküm, öğretide, taşınmaz malikine kalan yapılar için üst hakkı sahibine ödenmesi kararlaştırılan bedele ilişkin anlaşmaların hukukî niteliği konusunda farklı görüşlerin ortaya atılmasına sebep olmuştu. Bu görüşlerden biri, yapıların karşılığı olarak üst hakkı sahibine ödenmesi kararlaştırılan bedele ilişkin anlaşmaların, resmî senette düzenlenmeleri hâlinde, üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinin içeriğine dâhil olacağını ve MK m. 827 (eMK m. 751/a) hükmü gereği aynı etkiye sahip olacağını ileri sürmekteydi.²⁴ Diğer bir görüş ise, yüklü taşınmaz malikini olumlu bir edimi yerine getirme (kendisine kalan yapılar için üst hakkı sahibine belli bir bedel ödeme) yükümlülüğü altına sokan sözleşme kayıtlarının aynı etkiye sahip olamayacağından ve verme/yapma borçlarının irtifak haklarının asli içeriğini oluşturamayacağı kuralından hareket ederek, irtifak sözleşmesine ilişkin resmî senette yer alan bu kayıtların, kanun gereği eşyaya bağlı borç niteliği arz etiklerini savunmaktaydı.²⁵ Bu görüş, taşınmaz malikine kalan yapılar için üst hakkı sahibine ödenmesi kararlaştırılan bedele ilişkin kayıtların, irtifak sözleşmesine ilişkin resmî senette düzenlenmeleri hâlinde, tapu siciline şerh verilmesine gerek kalmaksızın -kanun gereği- eşyaya bağlı borç niteliğine sahip olduğunu kabul etmekteydi.²⁶

²³ Hükümde bedel yerine "tazminat" ifadesi kullanılmışsa da, söz konusu durumla ilgili olarak ne üst hakkı sahibinin uğradığı bir zarardan ne de üst hakkı sahibinin uğradığı zararın giderilmesi konusunda taşınmaz malikinin sahip olduğu bir sorumluluktan bahsedilemeyeceğine göre, bu ifadenin MK m. 830 hükmünde olduğu gibi "bedel" olarak anlaşılması gerekir. Bu yöndeki eleştiriler için bkz. İlhan Uluhan, "Yeni Türk Medenî Kanunu Ön Tasarısında Yer Alan İnşaat (Üst) Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 61, Sayı 1-2-3, 1987, sh. 30 ve Gümüş, sh. 538-539.

²⁴ Bkz. Gümüş, sh. 541-542.

²⁵ Bkz. Gürzumar, sh. 124, 151.

²⁶ Gürzumar, sh. 150-151. Kanımızca da, kalan yapıların karşılığı olarak üst hakkı sahibine ödenmesi kararlaştırılan bedele ilişkin anlaşmalar, resmî senette yer alsalar bile aynı etkiden yoksun olacaklardır. Gerçekten MK m. 779/f. 2' de öngörüldüğü gibi, yapma borçları, başlı başına irtifak hakkına konu olamaz; bu tür borçlar, irtifak hakkına ancak yan edim olarak bağlanabilir. Yüklü taşınmaz maliki ancak

Bu tartışmalar, bugün için ise önemini yitirmiş görünmektedir. Nitekim 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun kabulü ile birlikte yürürlüğe giren MK m. 830 hükmü, bu konuda bir değişiklik yapmış ve taşınmaz malikine kalan yapılar için üst hakkı sahibine ödenmesi kararlaştırılan bedelin miktarı ve bunun hesaplanış biçimi ile bu bedel borcunun kaldırılmasına ve arazinin ilk hâline getirilmesine ilişkin anlaşmaların, üst hakkının kurulması için gerekli olan resmî şekle tâbi olduğunu ve bunların tapu kütüğüne şerh verilebileceğini öngörmüştür. Bu hüküm, söz konusu anlaşmaların nitelik itibarıyla aynı etkiye sahip olmadığını altını çizdiği gibi, irtifak sözleşmesine ilişkin resmî senette düzenlenmek ve ancak tapuda şerh verilmek kaydıyla üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir hâle gelebileceğini ortaya koymuştur. Kalan yapıların karşılığı olarak üst hakkı sahibine ödenmesi kararlaştırılan bedele ilişkin anlaşmalar bakımından söz konusu edilen eşyaya bağlı borç niteliğinin ise, yeni düzenleme ile birlikte, kanun gereği değil, ancak tapu siciline şerh verilmek suretiyle kazanılabileceği ortaya konulmuştur.

Dolayısıyla, Türk hukukunda artık üst hakkına ilişkin olarak taraflar arasında kararlaştırılan bir yükümlülüğün, yalnızca üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinde (resmî senette) düzenlenmekle eşyaya bağlı borç niteliğine sahip olması imkânı ortadan kalkmıştır. Diğer bir anlatımla, resmî senette düzenleniyor olmak, üst hakkına ilişkin olarak taraflar arasında kararlaştırılmış olan bir borcu kendiliğinden eşyaya bağlı borç niteliğine büründürmez. Eşyaya bağlı borç niteliği, ya MK m. 834 (üst hakkı iradının güvencesi olarak ipotek kurulmasını isteme hakkı) ve m. 831 (üst hakkının süresinden önce devri istemi) hükümlerinde olduğu gibi, resmî senette düzenlenmelerine gerek olmaksızın doğrudan doğruya kanun tarafından verilmiştir; ya da bir borca ilişkin olarak taraflar arasında kararlaştırılan söz konusu kayıt,

irtifak hakkı sahibinin hakkını kullanmasına "katlanma" ya da mülkiyet hakkının içeriğindeki bazı yetkileri kullanmaktan "kaçınma" şeklinde pasif bir davranışta bulunma borcu ile karşı karşıya kalmaktadır. Ancak bir taşınmaz yükü (MK m. 839 vd.) söz konusu olduğunda yüklü taşınmaz malikinin asli edim olarak bir yapma borcu altına girmesi mümkündür. Arazi malikinin kendi toprağından çıkan suyun teslimine ilişkin borç altına girmesi konusundaki İsviçre Federal Mahkeme kararı için bkz. ATF 131 I 321 (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/c1131321.html>) (erişim tarihi: 27.5.2015); Paul-Henri Steinauer, *Les droits réels*, Tome II, 4ème édition, Berne 2012, sh. 413.

üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinde yer almak ve ayrıca tapu siciline şerh verilmek suretiyle eşyaya bağlı borç niteliğini kazanır.

Üst hakkı ile ilgili sözleşme hükümleri konusundaki son grubu ise, sadece taraflar arasında etki doğuran ve tapu siciline şerh verilme imkânı bulunmayan hükümler oluşturmaktadır. Üst hakkı sahibinin, üst hakkının tesisi karşılığında taşınmaz malikine karşı yerine getirmeyi üstlendiği irat ödeme borcu da bu grup içerisinde yer almaktadır.

2) İsviçre Medenî Kanunu'nda meydana gelen değişiklikler

İsviçre Medenî Kanunu'nda 11 Aralık 2009 tarihinde kabul edilen ve 1 Ocak 2012 tarihinde yürürlüğe giren yasal düzenlemeler üst hakkı ile ilgili olarak önemli değişiklikler meydana getirmiştir.

Üst hakkı ile ilgili maddelerin başlangıç hükmünü oluşturan ve "Konu ve Tapu Kütüğüne Kayıt" başlığını taşıyan m. 779'da herhangi bir değişikliğe gidilmediği görülmektedir. Esas itibarıyla değişikliklerin yapıldığı 779a ve 779b maddelerinde meydana gelen yenilikler ise şu şekilde özetlenebilir:

İsv. MK m. 779a'nın ilk fıkrası "Üst hakkının kurulmasına ilişkin olarak gerçekleştirilen *hukukî işlemin geçerliliği resmî şekilde düzenlenmesine bağlıdır*"²⁷ şeklinde bir değişikliğe uğramıştır. Hükmün önceki hâli ise "*Bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkının kurulmasına ilişkin sözleşmenin geçerliliği resmî şekilde düzenlenmesine bağlıdır*"²⁸ şeklinde idi. Türk Medenî Kanunu'nda ise özel olarak üst hakkının kurulmasına yönelik olarak gerçekleştirilen hukukî işlemin geçerliliği konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, MK m. 781 ile ortaya konulan "İrtifak hakkının kurulmasına ilişkin sözleşmenin geçerli olması, resmî şekilde düzenlenmesine bağlıdır" hükmü bu konuda herhangi bir boşluk doğmasına meydan vermemektedir.

²⁷ Hükmün Fransızca metni: "L'acte constitutif d'un droit de superficie n'est valable que s'il a été passé en la forme authentique".

Hükmün Almanca metni: „Das Rechtsgeschäft über die Errichtung eines Baurechts bedarf zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung“.

²⁸ Hükmün Fransızca metni: "Le contrat constitutif d'un droit de superficie distinct et permanent n'est valable que s'il a été fait par acte authentique".

Hükmün Almanca metni: „Der Vertrag über die Begründung eines selbständigen und dauernden Baurechtes bedarf zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung“.

Maddede yapılan diğer bir değişiklik ise, İsv.MK m. 779a hükmüne ikinci bir fıkra ilave edilmesi suretiyle gerçekleştirilmiştir. Önceki düzenlemede yer almayan bu hüküm şu şekilde tercüme edilebilir: “Üst hakkı iradı ile diğer (konulardaki) sözleşme hükümlerinin tapu siciline şerh verilebilmeleri için, söz konusu kayıtların resmî şekilde düzenlenmesi gerekir”.²⁹

Görüldüğü gibi, İsv.MK m. 779a’ya eklenen ikinci fıkra ile, üst hakkı iradı ile diğer (özellikle taşınmaz malikine kalan yapılar için üst hakkı sahibine ödenmesi kararlaştırılan bedelin miktarı, bu miktarın hesaplanış biçimi, bu bedel borcunun kaldırılması ve arazinin ilk hâline getirilmesi hakkında gerçekleştirilen üst hakkına ilişkin) sözleşme hükümlerinin tapu kütüğüne şerh verileceğinin taraflarca kararlaştırılmış olması hâlinde, bunların üst hakkının kurulmasına yönelik olarak gerçekleştirilen irtifak sözleşmesinde (resmî senette) düzenlenmesi gerektiği hususu öngörülmektedir. Böylelikle, İsviçre hukukunda üst hakkı iradının ödenmesi konusundaki alacağın da tapu kütüğüne şerh verilmek suretiyle üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi imkânı doğmuştur.³⁰

Üst hakkı ile ilgili olarak yapılan diğer bir değişiklik ise, İsv.MK m. 779b hükmünün başlığını oluşturan “İçerik ve Kapsam” ifadelerinin “İçerik, Kapsam ve Şerh” olarak değiştirilmesine ilişkindir. İsv. MK m. 779b’nin ilk fıkrası, olduğu gibi korunmuş; bununla birlikte maddeye ikinci bir fıkra eklenmiştir. İkinci fıkra şu hükmü ortaya koymaktadır: “Taraflarca kararlaştırılması hâlinde, diğer sözleşme hükümleri de tapu siciline şerh verilebilir”.³¹

²⁹ Hükmün Fransızca metni: “La rente du droit de superficie et les éventuelles autres dispositions contractuelles doivent être passées en la forme authentique lorsqu’il est prévu de les annoter au registre foncier”.

Hükmün Almanca metni: „Sollen der Baurechtszins und allfällige weitere vertragliche Bestimmungen im Grundbuch vorgemerkt werden, so bedürfen sie zu ihrer Gültigkeit ebenfalls der öffentlichen Beurkundung“.

³⁰ Bkz. Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 4. Auflage, Zürich 2012, sh. 377; Cyril Galland, Le contenu des servitudes foncières - Aspects de droits réels et obligations de faire rattachées à la servitude, Zürich 2013, sh. 366-367; Steinauer, Tome III, sh. 127.

³¹ Hükmün Fransızca metni: “Si les parties en conviennent, d’autres dispositions contractuelles peuvent être annotées au registre foncier”.

Hükmün Almanca metni: „Weitere vertragliche Bestimmungen können im Grundbuch vorgemerkt werden, falls die Parteien dies vereinbaren“.

İsv.MK m. 779b hükmüne eklenen ikinci fıkra, ilk fıkranın tamamlayıcısı niteliğindedir. MK m. 827 hükmünün karşılığını oluşturan İsv.MK m. 779b/f. 1; üst hakkının içeriği ile ilgili olarak resmî senette yer alan ve özellikle yapının konumu, şekli, niteliği, boyutları, özgülenme amacı ve üzerinde yapı bulunmayan alandan faydalanılmasına ilişkin sözleşme kayıtlarının, üst hakkını ve yüklü taşınmazı sonradan iktisap eden herkes için bağlayıcı olduğu hükmünü ortaya koymaktadır. İleride daha ayrıntılı bir biçimde inceleyeceğimiz gibi, üst hakkının içeriği ile ilgili olan ve üst hakkını kuran irtifak sözleşmesine ilişkin resmî senette düzenlenen bu kayıtlar aynî etkiye sahip olup, nitelikleri gereği herkese karşı ileri sürülebilmektedirler.³² İsv.MK m. 779b/f. 2 hükmü ise, ilk fıkrada belirtilen ve herkes için bağlayıcı olduğu öngörülen bu sözleşme kayıtları dışında kalan diğer sözleşme hükümlerinin, iki tarafın da rıza göstermesi durumunda, tapu siciline şerh verilebileceği hususunu düzenlemektedir. Dolayısıyla üst hakkı iradının ödenmesi konusundaki alacağın da, taraflarca kararlaştırılması hâlinde tapu siciline şerh verilmesi ve üst hakkını sonradan iktisap eden kişilere karşı da ileri sürülmesi mümkün hâle gelmektedir.

İsviçre Medenî Kanunu Revizyonuna İlişkin İsviçre Federal Konseyi'nin 27 Haziran 2007 tarih ve 07.061 sayılı Mesajında³³, üst hakkının içerik ve kapsamıyla ilgili olarak İsv.MK m. 779b (MK m. 827)'de düzenlenen ve herkes için bağlayıcı olduğu öngörülen sözleşme kayıtlarının aynî niteliğe sahip olduğu belirtilmiş; buna karşılık üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinde yer almakla birlikte, söz konusu kayıtların dışında kalan hükümlerin ise yalnızca sözleşmenin tarafları arasında etki doğurabilir nitelikte olduğuna (borçlar hukuku alanının bir parçası olduğuna) işaret edilmiştir.

³² Tuor/Schnyder/Schmid, sh. 961.

³³ Bkz. İsviçre Medenî Kanunu Revizyonuna İlişkin İsviçre Federal Konseyi'nin 27 Haziran 2007 tarih ve 07.061 sayılı Mesajı, sh. 5045 (Message concernant la Révision du Code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels): "Les dispositions contractuelles portant sur les effets et l'étendue du droit de superficie sont obligatoires pour tout acquéreur du droit de superficie et de l'immeuble grevé (art. 779b CC). Ces éléments du contrat de servitude sont de nature réelle. Les autres dispositions du contrat de superficie relèvent uniquement du droit des obligations" (Bkz. <https://www.admin.ch> (erişim tarihi : 27.5.2015)).

Mesajda³⁴ özellikle üst hakkının başkasına devri hâlinde, üst hakkını iktisap eden kişinin, kendisinden önce gerçekleştirilmiş olan irtifak sözleşmesinde yer alan ve aynî etkiyi haiz olmayan kayıtlar ile de bağlı olmasına imkân yaratılmasının, hem yüklü taşınmaz malikinin hem de üst hakkını devreden kişinin lehine bir durum yaratacağı belirtilmektedir. Yasa değişikliği ile, **İsv.MK m. 779b/f. 1** hükmü kapsamı dışında kalan sözleşme hükümlerinin tapu siciline şerh verilmesiyle, üst hakkı sahibi ve onun külli haleflerinin yanı sıra, cüz'î haleflerine karşı da ileri sürülebilme imkânının getirilmesine sebep olarak da bu durum gösterilmektedir. Böylelikle, **yüklü taşınmaz malikinin, önceki üst hakkı sahibi ile kararlaştırmış oldukları (üst hakkının kapsam ve içeriğine ait olmayan) hususları, üst hakkını devralan kişiye karşı da ileri sürülebilmesi için, yeni üst hakkı sahibinin TBK m. 195 vd. hükümleri uyarınca önceki üst hakkı sahibinin borcunu üstlenmesine gerek kalmamaktadır.**³⁵ Zira üst hakkının kurulmasına yönelik irtifak sözleşmesinde yer alan bu kayıtlar, tapuda gerçekleştirilecek olan şerh işlemi neticesinde “eşyaya bağlı borç” niteliği kazancak ve her yeni üst hakkı sahibine karşı ileri sürülebilecektir. Ancak bu hükümlerin tapu siciline şerh verilebilmesi için, bunların, resmî şekil şartına uyularak düzenlenmiş olması, diğer bir ifadeyle üst hakkını kuran irtifak sözleşmesine ilişkin resmî senette yer alıyor olması gerekir (**İsv.MK m. 779a/f. 2**).

