



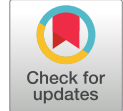
İstanbul Hukuk Mecmuası Istanbul Law Review

Araştırma Makalesi | Research Article

📄 Açık Erişim | Open Access

Taşınmazın Devri ve Sınırlı Ayni Hak Kurulması Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğun Konusu ve Kapsamı

Subject and Scope of Mediation As To Disputes From The Real Estate's Transfer and
Acquisition of Limited Real Rights



Cengiz Topel Çelikoğlu¹

¹ Bursa Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Bursa, Türkiye

Öz

Yakın zaman önceki bir Yasama faaliyeti kapsamında, 6325 Sayılı HUAK'ta (da) bazı değişiklikler hasıl eden yeni hükümler sevk olunmuştur. Söz konusu yeni ve değişik hükümlerle, taşınmazın aynına ilişkin bazı uyuşmazlıklarda arabuluculuk özel olarak düzenlenmiştir (HUAK m.17/B, 18/B). Bu kapsamda, taşınmaz mal uyuşmazlıklarında ihtiyari - mecburi arabuluculuk şeklinde iki ayrı başvuru rejimi ve uygulama yönü ortaya çıkmıştır (HUAK m.17/B/1; m.18/B/1). Bu açıdan, HUAK m.17/B/1 hükmünün uygulama alanı ve kapsamındaki taşınmaz mal uyuşmazlıklarının konularının belirlenmesi önem arz etmektedir. HUAK m.17/B/1 hükmünde iki grup olarak zikrolunan taşınmaz mal uyuşmazlıkları ('taşınmazın devri', 'taşınmazda sınırlı ayni hak kurulması'), taşınmaza ilişkin ayni hak sahipliği-değişikliği uyuşmazlığı kabilinden olup; uyuşmazlığın aktif tarafı açısından, taşınmazda ayni hak kurulması-kazanılması hedefine yöneliktir. Bu minvalde, 'taşınmazın devri uyuşmazlıkları', devren iktisab suretiyle taşınmaz mülkiyetini nakil yükümlülüğü doğuran, kural olarak iradi sebepli bir hak iddiasını havi iken; 'taşınmazda sınırlı ayni hak kurulması-kazanılması uyuşmazlıkları' irtifak-mükellefiyet-rehin haklarının iradi veya kanuni sebeple tesisen ya da devren kazanılmasına yönelik hak iddiasını havidir.

Abstract

Recently, some changes have been enacted with Law No. 7445 in Law No. 6325 on the Mediation (HUAK). With these new provisions, mediation in disputes related to immovable property and the mediation settlement agreement have been specifically regulated (HUAK Article 17/B, 18/B). In this context, two separate application regimes and procedures for mediation in immovable property disputes have emerged, namely voluntary and mandatory (HUAK Article 17/B/1; Article 18/B/1). In this respect, it is essential to be known the subject of disputes those covered by HUAK Article 17/B/1. Immovable property disputes that could fall into two separate groups mentioned in Art. 17/B/1 of HUAK ('transfer of immovable property', 'acquisition of limited real rights in immovable property') are disputes that relate to ownership or changes in ownership of real rights in the imovable property. These disputes are directed towards the establishment or acquisition of real rights in the immovable property, as to active side of disputes. In this regard, 'disputes over the transfer of immovable property' involve claims of transfer of ownership of immovable property through acquisition, which entail as a rule voluntary claim; while 'disputes over the establishment-acquisition of limited real rights in immovable property' involve claims of establishment or acquisition of easement-servitude-mortgage rights through a voluntary or legal claim.

Anahtar Kelimeler

Arabuluculuk • Taşınmaz mal uyuşmazlığı • Taşınmazda ayni hak kazanılması • Hak iktisap tarzları • İltizamî işlem • Tasarrufî işlem



“ Atf | Citation: Çelikoğlu, CT, 'Taşınmazın Devri ve Sınırlı Ayni Hak Kurulması Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğun Konusu ve Kapsamı' (2025) 83(4) İstanbul Hukuk Mecmuası–Istanbul Law Review 1283. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2025.83.4.0001>

© This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

© 2025. Çelikoğlu, C. T.

✉ Sorumlu Yazar | Corresponding author: Cengiz Topel Çelikoğlu cengiztc@uludag.edu.tr



Keywords

Mediation • Immovable property disputes • Gaining a real right in immovable property • Styles of gaining a right • Obligating act • Dispositive act

Extended Summary

Recently, as part of a Legislative activity a new statute have been enacted (Law No 7445) that have resulted in some changes in Law No 6325 on Mediation (HUAK). With these new and amended provisions of HUAK, mediation in disputes related to immovable property and the settlement agreement in mediation have been specifically regulated (HUAK Art. 17/B, 18/B). In this context, two separate application regimes and procedures for mediation in immovable property disputes, voluntary and mandatory, have emerged (HUAK Art. 17/B/1; Art. 18/B/1).

For the correct understanding and implementation of the new and amended provisions of HUAK, the subject and content of immovable property disputes covered by Art. 17/B/1 must be known. In this regard, it is essential for the parties (or their lawyers) and mediators to act with knowledge of under which regime the dispute falls for effective and efficient mediation. Therefore, an examination of the scope and subject matter of Art. 17/B/1 is necessary. In this respect, rule analysis and literature review methods were used in the study. The results reached in the Study conducted for this purpose can be summarized as follows.

Immovable property disputes mentioned as two categories in Art. 17/B/1 of the HUAK ('transfer of immovable property', 'establishment of limited real rights on immovable property') are disputes falling under the creation or change of ownership of real rights related to the immovable property, among the four groups of disputes implicitly defined in civil procedural law and listed as related to the real rights of the immovable property (Code of Civil Procedure Art. 12/1); in terms of the active side of the dispute, aimed at the acquisition of real rights on the immovable property. Real rights on immovable property, like other rights in rem, can be acquired voluntarily or by operation of law, through the essentially or establishment or transfer. However, disputes regarding the acquisition of real rights on immovable property primarily through voluntary means (mainly through contracts in obligation law) and thus within the scope of the HUAK Art. 17/B/1 provision, are covered. In this respect, the subject of the dispute in the first category within the scope, the dispute over the transfer of immovable property, is the claim of sale contract giving rise to the transfer obligation of ownership through the transfer acquisition method, and the subject of the dispute over the establishment of limited real rights on immovable property is, in principle, the contracts of easement or servitude or mortgage resulting in the establishment of limited real rights through establishment or transfer (essentially).

These disputes are in the context of the performance of the obligating act related to the establishment or transfer of real rights. In the Turkish Legal Order, contracts for the establishment or transfer of real rights on immovable property can be concluded primarily at the land registry office; along with the official obligating act, the registration of the title deed, and the ensuing registration request task by the land registry office (exclusively for sales) are jointly carried out through the issuance of an official document (notarization specifically for sales) and cannot be subject to suspensive conditions (Art. 16, 21 of Land Registry Bylaw; Art. 7/i, 11/2, 13-14 of Directives and Regulation on the Official Deed of the Land Registry [Art. 7/3, 8/4 of Directives and Regulation on the Notarial Deed of Land Registry]); the content of these disputes essentially constitutes a disagreement on the performance of an externalized (main) contract (prepaid sale of immovable property) or a contract stipulated by law (Land Registry Law Art. 26/VIII, X-XI; Notarial Law Art. 44) forming a preliminary contract (promise of sale or mortgage promise).

Giriş

Yakın zaman önceki bir Yasama faaliyeti kapsamında, 'İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la (Kanun Numarası: 7445, Kabul Tarihi:28.03.2023, RG 05.04.2023/32154), HUAK'ta (Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Kanun Numarası: 6325, Kabul Tarihi: 07.06.2012, RG 22.06.2012/28331) bazı değişiklikler de içeren yeni hükümler sevk olunmuştur. Söz konusu yeni ve değişik hükümlerle, taşınmazın aynına ilişkin bazı uyuşmazlıklarda arabuluculuk özel olarak düzenlenmiştir (HUAK m.17/B, 18/B). Bu bağlamda, kanunen muayyen taşınmaz mal uyuşmazlıkları bakımından uzlaşma anlaşmalarının yazılı şekilde tanzimi ve icra edilebilirlik şerhi mecburiyeti getirilerek, arabuluculuk çözümünün ilgili mevzuat hükümlerine riayeti de bu husustaki yargısal inceleme unsurları arasında sayılmış; keza,

malikin uyuşmazlık konusu aynî hakta tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına imkan tanınmıştır (HUAK m.17/B/2-4, 18/B/2-3). Hakeza, taşınmazda aynî hak kazanılması uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişli olduğu tasrih olunduğu gibi (HUAK m.17/B/1); toplu mülkiyete konu mal paylaşımı ve ortaklığın izalesinin yanısıra, kat mülkiyeti hakları ile komşuluk hakkı uyuşmazlıkları dava şartı arabuluculuğa tabi kılınıp, bunların da aynı özellikte olduğu dolaylı olarak belirtilmiştir (HUAK m.18/B/1). Söz konusu yeni ve değişik düzenlemelerin taşınmaz mal uyuşmazlıklarında arabuluculuğun işlevselleşmesine yönelik olduğu belirtilebilir.

HUAK'ın yeni ve değişik düzenlemelerinin doğru anlaşılıp uygulanması için, m.17/B/1 hükmünün uygulama alanı kapsamındaki taşınmaz mal uyuşmazlıklarının konusunun belirlenmesi önemlidir. HUAK m.17/B/1 hükmünde kapsam dahilindeki taşınmaz mal uyuşmazlıklarına haliyle grup olarak atıfta bulunulmakla yetinilmiştir ('taşınmazın devri', 'taşınmazda sınırlı aynî hak kurulması'). Bu itibarla, lafzî itibarıyla m.17/B/1 hükmü ile m.18/B/1 hükmü kapsamındakiler arasında bir kesişme de söz konusu olabilir ise de, bu iki özel hüküm temelde farklı düzenlemeler içermekte olup; bu meyanda, taşınmaz mal uyuşmazlıklarında arabuluculuğa iki ayrı başvuru rejimi ve uygulama yönü ortaya çıkmıştır. Bu açıdan, taşınmaz mal uyuşmazlığının tarafları veya avukatlarının ve arabulucunun mevcut uyuşmazlığın somut durumda hangi rejime tabi olduğunu doğru belirlemesi gerekir. Esasen, arabulucunun uyuşmazlığın çözülmesinde taraflara yardımı - uyuşmazlığın analizini gerektirmekle- uyuşmazlık konusunun bilinmesine bağlıdır.

Taşınmaz mal uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümünde, bu alanda özel uzmanlık eğitimi almış olması gerekmeyen, genel arabulucular faaliyette bulunmaktadır. HUAK m.17/B/1 ve 18/B/1 hükümlerinin taşınmazın aynına ilişkin tüm uyuşmazlıkları kapsamadığı belirgindir. Bu özel hükümler kapsamında kalmayan taşınmaz mal uyuşmazlıkları (da) genel hüküm uyarınca arabuluculuğa konu edilebilir (HUAK m.1/2). Bu minvalde, söz konusu özel hükümler kapsamındaki taşınmaz mal uyuşmazlıkları hakkındaki düzenlemelerin genel hüküm kapsamındaki (HUAK m.1/2) elverişli diğer taşınmaz mal uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümüne sari olup olmadığı bakımından (da), özel hükümler kapsamındaki uyuşmazlıkların konusunun belirlenmesine ihtiyaç vardır. Bu hususta, taraf avukatları ve bilhassa arabulucuların katkısının yanısıra, HUAK m.17/B/1 (ve m.18/B/1) hükmü kapsamındakiler itibarıyla zorunlu hale gelen icra edilebilirlik şerhi yargılamasında etkinlik-verimlilik temini için de uyuşmazlığın mahkemece doğru analizi şarttır. Keza, HUAK m.17/B/2 hükmüyle getirilen arabuluculuk sürecinde tasarruf kısıtlaması şerhi imkanı 'taşınmazın devri' ve 'taşınmazda sınırlı aynî hak kurulması' uyuşmazlığı kategorisindekilere mahsustur. Bu kapsamındaki bazı uyuşmazlıkların m.18/B/1 kapsamındaki taşınmaz mal uyuşmazlıklarıyla kısmen örtüşmesi mümkün ise de, Kanunda bunlar bakımından tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi kabul edilmemiştir. Bu açıdan da HUAK m.17/B/1 hükmü kapsamının incelenmesi gerekmektedir.

Belirtilen sebeplerle bu çalışmada, HUAK m.17/B/1 hükmüyle düzenlenmiş olan arabuluculuğun mahiyeti ve madde kapsamındaki uyuşmazlık konuları incelenecektir. İnceleme-araştırmada, mevzuat (kural) analizi ve literatür tarama yöntemiyle, HUAK m.17/B/1 kapsamında kategorik olarak belirtilmiş olan kapsam dahilindeki taşınmaz mal uyuşmazlığı konularının hukuk düzenimizin özel hukuka ilişkin maddi hukuk kuralları çerçevesinde tesbit ve izahına yönelinecektir.

I. Genel Olarak HUAK m.17/B/1 Düzenlemesi

A. HUAK m. 17/B/1 Hükmünün Mahiyeti

HUAK m.17/B/1 hükmüyle kanunkoyucu taşınmazın devri ve sınırlı aynî hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk yoluna başvurulabileceğini tasrih etmiştir. Ancak, kanun madde başlığı ("*Taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk*") dikkate

alındığında¹ ve diğer fıkra hükümlerine bakıldığında, bu kanun maddesinde (ve m.18/2-3 hükümlerinde), söz konusu taşınmaz mal uyuşmazlıklarında arabuluculuk yoluna başvurulmasının özel olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır.

7445 Sayılı Kanun öncesinde, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişliliği tartışmalıydı². Kanunkoyucu kanımızca HUAK m.17/B/1 ve 18/B/1 düzenlemeleriyle özel hukuktan doğan taşınmaz mal uyuşmazlıklarının kural olarak arabuluculuğa elverişli olduğunu teyid etmiştir. Bu açıdan, HUAK m.17/B/1 hükmü bazı maddi hukuk kanunlarındaki ilgili usûl kurallarına da sâridir. Ezcümle, HUAK m.17/B/1 hükmünün mevzuata girmesiyle, tüketici hukukunda kanunen dava şartı arabuluculuktan istisna edilmiş olan (TKHK³ m.73/A/1-d), tüketici işlemi bağlamındaki taşınmaz mal (konut ve tatil amaçlı taşınmaz satışı) uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişliliğinin teyid edilmiş olduğu ileri sürülebilir. Zira, bunlar da -taşınmaz aynî hak sahipliğinde değişikliğe ilişkin olmakla⁴- HUAK m.17/B/1 anlamında taşınmazın devri ve (bazı hallerde [örneğin devre mülkte] sınırlı aynî hak tesisi) uyuşmazlığıdır⁵. Keza, önalım hakkı kullanımını mahkeme yoluna hasrettiğinden bu husustaki uyuşmazlığı arabuluculuğa elverişsiz kılan, TMK⁶ m.734 ve TBK⁷ m.242 düzenlemelerinin de -önalım hakkı satış ilişkisi kurup taşınmaz mülkiyetinin devri borcunu doğurmakla- söz konusu hükümle zımnen ilga edilmiş olduğu ve dolayısıyla bu husustaki uyuşmazlığın da artık arabuluculuğa elverişli hale geldiği ileri sürülebilir. Zira, söz konusu özel hükümle taşınmaz aynî haklar üzerinde tasarruf serbestiyetinin⁸ bulunduğu zımında, tarafların bu hak uyuşmazlıklarını arabuluculuk yoluyla çözebilecekleri tasrih edilmiş olmaktadır.

HUAK m.17/B/1 düzenlemesi Kanun'un uygulama alanı itibarıyla arabuluculuğa elverişlilik hakkındaki genel hükme (HUAK m.1/2) taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar bakımından sarahat kazandırmaya matuftur denilebilir. Bununla birlikte, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar bu maddede belirtilen taşınmazın devri ve sınırlı aynî hak kurulması uyuşmazlıklarından ibaret değildir. Bu açıdan, diğer ilave özel hüküm (HUAK m.18/B) başka bazı taşınmaz mal uyuşmazlıklarına da sâridir ki; bunlar bakımından arabuluculuğa başvurulması dava şartı kılınmıştır (HUAK m.18/B/1-b,c,ç). Esasen, başka bağlamda koyulmuş olsa da bir medeni usûl kurumu olan arabuluculuk yolu bakımından da tanım hükmü yönüyle dikkate alınması gereken,

¹Kanun kenar ve madde başlıklarının metne dahil sayılmaması meselesinden bağımsız olarak hükmün kapsam ve yorumundaki rolü hakkında bkz Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuka Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar* (22. Baskı, Vedat 2016) 74; Ergun Özsunay, *Medeni Hukuka Giriş* (5.Baskı, Güryay 1986) 186-187.

²Örneğin, kural olarak olumlu görüşte bkz Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (5. Baskı, Yetkin 2022) 1502; Cenk Akil, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Kapsamı", içinde Emel Hanağası ve Mustafa Göksu (edr), Prof Dr Ejder Yılmaz'a Armağan C I-II (Yetkin 2014) 87; Orhan Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri* (Adalet 2017) 303-304; Emel Badur, "Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi" (2021) 9 (18) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 79; Nesibe Kurt Konca ve Emel Badur, "Taşınmazın Aynına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi" (2023) 14(56) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 541. Olumsuz görüşte bkz Süha Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk* (2.Baskı, Yetkin 2022) 61.

³Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6502, Kabul Tarihi: 07.11.2013, RG 28.11.2013/28835.

⁴Bkz Sezer Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* (2. Baskı, Seçkin 2021) 1197.

⁵Tüketici hukukunda zayıfın korunması mülahazasıyla kanunkoyucu bu uyuşmazlıkları arabuluculuğa elverişsiz kabul edebilirse de, dava şartı arabuluculuğa tabi olmayan taşınmaz mal uyuşmazlıklarından hasil olan arabuluculuk uzlaşmaları da zorunlu icra edilebilirlik şerhine tabi kılınmıştır (HUAK m.17/B/4). Dolayısıyla, söz konusu arabuluculuk uzlaşmasının hukuken sonuç doğurması icra edilebilirlik şerhi alınması bağlı olacağından, kanımızca icra edilebilirlik şerhi incelemesi kapsamındaki yargısal kontrol yeterli koruma sağlayabilecektir.

⁶Türk Medeni Kanunu, Knun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.

⁷Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

⁸Kanunun kapsama ilişkin genel hükmü uyarınca arabuluculuğa elverişlilik kriteri unsuru olarak kabul edilmiş olan 'taraflarca tasarruf serbestiyeti' (HUAK m.1/2) uyuşmazlık konusu olan bir hak veya hukukî ilişkiye tarafların iradeleriyle etki edebilme keyfiyetini ifade eder. Bu hususta bkz. Ömer Ekmekçi, Muhammet Özekes, Murat Atalı ve Vural Seven, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk* (2. Baskı, Onikilevha 2019) 50; Cengiz Topel Çelikoğlu, "6325 sayılı HUAK Uygulama Alanı Bağlamında Taşınmazın Aynına İlişkin Uyuşmazlıklar", içinde Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası (edr), Prof Dr Baki Kuru'ya Armağan (Onikilevha 2025) 560-564. HUAK'a temel alınan mukayeseli hukuk metinlerinden Avrupa Birliği'nin Hukuki ve Ticari Meselelerde Arabuluculuk Direktifi (2008/52) düzenlemeleri hakkında bkz Carlos Esplugues, "Mediation in the EU After the Transposition of Directive 2008/52/EC on Mediation in Civil and Commercial Matters", in C Esplugues (ed) *Civil and Commercial Mediation in Europe: Cross-Border Mediation* (Intersentia 2014) 514.



HMK⁹ m.12 hükmü içeriğinden anlaşılmaktadır ki; HUAK m.17/B/1 ve 18/B/1 hükümlerinde belirtilmiş olanlar dışında, taşınmazın aynına ilişkin başka uyuşmazlıklar da söz konusudur¹⁰. Bu meyanda, HUAK m.17/B/2-4 hükümleri arabuluculuk sürecinde uyuşmazlıklı hak üzerinde tasarruf yetkisi kısıtlaması ve arabuluculuk uzlaşma anlaşmasının şekli ile icra edilebilirliği hakkında özel düzenlemeler içermektedir¹¹. HUAK m.17/B/1 hükmünün açık lafzı karşısında, söz konusu özel düzenlemelerin (m.17/B/2-4) genel hüküm uyarınca (HUAK m.1/2) arabuluculuğa elverişli olabilecek diğer taşınmaz mal uyuşmazlıklarına kıyasen tatbik imkanı sınırlıdır. Keza, kanımızca HUAK m.17/B/2 hükmünün de diğer özel hüküm (m.18/B/1) kapsamındakilere tatbikine imkan yoktur. Aşağıdaki argümanlar bu durumu ortaya koymaktadır.

Eşya hukukunda sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkeleri şerhlere de sari olduğundan¹² hak sahibinin taşınmazda tasarruf yetkisini kısıtlayıcı şerhler TMK m.1010/I-1 ve diğer bir yasal mevzuat hükmü uyarınca (TST¹³ m.48) kanunen muayyen hallere münhasır olmakla¹⁴, tarafların arabuluculuk sürecinde şerh anlaşmasıyla ve arabulucu vasıtasıyla tapu siciline uyuşmazlık konusu taşınmaz aynî hak üzerinde (hak sahibinin) tasarruf işlemini uyuşmazlığın diğer tarafı lehine sınırlandırmaya matuf şerh imkanı (HUAK m.17/B/2)¹⁵ bu madde fıkrasında (m.17/B/1) belirtilmiş olan uyuşmazlıklar haricinde (HUAK m.1/2 ve 18/B/1 kapsamındakiler hakkında) cari olmamak gerekir¹⁶. Burada, HUAK m.17/B/1 hükmü kapsamının m.18/B/1 hükmününkiyle örtüştüğü uyuşmazlıklar bakımından, ilk bakışta aksi düşünülebilir ise de, farklı bir sonuca varılamaz. HUAK'a göre taşınmaz mal uyuşmazlıkları kural olarak dava şartı arabuluculuğa tabi değildir¹⁷. Bununla birlikte, HUAK m.17/B/1 düzenlemesinde 'taşınmazın devri' ve 'taşınmazda sınırlı aynî hak kurulması' uyuşmazlıkları lafzen belirli bir hukuki ilişki alanıyla sınırlanmamış olup; HUAK m.18/B/1-b,c,ç hükümleri uyarınca dava şartı arabuluculuğa tabi KMK¹⁸ ve komşu hakkı bağlamındaki aynî hak devir-tesis uyuşmazlıkları itibariyle bir kesişme söz konusudur. Fakat, m.18/B/1 kapsamındakiler için bu özel düzenlemede tasarruf yetkisi kısıtlama şerhi imkanı kabul edilmemiş olup; kanımızca m.17/B/2 hükmü – sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkesinin şerhlere de şamil olması karşısında- bunlar bakımından kıyasen de tatbika medar değildir. Ayrıca, söz konusu şerh, çekişmeli hakkın devri yasağı (TMK m.1010/I-1) işleviyle, bir geçici hukuki koruma aracı

⁹Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

¹⁰HMK m.12 düzenlemesinde, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar (taşınmaz mal uyuşmazlıkları) dört kategori halinde tahditlenmiştir: i)taşınmaz aynî hak ihlali ve hukuka aykırı kullanımı ile sona erdirilmesi, ii)aynî hak sahipliğinde değişiklik doğuran (nisbi) hak uyuşmazlıkları, iii)taşınmaz zilyedliğinin korunması uyuşmazlıkları, iv)taşınmaz haklı zilyedliğinin alıkoyması uyuşmazlıkları. Mahkeme yolu bağlamında bu uyuşmazlıkların özellikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Dilek Karademir Aydemir, *Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi* (Adalet 2019) 312-343; arabuluculuk yolu bağlamında ayrıca bkz. Çelikoğlu 589-590.