Görüldüğü gibi, İsviçre hukukunda da resmî senette yer almasına rağmen, üst hakkının kapsam ve içeriği dışında kalan kayıtlar, sadece irtifak sözleşmesinin tarafları arasında etki doğurmaktadır.³⁶ Fakat taraflarca kararlaştırılması hâlinde bu kayıtların şerh ile üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir hâle gelmesi mümkündür. Bu bakımdan, resmî senette yer alan her kaydın aynî nitelikte olduğu ileri sürülemezdir.

Üst hakkı ile ilgili olarak İsviçre Medenî Kanunu'nda yapılan değişiklikler kapsamında belirtilmesi gereken son husus ise, Medenî Kanun'un 830. maddesinin karşılığını oluşturan **İsv.MK m. 779e** hükmünün yürürlükten kaldırılmasıdır. Hatırlanacağı üzere bu madde,

³⁴ Mesaj, sh. 5045-5046.

³⁵ Galland, sh. 366.

³⁶ Schmid/Hürlimann-Kaup, sh. 377.

taşınmaz malikine kalan yapılar için üst hakkı sahibine ödenmesi kararlaştırılan bedelin miktarı ve bunun hesaplanış biçimi ile bu bedel borcunun kaldırılmasına ve arazinin ilk hâline getirilmesine ilişkin anlaşmaların, üst hakkının kurulması için gerekli olan resmî şekle tâbi olduğu ve tapu kütüğüne şerh verilebileceği hususlarını öngörmekteydi. Maddenin yürürlükten kaldırılmasındaki amaç ise 779a ve 779b maddelerine ek olarak getirilen iki fıkranın da, üst hakkının kapsam ve içeriği dışında kalan kayıtlara yönelik olarak genel bir şerh edilebilme imkânını öngörmüş olmasıdır. Gerçekten, 2012 tarihli yasa değişikliğinden önce, yalnızca İsv.MK m. 779e'de düzenlenen ve taşınmaz malikine kalan yapılar için üst hakkı sahibine ödenmesi kararlaştırılan bedelin miktarı ve bunun hesaplanış biçimi ile bu bedel borcunun kaldırılmasına ve arazinin ilk hâline getirilmesine ilişkin anlaşmalar bakımından şerh imkânı bulunmakta iken; 2012 değişikliği sonrasında kapsam genişletilmiş ve üst hakkı iradını ödeme borcuna yönelik anlaşmalar da dâhil olmak üzere, üst hakkının içeriği ile ilgili olmayan tüm sözleşme kayıtları tapu siciline şerh verilme olanağına kavuşmuştur.³⁷ Dolayısıyla, taşınmaz malikine kalan yapılar için üst hakkı sahibine ödenmesi kararlaştırılan bedele ilişkin anlaşmalar hakkında tapu siciline şerh imkânı tanıyan özel bir düzenlemenin (İsv.MK m. 779e'nin) varlığına da ihtiyaç kalmamıştır.

3) Türk hukuku-İsviçre hukuku karşılaştırması

Üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinde yer alan kayıtlar ile ilgili olarak Türk hukuku ile İsviçre hukuku arasında bir karşılaştırma yapmak gerekirse, ilk iki grubun her iki ülke mevzuatında da aynı şekilde yer aldığı görülmektedir. Bununla birlikte, 2012 tarihli yasa değişikliğinden sonra İsviçre hukukunda, Türk hukukunda hâlen mevcut olan "tapu siciline şerh verilmek suretiyle eşyaya bağlı borç hâline gelen sözleşme hükümleri" ile "sadece taraflar arasında etki doğuran ve tapu siciline şerh verilme imkânı bulunmayan hükümler" şeklindeki ayrıma son verilmiştir. İsviçre hukukunda, gerek MK m. 829'da düzenlenen ve taşınmaz malikinin üst hakkı sona erince kendisine kalan yapılar için üst hakkı sahibine ödemeyi taahhüt ettiği bedele ilişkin olarak, gerekse MK m. 834'te öngörülen ve üst hakkı iradına

³⁷ Piotet, sh. 128.

ilişkin olarak gerçekleştirilen anlaşmaların, resmî şekilde düzenlenen irtifak sözleşmesi içinde yer alması durumunda tapu kütüğüne şerh verilebileceği kabul edilmektedir. Kişisel etkiye sahip olan bu anlaşmalar tapu kütüğüne şerh verilmek suretiyle eşyaya bağlı borç niteliği kazanmaktadır. Öte yandan, İsviçre Medenî Kanunu'nda yer alan bu düzenlemeler, İsv.MK m. 779b/f. 1 (MK m. 827)'de öngörülen ve üst hakkının içeriğine dâhil olan hususlar dışında kalan kayıtların, ancak tapu siciline şerh verilmek suretiyle üçüncü kişilere karşı ileri sürülebileceğini -yoksa kendiliğinden aynı etkiye sahip olmadığını- göstermesi bakımından da önem taşımaktadır.

Türk hukukunda ise, bugün itibariyle yalnızca MK m. 830 kapsamındaki anlaşmaların tapu kütüğüne şerh verilmesi mümkün olup, üst hakkı iradına ilişkin anlaşmalar bakımından ise böyle bir imkân Türk Medenî Kanunu'nda tanınmış değildir. Kanımızca mehz kanununda yapılan değişiklikte olduğu gibi, Türk hukukunda da şerh imkânının, MK m. 830'da düzenlenen anlaşmalarla sınırlı tutulmuyarak, irat alacağına yönelik anlaşmalar da dâhil olmak üzere, üst hakkının içeriğini doğrudan ilgilendiren hususlar dışında kalan ve resmî senette düzenlenen tüm kayıtlar için sağlanması gerekir. Böylelikle, üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinin taraflarına, resmî senette yer alan herhangi bir hususun üçüncü kişilere karşı etkili olup olmayacağı konusunda karar alma özgürlüğü tanınmış olacak, bu konu yalnızca sözleşme taraflarının iradesine bırakılmış olacaktır.

III- Üst Hakkının İçeriği ile İlgili Olarak Resmî Senette Yer Alan Kayıtlar ve Özellikle "Üst Hakkı İradını Ödeme Borcu"

1) Üst hakkının içeriğine ilişkin sözleşme kayıtları

Medenî Kanunun 827. maddesi, üst hakkının içeriği ile ilgili olarak, üst hakkını kuran irtifak sözleşmesine ilişkin resmî senette yer alan ve özellikle yapının konumu, şekli, niteliği, boyutları, özgülenme amacı ve üzerinde yapı bulunmayan alandan faydalanılması hakkındaki sözleşme kayıtlarının herkes için bağlayıcı olduğu hükmünü ortaya koymaktadır. Söz konusu hükümden, üst hakkının içeriğine dâhil olan bu ve benzeri nitelikteki kayıtların aynı etkiye sahip oldukları anlaşılmaktadır. Bu hüküm, mehz kanununun 779b maddesinin ilk fıkrasında düzenlenmekle birlikte; maddede zikredilen kayıtların, "üst

hakkını ve yüklü taşınmazı iktisap eden herkes" (*tout acquéreur du droit de superficie et de l'immeuble grevé / jeden Erwerber des Baurechtes und des belasteten Grundstückes*) için bağlayıcı olduğu ifadesi yer almaktadır. Kanaatimizce bu kayıtların aynî etkiyi haiz olmaları, bunların yalnız sonraki yüklü taşınmaz maliklerine ya da sonraki üst hakkı sahiplerine karşı değil, bunlar üzerinde sonradan sınırlı aynî hak elde eden, hâttâ bu hakkı ihlâl eden tüm kişilere karşı da ileri sürülebilmelerine imkân sağlamaktadır. Nitekim önceki Medenî Kanunumuzun 751/a maddesinde³⁸ de (İsv.MK m. 779b'de olduğu gibi) yer alan bu ifadeye 2002 değişikliği ile son verilmiş ve bu kayıtların "herkes için bağlayıcı" olduğu şeklindeki ifade tercih edilmiştir.

Üst hakkının içerik ve kapsamını belirleyen ve aynî niteliğe sahip olan kayıtların, TMK m. 827 hükmünde sayılanlarla sınırlı olup olmadığı hususu özellikle önceki Medenî Kanun döneminde yürürlükte olan madde metninin kaleme alınış tarzı nedeniyle öğretilerde tartışılmıştır. Bir görüş, üst hakkının içerik ve kapsamını somutlaştırıp belirleyen hususların, MK m. 827 hükmünde sayılanlarla sınırlı olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Dolayısıyla, yalnızca bu maddede zikredilen hususların aynî etkiye sahip oldukları ve sadece bunların herkes için bağlayıcı olduğu söylenebilecektir.³⁹ Diğer bir görüşe göre ise, üst hakkının içeriği ile ilgili olarak resmî senette yer alması öngörülen hususlar yalnızca örnek vermek amacıyla madde metninde sayılmıştır. Bu bakımdan, söz konusu düzenleme ile sınırlayıcı olmayan bir sayım yapılmıştır.⁴⁰ Bu çerçevede, üst hakkının bağımsızlığını ortadan kaldıran, bu hakkın başkasına devrini ya da mirasçuya intikalini yasaklayan veya sınırlandıran, üst hakkını süreye tâbi tutan kayıtların da üst hakkının içerik ve kapsamını belirleyen kayıtlar olduğu ve bu nedenle bunların da aynî niteliğe sahip olduğu

³⁸ 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı kanunla 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'ne ilave edilen m. 751/a maddesi şu hükmü içermekteydi: "Üst hakkının tesisine ilişkin resmî senette üst hakkının kapsamı, hükümleri, özellikle yapının konumu, şekli, niteliği, boyutları, tahsis amacı ve üzerinde yapı bulunmayan alandan faydalanmaya ait hususlar yer alır. Bu sözleşme hükümleri üst hakkını ve yüklü gayrimenkulü iktisap eden herkes için bağlayıcıdır".

³⁹ Bkz. bu görüşte Oğuzman/Seliçi/Öktay Özdemir, sh. 862-863; Sirmen, sh. 606.

⁴⁰ Bkz. bu görüşte Gürzumar, sh. 123; Hans-Ulrich Freimüller, *Die Stellung der Baurechtsdienstbarkeit im System der dinglichen Rechte*, Bern 1967, sh. 51; Peter Isler, *Der Baurechtsvertrag und seine Ausgestaltung*, Bern 1973, sh. 94; Viktor Müller, *Der Baurechtszins und seine grundpfandrechtliche Sicherung*, Zürich 1968, sh. 19.

savunulmaktadır.⁴¹ Şüphesiz, üst hakkının içerik ve kapsamını yakından ilgilendiren bu gibi hususların aynı etkiyi haiz olabilmeleri için, bunların üst hakkını kuran irtifak sözleşmesine ilişkin resmî senette düzenlenmiş olmaları da zaruridir.

Bize göre de, herkes için bağlayıcı olduğu ifade edilen sözleşme kayıtları, MK m. 827'de sayılanlarla sınırlı olarak yorumlanmamalıdır. Maddede kullanılan "özellikle" ifadesi ile maddenin İsv.MK'daki karşılığını oluşturan m. 779b'nin gerek Fransızca metninde yer alan "*notamment*" gerekse Almanca metnindeki "*namentlich*" ifadesi kanımızca bu düşüncemizi doğrular niteliktedir. Yalnız bu kayıtların herkes için bağlayıcı nitelikte addedilebilmesi için, bunların üst hakkının içerik ve kapsamıyla doğrudan ilgisinin bulunması ve bu kayıtlara resmî senette yer verilmiş olması gerekmektedir.

Bu bağlamda irtifak sözleşmesinde, üst hakkı sahibinin arazi üzerinde örneğin bir buz pateni pisti inşa etmesi kararlaştırılmış ise, bu husus herkes için bağlayıcı olan (aynî etkili) bir kayıt niteliğindedir. Çünkü bu husus, üst hakkının içeriğiyle doğrudan ilgili olup, aynı hakkın konusu olan yapının niteliğine ilişkin bir kayıt olarak resmî senette yer almaktadır. Bu bakımdan ne üst hakkı sahibi ne de onun külli ya da cüz'i halefleri, arazi üzerinde buz pateni pisti yerine, mescit ya da yüzme havuzu inşa edebilirler.

2) Özel olarak: Üst hakkı iradını ödeme borcu

a) Üst hakkı iradı

Taşınmaz maliki üst hakkını karşılıksız olarak tesis edebileceği gibi, bu hakkı, kendisine belli bir ivazın verilmesi karşılığında da kurabilir. Bu bakımdan, üst hakkı tesisi karşılığında taşınmaz malikine ödenmesi kararlaştırılan bedel, üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinin⁴² objektif açıdan esaslı bir unsurunu oluşturmaz.⁴³

⁴¹ Isler, sh. 95; Gürzumar, sh. 123.

⁴² Üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinin şekil bakımından geçerli sayılması için resmî şekil şartına uyulması, diğer bir deyişle sözleşmenin resmî memur (tapu sicil müdürü) tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Bkz. Yarg. 14. HD, 26.6.2007 tarih ve 7364/8384 sayılı kararı (Bkz. <http://www.kazanci.com> (erişim tarihi: 27.5.2015)).

⁴³ İsviçre Federal Mahkemesinin bu yöndeki bir kararı için bkz. 5A_251/2010.

Üst hakkı sahibinin, bu hakkın tesisi karşılığında taşınmaz malikine karşı yerine getirmeyi taahhüt ettiği edimler yapma, yapma veya verme borcu şeklinde ortaya çıkabilir.⁴⁴ Belirli bir meblağın ödenmesi şeklinde ortaya çıkan borçlarda, taraflar bu meblağın tek bir seferde verilmesi ya da dönemsel olarak yani irat (*rente du droit de superficie/Baurechtszins*) biçiminde ödenmesi konusunda anlaşabilirler.⁴⁵

b) Üst hakkı iradını ödeme borcunun *hukukî niteliği*

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, üst hakkının içeriğine dâhil olmayıp, bu hakkın konusunu oluşturan yapının bakımı, muhafazası, kiraya verilmesi ya da işletilmesi gibi hususlarla ilgili olarak taraflar arasında gerçekleştirilen anlaşmaların, sadece bu sözleşmenin taraflarını ve onların küllî haleflerini bağladığı kabul edilmektedir.⁴⁶ Üst hakkı sahibinin, bu hakkın tesisi karşılığında taşınmaz malikine karşı belli bir edimin yerine getirilmesi konusunda bir taahhütte bulunması hâlinde de, bu taahhüdün, üst hakkı sahibinin kişisel borcu olduğunu söylemek yanlış olmaz.⁴⁷ Çoğu kez irat ödeme borcu şeklinde karşımıza çıkan bu yükümlülük, üst hakkının içeriğine dâhil bir unsur olmadığı gibi üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinin objektif açıdan esaslı bir unsuru da değildir.⁴⁸ Nitekim tarafların irtifak söz-

⁴⁴ Ertaş, sh. 511.

⁴⁵ Ödemenin dönemsel -örneğin senelik- olarak yapılmasının kararlaştırılması durumunda, arazi malikinin arazisi üzerinde üst irtifakı kurmaktan beklediği menfaati daha iyi bir şekilde elde edeceği düşüncesinde bkz. Bertan, sh. 1540. Özellikle, arazi malikine yapılacak olan yıllık ödemenin maktu bir bedel tayin edilerek değil de, üst hakkının ödeme zamanındaki maddi değeri esas alınarak yapılacağı kararlaştırılırsa, arazi malikinin elde edeceği paranın değerini kaybetmesi tehlikesi ortadan kalkmış olur. Bu görüşte bkz. Ballif, sh. 177.

⁴⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 863; Sirmen, sh. 606.

⁴⁷ Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 863; Hans Michael Riemer, Die Beschränkten Dinglichen Rechte, 2. Auflage, Band II, Bern 2000, sh. 81; Steinauer, Tome III, sh. 127; Ballif, No: 375, 440, 558; Roland Ruedin, Le droit réel de superficie, Neuchâtel 1969, sh. 26; Schmid/ Hürlimann-Kaup, sh. 377; Freimüller, sh. 53-54, 78; Isler, sh. 45; Paul-Henri Steinauer, "La forme à respecter pour prévoir ou modifier une rente superficière-Arrêt du Tribunal fédéral du 19 novembre 2010 (5A_251/2010)", Baurecht/Droit de la Construction 2011 (Edt: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli/ve diğerleri), sh. 67-68; Gümüş, sh. 559; Gürzumar, sh. 152-154; Sirmen, sh. 606; Akipek, sh. 49; Ünal, sh. 193. Buna karşılık Ertaş, bu borcun, üst hakkının sonraki maliklerini de bağlayıcı olduğunu savunmaktadır. Bkz. Ertaş, sh. 511.