¹¹HUAK m.17/B/3 (ve 18b/2) hükmüyle arabuluculuk uzlaşma belgesinin taşınmaz aynî hak devir-tesis konusundaki mevzuata riayeten tanzimi lüzumu da tasrih olunmakla birlikte, bu gerek -uzlaşma anlaşmalarının sözleşme niteliğiyle TBK m.27 hükmü uyarınca emredici kanun hükümlerine aykırı olmama mecburiyeti paralelinde olmakla- tüm uzlaşma belgelerine şamildir. Ancak, Kanunda "usul ve esaslara " riayet de zikrolunmakla, idari düzenleyici işlemlere uygunluğun da aranması yönüyle arada bir farklılıktan bahsedilebilir; fakat, normlar hiyerarşisi temelinde idari düzenleyici işlemlerin kanuna uygunluk lüzumu karşısında kanımızca bu fark nisbidir.

¹²Mustafa Alper Gümüş, *Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler* (2. Baskı, Vedat 2007) 1-3; Murat Doğan, *Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi* (Seçkin 2004) 13, 36, 42.

¹³Tapu Sicil Tüzüğü, Kabul Tarihi : 22.07.2013 (5150 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla kabul edilmiştir), RG 17.08.2013/28738.

¹⁴Doğan 38. Benzer yönde ayrıca bkz Emel Badur ve Nesibe Kurt Konca, 'Arabuluculuk Sürecinde Tapu Siciline Tasarrufu Kısıtlayıcı Şerh Konulması' (2023) 72 (2) AÜHFD 851.

¹⁵HUAK m.17/B/2 hükmüyle kanunkoyucu TMK m.1010/I-3 uyarınca hukuki işlemle tesis olunabilen türden yeni bir tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi ihdas etmiş olup; arabulucu hakim yetkisi kullanamayacağından (HUAK m.15/4) adeta nisbi hak şerhi gibi tarafların anlaşmasıyla husulü ve fakat farklı olarak bu şerhin arabulucunun tamamlayıcı işlemi ile koyulması kabul edilmiştir (şartları ve usul-şekli hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Badur ve Kurt Konca 853-866). Bu şerhin hukuki niteliği ve etkileri hakkında farklı görüşler ileri sürülmüştür: Çekişmeli hakların korunmasına ilişkin yeni bir tasarruf yetkisi kısıtlama şerhi türü olduğu yönünde bkz Badur ve Kurt Konca 847,852-853; çekişmeli hakların korunması sadedinde bir tasarruf kısıtlama şerhine benzetmekle birlikte, kendine özgü olduğu yönünde bkz Kadir Berk Kapancı, 'Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 17/B Maddesinin İkinci Fıkrasında Tapu Siciline Düşülebileceği Öngörülen Şerhin Hukuki Niteliği ve Meydana Getirebileceği Etkiler Üzerine Değerlendirmeler' (2023) 2(1) MEF Üni HFD 35-36.

¹⁶Krş Badur ve Kurt Konca 849 (Badur ve Kurt Konca aynî hak ihlali teşkil eden yolsuz tescil uyuşmazlığını da HUAK m.17/B/1-2 kapsamında görmekte olup bu görüşe katılmıyoruz).

¹⁷HUAK m.17/B/1 yönüyle bu şekilde bkz Badur ve Kurt Konca 850; Kapancı 33 dn 61.

¹⁸Kat Mülkiyeti Kanunu, Kanun Numarası: 634, Kabul Tarihi: 23.06.1965, RG 02.07.1965/12038.

sayılır¹⁹. Mahkemeye erişim hakkına (AY²⁰ m.36) riayet, mecburi arabuluculuk bazı sınırlamalara tabi kılınmakta olup; bu minvalde, arabuluculukta geçici hukuki koruma - mahkemeye erişimin uyuşmazlığın pasif tarafı bakımından da bir temel hak olmasına ve süreç verimliliğiyle uyuma bağlanabilecek surette sadece acil hallerde uygundur²¹. Dolayısıyla, arabuluculukta tasarruf yetkisi kısıtlama tedbiri kanunen muayyen hallerle sınırlıdır. Esasen, HUAK m.18/B/1 hükümlerindeki hukuki ilişkilerden sadır bir ayni hak devir-tesis uyuşmazlığı m.17/B/1 lafzı kapsamında olsa bile, bunlar bakımından tasarruf yetkisi kısıtlama şerhi işlevsel de sayılmaz. Zira, söz konusu şerh için öncelikle tarafların anlaşması gerekmekle, dava şartı arabuluculukta bunun temini zordur. İhtiyari arabuluculukta tarafların arabuluculuk yoluna başvurmaya kabul etmiş olmaları şerh anlaşması ve dolayısıyla söz konusu şerhi işlevsel kılmaktadır. Kanımızca, kanunkoyucunun niyeti de söz konusu şerhi ihtiyari arabuluculuğa mahsus kılma yönündedir. Nitekim, söz konusu şerhin süresi dava şartı arabuluculuk süreci bakımından kabul edilen yasal sınırlamayla uyumlu değildir. HUAK m.18/1 hükmü kapsamında dava şartı arabuluculuk süreci bakımından bir süre belirlenmemiş olmakla bu husustaki genel hüküm olan m.18/A/9 hükmündeki dört haftalık süre cari iken, tasarruf yetkisi kısıtlaması için öngörülen süre (üç ay) ihtiyari arabuluculukta dava ikamesi akabindeki arabuluculuk süreci hakkında öngörülmüş olan süre (HUAK m.15/5) paralelindedir²². Dolayısıyla, kanımızca m.17/B/1-2 düzenlemelerinin lafzı aksi yönde uygulama potansiyeline sahip olmakla birlikte, kanunkoyucunun HUAK m.17/B hükmüyle ihtiyari arabuluculuğu düzenlemeyi amaçladığı sonucuna ulaşılabilmektedir. Ezcümle, hukuk düzenimizde taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk yoluna davadışı ve dava şartı (ihtiyari ve mecburi) olarak iki ayrı başvuru rejimi oluşmuştur²³.

Öte yandan, söz konusu özel hükümler kapsamındaki taşınmaz mal uyuşmazlıklarından sadır arabuluculuk uzlaşma belgeleri için getirilmiş olan icra edilebilirlik şerhi mecburiyetinin (HUAK m.17/B/4 [ve m.18/B/3]), diğer taşınmaz mal uyuşmazlıklarından sadır olan anlaşma belgelerine teşmili de bu husustaki düzenlemenin kıyasen tatbiki şartlarına bağlıdır. Bu açıdan, kanımızca genel hüküm (HUAK m.1/2) uyarınca arabuluculuğa başvurulabilecek olan, diğer (HUAK m.17/B/1 ve 18/B/1 düzenlemelerinde sayılmış olmayan) taşınmaz mal uyuşmazlıklarının tümü bakımından icra edilebilirlik şerhi lüzumu da mutlak değildir. Bu hususta, bir görüşe²⁴ göre söz konusu icra edilebilirlik kararı, tapu sicilindeki durumu değiştirici içerikli bir arabuluculuk uzlaşma anlaşmasının ilam hükmünde belge olarak tescil-terkin işlemine hukuki dayanak teşkil etme işlevine sahip olduğundan, ihtiyari veya dava şartı arabuluculuğa tabiyet önem arzetmeksizin taşınmazın aynına ilişkin tüm uyuşmazlıklara şamildir. Bu görüş açısından, dolaylı olarak, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklardan sadır arabuluculuk uzlaşmalarının tümünün icra edilebilirlik şerhi mecburiyetine (ve dolayısıyla yazılı şekle) tabi kılınmış olduğu ileri sürülmüş olmaktadır.

¹⁹Nitekim, etkisi bakımından, işlev benzerliği nedeniyle çekişmeli hakkın süreçte devrini önlemeye matuf şerh rejimine ilişkin kurallar (bkz Doğan 141-152) bu şerh için de kıyasen tatbika medardır; bkz Badur ve Kurt Konca 867-869 (aynı hakkın artmırasçıya devrini temine ilişkin artmırasçı atama şerhi [TMK m.523/II, 1010/I-3] etkilerinin tatbiki, benzer etki üretmekle ve hukuki işlem temelli olmakla elverişli olabileceği de akla gelmekle birlikte, süre veya şarta bağlı olarak dolaylı olduğundan tatbika medar sayılmaz).

²⁰Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 07.11.1982, RG 09.11.1982/17863 (Mükerrer).

²¹Bkz Seda Özümücü, 'Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış' (2016) LXXIV (2) İÜHFM 811; N Peters, 'The Enforcement of Mediation Agreements and Settlement Agreements Resulting from Mediation' (2019) 1-2 Corporate Mediation Journal 14; C.H. van Rhee, 'Mandatory Mediation Before Litigation in Civil and Commercial Matters: A European Perspective' (2021) 4 (12) Access to Justice in Eastern Europe 8,22. İlâveten bkz Ekmekçi, Özekes, Atalı ve Vural Seven 144-152, 193, 194.

²²Zimnen aynı yönde bkz Badur ve Kurt Konca 873.

²³Arabuluculuğa başvuru usulü bakımından bir ayırım zaten söz konusudur. Şöyle ki, dava şartı arabuluculuğa tabi diğer uyuşmazlıklarda (iş, ticari, tüketici), Arabuluculuk Bürosu, listede kayıtlı arabulucular (HUAK m.18a/3) arasından uzman vasıflı olanların görevlendirilmesini gözetmektedir (HUAK Yön. m.24). Taşınmaz mal uyuşmazlıkları Bakanlıkça uzman arabuluculuk alanı (HUAK m.6/3) olarak ilan edilmiş değildir. İşin sevkolunduğu uzman arabulucunun, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişliliğinin yanısıra, dava şartı arabuluculuğa tabiyeti de Bakanlık mevzuatı uyarınca inceleyip gereğinde işi Arabuluculuk Bürosuna iade etmesi gerekmektedir. Bu hususta bkz Nesibe Kurt Konca, 'Arabuluculukta Özel Uzmanlık Uygulamasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler' (2022) 68 Adalet Dergisi 382-385 ve 387-394.

²⁴Bkz Kurt Konca ve Badur 552-553 (Kurt Konca ve Badur, HUAK m.17/B hükmünün madde başlığının 'taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk' olarak anlaşılabileceğini de ileri sürüp anlaşma belgesi ve icra edilebilirlik şerhi açısından ihtiyari ve dava şartı olma açısından bir önemi olmadığını belirtiyor; ibid 540-541).



Esasen, aynî hakkın sicil dışı kazanım-kayıb halleri meyanında ‘kanunen öngörülen diğer haller’²⁵ bağlamında, söz konusu duruma tekabül eden bir çözüm içeren arabuluculuk uzlaşma anlaşmasının mutlaka ilam hükmünde belge vasfını haiz olması gerekmez²⁶. Kanunen öngörülen söz konusu sicil dışı tesis-hitam halinin tahakkukuyla aynî hak kazanım-kayıb keyfiyeti kendiliğinden hasıl olmaktadır (TMK m.705/II). Böyle bir durumda, uzlaşma anlaşma belgesine dayanılarak tesis olunacak olan tescil-terkin işlemi kurucu değil açıklayıcı mahiyettedir²⁷. Açıklayıcı özellikteki bir tescil-terkin başvurusu için, söz konusu içerikteki arabuluculuk anlaşma belgesi kanunen aranan müstenidat (isbat belgesi²⁸) sayılmak gerekir (TMK m.1013/II-III, 1014 [TST m.69],1015/I)²⁹. Dolayısıyla, madde (HUAK m.17/B/1) kapsamındaki uyuşmazlıklara ilişkin başvurulardan sadır arabuluculuk anlaşma belgelerinin tümü bakımından icra edilebilirlik şerhi mecburiyeti lüzumu belirgin değildir. Zira, arabulucu bu anlaşmanın kanuni sınırlamalara uygun olarak tanzimini gözeticeği gibi (HUAK m.17b/3), tapu müdürlüğü de, hukuki sebep belgelerini inceleyip; yokluk ve açık hükümsüzlük derecesindeki³⁰ hukuka aykırı tescil-terkin başvurularını geri çevirmekle görevli ve yetkilidir (TMK m.1016/I)³¹.

Kanunda uzlaşma anlaşmasının taşınmaz aynî hak tesisi içerikli olma şartı (da) getirilmeksizin, özel hüküm (HUAK m.17/B/1) kapsamındaki tüm uyuşmazlıklardan sadır uzlaşma anlaşma belgeleri hakkında icra edilebilirlik şerhi mecburiyeti getirilmiş ise de (HUAK m.17/B/4), bunun genel hüküm (HUAK m.1/2) kapsamındaki doğrudan uygulanması (teşmil) söz konusu değildir. Bu, ancak kıyasen tatbik şartlarının³² varlığıyla mümkün olabilecektir. Bu açıdan, öncelikle kıyasen tatbiki söz konusu olan kuralın amacı ve korunan yarar bakımından şerhin ihdas sebebi - işlevi bağlamında buna lüzum duyulması ve ihtiyacın başka türlü karşılanmaması gerekir. Dolayısıyla, özel hüküm kapsamında olmayan diğer suretteki bir taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıktan sadır uzlaşma anlaşması devren veya tesisen taşınmaz aynî hak iktisabına (veya kaybına) ilişkin ve dolayısıyla tapu sicilinde değişikliğe yönelik olsa bile, icra edilebilirlik şerhi mecburiyeti için - ihdas sebebi itibarıyla- söz konusu tescilin (veya terkinin) kurucu olması -resmi senedi mucip olması (TMK m.1013/I; TST m.21)- lazımdır. Bu açıdan, hukuki mahiyet ayniyeti araştırmasından önce, tescil dayanağının ‘resmi senet’ hükmünde olma lüzumunun incelenmesi anlamsız değildir. Yapılacak tescilin kurucu olmadığı haller bakımından icra edilebilirlik şerhi ihtiyacı ve mecburiyeti taşınmaz mevzuatına uygunluk incelemesi yönüyle söz konusu edilebilecektir; ki, bu lazime de -az yukarda belirttiğimiz üzere- öncelikle arabulucunun gözetimi ve keza tapu müdürlüğünün de yokluk ağır aykırılık yönüyle denetimi muvacehesinde yerine getirilebilecektir.

İlaveten belirtmek gerekir ki, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar icra edilebilirlik şerhi mecburiyetinin ihtiyari arabuluculuktaki uygulama alanını teşkil eden taşınmazın devri ve sınırlı aynî

²⁵Kanunda sicil dışı kazanma - kaybetme “*miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma ile kanunda öngörülen diğer haller.*” olarak tasrih edilmiştir (TMK m.705/II). Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku* (17. Baskı, Filiz 2014) 400-455.

²⁶Söz konusu sicil dışı kazanma-kaybetme sebebi olan ‘kanunen öngörülen diğer haller’ meyanındaki yasal düzenlemelerde, hukuki sebebin tahakkuku ve de açıklayıcı tescil bakımından tevsikinde genellikle resmi şekil aranmamaktadır (örneğin TTK m.128/3-6,153 [145],179/4 [166/3]). Bu hususta bazı istisnalar mevcuttur (örneğin, TMK m.727/III); söz konusu istisnai hallerde zorunlu icra edilebilirlik şerhine (HUAK m.17/B/4) ihtiyaç duyulacaktır.

²⁷Haluk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku* (10. Bası, Onikilevha 2023) 150, 157.

²⁸İbid 146.

²⁹Sicil dışı kazanım-kayıp halini ortaya koyan kanunen muayyen hale ilişkin düzenlemelerde Tapu Müdürlüğüne ibrazı istenen (TMK m.1013/III) belgelerin, isbat-subut bakımından da, resmi şekli haiz olması gerekmez. Zira, adi belgeler ile resmi belgeler arasında isbat gücü bakımından bir fark yoktur (HMK m.204-205).

³⁰Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı* (Onikilevha 2014) 187-188.

³¹Bu durum İsviçre-Türkiye hukuk düzenlerinde taşınmaz aynî haklarında tasarruf işleminin hukuki sebebe bağlılığının kabul edilmesiyle (TMK m.1015/1,1016/I) ilişkilendirilebilir. Nitekim, söz konusu hususta soyutluk ilkesinin kabul edildiği Alman Hukukunda, malikin tescil talebi veya muvafakatine ilişkin belgenin sicil memuruna ibrazı yeterli olup; hukuki sebebin geçerliğinin araştırılmasına gerek yoktur; gemi ipoteği tescili bağlamında, bu şekilde bkz Kerim Atamer, *Gemi ve Uçak İpoteğinin Hukuksal Temelleri* (Onikilevha 2012) 242 dn.77 ve 78.

³²Bkz Kemal Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş* (2. Baskı, Ekin 2023) 172-176.

hak kurulmasına ilişkin olanlardan ibaret olmamakla (HMK m.12/1)³³, aynı hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek türden olmayanlar bakımından kıyasen tatbik için aranan hukuki mahiyet ayniyeti şartı³⁴ mevcut değildir. Bu itibarla, HUAK m.17/B/4 düzenlemesinin taşınmazın aynına ilişkin tüm uyuşmazlıklar bakımından tatbikine imkan yoktur³⁵. Bu durum, arabuluculuk uzlaşma anlaşmasının, HUAK m.17/B/1 hükmü (ve m.18/B/1) kapsamı dışındaki diğer taşınmaz mal uyuşmazlıklarından sadır uzlaşma anlaşmalarının tümü bakımından, yazılı geçerlik şartı bulunmadığına (da) işaret etmektedir³⁶. Bu itibarla, HUAK m.1/2 genel hükmü uyarınca (ihtiyari) arabuluculuk yoluna başvurulabilecek olan taşınmazın aynına ilişkin diğer uyuşmazlıklardan³⁷ sadır uzlaşma anlaşma belgeleri, kurucu mahiyetteki aynı hak tesis-terkin-tadil içerikli olmadığı sürece, icra edilebilirlik şerhi mecburiyetine tabi değildir. Ezcümle, taşınmazın aynına ilişkin özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuğa ihtiyaren başvurulmasında (da) iki ayrı uygulama yönü söz konusudur³⁸.

Sonuç olarak denilebilir ki, HUAK m.17/B/1 hükmü hem arabuluculuğa elverişliliğe ilişkin bir tasrih düzenlemesi ve hem de m.17/B/2 ve 4 hükümlerinin uygulama alanına işaret eden gösterge kural mahiyetinde olup; m.17/B hükmü bir ihtiyari arabuluculuk düzenlemesidir.

B. HUAK m.17/B/1 Hükümünün Uygulama Alanı

HUAK m.17/B/1 hükmünde kapsamındaki uyuşmazlıklara (‘taşınmazın devri’ ve ‘taşınmazda sınırlı aynî hak kurulması’) atfen kullanılmış olan ‘devir’ ve ‘kurulma’ terimlerine yüklenecek anlam itibarıyla, kastedilenin taşınmazda mülkiyet ve türevi olan aynî hakların başkasına kazandırılması bağlamındaki uyuşmazlıklar olduğu anlaşılmaktadır³⁹. Bu açıdan, hukuk düzenimizde kanunen tanımlanmış olan taşınmaz mal uyuşmazlık türleri meyanında (HMK m.12) taşınmaz zilyetliğine haksız elatma bağlamındaki uyuşmazlıklar (TMK m.982-984) ile “haklı elatma” bağlamındaki alıkoyma hakkı (TMK m.994/1) uyuşmazlıkları bu düzenlemenin (HUAK m.17/B/1) konusu değildir⁴⁰. Keza, taşınmaz aynî haklarının başkasınca ihlali ile korunması (TMK m.683/II, 1013/III, 1025-1026) ile hak sahibince hukuka aykırı kullanımı ile sona erdirilmesi uyuşmazlıklarının da (örneğin TMK m. 737-743, 807-810) ‘devir’ ve ‘kurulma’ terimlerine içerilmesi imkansız olmakla, bu uyuşmazlıklar da hükmün uygulama alanı dışındadır.

‘Taşınmazın devri uyuşmazlığı’ tabirinin, malvarlığı değerleri alanındaki mutlak hak (temel hak) olarak (AY m.35), nesnesi üzerinde hukukî-filî tasarruf yetkileri sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen aynî hak olan (TMK m.683) mülkiyet hakkının başkasına kazandırılmasına ilişkin olduğu belirgindir. Öte yandan, sınırlı aynî haklar mülkiyet hakkının nesnesi üzerinde sağladığı hakimiyet yetkilerinin daralmasına yol açan,

³³Bkz Çelikoğlu 591-593.

³⁴Gözler 174.

³⁵Krş Kurt Konca ve Badur 540, 552-553.

³⁶Arabuluculuk uzlaşma anlaşmasının 73445 Sayılı Kanun değişikliği öncesi dönemde kanunen iradi yazılı şekle tabi olduğu yönünde bkz Badur 60-61.

³⁷Sözkonusu uyuşmazlıklar (i-aynî hakkın başkasınca ihlali, ii-aynî hakkın sahibince hukuka aykırı kullanımı ile sona erdirilmesi, iii-taşınmaz zilyetliğinin korunması, iv)taşınmazın alıkoyması) hakkında bkz Çelikoğlu 609-610.

³⁸Bundan da şu sonuç çıkmaktadır ki, dava şartı arabuluculukla birlikte, taşınmaz mal uyuşmazlıklarında arabuluculuk hakkında HUAK m.1/2 ve 17/B/1 ve de 18/B/1 hükümleri uyarınca üçlü bir tasnif mümkün ve gereklidir; kapsamı hakkında bkz Çelikoğlu 609-615.

³⁹HUAK m.17/B/1 hükmünde kullanılan ‘taşınmazın devri uyuşmazlığı’ tabirinin şekli hukukta kanunen tanımlanan (HMK m.12/1) taşınmaz mal uyuşmazlıklarından “aynî hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek..” türden olanlara ilişkin olduğu sarihdir. Keza, “taşınmazda sınırlı aynî hak kurulması uyuşmazlığı” tabirinin mevcut bir sınırlı aynî hakkın başkasına devri işlemi bağlamındakileri içermesi haliyle de, durum böyledir: Şöyle ki, bu tabirin evleviyetle sınırlı aynî hakkın taşınmaz maliki tarafından ilk defa tesisi suretiyle kurulması uyuşmazlıklarını ifade etmesi bakımından mülkiyet aynî hakkının içerdiği yetkilerin daralması zımında bir kapsam değişikliği söz konusu ise de, bu işlemin amaç ve hedefinin de başkasına aynî hak kazandırılması olması karşısında, bunların da neticeten taşınmazda aynî hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek türden taşınmaz mal uyuşmazlığı teşkil ettiği söylenebilir (Çelikoğlu 597-600).