⁴⁸ Gürzumar, sh. 125, 154; Akipek, sh. 30; Freimüller, sh. 75; Isler, sh. 44; Steinauer, La forme, sh. 67.

leşmesinin ivazsız olmasını kararlaştırmaları da mümkündür. Sadece taraflar⁴⁹ açısından hüküm ifade eden irat ödeme borcu aynı bir etkiye de sahip olmayacaktır.⁵⁰ Bu nedenle, üst hakkının başkasına devri hâlinde bu hakkı devralan kişi, borcun üstlenilmesi (TBK m. 195 vd.) hükümlerine göre irat ödeme borcunu üstlenmedikçe, taşınmaz maliki ile kendisinden önceki üst hakkı sahibi arasında kararlaştırılmış olan bu edimin yerine getirilmemesinden dolayı sorumlu olmaz.⁵¹ Bu sayede, taşınmaz malikinin rızası olmaksızın üst hakkı iradını ödeme borcu, onun hiç tanımadığı ya da ödeme gücü hakkında herhangi bir bilgi sahibi olmadığı yeni bir borçlunun (üst hakkını devralan kişinin) sorumluluk alanına geçmeyecektir.⁵²

IV- Üst hakkı iradına ilişkin alacağın güvencesini oluşturan kanunî ipotek hakkı

1) Genel olarak

MK m. 834/f. 1 hükmü, taşınmaz malikinin, taşınmazı üzerinde üst hakkı tesis etmesinin karşılığı olarak kendisine irat biçiminde borçlanılan edimleri güvence altına alabilmesi amacıyla, irat alacağının en çok üç yıllık miktarı ile sınırlı olmak üzere, tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilmiş olan üst hakkının ipotek edilmesini o tarihteki üst hakkı sahibinden isteyebileceği hususunu öngörmektedir.

İrat alacağının güvencesini oluşturan kanunî ipotek hakkı, üzerinde üst hakkının tesis edilmiş olduğu yüklü taşınmaz üzerinde sahip olunan mülkiyet hakkına bağlı bir hak olmayıp; üst hakkının tesisi karşılığında ödenmesi kararlaştırılan irat alacağına bağlı bir haktır. Yüklü taşınmaz malikinin sahip olduğu üst hakkı iradına ilişkin alacağın daha kolay bir biçimde güvence altına alınabilmesi için kanun

⁴⁹ Aynı şekilde, arazi malikinin MK m. 829 hükmü uyarınca üst hakkının sona ermesi durumunda kendisine kalacak olan yapının karşılığı olarak üst hakkı sahibine karşı yerine getirmeyi üstlendiği bedel ödeme borcu da kişisel niteliktedir. Bkz. Akipek, sh. 50. Ancak üst hakkı sahibinin bu alacağı MK m. 830 gereği, tapu kütüğüne şerh verilmek suretiyle arazi malikinin cüz'i haleflerine karşı da ileri sürülebilir hâle gelir.

⁵⁰ Freimüller, sh. 53; Gürzumar, sh. 124, 154; Akipek, sh. 49.

⁵¹ Schmid/Hürlimann-Kaup, sh. 377; Steinauer, La forme, sh. 68.

⁵² Ballif, No: 562.

tarafından öngörülmüş olması nedeniyle, alacağı teminat altına alan bağlı (fer'i) haklar arasında yer alır.⁵³

İrat alacağının güvencesini teşkil edecek olan kanunî ipotek hakkı ile ilgili olarak dikkat edilmesi gereken hususlardan biri, üst hakkının tapu sicilinin ayrı bir sayfasına taşınmaz olarak kaydedilmiş olması şartıdır.⁵⁴ Yukarıda da açıklamış olduğumuz gibi, yalnızca sürekli ve bağımsız olarak kurulmuş olan üst hakkı, tapuya taşınmaz olarak kaydedilebilir. Bu nedenle, örneğin 20 yıllığına kurulmuş bir üst hakkının ya da eşyaya bağlı veya şahısla kaim olarak kurulan üst haklarının tapuda taşınmaz olarak kayıtları mümkün değildir.⁵⁵ Bu nitelikte kurulan ve kanun gereği tapuya taşınmaz olarak kaydedilemeyen üst haklarının, irat alacağının teminatını oluşturmak üzere bir kanunî ipoteğe konu olması da düşünülemez.

2) İrat alacağının güvencesini oluşturan kanunî ipotek hakkının genel özellikleri

Üst hakkı iradının güvencesini oluşturan kanunî ipotek hakkı tescile tâbi bir kanunî ipotektir.⁵⁶ Bilindiği gibi, kanunî ipotek haklarından bazılarının doğumu için tapu siciline tescil yapılması gerekmeyip, bu haklar doğrudan doğruya kanun gereği sicil dışında doğmaktadır.

⁵³ Ballif, sh. 175. Ayrıca bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, İstanbul 2011, sh. 1191. Fer'i (bağlı) haklar konusunda bkz. Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 2. Baskı, İstanbul 2013, sh. 27.

⁵⁴ Bkz. Gürzumar, sh. 132; Gümüş, sh. 561; Tuor/Schnyder/Schmid, sh. 963; Peter R. Isler/ Renato Costantini, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 4. Auflage (Hrsg: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), Art. 779-779I ZGB, Basel 2011, sh. 1532; Schmid/ Hürlimann-Kaup, sh. 378; Isler, sh. 142; Piotet, sh. 143.

⁵⁵ 30 yıl ve daha fazla süreliğine kurulmuş olmasına rağmen, üst hakkının tesisi sırasında, hakkın üçüncü kişilere devredilemeyeceğine ve mirasçılara intikal etmeyeceğine karar verilmiş olması hâlinde veya kamu kuruluşlarınca getirilmek istenilen kısıtlamalar da dâhil olmak üzere üst hakkı üzerinde gerçekleşecek tasarrufların, yüklü taşınmaz malikinin izninin alınması şartıyla yapılabileceğine yönelik kısıtlamalar getirilmesi durumunda; üst hakkının artık "bağımsız" bir nitelik kazanması mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, bu tür hak tesisi taleplerinin sadece taşınmaz tapu kütüğü sayfasının "İrtifak Hakları ve Gayrimenkul Mükellefiyetleri" sütununda irtifak hakkı şeklinde tescil edilmek suretiyle karşılanması gerektiği Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tasarruf İşlemleri Dairesi Başkanlığı'nın 15.06.2010 tarih ve 2010/12 no'lu Genelgesi ile de öngörülmektedir.

⁵⁶ Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 957; Isler/Costantini, sh. 1532.

Bunlar hakkında tapu siciline tescil yapılması mümkündür, fakat yapılan bu tescil açıklayıcı niteliğe sahiptir.⁵⁷ Diğer bazı kanunî ipotek hakları ise yine kanun tarafından öngörülmele birlikte, bunların doğumu için tescilin yapılması şarttır.⁵⁸ Tescile tâbi olan bu tür ipotek haklarına öğretide dolaylı kanunî ipotek hakkı adı da verilmektedir.⁵⁹ MK m. 892 hükmü, kanunî ipotek haklarının doğumunun, aksi kanunda öngörülmüş olmadıkça tapu kütüğüne tescil edilmelerine bağlı olmadığını belirtmektedir. Dolayısıyla, kanunî ipotek hakları Medenî Kanunda öngörülen bu genel kural itibariyle tescile bağlı olmadan doğmaktadırlar. MK m. 834 ile m. 835’de düzenlenen ve arazi malikine azami üç yıllık irat alacağı için üst hakkı üzerinde tanınan kanunî ipotek hakkının tescille doğacağını ortaya koyan hükümler ise bu bakımdan genel kurala getirilen bir istisna niteliği taşımaktadır.

Taşınmaz malikinin, üst hakkı sahibinden olan irat alacağını teminat altına almak için tescil edilen kanunî ipotek, üst sınır (azamî meblağ) ipoteği olarak kurulmaktadır.⁶⁰ Dolayısıyla, söz konusu ipoteğin en fazla hangi miktara kadar teminat teşkil ettiği tapu kütüğünde gösterilmektedir. Azamî meblağ ipoteğinin bir özelliği olarak, taşınmaz malikinin irat alacağını elde etmek maksadıyla gerçekleştireceği takip giderleri ya da sözleşme faizleri gibi asıl alacağa bağlı diğer giderler, tapuda belirlenmiş olan üst sınırı aşılıyor ise, aşan bu miktar teminat kapsamına girmez.⁶¹ Öte yandan, kanunî ipotekle güvence al-

⁵⁷ Tescile tâbi olmayan kanunî ipotek hakkı örnekleri için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktaç Özdemir, sh. 954-955; Pierre Gapany, “Hypothèques légales: La portée pratique des modifications du Code civil du 11 décembre 2009”, Journal des tribunaux 2, Droit civil, poursuite pour dettes et faillites et procédure civile: Jurisprudence fédérale, Lausanne 2013, sh. 73.

⁵⁸ Bkz. Bülent Köprülü/Selim Kaneti, Sınırlı Aynî Haklar, İstanbul 1982-1983, sh. 304; Oğuzman/Seliçi/Oktaç Özdemir, sh. 955.

⁵⁹ Gürzumar, sh. 133; Gümüş, sh. 560; Isler/Costantini, sh. 1532; Schmid/Hürliemann-Kaup, sh. 378; Selâhattin Sulhi Tekinay, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar, Eşya Hukuku C. II/3, İstanbul 1994, sh. 62.

⁶⁰ Bkz. Piotet, sh. 145; Schmid/Hürliemann-Kaup, sh. 378; Ballif, No: 563; Oğuzman/Seliçi/Oktaç Özdemir, sh. 863; Gürzumar, sh. 133; Gümüş, sh. 561; Tuor/Schnyder/Schmid, sh. 963; Isler/Costantini, sh. 1532.

⁶¹ Piotet, sh. 145. Azamî meblağ ipoteği hakkında bkz. Ertaş, sh. 529; Oğuzman/Seliçi/Oktaç Özdemir, sh. 941. Ayrıca bu konuda bkz. Yarg. 8. HD, 21.3.2014 tarih ve E. 2013/12044, K. 2014/4850 sayılı kararı: “Azamî meblağ ipoteğinde borcun ulaşacağı miktar belirsiz olduğundan, taşınmazların ne miktar için teminat teşkil edeceği ipotek akit tablosundaki limitle sınırlanabilir. MK’nın 875. maddesinde belirtilen ve ipotekle teminat altına alınan ana borç, faiz, icra takip giderleri ve

tına alınması öngörülen irat alacağına muaccel olması da gerekmez, henüz vadesi gelmemiş irat alacağı da kanunî ipotekle güvence altına alınabilir.⁶²

MK m. 834/f. 1 hükmü uyarınca, irat alacağını temin etmek amacıyla yüklü taşınmaz malikine tanınan kanunî ipotek hakkı, en çok üç yıllık⁶³ irat için istenebilmektedir. Buna karşılık tarafların, üç yıldan uzun sürecek olan irat alacağını teminat altına almak için tapuya taşınmaz olarak tescil edilmiş bulunan üst hakkı üzerinde “iradî olarak” taşınmaz rehni tesis etmeleri de mümkündür. Bu amaçla gerçekleştirilen rehin sözleşmesinin resmî şekilde yapılması geçerlilik şartıdır (MK m. 856/f. 2).

İratların, her yıl için eşit edimler biçiminde belirlenmemiş olması hâlinde; kanunî ipoteğin tescili, iratların eşit olarak dağıtılması neticesinde üç yıla düşecek miktarı için istenebilecektir (MK m. 834/f. 2). Bu hükme göre, belirlenen irat miktarının toplam değeri hesaplandıktan sonra, bu değer, üst hakkının tesis edildiği yıl sayısına bölünecek ve elde edilen bu ortalama değer üç katı, kanunî ipotek ile sağlanan teminatın sınırını oluşturacaktır. Taraflarca iratların yıllık olarak değil de örneğin altı ayda bir ya da aylık olarak ödenmesi kararlaştırılmışsa,

taraflarca kararlaştırılan eklentilerden oluşan toplam borç miktarının bu limiti aşması mümkün değildir... İpoteğin üst sınır ipoteği olması hâlinde borçlu ve ipotek veren sadece ipotek akıt tablosunda belirtilen miktar ile sınırlı olmak üzere sorumludur”. Ayrıca bkz. Yarg. HGK, 24.5.1989 tarih ve 11-294/378 sayılı; Yarg. 12. HD, 18.10.2011 tarih ve 3666/19126 sayılı ve Yarg. 12. HD, 11.11.2010 tarih ve 25840/26725 sayılı kararları (Bkz. <http://www.kazanci.com> (erişim tarihi: 27.5.2015)).

⁶² Schmid/Hürlimann-Kaup, sh. 378; Tuor/Schnyder/Schmid, sh. 961; Isler/Costantini, sh. 1533; Steinauer, Tome III, sh. 129. Bu konudaki İsviçre Federal Mahkeme kararı için bkz. BGE 106 II 183 (Bkz. <http://relevancy.bger.ch>) (erişim tarihi: 21.12.2013). Kararda üst hakkı iradının güvencesini oluşturan kanunî ipotek hakkı ile İsviçre Medenî Kanununun 712i maddesinde düzenlenen kat mülkiyetine tâbi taşınmazlarda kat maliklerinin “son üç yıllık” ortak giderlerinin teminatını teşkil eden kanunî ipotek hakkının bu konu çerçevesinde karşılaştırması yapılmıştır.

⁶³ Kanunî ipoteğin üç yıllık irat tutarıyla sınırlandırılmasının, söz konusu ipoteğin icra yoluyla satışta terkin edilmemesi kuralı ile anlam kazandığı görüşüne dikkat çeken Gürzumar, sh. 133 ve bu sınırlandırmayı yerinde bulan yazarlar için bkz. Gürzumar, sh. 133, dn. 508. Bilindiği gibi, üst hakkı iradının güvencesini oluşturan kanunî ipotek hakkının icra yoluyla satışta terkin olunmayacağı kuralı MK m. 835/f. 1 hükmü ile öngörülmektedir. İpotek tesisinin, üst hakkı iradının azami üç yıllık tutarı için istenebilmesinin yetersiz bir koruma sağladığı ve MK m. 835/f. 1 hükmünün, buradaki teminat sınırlandırması için yeterli bir gerekçe oluşturmadığı yönündeki düşünce için bkz. Gümüş, sh. 562-563.

belirlenen bu tutarın yıllık olarak değer hesabı yapılacak ve yine üç yıla denk gelen miktar için kanunî ipotek hakkı kurulabilecektir.⁶⁴

Bununla beraber kanunî ipotek hakkı, üst hakkı ivazının tek bir seferde değil de irat hâlinde ödeneceğinin kararlaştırılması durumunda söz konusu olabilir. Tarafların, üst hakkının tesisi karşılığında verilen üst hakkı bedelinin ödenmesini taksidde bağlamaları durumunda, arazi malikinin bu taksitler için kanunî ipotek hakkının tescilini talep etmesi ise mümkün değildir.⁶⁵

3) Üst hakkı sahibinin kanunî ipoteği kurma borcunun hukukî niteliği

Üst hakkı sahibinin, irat alacağının güvence altına alınması amacıyla üst hakkı üzerinde kanunî ipoteği kurma borcu, nitelik itibariyle eşyaya bağlı bir borçtur.⁶⁶ Nitekim MK m. 834/f. 1 hükmü, yüklü taşınmaz malikinin üst hakkı iratlarını güvence altına almak amacıyla üst hakkı üzerinde kanunî ipotek kurulmasını “o tarihteki üst hakkı sahibinden” isteyebileceğini belirtmek suretiyle, taşınmaz üzerinde üst hakkına sahip olan kişinin değişmesi hâlinde dahi, yeni üst hakkı sa-

⁶⁴ Gürzumar, sh. 132-133, dn. 507; Isler/Costantini, sh. 1533.

⁶⁵ Gümüş, sh. 562. Art arda ifalı, dönemsel ya da periyodik edimli sözleşmelerde, borçlu düzenli veya düzensiz aralıklarla tekrarlanan ifa hareketlerinde bulunarak borcunu yerine getirmektedir. Bu bakımdan, burada zaman içinde ifa edilmesi gereken birden fazla edim bulunmaktadır. Dönemsel edimli sözleşmelerden farklı olarak, taksitli (kısım kısım ifa edilen) sözleşmelerde ise nitelik olarak bölünebilir olan tek bir edim vardır. Her ifa hareketi, borçluyu borcundan kısmen kurtarmaktadır. Taksitli sözleşmelerde zaman unsurunun sözleşmenin niteliği bakımından herhangi bir etkisi bulunmamakta, yalnızca edimin ifa edilme tarzının süreye bağlandığı bir durum söz konusu olmaktadır. Nitekim taksitli sözleşmelerde, birden fazla edimden bahsedilemez; tek bir edim kısım kısım ifa edilmektedir. Bu konuda bkz. Pınar Altınok Ormancı, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2011, sh. 17-18, 27.

⁶⁶ Eşyaya bağlı borçlarda eşya üzerinde mülkiyet hakkına, sınırlı bir aynî hakka ya da zilyetliğe sahip olan kişi, yalnızca eşya üzerinde sahip olduğu bu aynî hak ya da zilyetlik nedeniyle başkasına karşı borçlu konumunda bulunmaktadır. Borcun eşyadan ayrılması mümkün olmadığı için eşya üzerinde mülkiyet hakkı, sınırlı aynî hak ya da zilyetlik kimin üzerinde ise eşyaya bağlı borç da kendiliğinden o kişiye geçer. Bu durumda borç hem eşyayı hem de eşya üzerinde aynî hakka ya da zilyetliğe sahip olan kişiyi takip etmektedir. Böylelikle alacaklı, eşyaya bağlı borç ilişkisinden doğan alacağını, eşya üzerinde sonradan mülkiyet hakkı, sınırlı aynî hak ya da zilyetlik kazanan her kişiye karşı ileri sürebilecektir. Bkz. Şafak N. Erel, Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982, sh. 4; Eren, sh. 55; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 20-21.

hibinin -böyle bir taleple karşılaşması hâlinde- kanunî ipoteği kurma borcu ile yükümlü olacağına işaret etmektedir. Dolayısıyla, ipoteğin tescilinin talep edildiği anda üst hakkı sahibi kim ise, ipotek hakkını tapuya tescil ettirme borcu da ona ait olacaktır.⁶⁷

Bilindiği gibi eşyaya bağlı borçlar, doğrudan doğruya bir kanun hükmünden doğabilecekleri gibi, kanunun öngörmesi durumunda bir hukukî işlemde de kaynaklanabilirler.⁶⁸ Hukukî işlemde kaynaklanan eşyaya bağlı borçlar, etkilerini en belirgin olarak tapu siciline yapılan şerh vasıtasıyla gösterirler. Buna, şerhin eşyaya bağlı borç etkisi adı verilmektedir. Kanunun öngörmesi hâlinde bir borç ilişkisi şerh sayesinde eşyaya bağlı borç niteliği kazanır ve tapu siciline verilecek olan şerhten sonra taşınmazın her malikinin kendi mülkiyeti sırasında doğacak borçla yükümlü olmasına yol açar.⁶⁹ Üst hakkı iradına ilişkin alacağın güvencesini oluşturan kanunî ipoteği tesis etme borcu ise doğrudan doğruya kanundan doğan bir eşyaya bağlı borçtur.⁷⁰ Bu

⁶⁷ Bu görüşte bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 959; Gümüş, sh. 561; Gürzumar, sh. 133; Riemer, sh. 81; Schmid/Hürlimann-Kaup, sh. 378; Piotet, sh. 142; Steinauer, Tome III, sh. 129.

⁶⁸ Eren, sh. 55.

⁶⁹ Kira sözleşmesinde kiracının hakkı ile ilgili olarak bkz. Yarg. 14. HD, 6.2.2007 tarih ve E. 2006/11812, K. 2007/915 sayılı kararı: "Kira sözleşmesinden kaynaklanan kiracılık hakkı kişisel hak niteliğinde olup, bu hakkın tapuya şerh edilmesi ile aynı hak niteliği kazanmamakla birlikte, etkisi güçlenmekte, borç ilişkisi eşyaya bağlı hâle gelmekte ve üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmektedir". Benzer yönde bkz. Yarg. 14. HD, 23.1.2007 tarih ve E. 2006/14184, K. 2007/418 sayılı kararı: "Kiracılık hakkının tapuya şerhi aynı zamanda borç ilişkisini eşyaya bağlı borç durumuna koyacağından şerhten sonra taşınmaza malik olan kişi, kendi mülkiyeti sırasında doğacak borçla yükümlü olur". Ayrıca bkz. Yarg. 11. HD, 8.11.2004 tarih ve 1798/10934 sayılı kararı (Bkz. <http://www.kazanci.com> (erişim tarihi: 27.5.2015)).

⁷⁰ Kanundan doğan eşyaya bağlı borçların çoğunun kaynağını komşuluk hukukundan doğan ilişki ve yükümlülükler belirlemektedir. Bunlara örnek olarak, her arazi malikinin, komşusunun istemi üzerine belli olmayan sınırların belirlenmesi için tapu plânlarının düzeltilmesine veya arz üzerine sınır işaretleri konulmasına katkıda bulunmakla yükümlü olduğunu belirten MK m. 720 hükmü; her arazi malikinin, taşınmazının sınırının çit veya duvar gibi sınırlıklarla çevrilmesi için yapılan giderleri karşılamak zorunda olduğunu öngören MK m. 749 hükmü; her taşınmaz malikinin, uğrayacağı zararın tamamının önceden ödenmesi koşuluyla su yolu, kurutma kanalı, gaz ve benzerlerine ait boruların, elektrik hat ve kablolarının başka yerden geçirilmesi olanaksız veya aşırı ölçüde masraflı olduğu takdirde kendi arazisinin altından veya üstünden geçirilmesine katlanmakla yükümlü olduğunu ortaya koyan MK m. 744 hükmü ve yine her taşınmaz malikinin, tam bir bedel karşılığında kendi taşınmazından genel yola çıkmak için yeterli geçidi bulunmayan komşusuna bir geçit hakkı tanımak zorunda olduğunu ifade eden MK m. 747 hükmü gösterilebilir.

nedenle söz konusu borcun, üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinin tarafı olmayan ancak üst hakkını devralan üçüncü kişilere (cüz'i haleflere) karşı da ileri sürülebilmesi için tapu siciline şerh verilmesine gerek yoktur. Üst hakkını devralan kişi, kanun gereği bu kanunî ipoteği kurma borcuyla yükümlü kılınmaktadır.⁷¹

4) Kanunî ipoteğin kurulmasına yönelik talebin hukukî niteliği

Yüklü taşınmaz maliki, irat alacağını güvence altına almak amacıyla üst hakkı üzerinde kanunî ipotek kurulmasını o tarihteki üst hakkı sahibinden talep edebilir. Malik, kanunî ipoteğin kurulmasına yönelik talebini doğrudan doğruya tapu memuruna karşı kullanamaz.⁷² Taşınmaz maliki, üst hakkı üzerinde kanunî ipoteğin kurulma-

⁷¹ Gürzumar, sh. 130.

⁷² Üst hakkı iradına ilişkin alacağın güvencesini oluşturan kanunî ipotek hakkı, bu yönüyle diğer kanunî ipotek haklarından ayrılır. Örneğin MK m. 829'da düzenlenen kanunî ipoteğin kurulmasına yönelik talep, şahsî nitelikte olmayan ve doğrudan doğruya üçüncü bir kişiye (tapu memuruna) karşı yöneltilmesi mümkün olan bir taleptir. Bkz. Gümüş, sh. 547. Yazara göre, MK m. 829'da düzenlenen ipotek kurma talebi "eşya hukukuna özgü doğrudan talep" niteliğindedir. Benzer görüşte bkz. Gürzumar, sh. 192. Yazar, taşınmaz malikine kalan yapıların karşılığı olan bedelin güvencesini oluşturan kanunî ipoteği kurma borcunun eşyaya bağlı borç olmadığı için çizmekte ve ipoteğin kurulması talebinin doğrudan tapu memuruna yönelik olarak kullanılabilen "kurucu yenilik doğuran bir hak" niteliğinde olduğunu savunmaktadır. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir ise, MK m. 893'te sayılan ve aralarında inşaatçı (yapı alacaklısı) ipoteğinin de bulunduğu, tescile tâbi olan kanunî ipotek kurma yönündeki taleplerin doğrudan doğruya tapu memuruna karşı ileri sürülebilmesi ve nitelik itibarıyla aynı hak kurulmasını sağlayan bir yenilik doğuran hak olduğunu kabul etmekle birlikte, MK m. 829/f. 2 hükmü ile öngörülen bedel alacağının ödenmemesi hâlinde terkin edilen üst hakkı yerine ipotek kurma borcunun eşyaya bağlı borç niteliğinde olduğunu savunmaktadır. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 959.

Kanımızca, MK m. 893'te sayılan hâllerde hak sahibinin kanunî ipoteğin tesciline yönelik talebi, şayet Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir'in ifade ettikleri gibi bir yenilik doğuran hak niteliğinde ise ve eğer bu konudaki beyanın karşı tarafa (tapu memuruna) ulaşması ile birlikte aynı hak (kanunî ipotek hakkı) kuruluyor ise, bu hâllerde aynı hakkın tescilden önce kazanıldığını kabul etmek gerekecektir. Zira tapu memuru bu beyana göre tescil işlemini gerçekleştirmediği takdirde, hak sahibi ipotek hakkını kazanmış sayılacak, tapu memurunun yapacağı tescil işlemi açıklayıcı tescil niteliğinde olacaktır. Oysa bilindiği gibi, MK m. 893'de düzenlenen kanunî ipoteklerin doğumu için tescil şarttır. Bu bakımdan kanunî ipotek hakkının tescile tâbi olduğu hâllerde, ipoteğin kurulmasına yönelik talebin, doğrudan doğruya tapu memuruna karşı ileri sürülebilmesi ve nitelik itibarıyla aynı hak kurulmasını sağlayan bir yenilik doğuran hak olduğunu savunmak bize oldukça güç görünmektedir. Keza bununla paralel olarak Gürzumar da, MK m. 829 hükmü ile ilgili olarak savunduğu bu görüşün zayıf yanının, kanunî ipotek hakkının doğuşunun bizzat yenilik doğuran hakkın kullanılması ile değil, ancak tapu memurunun mü-

sı yönündeki talebini, üst hakkı sahibine yönelteceği bir irade beyanı ile gerçekleştirmektedir. Bu beyan, üst hakkı sahibine ulaştığı vakit, taşınmaz maliki ile üst hakkı sahibi arasında yeni bir borç ilişkisi kurulmaktadır. Taşınmaz malikinin tek taraflı irade beyanı ile kurulan bu borç ilişkisinin varlık kazanabilmesi için ayrıca karşı tarafın (üst hakkı sahibinin) kabulüne gerek yoktur. Bu borç ilişkisinin doğumu konusunda irade beyanında bulunma yetkisi kanun tarafından yalnızca irat alacaklısı olan yüklü taşınmaz malikine tanınmıştır. Taşınmaz maliki bu yetkiyi kullanıp kullanmamakta serbesttir. Onun bu yetkiyi kullanarak üst hakkı üzerinde kanunî ipoteğin kurulması yönünde bir talepte bulunması hâlinde ise, üst hakkı sahibi açısından söz konusu ipotek hakkını tapuya tescil ettirme borcu doğacaktır. Tüm bu açıklamalar bize, üst hakkı iradını güvence altına almak için yüklü taşınmaz maliki tarafından kullanılan kanunî ipoteğin kurulmasını isteme hakkının, kurucu yenilik doğuran bir hak niteliğinde olduğunu göstermektedir.⁷³

Kanunî ipotek hakkının kurulması yönündeki talebin üst hakkı sahibine ulaşması ile birlikte talebe konu olan aynı hak kendiliğinden doğmuş olmaz. Yüklü taşınmaz malikinin tek taraflı irade beyanı, üst hakkı üzerinde kanunî ipotek hakkının kurulmasını değil, üst hakkı sahibinin bu hakkı tapuya tescil ettirme borcunun doğmasını sağlamaktadır. Taşınmaz malikinin üst hakkı üzerinde kanunî ipotek hakkını kazanabilmesi için, üst hakkı sahibinin tapu memurundan ipoteğin tescilini talep etmesi, tapu memurunun da bu talebe dayanarak tescil işlemini gerçekleştirmesi gerekir.

5) İrat alacağının güvencesini oluşturan kanunî ipoteğin tescili

a) *Tescil talebi*

Bilindiği gibi, taşınmazlar üzerindeki aynı hakların kazanılması için gerekli tescili talep yetkisi, taşınmazın malikine aittir (MK m.

dahalesi ile sağlanan tescil işlemi neticesinde gerçekleşmesi olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Gürzumar, sh. 193, dn. 150.

⁷³ Bu konuda ayrıca bkz. Gümüş, sh. 561. Yazar, “kurucu yenilik doğuran hak” ismini açıkça zikretmese de, bu görüşte olduğu şu ifadelerinden anlaşılmaktadır: “İpoteğin tesisi talebinin hâlihazırdaki üst hakkı sahibine ulaşmasıyla, taşınmaz maliki ile hâlihazırdaki üst hakkı sahibi arasında konusunu ‘ipoteğin tesisi borcu’nun oluşturduğu bir borç ilişkisi doğar”.

1013/f. 1). Burada da tescili talep konusunda üst hakkı sahibi yetkili olacaktır. Zira üst hakkı üzerinde malik sıfatına o sahiptir. Üst hakkı sahibinin kanunî ipoteğin tescili konusunda talepte bulunabilmesi için, onun aynı zamanda tapu kütüğünde de üst hakkı sahibi sıfatıyla yer alması gerekmektedir. Üst hakkı sahibinin, kanunî ipoteğin tescili konusundaki talebinin hukukî niteliği ise, taşınmaz mülkiyetinin doğumu için gerekli olan tescil talebinin niteliği ile aynı olacaktır⁷⁴.

Üst hakkı sahibinin tescil talebinde bulunmaktan haksız olarak kaçınması hâlinde ise, yüklü taşınmaz maliki, üst hakkı üzerinde kanunî ipoteğin kurulmasını dava yoluyla sağlayabilecektir. Davanın ve dava sonunda verilen hükmün hukukî niteliği konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. İlk görüş, üst hakkı sahibinin tescil talebinde bulunmaktan kaçınması durumunda, MK m. 716 hükmünün kıyasen uygulanabileceğini ve yüklü taşınmaz malikin mahkemenin üst hakkı üzerinde kanunî ipotek hakkının kendi lehine tescil edilmesini isteyebileceğini ileri sürmektedir.⁷⁵ Mahkemenin taşınmaz maliki lehine vereceği hüküm, üst hakkı sahibinin tapu memuruna yönelik olarak ipoteğin tescili talebinde bulunma iradesi yerine geçecek ve yenilik doğuran bu hüküm ile birlikte üst hakkı üzerinde ipotek hakkı kurulmuş olacaktır. Kesin hükmün, tapu memuruna tevdi edilmesi neticesinde tapuda gerçekleştirilecek olan tescil ise, açıklayıcı nitelikte olacaktır.

Bu konuda ortaya atılan diğer bir görüş ise, taşınmaz rehnini düzenleyen Medenî Kanun hükümlerinde, taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz kazanım hâllerine atıf yapılmamış olduğundan hareketle, MK m. 716 hükmünün kıyas yoluyla taşınmaz rehninin kazanılması konusunda uygulanabileceği fikrine karşı çıkmaktadır.⁷⁶ Bu görüşe göre,

⁷⁴ Tescil talebinin hukukî niteliği konusunda öğretide ortaya atılan başlıca üç görüş (aynî sözleşme, usulî işlem ve tek taraflı tasarruf işlemi) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 206-207, Akipek/Akıntürk, sh. 292-294; Mehmet Ünal/Veyssel Başpınar, Şekli Eşya Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2007, sh. 280.

⁷⁵ Bkz. Akipek/Akıntürk, sh. 766. Yazarlar, mahkeme kararına dayanan rehin haklarının tescile gerek kalmaksızın varlık kazanacağını savunmaktadır. Ayrıca bu yönde bkz. Gürzumar, sh. 133-134, dn. 514; Şafak Erel, Gayrimenkul Rehninde Sıra, Ankara 1974, sh. 104. Bu konuda ayrıca bkz. İlhan Helvacı, Eski Medenî Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medenî Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, İstanbul 2008, sh. 126-127.

⁷⁶ Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 899; Ertaş, sh. 539.

kamuya açıklık ilkesinin özel bir öneme sahip olduğu taşınmaz rehninde, sicil dışı kazanım hâlleri ancak kanun tarafından açıkça öngörülmesi durumunda uygulama alanı bulabilir. Bu bakımdan, mahkeme tarafından verilen hüküm, üst hakkı sahibinin tescile muvafakat beyanında bulunmaya mahkûm edildiği bir eda hükmü olup; taşınmaz rehnini kurar nitelikte, yenilik doğuran bir hüküm olarak değerlendirilemez. Mahkeme kararı sadece yüklü taşınmaz malikine, üst hakkı sahibi yerine tapu memurundan tescilin yapılmasını talep yetkisi verecektir. Üst hakkı üzerindeki kanunî ipotek hakkı, yine tapu siciline yapılan tescil ile kurulmuş olacaktır.