⁴⁰Krş Badur ve Kurt Konca 849.

irtifak-mükellefiyet-rehin haklarından ibarettir⁴¹. Ezcümle, taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak kurulması uyuşmazlığının da, temelde taşınmaz üzerinde bu hakların kazanılmasına ilişkin olduğu belirtilebilir. Bu açıdan hakkın kaynağı gözönünde bulundurulmalıdır. Hukuk düzeninde haklar-borçlar iradi olarak ortaya çıkabileceği gibi kanundan da kaynaklanır⁴². Öte yandan, taşınmazın devri ve sınırlı aynî hak kurulmasının aynî hakta tasarruf edilmesine tekabül ettiği sarihtir. Aynî hakları doğrudan etkileyen tasarruf işlemi kategorileri dört grup olup; temlik, takyid-tahdid, tadil, terk'dir⁴³. Mülkiyet hakkının parçası olmakla, bu işlemleri tesis etme yetkisi kural olarak hakkın malikine aittir (TMK m.683/I)⁴⁴. Aynî haklara ilişkin genel esaslar⁴⁵ sınırlı aynî haklara da şamil olduğundan⁴⁶, aynısı bu aynî hak sahibi bakımından da varid olur. Özel hukuk teorisinde, hakların aslen ve devren ve de tesisen iktisab tarzıyla kazanılabileceği tesbit olunmakla⁴⁷ ve devren iktisab cüzî veya küllî halefiyet (intikal) suretiyle vuku bulabilmekle⁴⁸, bu keyfiyet aynî haklar bakımından da cari olmak gerekir. Keza, taşınmaz mülkiyeti kural olarak tescille (sicil içi) kazanılmakla birlikte, kanunen muayyen hallerde tescilden önce kazanım da (sicil dışı) mümkün olup; sicil dışı kazanımda da sonraki bir tasarruf işlemi için tescil şart ise de, buradaki tescil kurucu değil açıklayıcıdır (TMK m.705/II). Taşınmazlarda aynî hak kazanılması ve tescil işlemi hukukî sebebe bağlıdır (TMK m.1015/I, 1024/II). Söz konusu hukukî sebep, sicil içi kazanım her zaman malikin devren (veya tesisen) iktisab hasıl eden bir hukukî işlemiyken, sicil dışı intikalde bazı tabi olay veya harici olgulara dayalı aslen iktisab hukuki fiili de olabilir (TMK m.706 [705])⁴⁹. Ezcümle, taşınmaz aynî haklar, aslen iktisap ile küllî intikal suretiyle devren iktisap bakımından sicil dışı; cüzî intikal suretiyle devren iktisap ve tesisen iktisap bakımından sicil içi kazanılmaktadır.

Eşya hukuku temel kurallarının yukarıdaki analizi muvacehesinde, HUAK m.17/B/1 hükmünde belirtilen iki ayrı uyuşmazlık grubu, aynı zamanda taşınmaz mülkiyet hakkı üzerinde iki ayrı tasarruf işlemi kategorisine tekabül ediyor: i) taşınmazın devri / temlik, ii) taşınmazda sınırlı aynî hak kurulması / takyid-tahdid (kayıt-lama-sınırlama). Taşınmazın devrinde söz konusu tasarruf işlemi olan temlik işlemi taşınmazın (hakimiyet hakkının) el değiştirmesine yol açmaktadır. Taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak kurulmasında ise, bunların ilk defa kazanılması bakımından, tesisen iktisab sonucunu doğuran takyidî-tahdidî tasarruf işlemi söz konusudur⁵⁰. Bu durumda, söz konusu taşınmaz aynî hak devir-tesis uyuşmazlıkları, bu işlemlere (temlik ve takyid-tahdid) yönelik bir iltizamî işlem (taahhüt) temelinde HUAK m.17/B/1 hükmü kapsamında arabuluculuğa konu olacak demektir. Bununla birlikte, hukuk düzeninde taşınmaz mülkiyetinin devri ve sınırlı aynî hak kurma işlemlerinin görünüm alanı geniştir.

HUAK m.17/B/1 hükmünde ilk grup olarak zikrolunan taşınmazın devri uyuşmazlığının taşınmaz maldaki mülkiyet hakkının devren iktisabına ilişkin olduğu sarihtir. Taşınmaz mülkiyeti, hukukî işlemle veya kanun

⁴¹Bkz Mehmet Ünal, *Sınırlı Aynî Haklar* (2. Baskı, Savaş 2024) 1-11; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku III* (9. Baskı, Adalet 2020) 21-30.

⁴²Andreas Von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı* (Çeviren Cevat Edege, 2. Baskı, Yargıtay 1983) 44; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme* (4. Basıdan 7. Tıpkı Bası, Filiz 2017) 71-76.

⁴³Kudret Ayiter, *Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri* (Ankara Üni 1953) 23; Vardar Hamamcıoğlu 96. Dar anlamda tasarruf işlemleri, malvarlığı hakkı alanında taşınmaz mala ilişkin haklar gibi, türleri itibarıyla - eşya hukukunun sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkesi temelinde- muayyen olup; aynî hakların kurulması değiştirilmesi sona erdirilmesine matufen dört kategoridir; ayrıntılı bilgi için bkz Ayiter 13-15 ve 23-29; Vardar Hamamcıoğlu 96-109.

⁴⁴Bkz Veysel Başpınar, *Mülkiyet Hakkını İhlâl Eden Müdahaleler* (Yetkin 2009) 73-74.

⁴⁵Bkz Gökhan Antalya, "Giriş-Temel Kavram ve İlkeler", içinde Gökhan Antalya (ed), *Eşya Hukuku IV* (4. Baskı, Seçkin 2021) 145-148; Gökhan Antalya ve Murat Topuz, "Tapu Sicili", içinde Gökhan Antalya (ed), *Eşya Hukuku IV* (4. Baskı, Seçkin 2021) 565-566, 568-573 ve 659-672; Esen Kabaş Tezcan, *Kazandırmanın Hukuki Sebebi* (Adalet 2022) 247-249.

⁴⁶Ayan 28; Ünal 14.

⁴⁷Bkz Oğuzman ve Barlas 238-240; H. Hatemi, *Medeni Hukuk'a Giriş* (9. Bası, Onikilevha 2020) 185-186; Özsunay 284-285.

⁴⁸Özsunay 284; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir 352.

⁴⁹Bkz Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir 353-354, 400-401.

⁵⁰Vardar Hamamcıoğlu 104-105.

hükmü gereğince, devren iktisab suretiyle kazanılabilir (TMK m.706, 1013/II). Bu hukuki sonuç kanundan doğan bir devir yükümü bağlamında da malikin işlemini mucip olmakla, ‘taşınmazın devri’ tabiri, bazı tabii olay veya malikten başkasının hukukî fiillerinin önem arzettiği, söz konusu aslen iktisab hallerini dışlamaktadır. Keza, sınırlı aynî haklara mahsus olmakla⁵¹, taşınmazın devrinin meydana getirdiği mülkiyet hakkı kazanımının tesisen iktisab tarzı ile ilişkisizliği belirgindir. Ezcümle, ‘taşınmazın devri’ tabiri taşınmaz mülkiyetinin devren iktisab tarzında (başkasına) kazandırılmasını ifade eder (TMK m.706). Devren iktisabın külli intikal versiyonunda hak kanun gereği intikal etmekle⁵², burada kanımızca hakkın kazanılması değil korunması uyuşmazlığı (TMK m.1013/III) söz konusu olur. Dolayısıyla, taşınmazın devri uyuşmazlığının, taşınmaz mal mülkiyetinin cüzi intikal suretiyle devren iktisab tarzında kazanılmasını mutazammın akdi-kanuni sebeplere ilişkin uyuşmazlıklara tekabül ettiği belirtilebilir. Bu açıdan, taşınmazın devri uyuşmazlığı tabirinin, söz konusu iki hukuki sebep ve keza içerdiği çeşitli hukuki işlemlerden hasıl olma itibariyle, bunlardan hangilerini kapsadığı tetkike muhtaçtır.

HUAK m.17/B/1 hükmünde taşınmazın aynına ilişkin diğer (ikinci) uyuşmazlık kategorisi ‘taşınmazda sınırlı aynî hak kurulması uyuşmazlığı’ tabiriyle ifade edilmiştir. İsviçre-Türkiye hukuk düzenlerinde, sınırlı aynî hakların (da) konusu kaideten eşya⁵³ olup; taşınır-taşınmaz eşya ayrımı hukukidir⁵⁴. Eşya hukukuna hakim ilkeler bunlarda da cari olmakla, sınırlı aynî hak türleri kapalı sayı esasına tabi olup (irtifak – mükellefiyet – rehin); muhtevaları da kural olarak kanunen muayyendir⁵⁵. İrtifaklar kişi veya eşya lehine (bazıları itibariyle hem taşınmaz hem de kişi lehine) olarak ve malik bakımından daima olumsuz (katlanma-kaçınma) içerikle⁵⁶ ve de kişiye bağlı olanlardan intifa irtifakı taşınır veya taşınmazda, diğer irtifaklar ise sadece taşınmazlarda kurulabilir; rehin hakkının konusu taşınır veya taşınmaz olabilip taşınmaz rehni ipotek veya ipotekli borç senedi ya da irad senedi kabilindendir; taşınmaz mükellefiyetinin konusu ise sadece taşınmazlardır⁵⁷. HUAK m.17/B/1 hükmünün uygulama alanı taşınmaz mal uyuşmazlıklarıyla sınırlı olduğundan, bu madde kapsamındaki sınırlı aynî hak kurulma uyuşmazlıkları münhasıran taşınmaz intifası ve diğer irtifaklar ile mükellefiyet ve taşınmaz rehnine ilişkindir. Bu açıdan, kanun hükmünde kullanılmış olan ‘taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak kurulması uyuşmazlıkları’ tabiri geniş anlamıyla bu hakların kurulmasına ilişkin tüm anlaşmazlıkları içerir. Bu tabirin (‘sınırlı aynî hak kurulması’) söz konusu aynî hakkın kazanılmasına ilişkin olduğu varsayılabilir⁵⁸. Nitekim, maddi hukukta bu alanı tanzim eden temel Kanunda bu iki terim (kurulma-kazanma) genellikle birlikte veya ayrı olarak eş anlamda kullanılıyor (TMK m.780; 840; 850,856). Ezcümle, kanımızca HUAK m.17/B/1 düzenlemesinde yer verilen ‘kurulma’ tabiri, bir hukuki sebebe dayalı olarak başkasına menfaat sağlamayı ifade eden kazandırma teriminin dar anlamıyla⁵⁹ hak kurma

⁵¹Özsunay 285.

⁵²Sanem Aksoy Dursun, *Eşya Kavramı* (Onikilevha 2012) 61.

⁵³Eşya kelimesi sözlük anlamıyla insandışı varlıkların tümünü kapsayan şey kelimesinin çoğulu olmakla birlikte, İsviçre-Türkiye hukuk terminolojisinde (Alman Hukuku paralelinde) eşya terimi dar anlamda kullanılmakta olup; haklara konu olabilen şeylerden maddi varlıkları bulunanları ifade etmekte ve kural olarak aynî hak nesnesine tekabül etmektedir; bkz Aksoy Dursun 6-9, 11-20, 21-23.

⁵⁴ibid 38.

⁵⁵Ünal 3; Ayan 28. İrtifakların kişiye bağlı olan türü bakımından sınırlı sayı ilkesi esnetildiği gibi, muhteva itibariyle de çerçeveli bir serbesti söz konusudur (Nomer ve Ergüne 486; Ünal 388-389,396).

⁵⁶Hak sahibi bakımından ise, malikin katlanması içerikli olanı kullanma-yararlanma yetkisi bahşetmekle olumlu irtifak; kaçınma içerikli olanı ise, sadece malikin mülkiyet yetkilerini kullanmamasını isteme yetkisi bahşetmekle olumsuz irtifak; teşkil etmektedir. Bunlardan herhangi biri veya ikisi birarada bulunabildiği gibi, İsviçre-Türkiye hukuk düzenlerinde içeriğinin belirlenmesinde kişilere bir serbesti tanınmakla, nisbeten açık uçlu düzenlenmiştir (TMK m.838). Bu hususta bkz Ünal 63-64, 67; Ayan 45-49; Nomer ve Ergüne 48, 483, 485-486.

⁵⁷Ünal 4-8; Ayan 26-27,190; Aksoy Dursun 38. Üzerinde özel mülkiyet hakkı tesis olunamayan devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerde de, tapu kütüğüne kayıt akabinde (TMK m.715 [999]) ve özel sicile kayıtlı kamu malı vasıflı taşınmazlarda (Kadastro Kanunu m.16, Kanun Numarası: 3802, Kabul Tarihi: 21.06.1987, RG 09.07.1987/19512) -özel bir yasak bulunmadıkça- bazı sınırlı aynî haklar (irtifak) tesis olunabilmektedir (bkz Ünal 5-6; Ayan 27).