Kanaatimizce, aleniyet (kamuya açıklık) ilkesinin taşınmaz rehini bakımından ayrı bir öneme sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Gerçekten, taşınmazlar üzerinde sicil dışı yollardan rehin hakkı kazanılmasına imkân tanınması, aleniyet ilkesine zarar vereceği gibi tapu sicilindeki kayıtlara güvenerek taşınmaz üzerinde mülkiyet ya da sınırlı aynî hak kazanan kişilerin aleyhine bir sonuç yaratabilir. Bununla birlikte burada, alelade ipotek hakkından farklı bir durum bulunduğuna dikkat edilmesi gerekir. Özellikle, üst hakkı iradının güvencesini oluşturan kanunî ipotek hakkının kurulması bakımından aleniyet ilkesinin oynadığı rol, diğer taşınmaz rehinlerine nazaran ikinci planda kalmaktadır. Zira burada, üst hakkının her yeni maliki, üst hakkı devam ettiği müddetçe, kanunî ipoteğin kurulması yönündeki irade beyanının muhatabı olabilir. Üst hakkını devralacak olan kişi, bu hakkı, yüklü taşınmaz malikinin kanunî ipotek kurulması yönündeki irade beyanı ile karşı karşıya kalabileceği ihtimalini bilerek (veya kanun gereği bilmesi gerekerek) kazanmaktadır. Üst hakkı iradının güvencesini oluşturan kanunî ipoteği kurma borcu, üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinin taraflarınca kararlaştırılmış olmasa dahi, sırf kanun tarafından öngörülmüş olması nedeniyle yalnızca irat alacağının doğduğu andaki üst hakkı sahibi için değil, onun külli ve cüz'î halefleri için de bağlayıcıdır. Öte yandan kanunî ipoteğin tescili yönündeki talep, üst hakkı devam ettiği sürece, herhangi bir süre sınırlamasına bağlı olmadan ileri sürülebilmektedir. Bu özellikleri dikkate alındığında, üst hakkı iradının güvencesini oluşturan kanunî ipoteği tapuya tescil ettirme borcunu yerine getirmeyen üst hakkı sahibine karşı MK m. 716 hükmünden kıyas yoluyla yararlanılarak bir dava açılabilmesi gerektiğine inanıyoruz. Bunun neticesinde verilen mahkeme

kararının kesinleşmesi ile birlikte de, taşınmaz malikinin üst hakkı üzerinde kanunî ipotek hakkını kazanması gerektiğini düşünüyoruz. Bu düşüncenin kabulü, kanunî ipoteğin tescili talebinde bulunan ancak talebi üst hakkı sahibi tarafından yerine getirilmediği için dava açmak zorunda bırakılan taşınmaz malikinin menfaatlerine daha uygun düşeceği gibi; kanun koyucu tarafından taşınmaz malikine irat alacaklarının güvencesi olarak, kaynağını kanun hükmünden alan bir ipotek hakkı verilmesi ile güdülen amacın gerçekleşmesine daha fazla hizmet edecektir.

b) *Tescile ilişkin hususlar*

İrat alacağını güvence altına alan kanunî ipotek hakkı, ancak ayrı bir tapu kütüğü sayfasına taşınmaz olarak kaydedilmiş olan üst hakları üzerinde tescil edilebilir.⁷⁷ Üst hakkının tapu kütüğünün ayrı (bağımsız) bir sayfasına taşınmaz olarak kaydedilebilmesi için, bu hakkın bağımsız ve sürekli nitelikte olması gerekmektedir.

Bununla birlikte, irat alacağını teminat altına aldirmek isteyen yüklü taşınmaz malikinin, bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkının tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına kaydedilmesini talep etme yetkisi bulunmamaktadır.⁷⁸ Bu yetki yalnızca üst hakkı sahibine aittir.⁷⁹ Üst hakkı sahibinin bu hakkının, tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına kaydedilmesi yönünde bir talebi olmaksızın, yüklü taşınmaz malikinin üst hakkı üzerinde kanunî ipotek kurulmasını talep edebilmesi de mümkün olmaz. Bu nokta, taşınmaz malikinin sahip olduğu irat alacağının kolay bir biçimde güvence altına alınabilmesi amacıyla kanun tarafından öngörülmüş olan kanunî ipotek hakkının zayıf yönünü oluşturmaktadır. Üst hakkı sahibi, yüklü taşınmaz malikinin üst hakkı üzerinde kanunî ipotek kurmasına engel olmak amacıyla, üst hakkının bir taşınmaz olarak tapuda ayrı bir sayfaya kaydedilmesi konusunda talepte bulunmaktan kaçınıyor ve taşınmaz malikinin bu yöndeki taleplerini de sırf bu nedenle reddediyor ise, taşınmaz maliki üst hakkı üzerinde kanunî ipotek kurulmasını sağlayamasa da; diğer

⁷⁷ Tuor/Schnyder/Schmid, sh. 963; Schmid/Hürlimann-Kaup, sh. 378; Isler/Cosantini, sh. 1532.

⁷⁸ Piotet, sh. 143.

⁷⁹ Kuntalp, sh. 545; Gürses, sh. 5.

koşulların varlığı hâlinde MK m. 831 hükmünden faydalanarak, üst hakkının süresinden önce kendisine devredilmesini isteyebilmelidir.⁸⁰

Üst hakkı üzerinde kanunî ipoteğin tesis edilebilmesi için, bu imkânın üst hakkını kuran irtifak sözleşmesine ilişkin resmî senette tanınmış olması gerekmez. Doğrudan doğruya kanundan kaynaklanan bu hak, üst hakkının kurulmasına yönelik irtifak sözleşmesinde yer almasa bile yüklü taşınmaz maliki tarafından kullanılabilir. Hiç kuşkusuz ki tarafların, irtifak sözleşmesine ilişkin olarak düzenlenen resmî senette kanunî ipotek hakkı ile ilgili düzenlemelere yer vermeleri de mümkündür.⁸¹

Üst hakkı üzerinde kanunî ipoteğin tescili talep edildiğinde, üst hakkının tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedildiği sayfanın “Rehin Hakları” sütununa malik lehine ipotek tesis edilmesi ve ipoteğin derece sütununa da kanunî anlamında (K) yazılması gerekir.⁸²

Bununla birlikte, üst hakkını kuran resmî senette üst hakkı sahibinin irat tarzında borçlandığına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmuyorsa, yüklü taşınmaz malikinin kanunî ipoteğin tesisine ilişkin talebi reddedilmelidir. Nitekim kanunî ipotek hakkı ancak belli bir iradın ödenmesi karşılığında tesis edilen üst hakkı bakımından söz konusu olabilir.

MK m. 835/f. 1 hükmü, yüklü taşınmaz malikinin irat alacaklarının güvencesini oluşturan kanunî ipotek hakkını, üst hakkı devam ettiği sürece her zaman tescil ettirebileceğini öngörmektedir. Görüldüğü üzere taşınmaz maliki, kanunî ipoteğin tescilini talep edebilme bakımından herhangi bir süre sınırlamasıyla karşı karşıya bırakıl-

⁸⁰ Bu görüşte bkz. Schmid/Hürlimann-Kaup, sh. 379.

⁸¹ Konunun irtifak sözleşmesine ilişkin resmî senette düzenlenmiş olması durumunda, üst hakkının tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedildiği sayfanın “Beyanlar” hanesine “Üst hakkı karşılığı olarak irat tarzında borçlanılan edimlerin en çok üç yıllık miktarı için bu malikin kanunî ipotek hakkı vardır. Tarih: ... Yev: ...” şeklinde bir kayıt düşülmekte ve yüklü taşınmazın bulunduğu tapu kütüğü sayfası ile bu sayfa arasında irtibat kurulması sağlanmaktadır. Bkz. T.C. Bayındırlık ve İskân Bakanlığı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tasarruf İşlemleri Dairesi Başkanlığı’nın 15.6.2010 tarih ve 1705 no’lu (2010/12) Genelgesi.

⁸² Bkz. T.C. Bayındırlık ve İskân Bakanlığı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tasarruf İşlemleri Dairesi Başkanlığı’nın 15.6.2010 tarih ve 1705 no’lu (2010/12) Genelgesi.

mamıştır.⁸³ Oysa üst hakkı sona erdiğinde kendisine kalan yapıların karşılığı olarak, arazi maliki tarafından üst hakkı sahibine ödenmesi kararlaştırılan bedel alacağının teminatını oluşturan kanunî ipotek hakkı⁸⁴ üst hakkının sona ermesinden itibaren üç aylık bir süre içinde tescil edilebilmektedir. Yine, üst hakkı iradının güvencesini oluşturmak üzere arazi malikine tanınan kanunî ipotek hakkının tescilli hususunda MK m. 835/f. 2 hükmü uyarınca kıyas yoluyla uygulanması öngörülen yapı alacaklılarının sahip olduğu kanunî ipotek hakkının (MK m. 893/f. 1/b. (3)) tescili de üç aylık bir süre sınırlamasına tâbi tutulmuştur. Buna göre, bir taşınmaz üzerinde gerçekleştirdikleri inşaat nedeniyle sarf etmiş oldukları malzeme ve emek karşılığında malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici veya zanaatkârlar, bu alacaklarını teminat altına almak üzere sahip oldukları kanunî ipotek haklarının tescilini, yükledikleri işin tamamlanmasından itibaren üç aylık süre içerisinde talep edebilmektedirler (MK m. 895/f. 2). Bu süre, hak düşürücü süre niteliğindedir.⁸⁵

⁸³ Tuor/Schnyder/Schmid, sh. 963; Schmid/Hürlimann-Kaup, sh. 379; Isler, sh. 143; Gümüş, sh. 563. Üst hakkı sahibinin iflası halinde, bu talebin iflas idaresine karşı ileri sürülebileceği yönünde bkz. Isler/Costantini, sh. 1535, Steinauer, Tome III, sh. 130.

⁸⁴ Bilindiği gibi üst hakkının sona ermesi ile birlikte üst hakkının konusunu teşkil eden inşaat ve yapılar arazinin bütünleyici parçası hâline gelerek, arazi malikinin mülkiyetine geçer (MK m. 828/f. 1). Her ne kadar arazi malikinin kendisine intikal eden yapı ve inşaat karşılığında üst hakkı sahibine yasal olarak herhangi bir bedel ödeme yükümlülüğü bulunmasa da, taraflar sözleşme ile böyle bir bedelin üst hakkı sahibine ödenmesini kararlaştırabilirler (MK m. 829/f. 1). Mevaz İsviçre Medenî Kanunu'nda ise Türk hukukundan farklı olarak, arazi malikinin, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça üst hakkı sahibine uygun bir tazminat (indemnité équitable / angemessene Entschädigung) ödemekle yükümlü olduğu görülmektedir (MK m. 779d). Bkz. Steinauer, Tome III, sh. 132. Söz konusu bedelin hukukî niteliğinin fedakârlığın denkleştirilmesi temelli, düşük yoğunluklu bir denkleştirme bedeli olduğu yönünde bkz. Mustafa Alper Gümüş, Türk Medenî Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, İstanbul 2007, sh. 184.

MK m. 829/f. 1'e göre kararlaştırılmış olan bedelin ödenmemesi ya da başka şekilde teminat altına alınmaması hâlinde, üst hakkı sahibi veya üst hakkı üzerinde rehlin hakkına sahip olan alacaklılar, bedel alacağının güvencesini oluşturmak üzere kanunî bir ipotek hakkına sahiptir. Bunlar, taşınmaz üzerindeki kanunî ipotek hakkının tescilini, terkin edilen üst hakkı ile aynı derecede ve sırada olmak üzere ve üst hakkının sona ermesinden itibaren üç aylık hak düşürücü süre içerisinde talep edebilirler. Bkz. bu konuda Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 860; Ertaş, sh. 518; Akipek, sh. 68.

⁸⁵ Bkz. Yarg. HGK, 16.6.1973 tarih ve 1-15/510 sayılı kararı: " (önceki) Medenî Kanun'un 807'inci maddesinin 3'üncü fıkrasına (MK m. 893/f. 1/b. 3) dayanarak kanunî ipotek hakkının iş yapan veya müteahhit tarafından işin bittiği tarihten

6) İrat alacağının güvencesini oluşturan kanunî ipoteğin tescilinde kıyas yoluyla uygulanabilecek hükümler

MK m. 835/f. 2 hükmü, üst hakkına ilişkin irat alacağının güvencesini oluşturan kanunî ipotek hakkının tescili konusunda, yapı alacaklıları ipoteğinin⁸⁶ kurulmasına ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağını belirtmektedir.

a) Alacak için yeterli teminat gösterilmesi hususunda

Emek veya malzemeleriyle taşınmazda bir değer artışı yaratmış olan yapı alacaklılarına, alacaklarını teminat altına alabilmeleri amacıyla taşınmaz üzerinde kanunî bir ipotek kurdurma hakkı tanıyan Medenî Kanun hükümlerinin kıyas yoluyla üst hakkı iradının güvencesini oluşturan kanunî ipotek hakkının tescili konusunda uygulanacak olması akla ilk olarak MK m. 895/f. 4 hükmünü getirmektedir. Zanaatkârların ve yüklenicilerin kanunî ipotek haklarının tescilini düzenleyen bu hüküm uyarınca, taşınmaz malikinin yapı alacaklılarına karşı yeterli bir güvence göstermesi durumunda, artık bu alacaklıların, kanunî ipotek hakkının tescilini istemek gibi bir hakları kalmamaktadır. Öyle ki, kanunî ipotek tescil edildikten sonra dahi, yeterli teminat gösterilerek ipoteğin terkini sağlanabilecektir.⁸⁷ Bununla birlikte, taşınmaz maliki tarafından gösterilen teminatın ciddi ve yeterli olması, diğer bir deyişle, inşaat alacağının tam olarak elde edilmesini sağlayacak nitelikte bulunması gerekmektedir.⁸⁸

itibaren üç ay içerisinde istenmesi gerekir. Aynı Yasa'nın 809'uncu maddesi (MK m. 895) bunu âmirdir. Hak düşürücü bir süre olması sebebiyle bu süre içerisinde sözü geçen hak için istekte bulunulmaz veya aynı Yasa'nın 921'inci maddesine (MK m. 1011) dayanılarak geçici tescil istenmez ise müteahhit bu süre geçtikten sonra bu hakkını kullanamaz. Dolayısıyla üçüncü kişilere bu hususu dermeyeran ederek bir istekte bulunamaz. Yukarıda belirtildiği gibi davacı arsa üzerinde inşaatı 1958 yılında bitirmiştir. Tescil davası 1963 yılında açılmıştır. O hâlde Medenî Kanun'un 809'uncu maddesi (MK m. 895) gereğince istek hüküm altına alınamaz" (Bkz. <http://www.kazanci.com> (erişim tarihi: 27.5.2015)).

⁸⁶ Yapı alacaklıları ipoteği hakkında detaylı bilgi için bkz. Cemal Oğuz, "Yapı Alacaklısı Rehninin Konusu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, Y. 2009, S. 1-2, sh. 62 vd.; Başak Baysal, "Yapı Alacaklısı İpoteğine İlişkin Başlıca Hukuksal Sorunlar", Prof. Dr. Özer Şeliçi'ye Armağan, Ankara 2006, sh. 150; Tekinay, sh. 80; Köprülü/Kaneti, sh. 308; Ertaş, sh. 560-561.

⁸⁷ Safa Reisoğlu, *Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhit ve İşçilerin Kanunî İpotek Hakkı*, Ankara 1961, sh. 101.

⁸⁸ Akipek/Akıntürk, sh. 799.

Bu hükmün, MK m. 834'te düzenlenen üst hakkı iradına ilişkin alacağın güvencesini oluşturan kanunî ipoteğin kurulması hakkında kıyasen uygulanması neticesinde, şayet üst hakkı sahibi, üst hakkı iradının üç yıllık toplam miktarı için yüklü taşınmaz malikine yeterli bir güvence sağlar ise, bu takdirde, taşınmaz maliki üst hakkı sahibinden ayrıca bir de kanunî ipoteğin tescilini talep edemeyecektir.⁸⁹ Ancak üst hakkı sahibi tarafından gösterilen teminat, üst hakkı iradının üç yıllık toplam miktarından daha az ise, taşınmaz maliki, kalan bu kısım için kanunî ipotek hakkının tescilini talep edebilecektir.⁹⁰

b) Kanunî ipoteğin kurulmasına yönelik talepten feragat edilmesi hususunda

Yapı alacaklıları ipoteğinin kurulmasına ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması bakımından önem arz eden bir diğer konu da irat alacağını teminat altına alan kanunî ipoteğin kurulmasına yönelik talepten feragat edilmesi ile ilgilidir. MK m. 893/f. 2 hükmü, taşınmaz maliki ya da yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici veya zanaatkârların, tescile tâbi olan kanunî ipoteği kurma hakkından önceden feragat etmelerinin geçerli olmadığı hususunu hükme bağlamıştır.

Bu hükümden hareketle, yüklü taşınmaz malikinin, kanunî ipotek kurma hakkından önceden feragat etmesinin de mümkün olmadığı sonucuna varılacaktır.⁹¹ Dolayısıyla, yüklü taşınmaz malikine üst hakkının tesisi karşılığında irat biçiminde ödemedede bulunulacağı konusundaki anlaşmanın yapılmasından evvel, taşınmaz malikinin, üst hakkı iradına ilişkin alacağının yasal güvencesini oluşturan ipotek kurma hakkından feragat etmesi hukuken bir geçerlilik taşımayacaktır.⁹² Kanunî ipotek kurma hakkının doğumundan, diğer bir deyişle,

⁸⁹ Gürzumar, sh. 134-135; Isler/Costantini, sh. 1534; Schmid/Hürlimann-Kaup, sh. 378; Isler, sh. 143; Steinauer, Tome III, sh. 130.

⁹⁰ Gürzumar, sh. 134-135, dn. 518; Isler/Costantini, sh. 1532; Freimüller, sh. 80.

⁹¹ Isler/Costantini, sh. 1532.

⁹² Ballif ise, feragatin geçerliliği konusundaki zamansal sınırı, üst hakkının kurulma ânı olarak göstermektedir. Bkz. Ballif, sh. 174. Oysa üst hakkının kurulması, kendiliğinden yüklü taşınmaz malikine üst hakkı üzerinde kanunî ipotek kurma yönünde bir talep hakkı vermez. O, ancak üst hakkının tesisi karşılığında kendisine irat ödenmesine karar verilmesi ve ödenecek irat tutarının belirlenmesi durumunda böyle bir hakka sahip olacaktır.

taraflar arasında üst hakkının tesisi karşılığında yüklü taşınmaz malikine üst hakkı iradı olarak belli bir miktarın ödeneceği konusunda anlaşmaya varılmasından sonra gerçekleştirilen feragat ise geçerli sayılmalıdır.⁹³

O hâlde, yüklü taşınmaz malikinin, irat alacağını güvencesini oluşturan ve üst hakkı üzerinde tesis edilecek olan kanunî ipoteği kurma hakkından, ancak bu hakka (kanunî ipoteği kurma hakkına) sahip olduktan sonra feragat edebileceği söylenebilir. Bununla birlikte söz konusu feragatin nasıl ve ne şekilde yapılması gerektiği yönünde Medenî Kanun'da doğrudan uygulanabilecek bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat kanımızca bu hususta MK m. 731/f. 2 hükmü kıyas yoluyla uygulama alanı bulabilir. Taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamalarını düzenleyen bu madde, esas itibarıyla eşya üzerindeki aynı hâkimiyetin sınırlarını ortaya koymaktadır. Sınırlı aynı haklar, eşya üzerinde sahibine sınırlı da olsa aynı nitelikte bir hâkimiyet sağladığından⁹⁴, bu kısıtlamalar sınırlı aynı haklar bakımından da etkili olacaktır. Bu bağlamda, üst hakkı sahibi, hakka konu olan taşınmazdaki inşaat üzerinde malik olma yetkisine sahip olduğundan, onun inşaat üzerindeki yetkileri de mülkiyet hakkına benzer bir şekilde sınırlanabilmektedir. Üst hakkı sahibinin kanun gereği yükümlü tutulduğu eşyaya bağlı borçlar da bu sınırlamalardan⁹⁵ birini oluştur-

⁹³ Bazı yazarlar ise üst hakkının tesis edilmesinden sonra dahi, taşınmaz malikinin kanunî ipotek hakkının tescili konusunda talepte bulunmayacağına yönelik olarak geçerli bir taahhütte bulunamayacağını savunmaktadır. Bu görüşte bkz. Mülller, sh. 67. Mülller'e göre, kanunî ipotek hakkını kullanmaktan feragat, taşınmaz malikinin kişilik hakkını MK m. 23/f. 2 anlamında aşırı derecede sınırlandıran bir hukukî sonuç yaratabilir. Aksi görüşte bkz. Ballif, No: 565. Yazar, bu yönde bir feragat olsa dahi, bunun, alacağın yalnızca aynı nitelikte bir teminatla korunmaması sonucunu doğuracağını, üst hakkı sahibinin taşınmaz malikine karşı sahip olduğu irat ödeme borcundan doğan kişisel sorumluluğunun ise feragatten etkilenmeksizin devam edeceğini vurgulamaktadır.

⁹⁴ Bkz. Kemal Gürsoy/Fikret Eren/Erol Cansel, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984, sh. 693; Ünal/ Başpınar, sh. 83; Tekinay, sh. 28; Köprülü/Kaneti, sh. 3; Belen, sh. 34.

⁹⁵ Ballif, sh. 176. Yazar, burada MK m. 731 hükmü bağlamında bir "dolaylı/dolayısıyla" kısıtlama (restriction légale indirecte/mittelbare gesetzliche Eigentumsbeschränkung) söz konusu olduğunu ileri sürmektedir. Dolayısıyla kısıtlamanın söz konusu hâllerde, kanun tarafından, bir kişiye yenilik doğuran bir hak tanımakta ve bu kişi kanun tarafından kendisine tanınan bu hakkı taşınmaz malikine (veya sınırlı aynı hak sahibine) yönelik olarak kullandığı vakit, malik (veya sınırlı aynı hak sahibi) bu kişiye karşı mülkiyeti devir veya bir sınırlı aynı hak tesis etme borcu altına girmektedir. Malike (veya sınırlı aynı hak sahibine)

maktadır.⁹⁶ Bununla paralel olarak öğretilde, tescile tâbi olan veya olmayan kanunî ipotek haklarına dair hükümlerin de kanundan doğan kısıtlamalar olduğu kabul edilmektedir.⁹⁷ Bu nedenle, yüklü taşınmaz malikinin üst hakkı sahibinden olan irat alacağını güvence altına alabilmek için sahip olduğu kanunî ipotek hakkının, üst hakkı sahibinin inşaat üzerindeki hakkına kanun tarafından getirilmiş bir kısıtlama olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

MK m. 731/f. 2 hükmünün, kanun tarafından sınırlı aynî haklara yönelik olarak getirilen kısıtlamaların kaldırılmasına veya değiştirilmesine ilişkin sözleşmeler hakkında kıyasen uygulanması neticesinde, üst hakkı iradının güvencesini oluşturan kanunî ipotek hakkından feragat edilmesi durumunda da, adı geçen hükümle ortaya konulan esaslara uyulması icap eder. Zira kanun tarafından yüklü taşınmaz malikine, üst hakkı iradının güvencesi olarak tanınan kanunî ipotek kurma hakkı, üst hakkı sahibinin inşaat üzerindeki hakkına kanun tarafından getirilmiş bir kısıtlama olup, taşınmaz malikinin bu haktan feragat etmesi de, kanun tarafından getirilen kısıtlamanın kaldırılması anlamına gelmektedir.⁹⁸

kanun tarafından yükletilen bu yükümlülük eşyaya bağlı borç şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 553.

⁹⁶ Gerek doğrudan doğruya kısıtlamaların, gerekse dolayısıyla kısıtlamaların sadece mülkiyet hakkında değil, sınırlı aynî haklarda da söz konusu olabileceği yönünde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 764, 552; Köprülü/Kaneti, sh. 13.

⁹⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 551.

⁹⁸ MK m. 731 hükmü, önceki (743 sayılı) Medenî Kanun döneminde, hakkında özel bir düzenleme bulunmayan yasal önalım hakkından feragat konusunda da uygulama alanı bulmuştur. Yasal önalım hakkından feragati düzenleyen MK m. 733/f. 2 hükmü ise, 2002 değişikliği (4721 sayılı yasa) ile mevzuatımıza girmiştir. Önceki Medenî Kanun döneminde yasal önalımdan feragat müessesesi her ne kadar özel olarak düzenlenmemiş olsa da, önceki Medenî Kanun'un taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamalarının ortadan kaldırılması veya değiştirilmesi konusunu düzenleyen ve genel hüküm niteliğinde bulunan 657. maddesi (şimdiki MK m. 731) yasal önalım hakkından feragat konusunda kendisine başvuru bir hüküm olmuştur. Bu hüküm, önceki Medenî Kanun'da şu şekilde yer almaktaydı: "Mülkiyetin kanunî takyitleri tapu siciline kayda hacet olmaksızın muteber olur. Bu takyitler; ancak resmî bir senetle ve tapu siciline kayıt ile ilga veya tadil olunabilir. Ammenin menfaati için vazolunan takyitler tadil ve ilga olunamaz". Yargıtay, bu dönemde vermiş olduğu kararlarda, kanunî önalım hakkını taşınmaz mülkiyetinin bir kısıtlaması olarak nitelendirmiş ve bu hakkın ortadan kaldırılmasının (ilgasının) veya değiştirilmesinin (tadilinin) MK m. 657 ile düzenlenen genel nitelikteki hükmün uygulanması neticesinde ancak resmî bir senetle ve tapu siciline yapılan tescil ile (tapuda olumsuz bir irtifak hakkı tesis etmek suretiyle) gerçekleşebileceği hükmüne varmıştır. Bu yönde bkz. Yarg. 6. HD, 3.6.1980 tarih ve 4041/5783 sayılı

MK m. 731/f. 2 hükmü, taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamalarının ortadan kaldırılmasına veya değiştirilmesine ilişkin sözleşmenin resmî şekilde düzenlenerek tapu kütüğüne şerh verilmesi gereğini öngörmektedir. Sınırlı aynî haklara ilişkin olarak kanun tarafından getirilen kısıtlamaların kaldırılmasına veya değiştirilmesine dair sözleşmeler hakkında doğrudan doğruya uygulanabilecek bir hükmün Medenî Kanunda bulunmaması nedeniyle, taşınmaz üzerindeki sınırlı aynî hak ile ilgili olarak kanundan doğan bir kısıtlamanın söz konusu olması hâlinde de, MK m. 731/f. 2 hükmünün kıyasen uygulanması gerekir.⁹⁹ Öyleyse, yüklü taşınmaz malikinin üst hakkı üzerinde kanunî ipoteğin kurulmasına yönelik talep hakkından feragat etmesi hâlinde de, söz konusu hukukî işlemin resmî şekilde düzenlenerek tapu kütüğüne şerh verilmesi gerekecektir.

Bununla birlikte, resmî şekilde düzenlenerek tapuda şerh verilen feragat, yalnızca üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinin tarafları arasında hüküm doğurabilir. Nitekim burada, şerhin eşyaya bağlı borç etkisi yarattığı söylenemez. Yüklü taşınmaz malikinin üst hakkı üzerinde kanunî ipoteğin tescilini talep etmeyeceğine ilişkin taahhüdünün tapuda şerh edilmesi, yüklü taşınmazın sonraki malikleri açısından rol oynamayacak, onları bu borçla (kanunî ipoteğin tescilini talep etmeme borcu ile) yükümlü kılmayacaktır. Zira kanunî ipoteğin kurulması yönündeki talep, yüklü taşınmaz üzerinde sahip olunan mülkiyet hakkına değil, irat alacağına bağlı bir haktır. Yüklü taşınmaz malikinin, gerek üst hakkı iradına ilişkin borcun ödenmesi, gerekse bu borcu garanti altına alan kanunî ipoteğin kurulması yönündeki taleplerini ileri sürebilmesi için üst hakkı iradına ilişkin alacağın sahibi olması şarttır. Dolayısıyla, tapuda şerh verilmiş dahi olsa feragat, yüklü taşınmazın sonraki maliklerine karşı ileri sürülemeyecektir. Öte yandan, kanunî ipoteğin kurulmasına yönelik talep hakkından

kararı: "...paydaşın şuf'a hakkından herkese karşı feragati gayrimenkul mülkiyetinin takyidini ilga ve tadilini tazammun etmesi sebebiyle geçerli olması için resmî şekilde yapılarak tapuya tescil edilmesi gerekir". Ayrıca bkz. Yarg. İBK, 16.5.1951 tarih ve 19/3 sayılı kararı (Bkz. <http://www.kazanci.com> (erişim tarihi: 27.5.2015)). Bu konuda ayrıca bkz. Şükran Taman Şıpka, Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şuf'a) Hakkı (MK m. 659), İstanbul 1994, sh. 111-114. Yazar, resmî şekilde yapılmış, fakat tapuya tescil ettirilmemiş olan mutlak feragatin sadece taraflar arasında geçerli olduğunu savunmaktadır (sh. 112).

⁹⁹ Sirmen, sh. 606.

feragat edildiği yönündeki savunma imkânı, feragatin tapuda şerh verilip verilmediğinden tamamen bağımsız bir biçimde alacağın sonraki sahiplerine (üst hakkı iradına ilişkin alacağı devralanlara) karşı ileri sürülebilir.¹⁰⁰

MK m. 731/f. 2 hükmünün karşılığı olan İsviçre Medenî Kanunu m. 680/f. 2 ise, taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamalarını ortadan kaldıran ya da değiştiren hükümlerin geçerliliğinin yalnızca resmî şekilde düzenlenmesine ve hakkın tapu kütüğüne tescil edilmesine bağlı olduğu kuralını öngörmektedir. Dolayısıyla İsviçre kanun koyucu, taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamalarını ortadan kaldıran ya da değiştiren sözleşme hükümlerini şerh yoluyla eşyaya bağlı borç hâline getirmeyi değil; bunlarla ilgili bir sınırlı aynî hakkın (olumsuz bir irtifak hakkının) kurulması ve bu hakkın tapu siciline tescil edilmesi yoluyla aynî etkiye kavuşturmayı amaçlamaktadır. Bunun neticesinde, kısıtlamayı ortadan kaldıran veya değiştiren hukukî işlemin (irtifak sözleşmesinin) resmî şekilde düzenlenmesi ve tapu siciline tescilin yapılması gerekmektedir.

Yüklü taşınmaz maliki, feragat ile; üst hakkı üzerinde kanunî ipotek kurma yönündeki yetkisini kullanmaktan kaçınma konusunda borç altına girmektedir.¹⁰¹ Kanunî ipoteğin kurulması yönündeki talep hakkından feragatin özellikle sonraki üst hakkı sahiplerine karşı da etki doğurabilmesi, diğer bir anlatımla, sonraki üst hakkı sahiplerinin de feragatten yararlanabilmeleri için bunun, taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamalarının ortadan kaldırılması ve değiştirilmesine ilişkin anlaşmalar konusundaki İsviçre düzenlemesinde olduğu gibi resmî şekilde düzenlenerek, tapu kütüğüne tescil edilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Böylelikle, üst hakkı üzerinde kanunî ipotek hakkının kurulmasının talep edilmeyeceğine yönelik taahhüt, tapu kütüğünde olumsuz bir irtifak şeklinde tescil edilecek ve aynî etkiye kavuşmuş olması sayesinde, üst hakkı üzerinde sonradan aynî nitelikte hak kazanan kimselerin de feragatten yararlanmaları mümkün hâle gelecektir.¹⁰²

¹⁰⁰ Bu konuda bkz. aşağıda Bölüm V/1'de yaptığımız açıklamalar.

¹⁰¹ Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamalarının ortadan kaldırılması ve değiştirilmesine ilişkin anlaşmalarla ilgili olarak bu görüşte bkz. Gümüş, Şerhler, sh. 131, dn. 105.

¹⁰² Bu nedenle biz de Gümüş'e katılıyor ve MK m. 731/f. 2 hükmü bakımından gün-

7) İrat alacağının güvencesini oluşturan kanunî ipoteğin sırası

MK m. 1022/f. 1 ile öngörülen genel prensip uyarınca üst hakkı iradının ödenmesine ilişkin alacağın teminat altına alınması için yükü taşınamaz maliki lehine tesis edilen ipotek hakkının sırası kurulma tarihine göre belirlenmektedir.

Kanunî ipotek hakkının, irat alacağının doğduğu günden itibaren tapu siciline tescili talep edilebilir.¹⁰³ Bu bakımdan, üst hakkının kurulması karşılığında yüklü taşınmaz malikine belli bir irat ödeneceğinin taraflarca kararlaştırılması durumunda, taşınmaz malikinin en kısa sürede üst hakkı sahibinden kanunî ipotek hakkının tescilini talep etmesi onun menfaatine uygun bir durum yaratacaktır.¹⁰⁴ Nitekim üst hakkı sahibi, kanunî ipoteğin tescilinden önce üst hakkı üzerinde üçüncü kişiler lehine sınırlı aynî hak ya da rehin hakkı kuracak olursa, sonra tescil edilen kanunî ipotek hakkı, sıra itibarıyla diğer sınırlı aynî hak ve rehin haklarının gerisinde kalacaktır. Diğer bir deyişle, irat alacağını temin eden kanunî ipotek hakkı kanun tarafından belli bir imtiyazdan yararlandırılmadığı için, üst hakkına konu olan taşınmaz üzerinde daha önce kurulmuş olan sınırlı aynî hakların sıralarında, kanunî ipotek dolayısıyla bir değişiklik söz konusu olmaz.¹⁰⁵

Öte yandan, MK m. 835/f. 1 hükmü üst hakkı iradına ilişkin alacağın güvencesini oluşturan kanunî ipotek hakkının, icra yoluyla satışta terkin olunmayacağı kuralını öngörmektedir. Kanunda böyle bir hükmün yer almasına neden ihtiyaç duyulduğu sorusu akla gelebilir. Şayet bu hükme yer verilmeseydi, yüklü taşınmaz maliki, üst hakkının icra yoluyla satışından elde edilen tutardan yalnızca (kanunî ipotek hakkının sırasına uygun olarak) muaccel olan üst hakkı iratlarının değeri ile sınırlı olarak tatmin edilebilecekti. Henüz vadesi gelmemiş

deme getirilen “şerh” seçiminin isabetli olmadığını düşünüyoruz. Bu konuda bkz. Gümüş, Şerhler, sh. 132-133.