⁵⁸Çelikoğlu 599. Örneğin, hükümleri kişiye bağlı irtifaklara da tatbika medar olan (Ünal 71), taşınmaza bağlı irtifak hakkının kurulması bakımından bu şekilde bkz Ünal 177.

⁵⁹Rona Serozan, *Sağlararası İşlem Yoluyla Ölümüne Bağlı Kazandırma* (İstanbul Üni 1979) 5.

ameliyesinin pasif ifadesi olup; ‘hak kazanma’ anlamına sahiptir. Sınırlı aynî haklar, eşyanın maliki tarafından (taşınmazlar bakımından) kendi lehine kurulabilmenin⁶⁰ yanısıra, temelde başkası lehine kurulmakta olup; bazıları itibarıyla sahibince başkasına devredilebilmekle tesisen-devren iktisab suretiyle edinilebilir⁶¹. Keza, sınırlı aynî haklar nadir⁶² olmakla birlikte aslen iktisab suretiyle de kazanılabilir. Öte yandan, sınırlı aynî hakların kazanılması da hukuki sebebe bağlı olup⁶³; taşınmaz aynî haklarda tescilin dayanağı olan hukuki sebep iradi veya kanuni olabilir (TMK m.706,1013/II). Dolayısıyla, bu hakların devren-tesisen iktisab suretiyle kazanılması iradi olabileceği gibi, kanunî⁶⁴ bir yükümlükten de kaynaklanabilecektir. Bu açıdan, HUAK m.17/B/1 hükmü kapsamındaki taşınmaz sınırlı aynî hak kurulma-kazanılma uyuşmazlıklarının hangi akdi-kanuni yükümlülük ve iktisap tarzı temelinde husule gelenler olduğu izaha muhtaçtır⁶⁵.

Sonuç olarak, söz konusu özel hükmün uygulama alanı bakımından yukarıda değindiğimiz kapsam-sınır meselelerini aşağıda taşınmazın devri ve sınırlı aynî hak kurulması uyuşmazlıklarının konusu başlıklarında (II.A.1 ve B.1) vuzuha kavuşturabileceğiz.

II. HUAK m.17b Hükmü Kapsamındaki Taşınmaz Mal Uyuşmazlıkları

A. Taşınmazın Devrine İlişkin Uyuşmazlıklar

1. HUAK m.17/B/1 Hükmü Kapsamında Taşınmazın Devri Uyuşmazlıklarının Konusu

Hukuk düzenimizde, taşınmaz mülkiyetinin konusu: i) arazi, ii) kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölüm, iii) tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydolunmuş bağımsız sürekli haklardır (TMK m.704; TST m.8)⁶⁶. Dolayısıyla, taşınmazın devrine ilişkin uyuşmazlıklar arazi veya bağımsız bölüm mülkiyetinin ya da bunlar üzerindeki kütüğe ayrıca kayıtlı bir sınırlı aynî hakkın devri konulu olabilecektir.

Taşınmazın devrinin bunlar üzerindeki aynî hakkın devren iktisab suretiyle kazanılmasını ifade edeceği yukarıda belirtildi (I.B). HUAK m.17/B/1 hükmünde zikrolunan bu ilk grup uyuşmazlıkların, temelde iradi sebepli ve cüzi intikal suretiyle devren iktisab hallerine ilişkin olduğunu, kanuni sebepli olanların istisnai olduğu düşünüyoruz. Kanımızca, kapsam dahilindekiler TMK’da hukuki işlem yoluyla taşınmazda mülkiyet hakkı kazanmaya ilişkin genel (TMK m.706) ve bazı özel hükümlerin yanısıra, TBK özel kısmında taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşme hükümlerinde düzenlenen ve cüzi intikal tarzındaki iradi devir hallerine tekabül edecektir. Bunu, taşınmazın devri uyuşmazlıklarına konu olabilecek hak ilişkileri üzerinden, teyid etmek mümkündür.

Öncelikle, HUAK m.17/B/1 hükmü anlamında ‘taşınmazın devri uyuşmazlığı’na vücut verebilecek olan hukukî işlemlerin kural olarak ölüme bağlı işlemler olmadığı söylenebilir. Zira, ölüme bağlı işlemler (vasiyetname-miras sözleşmesi), temel hukukî etkilerini murisin ölümü sonrasında doğurmakla, bihakkın

⁶⁰Bkz Ünal 44-48; Nomer ve Ergüne 327-328. Taşınmaz mükellefiyeti bakımından aksi görüşte bkz Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir 766-768.

⁶¹Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku* (Onikilevha 2020) Kitap Eki 15.

⁶²Üzerinde mülkiyet hakkı bulunmayan şey üzerinde sınırlı aynî hakkın aslen kazanılması mümkündür (Nomer ve Ergüne 326). Ancak, sicile kayıtlı taşınmazlar bakımından mülkiyet hakkı yokluğu malikin terk işlemini gerektirmekle (TMK m.707), bu teorik bir mülahazadan ibaret kalmaktadır (bkz Mustafa Reşit Karahasan, *Yeni Türk Medenî Kanunu –Eşya Hukuku [Öğreti-Yargıtay Kararları-İlgili Mevzuat] C I-II* [Beta 2002] C I 501). Keza, tipik bir asli iktisab sebebi olarak kazandırıcı zamanaşımı (TMK m.713) bakımından da, zilyetlik şartının tahakkuk edebileceği devletin hüküm ve tasarrufundaki yerler (TMK m.715) buna kural olarak elverişli olmadığından (KK m.18/II [33/III]), uygulama alanı sınırlıdır (bkz Karahasan C I 524-577, 578-639). Yeni arazi oluşumu suretiyle asli iktisab ise, bu olgu devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerde husule gelmekle devlet bakımından söz konusu olabiliş (TMK m.708/I); aynî hak tesis uyuşmazlığı doğurma ihtimali yok gibidir (TMK m.708/II-III).

⁶³Antalya ve Topuz 171.

⁶⁴Bkz Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir 546-547.

⁶⁵Taşınmazda sınırlı aynî hak kurulma uyuşmazlığı’ tabirinin bu hakların ihlali veya hukuka aykırı kullanımı ya da sona erdirilmesi kaynaklı diğer uyuşmazlıkları (örneğin TMK m.816-817; m. m.791-793[746/II] içermediği sarihtir. Sona erdirmeye uyuşmazlıkları bakımından aksi de ileri sürülmüştür; bkz Kurt Konca ve Badur 540.

⁶⁶Ayrıntılı bilgi için bkz Antalya ve Topuz 592-607.

bir iltizamî veya tasarrufî işlem sayılmazlar⁶⁷. Ölümüne bağlı işlem lehdarının murisin ölümünden önce söz konusu işlemdeki menfaati beklentiden ibaret olup; mirasın açılmasından önce bir talep yetkisi vermez⁶⁸. Özellik arzeden bir ölümüne bağlı işlem türü olarak, ivazlı olumlu miras sözleşmesinde karşı akidin ivazı - ölümüne bağlı işlem bünyesinde olmakla birlikte- mirasın açılmasından önce yerine getirilmekle bir sağlararası edimdir (TMK m.547)⁶⁹. Lehdarın ölümüne bağlı işlemdeki menfaati henüz hak mertebesinde olmayıp; terekede hak sahibi olması muhtemel kişilerin beklentileri ancak sınırlı ve dolaylı surette korunmaktadır⁷⁰. Murisin vefatı sonrasında, ölümüne bağlı işlemin itiraz veya hükümsüzlük veya saklı paya tecavüz nedeniyle iptali-tenkisi davası bakımından (TMK m.527/II, 559, 571), ortada bir ifa-devir uyuşmazlığı bulunmadığı sarihtir. Başka türlü, mirasçılar ile ölümüne bağlı işlem lehdarı arasında, mirasçı nasbı içerikli olanlar bakımından, bir “taşınmaz devri” uyuşmazlığı değil; tereke aktifinin mirasçılara külli halefiyeten intikali nedeniyle, topluluk mülkiyeti uyuşmazlığı çıkabilecektir⁷¹. Kural olarak kanuni yükümlülüklerin ihlalinden kaynaklanacak olan, bu uyuşmazlıklar paylaştırma ve ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları yönüyle HUAK m.18/B/1 hükmü kapsamında arabuluculuğa konu olabilecektir. Keza, vasiyetnameyle taşınmaz vakfetme (vakıf kurma) itibarıyla de, söz konusu taşınmaz mülkiyeti mirasın açılması akabinde ilgililerin mahkemeye başvurusu üzerine vakfın kurulmasıyla sicil dışı intikal edecek olmakla (TMK m.526 [m.102/III],577/II), burada esasen bir taşınmaz devir uyuşmazlığı husule gelmez. Bununla birlikte, ölümüne bağlı işlemin muayyen mal vasiyeti içerikli olduğu hallerde, musalehin mirasçılardan (veya varsa tenfiz memurundan) tereke kapsamındaki vasiyetli taşınmaz mülkiyetinin devri talebi (“vasiyetin tenfizi”/ vasiyet borcunun ifası) HUAK m.17/B/1 hükmü anlamında bir taşınmaz devri uyuşmazlığı doğurabilir⁷². Keza, diğer bir istisnai durum da, ivazlı olumsuz miras (feragat) sözleşmesinde murisin veya ivazlı olumlu miras sözleşmesinde karşı âkidin ivazının taşınmaz mülkiyetinin devri olduğu haller bağlamında ölümüne bağlı işlem bünyesindeki⁷³ sağlararası edimin ifası uyuşmazlıkları (TMK m.547/II) meyanındadır. Miras sözleşmesi kapsamındaki sağlararası edim ifasında temerrüdün sonuçları tartışmalı olup; hakim görüşe göre dönme dışındaki seçimlik hak yetkilerinin kullanılması mümkün görülmele⁷⁴ birlikte, bu olağan değildir.

Yukarıdaki açıklamalar muvacehesinde, HUAK m.17/B/1 hükmü kapsamındaki taşınmaz devir uyuşmazlıkları temelde iradi sebep bağlamı ve de genellikle sağlararası hukuki işlem kaynaklıdır denilebilir. Bu minvalde, taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin hak-borç, genellikle sözleşmeden doğmakta olup; bunlar temelde borçlar hukuku sözleşmeleridir (satış-bağış-trampa vb)⁷⁵ ve uygulamada nadir görülen ilan yoluyla

⁶⁷Serozan 11, 14-15.

⁶⁸Bkz Serozan 15; Haluk Nami Nomer, *Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Sonuçları* (Beta 2002) 130; Halil Akkanat, *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi* (Filiz 2004) 6-7.

⁶⁹Bkz Neslihan Akça, *İvazlı Miras Sözleşmeleri* (Yayımlanmamış Dr Tezi, Gazi Üni. SBE 2020) 69-70.

⁷⁰Nomer 131-132; Akkanat 13-16. İvazlı olumlu miras sözleşmesinde ölümüne bağlı kazandırma lehdarının iptal davası bakımından aynı yönde ilaveten bkz Akça 132.

⁷¹Bkz Hüseyin Hatemi, *Miras Hukuku* (9. Bası, Onikilevha 2021) 79, 83; Serozan 12-13, 24-25; M. Akçaal, ‘Vasiyetnamenin Tenfizi Kavramı ve Vasiyetnamenin Tenfizi Davası’ (2023) 6 (1) Necmettin Erbakan Üni HFD 377.

⁷²Bu uyuşmazlık, mülkiyetin devri için açılacak tescil davasından (TMK m.716) ayrı bir hükümle düzenlenmiş olmakla birlikte (TMK m.600), mahiyet itibarıyla farklı bir dava teşkil etmez (bkz Akçaal 380-389; Karademir Aydemir 275 dn 252 -254).