¹⁰³ Gümüş, sh. 564.

¹⁰⁴ Tuor/Schnyder/Schmid, sh. 963; Isler/Costantini, sh. 1533; Schmid/Hürlimann-Kaup, sh. 378; Ballif, No. 564; Steinauer, Tome III, sh. 130.

¹⁰⁵ Buna karşılık, Medenî Kanun’un yapı alacaklıları için yapı alacaklarını teminat altına almak amacıyla taşınmaz üzerinde sağlamış olduğu kanunî ipotek hakkı, taşınmazda meydana gelen değer artışı oranında daha önce kurulmuş olan sınırlı aynî haklar karşısında sıra itibarıyla bir imtiyazdan yararlandırılmıştır (MK m. 897). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Reisoğlu, sh. 4 vd. ve Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 969; Köprülü/Kaneti, sh. 322. Ayrıca bkz. Müller, sh. 53.

olan irat alacaklarının ise, üst hakkının icra marifetiyle satışından elde edilen tutardan karşılanması mümkün olmayacak, buna rağmen, üst hakkı iratlarına ilişkin kanunî ipotek hakkı, ana kural¹⁰⁶ gereği icra yoluyla satış neticesinde terkin edilecekti. Her ne kadar yüklü taşınmaz maliki, üst hakkını icra yoluyla satın alan kişiye karşı da vadesi henüz gelmemiş irat alacaklarının teminat altına alınması için MK m. 834'ten doğan kanunî ipotek hakkının kurulması yönünde yeni bir irade beyanında bulunabileceksin de, önceki ipotek hakkının terkininin yapıldığı an ile yeni kanunî ipotek hakkının kurulma zamanı arasında, üst hakkının yeni maliki, hakkı üzerinde aynî nitelikte başka haklar da tesis edilebilecek, bu bakımdan üst hakkı iradına ilişkin alacağı teminat altına alan kanunî ipotek hakkı, tescil zamanı nedeniyle daha dezavantajlı bir konuma düşebilecekti. Bu nedenle, kanunî ipotek hakkının "icra yoluyla satışta terkin olunmayacağı"na ilişkin MK m. 835/f. 1 hükmünün, yüklü taşınmaz malikinin böylesi olumsuz bir durumla karşı karşıya gelmesini engellemek amacıyla getirildiği söylenebilir.¹⁰⁷

V- Kanunî İpotek Hakkının Tesisi ile İlgili Bazı Özel Durumlar

1) İrat alacağının başkasına devri

Yukarıda da bahsetmiş olduğumuz gibi taşınmaz maliki ile üst hakkı sahibi, kendi aralarında, taşınmaz üzerinde tesis edilen üst hakkının karşılığı olarak, üst hakkı sahibinin yüklü taşınmaz malikine belli bir irat ödeyeceği hususunu kararlaştırmış olabilirler. Yüklü taşınmaz malikinin, üst hakkı sahibinden olan üst hakkı iradının ödenmesine ilişkin alacağını başkasına devretmesi hâlinde, irat alacağını güvence altına alan kanunî ipotek hakkının akıbetinin ne olacağı meselesi üzerinde durulması gerekir.

Bilindiği üzere alacağın devri ile birlikte, faiz ve teminata ilişkin fer'i haklar, alacağa bağlı yenilik doğuran haklar ve alacağa bağlı talep ve yetkiler kendiliğinden devralana geçer (TBK m. 189/f. 1).¹⁰⁸ Şayet

¹⁰⁶ İcra İflas Kanunu m. 144/f. 4 uyarınca: "Bir taşınmazı paraya çeviren icra dairesi o taşınmaz üzerindeki irtifak haklarına, taşınmaz mükellefiyetlerine ve taşınmaz rehlin haklarına dair kayıtların tapu sicilinden terkin ve nakillerini de yaptırır".

¹⁰⁷ Steinauer, Tome III, sh. 130-131.

¹⁰⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, sh. 1191; Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 11. Bası, İstanbul 2014, sh. 563-565.

yüklü taşınmaz maliki, üst hakkı iradını güvence altına almak amacıyla üst hakkı üzerinde kanunî ipotek hakkını tescil ettirmişse, bu hak, alacağın devri ile birlikte alacağı devralana geçer. Diğer bir ifadeyle alacak üzerindeki hak sahipliği devralana geçtiği için, kanunî ipotek hakkı da artık devralanın alacağını güvence altına alacaktır.

Öte yandan, kanunî ipotek kurulmasına ilişkin talep hakkı da, üst hakkından doğan irat alacağına bağlı (fer'i) bir hak niteliğindedir. Bunun bir sonucu olarak yüklü taşınmaz malikinin, üst hakkı iradına ilişkin alacağını başkasına devretmesi durumunda, kanunî ipoteğin kurulması istemini içeren hak da irat alacağını devralan kişiye geçecektir. Dikkat edileceği gibi, üst hakkı iradını güvence altına alan kanunî ipotek hakkının, üzerinde üst hakkı tesis edilen taşınmaz mülkiyeti ile bir bağlantısı bulunmamaktadır. Bu sebeple, üst hakkı iradına ilişkin alacağını başkasına devreden malikin, yüklü taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı devam etmesine rağmen, üst hakkı iradının güvencesini oluşturmak üzere üst hakkı üzerinde kanunî ipoteğin kurulmasını talep etme hakkı, irat alacağını devralan kişiye geçmektedir.

Kural olarak alacak, devreden malvarlığında hangi hâlde ise, devralanın malvarlığına da o hâliyle intikâl eder. Diğer bir deyişle, alacağın devri borçlunun durumunu ağırlaştırmaz.¹⁰⁹ Şayet yüklü taşınmaz maliki, üst hakkından doğan irat alacağının devrinden evvel, kanunî ipotek kurma hakkından feragat etmiş ise, alacağı devralan, borçluya karşı kanunî ipotek kurulması yönünde bir hak ileri süremez. Sürse bile borçlu, BK m. 188/f. 1 hükmü uyarınca yeni alacaklıya karşı savunma imkânından faydalanabilir.¹¹⁰ Burada, alacağı devralanın iyiniyetli ya da kötüniyetli olmasının da herhangi bir önemi bulunmayacaktır.¹¹¹

2) İrat alacağı üzerinde rehin hakkı kurulması

Yüklü taşınmaz maliki, üst hakkı sahibinden olan irat alacağını başkasına devredebileceği gibi, bu alacak üzerinde üçüncü kişiler lehine rehin hakkı da tesis edebilir. Ancak irat alacağının devrinden

¹⁰⁹ Oğuzman/Öz, sh. 574.

¹¹⁰ Ballif, No. 567.

¹¹¹ İyiniyetin hukukî sonucu değiştirmedeği hâller için bkz. Oğuzman/Barlas, sh. 225-226; Dural/ Sarı, sh. 220.

farklı olarak, alacak üzerinde rehin hakkına sahip olan rehinli alacaklı, bunun üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmayıp, yalnızca irat alacağının rehnin paraya çevrilmesi¹¹² neticesinde alacağını tahsil etme yetkisini elinde bulundurmaktadır.¹¹³ Bu bakımdan, üst hakkı iradının ödenmesine ilişkin alacak üzerinde rehin hakkını kazanan alacaklı, irat alacağını devralandan farklı olarak, üst hakkı üzerinde kanunî ipoteğin kurulmasına yönelik talep hakkına sahip olmamaktadır.

Yüklü taşınmaz malikinin üst hakkı üzerinde kanunî ipotek kurma hakkından feragat etmesinden sonra, irat alacağı üzerinde üçüncü kişi lehine rehin hakkı tesis edilmesi durumunda da, tıpkı irat alacağının devrinde olduğu gibi, rehin konusu yapılan irat alacağı, kapsam bakımından kanunî ipotek kurma hakkını ihtiva etmeyecektir. Zira yüklü taşınmaz maliki bu haktan daha önce feragat etmiştir.

İrat alacağı üzerinde rehin hakkına sahip olan alacaklının rehnin paraya çevrilmesi ile yaptığı takip sonucu, rehin konusu alacağı iktisap eden kişi, irat alacağının teminat altına alınması amacıyla kanunî ipotek hakkının kurulmasını talep ederse, irat borçlusu bu haktan daha önce feragat edilmiş olduğu yönündeki savunma imkânından faydalanabilecektir. Buna karşılık, böyle bir feragat söz konusu değilse, rehnin paraya çevrilmesi ile yapılan takip sonucunda rehin konusu alacağı iktisap eden kişi, o andaki üst hakkı sahibinden kanunî ipotek hakkının tapuya tescil ettirilmesini talep edebilir.

Diğer taraftan, şayet irat alacağı üzerinde rehin hakkı kurulmasından evvel bu yönde bir feragat yapılmamış ise, yüklü taşınmaz malikinin, rehinli alacaklının onayı olmadan kanunî ipotek kurma hakkından feragat edememesi gerekir. Zira kanunî ipotek kurma hakkı, üzerinde rehin hakkı kurulan alacağa bağlı (fer'i nitelikte) bir hak olup, alacakla birlikte rehnin kapsamına girer. Rehinli alacaklının, her ne kadar üst hakkı üzerinde kanunî ipoteğin kurulmasına yönelik bir

¹¹² Alacak rehninin çeşitli yollardan paraya çevrilmesi mümkündür. Rehin konusu alacak, cebri icra vasıtasıyla satılarak paraya çevrilebileceği gibi, söz konusu alacak, rehin alana ödenmek suretiyle de paraya çevrilebilir. Üçüncü bir yol ise alacak üzerindeki rehnin, rehin alan tarafından özel olarak satılarak (rehin verenin rehin alana rehnedilen alacağı tahsil yetkisi vermesi neticesinde) paraya çevrilmesidir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Lale Sirmen, Alacak Rehni, Ankara 1990, sh. 86, 117-119.

¹¹³ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 1029.

talep hakkı bulunmasa da, onun, alacağın mevcudiyetinin ve değerinin korunması bakımından kayda değer bir menfaatinin bulunduğu da açıktır. Bu sebeple, taşınmaz maliki, rehinli alacaklının menfaatine aykırı bir biçimde alacağın mevcudiyetini etkileyecek işlemleri ancak rehinli alacaklının rızası ile gerçekleştirebilir.¹¹⁴

Bilindiği gibi üzerinde rehin hakkı kurulan alacağın -diğer bir deyişle, rehin yükü bakımından alacak rehninin- kapsamına; kural olarak rehin verilen alacak, rehin verilen alacağa bağlı haklar¹¹⁵ ve rehin verilen alacağa bağlı dönemli yan edimler girmektedir.¹¹⁶ Alacak rehninde, rehin konusu alacağa bağlı hakların rehin kapsamında olup olmamaları hususunda, alacağın temlikine ilişkin TBK m. 189/f. 1 hükmü kıyasen uygulama alanı bulacaktır.¹¹⁷

3) Yüklü taşınmazın mülkiyetinin başkasına devri

Üst hakkı ile yüklü olan taşınmaz mülkiyetinin başkasına devredilmesi durumunda, taşınmazın yeni maliki, kural olarak üst hakkı üzerinde kanunî ipoteğin kurulmasını talep etme hakkını elde etmez. O, ancak yüklü taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını kazanırken, yüklü taşınmaz malikinin üst hakkı sahibinden olan irat alacağını da devralırsa, kanunî ipoteğin kurulması yönündeki talep hakkına sahip olabilir. Zira üst hakkı iradını teminat altına alan kanunî ipoteği talep hakkı, üst hakkı ile yüklenen taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkına bağlı bir hak olmayıp, tamamen üst hakkı iradının ödenmesine ilişkin alacağa bağlı bir haktır.¹¹⁸ Kaldı ki, üst hakkı iradına ilişkin alacağın kendisinin de taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı ile bir bağlantısı bulunmamaktadır. Bu nedenle, şayet taşınmaz maliki yalnızca taşınmazın mülkiyetini devreder, buna karşılık üst hakkı iradına yönelik

¹¹⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, sh. 1033; Sirmen, Alacak Rehni, sh. 77-80, 104; Ballif, No. 568.

¹¹⁵ Rehin verilen alacağa bağlı (fer'i) haklardan bazıları, faiz ve cezaî şart gibi alacağın genişlemesine fayda sağlarken; kefile karşı olan hak, rehin ve hapis hakları gibi diğer bazı fer'i haklar ise alacağa teminat olarak hizmet ederler. Bkz. Andreas von Tuhr, Borçlar Hukuku I-II, Ankara 1983 (Terc. Cevat Edege), sh. 22.

¹¹⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ebru Şensöz/Arif Barış Özbilen/Burcu Savaş, "Alacak Rehninin Teminat Altına Alınan Alacak ve Rehin Yükü Bakımından Kapsamı", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Özel Hukuk Sayısı, Yıl: 4, Sayı: 8, Güz 2005/2, İstanbul 2005, sh. 245-250.

¹¹⁷ Sirmen, Alacak Rehni, sh. 71.

¹¹⁸ Ballif, No. 570; Steinauer, Tome III, sh. 129, dn. 83. Aksi yönde Piotet, sh. 144.

alacağını devretmezse, üst hakkı üzerindeki kanunî ipoteği talep hakkı da kendisinde kalır. Özetle, yüklü taşınmazın mülkiyetini kazanan kişinin, üst hakkı üzerinde kanunî ipoteğin tescilini talep edebilmesi için, üst hakkı iradına ilişkin alacağı da temlik alması şarttır.

4) Üst hakkının başkasına devri

Kişiyeye bağlı olarak kurulan üst hakkının devredilemeyeceği hususu irtifak sözleşmesi ile öngörülmedikçe, üst hakkı sahibi bu hakkını üçüncü bir kişiye devredebilir.¹¹⁹ Tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına taşınmaz olarak kaydedilmemiş olan üst hakkının ise devri mümkün değildir.¹²⁰ Üst hakkının devredilmiş olması hâlinde, yeni üst hakkı sahibi, irat ödeme borcunu üstlenmedikçe bu borçtan sorumlu olmayacaksa da; bu borçtan şahsen sorumlu olan irat borçlusunun borcunu yerine getirmemesi durumunda, üst hakkı üzerinde tesis edilmiş olan kanunî ipoteğin paraya çevrilmesi tehlikesi ile karşı karşıya kalabilecektir.¹²¹

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, yüklü taşınmaz malikinin irat alacağını güvence altına alabilmesi amacıyla üst hakkı sahibinin kanun gereği yerine getirmekle yükümlü olduğu kanunî ipoteği tescil ettirme borcu eşyaya bağlı bir borç niteliğindedir. Üst hakkının süresi devam ettiği müddetçe, her yeni üst hakkı sahibi, yüklü taşınmaz malikinin yenilik doğuran hakkına muhatap olabilir ve bunun sonucunda kanunî ipotek hakkını kurma borcu altına girer.¹²² Üst hakkının

¹¹⁹ Eşyaya bağlı olarak kurulan üst hakkının, yararlanan taşınmazdan ayrı olarak devredilebilmesi ise mümkün değildir. Geçit irtifakı ile ilgili olarak bu konuda verilmiş olan İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. ATF 73 II 27.

¹²⁰ Bkz. Yarg. HGK, 8.10.2008 tarih ve 14-620/615 sayılı kararı: "...mevcut kısıtlamalar sebebiyle üst hakkı irtifakının müstakil ve daimi nitelikte tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına taşınmaz olarak kaydına olanak bulunmamaktadır. Bu özelliğinden dolayı da tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına müstakil ve daimi nitelikte yazılmayan üst hakkının üçüncü kişilere devri mümkün değildir". (Bkz. <http://www.kazanci.com> (erişim tarihi: 27.5.2015)).

¹²¹ Riemer, sh. 81.

¹²² Bilindiği gibi, sözleşme ile bir taşınmaza ilişkin olarak tanınan alım, önalım ve geri alım gibi yenilik doğuran haklar, hak sahibi tarafından yalnızca bu hakları kuran taşınmaz maliki ve külli haleflerine karşı kullanılabilir. Oysa tapu kütüğüne şerh verilmeleri hâlinde, bu hakların etkileri güçlenir ve taşınmaz üzerinde sonradan aynı hak kazanan kişilere karşı da ileri sürülebilir hâle gelirler. Bkz. Oğuzman/Barlas, sh. 153, dn. 168. Buradaki yenilik doğuran hak ise, sözleşme ile tanınmış olmayıp, kaynağını doğrudan doğruya bir kanun hükmünden aldığından, sade-

maddi anlamda değer kaybetmesine yol açan bu husus, üst hakkı üzerinde kanunî ipoteğin kurulmasını talep hakkından feragatin önemini artırmaktadır.

Daha evvel de ifade etmiş olduğumuz gibi, kanunî ipotek hakkının doğumundan sonra yüklü taşınmaz malikinin ipoteğin kurulmasını isteme yönündeki haktan feragat etmesi mümkündür. Ancak üst hakkının devri durumunda, bu feragatin yeni üst hakkı sahibine karşı da etkili olup olmayacağı sorusu akla gelebilir. Bu soruya olumlu yanıt verildiği takdirde, üst hakkının yeni sahibi, yüklü taşınmaz malikinin kendisinden üst hakkı üzerinde kanunî ipoteğin kurulmasını istediği vakit, bu haktan üst hakkının devrinden evvel feragat edilmiş olduğu yönünde bir savunma imkânından faydalanabilecek; aksi takdirde taşınmaz malikinin talebine uygun bir biçimde ipoteği tescil ettirmek zorunda kalacaktır.

Diğer taraftan, kanunî ipoteğin kurulmasını talepten feragat etmenin üst hakkının kapsam ve içeriğine dâhil bir unsur olduğu ve bu konudaki feragatin resmî senette yer alması hâlinde MK m. 827 hükmü uyarınca aynı etkiye sahip olacağı düşüncesi de akla gelebilir. Zira üst hakkı iradını teminat altına alan kanunî ipotek hakkı, doğrudan doğruya kanun hükmünden kaynaklanan bir unsurdur ve tarafların üst hakkına ilişkin irtifak sözleşmesinde bu konuda bir düzenleme yapmamış olmaları hâlinde dahi, kanun gereği etki doğuracaktır. O hâlde, kanun tarafından öngörülen bu hususun taraflarca ortadan kal-

ce sözleşmenin diğer tarafına karşı değil, üçüncü kişilere karşı da kullanılabilir. Tıpkı, yine bir yenilik doğuran hak niteliği taşıyan ancak kanun tarafından tanınmış olan (yasal) önalım hakkında olduğu gibi. Bilindiği üzere yasal önalım hakkı, bir paydaşın paylı mülkiyete tâbi olan bir taşınmaz üzerindeki payını üçüncü bir kişiye satması hâlinde diğer paydaşlara aynı şartlarla bu payın alıcısı olabilme yetkisini veren ve kanunen tanınmış olan yenilik doğuran bir haktır. Sözleşme ile tanınan ve şerh edilmemiş olan önalım hakkından farklı olarak, paydaş bu hakkını payı satın alarak devralan üçüncü kişilere karşı da kullanabilmektedir. Bkz. Oğuzman/Seliçi/ Oktay Özdemir, sh. 554; Heinz Rey/Lorenz Strebler, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 4. Auflage (Hrsg: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), Art. 664-712 ZGB, Basel 2011, sh. 1137; Şıpka, sh. 2-3. Burada da üst hakkı sahibi, hakkını üçüncü bir kişiye devretse dahi, yüklü taşınmaz maliki, kanunî ipoteğin kurulmasına ilişkin talep hakkını üst hakkının yeni malikine karşı ileri sürebilecektir. "Eşyaya bağlı borç" niteliğinde olan kanunî ipoteği kurma borcu, her ne kadar üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinin tarafı olmasa ve üst hakkı iradını ödeme borcunu üstlenmese de, üst hakkının yeni malikine ait olacaktır.

dırılmasına yönelik anlaşmanın da üst hakkının kapsam ve içeriğini doğrudan ilgilendiren bir hüküm olduğu ve bunun resmî senette düzenlenmesi durumunda herkes için bağlayıcı olacağı iddia edilebilir.

Kanımızca, üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinde yer alan ve kanunî ipotek hakkının kurulmasına yönelik talebin ileri sürülme-yeceği doğrultusundaki taahhüdün, MK m. 827 hükmü uyarınca üst hakkının içeriğine dâhil bir unsur olduğu, kendiliğinden aynı etkiye sahip olduğu ve bu nedenle sonraki üst hakkı sahiplerinin de bu feragatten yararlanabileceği şeklindeki düşünce, aşırı bir yorumun ürünü olarak değerlendirilmelidir. Nitekim üst hakkına ilişkin irtifak sözleşmesinde yer alan ve yüklü taşınmaz malikinın kanunî ipotek hakkını kullanmayacağına yönelik taahhüdünü, üçüncü kişilere karşı da hüküm doğuran genel bir taahhüt olarak yorumlamak isabetli olmaz. Yüklü taşınmaz malikinın iradesi, bu hakkını yalnızca sözleşmenin diğer tarafı olan üst hakkı sahibine karşı kullanmamak, bununla beraber üst hakkının başkasına devredilmesi durumunda sonraki üst hakkı sahiplerine karşı kanunî ipotek hakkını kullanabilmek şeklinde de oluşmuş olabilir.

Bize göre, üst hakkı üzerinde kanunî ipoteğin kurulmasına yönelik bir talepte bulunulmayacağı hükmünü içeren genel bir feragatin hüküm doğurabilmesi ancak bu konuda olumsuz bir irtifak sözleşmesinin yapılması ve söz konusu hakkın tapuya tescil edilmesi suretiyle mümkün olabilir. Bu sayede, yüklü taşınmaz malikinın üst hakkının devrinden sonra üst hakkı üzerinde kanunî ipoteğin kurulması yönündeki talebiyle karşı karşıya kalan sonraki üst hakkı sahipleri de, bu talebi bertaraf etme imkânına kavuşacaklardır. Yalnızca sözleşmenin diğer tarafını oluşturan hâlihazırdaki üst hakkı sahibine karşı etkili olması istenen feragatin geçerliliği ise, MK m. 731/f. 2 hükmünün kıyasen uygulanması neticesinde, resmî şekil şartına uyulmasına ve hakkın tapuda şerh edilmesine bağlı tutulmalıdır. Fakat burada, şerhin, üçüncü kişilere (sonraki taşınmaz maliklerine) karşı etki doğurma konusunda herhangi bir fonksiyonu bulunmadığını, zira kanunî ipoteğin kurulmasına yönelik talebin, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkına değil, üst hakkı iradının ödenmesine ilişkin alacağa bağlı olduğunu da tekrar hatırlatalım.

SONUÇ

MK m. 834 hükmü ile kanun koyucunun, irat alacağını güvence altına alabilmesi için yüklü taşınmaz malikine -üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinde kararlaştırılmamış olsa bile- kaynağını kanun hükmünden alan bir ipotek hakkı tanınması, onun, özellikle yüklü taşınmaz malikinin irat alacağını elde etmesi konusundaki menfaatlerini koruma amacı güttüğüne işaret etmektedir. Öte yandan Medenî Kanun ile, irat alacağının güvencesini oluşturan kanunî ipoteği tescil ettirme borcunun eşyaya bağlı borç (*propter rem*) niteliğine kavuşturulması ve bu sayede yüklü taşınmaz malikine, teminat ipoteğinin kurulması yönündeki talep hakkını, yalnızca üst hakkı iradını ödeme borcu altına girmiş olan üst hakkı sahibine karşı değil, sonraki üst hakkı sahiplerine karşı da ileri sürebilme yetkisinin verilmesi de yine, taşınmaz malikinin irat alacağına yönelik menfaatlerinin etkin bir biçimde korunması amacını taşımaktadır. İrat alacağının güvencesini oluşturan kanunî ipoteğin kurulması yönündeki talebin hukukî niteliğinin “yenilik doğuran hak” olması da bu düşüncemiz ile örtüşür niteliktedir. Nitekim yüklü taşınmaz malikinin yenilik doğuran bu hakkı kullanılması neticesinde, üst hakkı sahibinin iradesinden bağımsız olarak yeni bir hukukî sonuç meydana gelmekte, yenilik doğuran bu hakkın muhatabı olan üst hakkı sahibi bu beyanın kendisine ulaşması ile birlikte, doğrudan doğruya ipoteği tescil ettirme borcu ile karşı karşıya kalmaktadır.

Tüm bu anlatılanlara rağmen, üst hakkı sahibinin, bu hakkın tescili karşılığında yüklü taşınmaz malikine karşı üstlendiği irat ödeme borcu kişisel nitelikte bir borç olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle üst hakkının başkasına devri halinde, üst hakkını devralan kişi şayet irat ödeme borcunu üstlenmemiş ise, yüklü taşınmaz malikinin irat alacağını ona karşı ileri sürmesi mümkün olmamaktadır. Türk hukukunda bu hakkın tapu siciline şerh verilmek suretiyle eşyaya bağlı borç niteliği kazanma imkânı da bulunmamaktadır.

İsviçre Medenî Kanunu’nda yapılan 2012 tarihli yasa değişikliğinde olduğu gibi, Türk hukukunda da şerh imkânının, MK m. 830’da düzenlenen anlaşmalarla sınırlı tutulmayarak, irat alacağına yönelik anlaşmalar da dâhil olmak üzere, üst hakkının içeriğini doğrudan ilgilendiren hususlar dışında kalan ve resmî senette düzenlenen tüm

kayıtlar için sağlanması ve Türk hukukunda hâlen mevcut olan “tapu siciline şerh verilmek suretiyle eşyaya bağlı borç hâline gelen sözleşme hükümleri” ile “sadece taraflar arasında etki doğuran ve tapu siciline şerh verilme imkânı bulunmayan hükümler” şeklindeki ayrıma son verilmesi gerekir. Böylelikle, hem üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinin taraflarına resmî senette yer alan herhangi bir hususun üçüncü kişilere karşı etkili olup olmayacağı konusunda karar alma özgürlüğü tanınmış olacak, hem de yüklü taşınmaz malikinin irat alacağına yönelik menfaatlerinin korunmasını önceleyen Medenî Kanun sistematikğine daha fazla yaklaşılması sağlanacaktır.

Kaynakça

- Akipek Jale, “Üst Hakkı Kavramı, Muhtevası ve Mahiyeti”, Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu’na Armağan, Ankara 1972, sh. 25-69.
- Akipek Jale G./Akıntürk Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- Altaş Hüseyin, Medenî Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7), Ankara 2014.
- Altınok Ormancı Pınar, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2011.
- Antalya Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 2. Baskı, İstanbul 2013.
- Aral Vecdi, İnşaat (Üst) Hakkı: (MK Mad. 652, 751), İstanbul 1962.
- Aybay Aydın/Hatemi Hüseyin, Eşya Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2012.
- Ballif Alban, Le Droit de Superficie, Eléments réels, obligations propter rem et droits personnels annotés, Bâle 2004.
- Baysal Başak, “Yapı Alacaklısı İpotekine İlişkin Başlıca Hukuksal Sorunlar”, Prof. Dr. Özer Seliç’ye Armağan, Ankara 2006, sh. 149 vd.
- Belen Herdem, “Üst Hakkında Süresinden Önce Devir Talebine Esas Edimler ve Buna Bağlı Hukuksal Sonuçlar”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 4, Yıl: 2005, sh. 33-55.
- Bertan Suad, Aynî Haklar, Medenî Kanununun 618-764’üncü Maddelerinin Şerhi, Cilt 2, MK. 703-764, Ankara 1976.
- Dural Mustafa/Sarı Suat, Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2012.
- Ergüne Mehmet Serkan, “Üst Hakkının Tasarruf İşlemlerine Konu Olmasına İlişkin Hukukî Sorunlar”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXVI, S. 1, sh. 275-292.
- Erel Şafak N., Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982.
- Erel Şafak, Gayrimenkul Rehninde Sıra, Ankara 1974 (Sıra).
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, İstanbul 2011.
- Erman Hasan, Eşya Hukuku Dersleri, 4. Bası, İstanbul 2013.
- Ertaş Şeref, Eşya Hukuku, 9. Bası, İzmir 2011.
- Esener Turhan, Eşya Hukuku, Ankara 1985.
- Freimüller Hans-Ulrich, Die Stellung der Baurechtsdienstbarkeit im System der ding-

- lichen Rechte, Bern 1967.
- Galland Cyril, Le contenu des servitudes foncières - Aspects de droits réels et obligations de faire rattachées à la servitude, Zürich 2013.
- Gapany Pierre, "Hypothèques légales: La portée pratique des modifications du Code civil du 11 décembre 2009", Journal des tribunaux 2, Droit civil, poursuite pour dettes et faillites et procédure civile: Jurisprudence fédérale, Lausanne 2013, sh. 72 vd.
- Gümüş Mustafa Alper, Türk Medenî Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, İstanbul 2007 (Şerhler).
- Gümüş Mustafa Alper, "Yeni Türk Medenî Kanunu Hükümleri ile Karşılaştırmalı Olarak Medenî Kanun'un Üst Hakkına İlişkin Hükümlerinde Üst Hakkı İlişkisinin Tarafları ve İlgilileri İçin Kabul Edilmiş "Tazminat (Bedel) Alacakları" ve "İpotek Hakları", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II, İstanbul 2003, sh. 533-567.
- Günel A. Nadi, "Roma Hukukunda Üst Hakkı (Superficies)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 47, Sayı 1-4, 1998, sh. 107-118.
- Gürses Davut, "Kredi Teminatı Olarak Üst Hakkı İpotegi", Bankacılar Dergisi, Sayı: 76, Yıl: 2011, sh. 3-17.
- Gürsoy Kemal/Eren Fikret/Cansel Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984.
- Gürzumar Osman Berat, Türk Medenî Hukukunda Üst Hakkı, 2. Baskı, İstanbul 2001.
- Helvacı İlhan, Eski Medenî Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medenî Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, İstanbul 2008.
- Isler Peter R./Costantini Renato, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 4. Auflage (Hrsg: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), Art. 779-779I ZGB, Basel 2011.
- Isler Peter, Der Baurechtsvertrag und seine Ausgestaltung, Berne 1973.
- Köprülü Bülent/Kaneti Selim, Sınırlı Aynî Haklar, İstanbul 1982-1983.
- Kuntalp Erden, "Bağımsız ve Sürekli Sınırlı Aynî Hakların Özellikle Üst Hakkının Taşınmaz Olarak İşlem Görmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 1991, Sayı: 4, sh. 528-551.
- Müller Viktor, Der Baurechtszins und seine grundpfandrechtliche Sicherung, Zürich 1968.
- Oğuz Cemal, "Yapı Alacaklısı Rehninin Konusu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, Y. 2009, S.1-2, sh. 61-75.
- Oğuzman Kemal/Barlas Nami, Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 16. Bası, İstanbul 2010.
- Oğuzman Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 11. Bası, İstanbul 2014.
- Oğuzman Kemal/Seliçi Özer/Oktay Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2012.
- Piotet Denis, "Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières", Traité de Droit Privé Suisse, Volume V, Tome 2, 2e édition, Bâle 2012.
- Reisoğlu Safa, Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhit ve İşçilerin Kanunî İpotek Hakkı, Ankara 1961.

- Rey Heinz/Strebel Lorenz, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 4. Auflage (Hrsg: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), Art. 664-712 ZGB, Basel 2011.
- Riemer Hans Michael, Die Beschränkten Dinglichen Rechte, 2. Auflage, Band II, Bern 2000.
- Ruedin Roland, Le droit réel de superficie, Neuchâtel 1969.
- Schmid Jörg/Hürlimann-Kaup Bettina, Sachenrecht, 4. Auflage, Zürich 2012.
- Simonius Pascal/Sutter Thomas, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, T. II, Die beschränkten dinglichen Rechte, Bâle 1990.
- Sirmen Lale, Eşya Hukuku, Ankara 2013.
- Sirmen Lale, Alacak Rehni, Ankara 1990 (Alacak Rehni).
- Steinauer Paul-Henri, Les droits réels, Tome II, 4ème édition, Berne 2012 (Tome 2).
- Steinauer Paul-Henri, Les droits réels, Tome III, 4ème édition, Berne 2012 (Tome 3).
- Steinauer Paul-Henri, "La forme à respecter pour prévoir ou modifier une rente superficielle - Arrêt du Tribunal fédéral du 19 novembre 2010 (5A_251/2010)", Baurecht/Droit de la Construction 2011 (Edt: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli/ve diğerleri), sh. 67 vd. (La forme).
- Şensöz Ebru/Özbilen Arif Barış/Savaş Burcu, "Alacak Rehninin Teminat Altına Alınan Alacak ve Rehin Yükü Bakımından Kapsamı", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Özel Hukuk Sayısı, Yıl: 4, Sayı: 8, Güz 2005/2, İstanbul 2005.
- Şıpka Şükran Taman, Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şuf'a) Hakkı (MK m. 659), İstanbul 1994.
- Tekinay Selâhattin Sulhi, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar, Eşya Hukuku C. II/3, İstanbul 1994.
- von Tuhr Andreas, Borçlar Hukuku I-II, Ankara 1983 (Terc. Cevat Edege)
- Tuor Peter/Schnyder Bernhard/Schmid Jörg, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Zürich 2002.
- Ulusan İlhan, "Yeni Türk Medenî Kanunu Ön Tasarısında Yer Alan İnşaat (Üst) Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 61, Sayı 1-2-3, 1987, sh. 21 vd.
- Ünal Mehmet, Türk Medenî Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı, Ankara 1988.
- Ünal Mehmet/Başpınar Veysel, Şekli Eşya Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2007.