⁷³Doktrinde, ivazlı olumlu ve olumsuz miras sözleşmelerinde ivaz sağlararası edim olsa da İsviçre-Türkiye hukuk düzenlerinde bu sözleşmenin ölümüne bağlı işlem olduğu ve çifte işlem değil tek işlem içerdiği görüşü ağırlıklı olup bunun söz konusu sağlararası edimin bünyesinde yer aldığı işlemin ölümüne bağlılık vasfını değiştirmede kabul edilmektedir. Bu hususta bkz Sekine Derya Yakupoğlu, *Olumlu Miras Sözleşmesi ve Bağlayıcılık Sorunu* (Yayımlanmamış Dr. Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üni SBE 2019) 52-55; Akça 29-33.

⁷⁴Bkz Yakupoğlu 311-312; Akça 139-141. Kanımızca, murisin aynen ifayı talep yetkisinin ölümüne bağlı işlemin tek işlem vasfıyla uyumu izaha muhtaçtır. Esasen, miras sözleşmesinin aile hukuku ilişkisi ve karşılıklı malvarlığı menfaat saiki taşımaması nedeniyle genellikle dönme hakkı kullanılması olağandır (Yakupoğlu 313). Bununla birlikte, söz konusu aynen ifa talebi rızailik temelli arabuluculuk yoluyla ele alınmaya elverişlidir.

⁷⁵Bkz Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir 354; Antalya ve Topuz 660; Kabaş Tezcan 240-241. Tüketici hukukunda özel hükümlerle düzenlenmiş olan önödeme konut satışı da (TKHK m.40-46) temelde taşınmaz satış sözleşmesinin özel bir türüdür. Bu hususta bkz Ethem Saba Özmen ve Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Önödeme Konut Satış Sözleşmesi* (Onikilevha 2016) 5; Çabri 751 ve 762 dn 4. Miras hukuku alanında taşınmaz mal içeren miras payının devri de bu kabil olmakla birlikte, bu taahhüdün ifası (da) söz konusu devir ivazlıysa satış ve ivazsızsa da bağış gibi tesis olunmaktadır (bkz Galip Esmer, *Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili* [6. Baskı, Tapu Kadastro Vakfı 1998] 335, 338-339 ve dn 39).

vaad⁷⁶ ile satış ilişkisi kuran inşai hak bahşeden önalım-alım-gerialım ve de satış vaadi⁷⁷ (TBK m.237-238, 282, 285; 611) söz konusu uyuşmazlıklara vücut verebilecektir. Aile hukukunda mal rejimi sözleşmeleri (de) taşınmaz mal devri içerebilmekle birlikte, bunların (resmi şekle tabi olması [TMK m.205] ve sicil dışı iktisab hali⁷⁸ olarak TMK m.1013/III hükmü uyarınca söz konusu hukuki sebep belgelerinin ibrazının devri temin etmesi karşısında) esasen uyuşmazlık potansiyeli bulunmadığı gibi, bu durum aynî hakkın kazanılması değil korunması uyuşmazlığına vücut vermekle kapsam dışıdır⁷⁹. Bu meyanda belirtmek gerekir ki, adi ortaklık sözleşmesi ile ticari işletme ve ticari şirket devir-birleşme sözleşmeleri kapsamındaki taşınmaz devir taahhütlerinden kaynaklanacak uyuşmazlıklar da HUAK m.17/B/1 hükmünden müstesnadır. Bu durum aşağıdaki sebepler temelinde tesbit olunabilmektedir.

Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olmakla birlikte, adi ortaklıkta bir taşınmazın katılım payı olarak taahhüd olunması (TBK m.621/III) tipik bir borç sözleşmesi teşkil etmez. Zira, bu taahhüdün yerine getirilmesini her bir ortak isteyebilirse de bu borcun "ortaklığa" karşı ifası gerekmektedir⁸⁰. Bu borcun ifası aynı zamanda diğer ortaklar nezdinde bir "hak" olarak da kabul edilmekle, ifa teklifinin reddi halinde bu durumun sadece alacaklı değil borçlu temerrüdüne de yol açacağı kabul edilmekte olup; ortaklık sözleşmesi karşılıklı akit olmadığından, taşınmaz malın katılım payı olarak taahhüdünün ifasızlığı ortaklığın feshi bakımından bir haklı sebeptir⁸¹. Dolayısıyla, bu sözleşmelerde taşınmaz mülkiyetinin devri taahhüdü ifa olunmaması bir adi ortaklık uyuşmazlığına vücut verecektir. Ticari ortaklıklarda aynî sermaye payı taahhüdüne (TTK⁸² m.127/1-c) gelince, burada da taşınmazın devri uyuşmazlığına kaynak teşkil etmeyecek diğer bir hukukî işlem söz konusudur. Şöyle ki, ticaret şirketlerinde taşınmaz mal niteliğindeki aynî sermaye payı taahhüdünün ifası hakkında özel hükümler sevk olunmuş olup güvenceye bağlanmıştır (TTK m.128/2-3,6)⁸³. Ezcümle, bu taahhüdün ifası zımınıdaki tescil talebi şirketin varlık kazanmasıyla (ticaret siciline tescil) ticaret sicil müdürü tarafından eşzamanlı olarak tapu siciline bildirilecek olup (TTK m.128/6)⁸⁴; gereğinde şirket de tescil talebinde bulunabilmekle, bu hususta taahhüd borçlusu ortak ile şirket arasında taşınmaz devir uyuşmazlığı zuhuruna yer yok gibidir. Bu açıdan, HUAK m.17/B/1 hükmünün sevk sebepleri meyanında, kanunkoyucunun bu işlemi salt taşınmaz devir uyuşmazlığı kaynağı olarak görmüş olmadığı ileri sürülebilir. Keza, malvarlığında bir taşınmaz (veya diğer bir kamusal sicile tabi mal veya hak) bulunan ticari işletmenin devri ve ticari ortaklığın devir-birleşme sözleşmelerinde de (TTK m.11/3, 153/1, 166[179/4]; TSY⁸⁵ m.133)⁸⁶, biraz

⁷⁶Bkz Esmer 335-381; Metin Yeşil, *Tapu İşlemleri* (6. Baskı, Çizge 1999) 101-114.

⁷⁷Önsözleşme niteliğiyle satış vaadi sözleşmesi alım hakkından farklı olarak satış ilişkisi kurmayıp satış sözleşmesinin kurulmasına ilişkin talep yetkisi bahşetmektedir (Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku- Özel Hükümler* [11. Baskı, Beta 2022] 281). Keza, bu sözleşmeyle, tasarrufî işlem değil, iltizamî işlem tesisi taahhüd olunmaktadır (Ayiter 89). Miras payının taksim öncesinde üçüncü kişiye devri de (TMK m.677/II) bu mahiyette (devir vaadi) olmasına (Hatemi, *Miras* [n 3] 160-161) karşın, devralan üçüncü kişinin (de) taksim isteyebileceği kabul edildiğinden (bkz Esmer 340), böyle bir durumda iştirakli mülkiyet paylı mülkiyet ile ortak paylaşırma hükümlerine göre sona erecek olmakla (TMK m.703/II), taşınmaz mülkiyetinin devri uyuşmazlığından söz edilememek gerekir.

⁷⁸Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir 414; Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku C III - Aile Hukuku* (Filiz 2016) 199-200, 247-248.

⁷⁹Örneğin, evlilik mal rejimi sözleşmesi akabinde açıklayıcı tescil yaptırılmadan (müşterek) taşınmazın kayıt maliki eş tarafından üçüncü kişilere devri, diğer eşin hissesine ilişkin hak yokluğu ve tasarruf yasağı nedeniyle, yolsuz tescil teşkil edecektir (TMK m.1025).

⁸⁰Nami Barlas, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri* (Vedat 1998) 32,37-38; Vildan Peksöz, *Medeni Usûl Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri* (2. Baskı, Onikilevha 2022) 220-221.

⁸¹Bkz Barlas 34 dn 115 ve 40, 82. İlaveten bkz Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi C I-IV* (4. Baskı, Adalet 2022) C I 97, 100.

⁸²Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.02.2011/27846.

⁸³Pulaşlı C I 210-211.

⁸⁴İbid C III 2132-2133. Bu işlem dolaylı bir sicil içi kazanım hali teşkil etmektedir (Pulaşlı C I 211,217-218). Doktrinde, sicil dışı kazanım yönünde aksi görüş de mevcuttur; bkz Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir 417.

⁸⁵Ticaret Sicil Yönetmeliği, RG 27.01.2013/28541 (Önceki hükümet sistemi döneminde mevzuata girmiş olmakla çıkaran makam ile tarih ve numara bilgisi yoktur).

⁸⁶Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir 471-478; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku- Genel Hükümler C I-II* (13. Bası, Vedat 2017) C II 624; Ercüment Erdem, 'Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri' (2013) 8 (Özel Sayı) Yeditepe Üni HFD 996, 997. Hukuk düzenimizde TTK düzenlemesiyle (m.11/3), ticari işletme devri bakımından İsviçre sisteminden köklü biçimde ayrılmış olup; mülkiyetin intikali için ticaret siciline tescil ve ilan yeterli görülmüştür (Oğuzman ve Öz C II 624 dn 236). İsviçre hukuk düzeninde ticaret şirketi ve kooperatiflerle ticaret siciline kayıtlı

farklı olarak benzer bir durum söz konusudur. Burada, ticaret siciline tescil taşınmazın mülkiyetini işletmeyi-şirketi devralana intikal ettirecek olmakla⁸⁷, kazanım cüzi değil; külli intikal tarzında gerçekleşmekte ve dolayısıyla tapu sicilindeki tescil açıklayıcı olmaktadır. Ticari işletme veya şirket devir-birleşme sözleşmesi ticaret sicilinde tescil ve ilan olunup; tapu sicil müdürlüğüne de eşzamanlı olarak intikal bildirimi yapılmakla (TSY m.133/5), bu durum açıklayıcı tescil öncesinde tapu kaydına işlenilecektir. Böylece, ticaret sicilindeki tescil kurucu olup⁸⁸; vade ve şarta da bağlanamayacağından (TSY m.133/4), bunların uyuşmazlık potansiyeli zayıftır⁸⁹. Kaldı ki, bu durumda da esasen söz konusu hakkın kazanılması değil korunması uyuşmazlığı zuhur edecektir (TMK m.1013/III,1025). Dolayısıyla, söz konusu adi ve ticari ortaklık ve de kural olarak ticari işletme devri⁹⁰ bağlamındaki söz konusu hukukî işlemlerin HUAK m.17/B/1 hükmü kapsamında olmadığı belirtilebilir.

Öte yandan, taşınmaz mülkiyetinin devrinin kanundan (kanuni borçtan) kaynaklandığı gayri iradi devir hallerine (kanuni hukuki sebep) gelince, burada (da) durum özellik arz ediyor. Paylı mülkiyetteki paydaşın çıkarılması ile paylı mülkiyet ve elbirliği mülkiyeti hallerindeki paylaşılma ve ortaklığın giderilmesi talepleri (TMK m.696-698; 703), toplu mülkiyetin taşınmaz şeyi havi olduğu hallerde, taşınmaz mülkiyetinin devrine yol açar. Bunlardan ilkinde, ortaklığı çekilmez hale getiren ortağın taşınmazdaki payının, şayet aynen ayırılma imkanı yoksa - isterlerse kendilerine (davacılar) ve istemezlerse başkasına devri imkanını da içeren surette- mahkemece tasfiyesi hususunda diğer paydaşlara kanunen tanınmış olan bir hakkın kullanılması söz konusudur (TMK m.696)⁹¹. Genel olarak kabul edildiği üzere (aksi önceden kararlaştırılamamakla) bu düzenleme emredici hüküm sayılmakla birlikte, dava ikamesinden sonra bu husustaki talepten feragate engel durum yoktur⁹². Payın başkasına devri (veya davalı paydaşın vefatı) davayı konusuz bırakır⁹³ ve bu dava kapsamındaki öncelik hakkını kullanmayı tercih etmemiş olan davacı paydaş(lar) yasal önalım hakkı da kullanamaz⁹⁴. Burada talep konusu payın devri veya tasfiyesi ayırma (ifraz) imkanına bağlıdır⁹⁵; dolayısıyla, bu davada paylaşılma ve ortaklığın giderilmesi karakteri (de) vardır⁹⁶. Paylaşılma ve ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları HUAK m.18/B/1-b hükmü kapsamındadır. Diğer bir kanunî devir yükümü, aile mal rejiminin olağan⁹⁷ sona erme hallerindeki malvarlığının tasfiyesinde ve tereke taksiminde aile konutunda veya müşterek konutta mülkiyet hakkı tanınması (ve mal rejimi tasfiyesinde varsa paylı taşınmazın verilmesi) taleplerine hak bahşeden düzenlemelerden sadırdır (TMK m.226/II, 240/II, 248/II, 255/I, 279-281; 652/I). Doktrinde, mehaz İsviçre'yi takiben, mal rejiminin ölüm dışındaki sebeple olağan tasfiyesinde eski eşe mülkiyeti talep hakkı tanıyan kanun hükümlerinin tamamlayıcı paylaşılma kuralı niteliğinde olduğu⁹⁸; ölüm nedeniyle mal rejimi ve tereke tasfiyesi bakımından da (TMK m.240,255,279; 652/I) ilgili düzenlemelerin, pay-

diğer tacirlerin malvarlığı-işletme devirleri kapsamındaki taşınmazların intikali için devir sözleşmesinin resmi şekle tabiyeti ve aktiflerin cüzi halefiyet yoluyla devri kabul edilmiştir (bkz Okay Durman, *Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri* [Onikilevha 2009] 73,77).

⁸⁷Oğuzman ve Öz 624; Erdem 1000-1001.

⁸⁸Ticari işletmenin devri ve (şirket) birleşmesinde, devir (birleşme) sözleşmesi iltizamî işlem iken, ticaret sicilindeki tescil tasarrufî işlemdir; bkz Erdem 1002 dn 45, 1005-1006.

⁸⁹Bkz ibid 1001,1003-1004.

⁹⁰Burada bir istisna olarak TBK m. 202 uyarınca işletme devri kapsamındaki taşınmaz mal bakımından cüzi intikal söz konusu olmakla (bkz Durman 118-119, 122; Erdem 993), bunların HUAK m.17/B/1 kapsamında olacağı anlaşılmaktadır.

⁹¹Bu hakkın niteliği tartışmalıdır: Nisbî hak görüşünde bkz Zekeriya Kürşad, *Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi* (Yayımlanmamış Dr Tezi, İstanbul Üni SBE 2007) 112-113; mahkemedışı tekyanlı beyanla kullanılan inşai hak görüşünde bkz Hatemi, *Eşya* (n 2) 76-77.

⁹²Kürşad 112 dn 154.

⁹³ibid 113, 134.

⁹⁴Hatemi, *Eşya* (n 2) 73.

⁹⁵Kürşad 131-132.

⁹⁶Benzer bir düzenleme KMK m.25-f hükmünde de mevcut olup; bu uyuşmazlık dava şartı arabuluculuk (HUAK m.18/B/1) kapsamındadır.

⁹⁷Evlilik mal rejiminin anlaşma harici değişikliği (olağanüstü mal rejimi) bağlamında (TMK m.206-207, 208/II,209-211) hasıl olabilecek olan taşınmaz devri yargısal işlemi muciptir. Burada mülkiyetin intikali -statü değişikliğini tazammunen- münhasıran hakim kararına bağlı olup; bu talep, bir çekişmesiz yargı işi olmakla, arabuluculuğa elverişli sayılmaz (HMK m.382/1.b-8; HUAK m.15/4).

⁹⁸Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğurucu Haklar* (Yetkin 2005) 148 dn 54.

laştırmada öncelik hakkına ilişkin olduğu⁹⁹; belirtilmektedir. Söz konusu uyuşmazlıklardan, eski eşin tasfiye konusu malvarlığındaki taşınmazda diğer eşin toplu mülkiyet payının bedeli mukabili kendisine verilmesi (TMK m.248/II); sağ kalan eşin aile konutunda paylaşmadan doğan hakkı veya miras payına mahsuben ya da payına mahsuben mülkiyet hakkı tanınması (TMK m.255/I, 279/I); uyuşmazlıklarında paylaşma özelliği sarihtir. Ezcümle, bu uyuşmazlıklar da HUAK m.17/B/1 hükmü anlamında taşınmazın devri uyuşmazlığı teşkil etmeyip¹⁰⁰; paylaşırma bağlamıyla HUAK m.18/B/1 hükmü kapsamında dava şartı arabuluculuğa tabidir¹⁰¹. Bununla birlikte, kanımızca yasal mal rejimi tasfiyesinde eski eşin müşterek mal taşınmazda üstün yarar iddiasıyla diğerinin payının bedel mukabili ve aile konutunda katılma payı alacağına mahsuben bunun mülkiyetinin kendisine verilmesi talepleri (TMK m.226/I, 240/II), paylaşırma özelliği bulunmadığından dava şartı arabuluculuğa (HUAK m.18/B/1-b) tabi olmayıp; HUAK m.17/B/1 hükmü kapsamındadır¹⁰².

Yukarıdakilerin aksine, kanundan doğan başka bir taşınmaz devri yükümlülüğü sebebi olan “haksız yapı” (arazide hukukî ilişki dışında husule getirilmiş olan yapı) olgusu kapsam dışı olduğunu açıkladığımız diğer kanuni sebepli devirlerden farklı özelliktedir. Taşınmaz mülkiyetinin maddi kapsamına “haksız yapı” da dahildir (TMK m.722/I). Kanunda taşınmaz mülkiyetinin maddi kapsamını düzenleyen hükümler meyanında, kendi levazımıyla başkasının arazisinde veya kendi arazisinde başkasının levazımıyla inşa olunan “haksız yapı”nın araziden değerli olması halinde iyiniyetli tarafa arazi mülkiyetinin malzeme sahibine devrini talep hakkı tanınmıştır (TMK m.724)¹⁰³. Kanundan doğan bu talep hakkının kullanılması, iltizamî işlem den doğan iradî devirdeki gibi, arazi mülkiyetinin (bedeli mukabili) devrine ilişkin tasarruf işlemi tesis borcunu doğurur¹⁰⁴. Bu açıdan, “haksız yapı” kaynaklı söz konusu talep (de) iradî devir borcundaki muadili gibi doğrudan taşınmazın devri amacına matuftur¹⁰⁵. Ezcümle, “haksız yapı” nedeniyle arazi mülkiyetinin devri uyuşmazlığı HUAK m.17/B/1 kapsamında kalır. Aynı sonuca TMK m.725/II hükmünde düzenlenen taşkın yapılar da taşınan kısmın bedeli mukabili taşkın yapı sahibine devri uyuşmazlığı¹⁰⁶ bakımından da ulaşılabilmektedir¹⁰⁷.

Buraya kadarki inceleme açıklamalarımız muvacehesinde, HUAK m.17/B/1 kapsamındaki taşınmaz devir uyuşmazlıklarının kural olarak iradi (hukuki işlem) sebeple devren iktisab temin eden hukuki işlem (temelde borçlar hukuku sözleşmesi) kaynaklı olduğunu tesbit etmiş oluyoruz.

⁹⁹Bkz ibid 148-149 dn 55 ve 56. Tereke tasfiyesi bakımından aynı yönde ilaveten bkz Akkanat 58 dn 190.

¹⁰⁰Zımnın aksi görüşte bkz Badur ve Kurt Konca 848.

¹⁰¹Bu niteleme tarafların aralarında uyuşmazlığı çözemeyip mahkeme önüne gelmeleri durumu itibarıyla ve Kanundaki ihtiyari ve dava şartı arabuluculuğun uygulama alanı bakımından kapsamını belirlemeye matuftur.

¹⁰²Tereke taksiminde (TMK m.652) sağ kalan eşin aile konut mülkiyeti talebi de, bir çekişmesiz yargı işi olduğundan (HMK m.382/2.b-10), bu uyuşmazlık arabuluculuğa elverişli değildir.

¹⁰³Ayrıntılı bilgi için bkz Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir 494-498; Eren Savaşan, *Türk Medenî Kanunu Kapsamında Haksız Yapı* (Seçkin 2022) 95-101, 132-140. Talebin şartları hakkında mülga MK dönemi itibarıyla ayrıntılı bilgi ve kazai içtihadlar için ilaveten bkz Karahasan C.I 812-829.

¹⁰⁴Söz konusu hakkın mahiyeti tartışmalı olup kanundan doğan inşai hak veya nisbî hak olduğu yönünde görüşler mevcuttur (bkz Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir 487 dn 912). Kanımızca, burada kanuni nisbî hak söz konusudur (L. Sirmen, *Eşya Hukuku* [Yetkin 2013] 422 [Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir 487 dn 912’den naklen]). Nitekim, doktrinde mülkiyet devir talebinin zamanaşımına (on yıl) tabi olduğu görüşü ağırlıklı olup (Savaşan 101 dn 372); inşai haklar hakdüşürücü süreye tabidir (bkz Buz 261-267).

¹⁰⁵TMK m.724 hükmüyle tanınmış olan hakkın diğer tarafa karşı ileri sürülmesi üzerine, malzeme malikinin arazi devir bedelini ödeme ve arazi malikinin de taşınmaz mülkiyetini devir işlemi tesis etme hususunda ortaya çıkan uyuşmazlığın halli için başvuru mahkeme yolunda tescil hükmünün hukuki dayanağı (tıpkı iradî devir borcunun ifasızlığındaki gibi) TMK m.716 hükmüdür. Bu hususta bkz Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir 496-498; Hatemi, *Eşya* (n 2) 130-132. Mülga MK dönemi itibarıyla de aynı yönde bkz Karahasan C.I 803-810; Yargıtay İBKK, 11/9, 15.05.1957 (Karahasan C.I 830).

¹⁰⁶Ayrıntılı bilgi için bkz Galip Sermet Akman, *Taşkın İnşaat* (İstanbul Üni 1982) 241-251. Bu yükümlülüğün, taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan, dolaylı bir özel hukuk kısıtlaması mahiyetinde olduğu yönünde bkz Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir 547.

¹⁰⁷Sınırdış arazide husule getirilen inşaat (“taşkın yapı”) nedeniyle taşınmazın (arzin) haksız yapı sahibine devri (TMK m.725) uyuşmazlığı, HUAK m.18/B/1 hükmü kapsamındaki, komşu hakkı uyuşmazlıklarına benzetmekle birlikte onlardan farklıdır. Bu uyuşmazlığa sebep olan taşkın yapı olgusu, kısmi mülkiyet devri yerine, taşkın yapı irtifak hakkı talebine (de) vücut vermekle (TMK m.725/II-ilk yarım cümle), taşınmazda sınırlı aynî hak kurulması uyuşmazlıkları arasında buna aşağıda (II.B.1) ayrıca değineceğiz.

Belirtmek gerekir ki, söz konusu uyuşmazlıkların ilişkin olduğu hukuki ilişkinin tarafının özel hukuk kişisi olması şart değildir. Özel hukuk uyuşmazlıkları genellikle özel hukuk kişileri arasında zuhur etse de, kamu hukuku kişi ve süljeleri özel hukuk alanındaki işlemleri bakımından bundan ari değildir. HUAK'a ve m.17/B hükümlerine tabiyet bakımından durumun özellik arzettiği haller bulunmakla, bunlara da değinmek gerekiyor.

İdare'nin tasarrufuyla mülkiyetin devri (veya taşınmazın sınırlı aynî hakla kayıtlanması) sonucunu doğuran taşınmaz mal uyuşmazlıkları da mevcuttur. İdare de özel hukuka tabi malları ve kamu hizmet faaliyetlerinin yürütülmesi sırasında genel hükümlere (özel hukuka) tabi bir hukukî uyuşmazlığa düşer olup; arabuluculuk sürecine dahil olabilir (HUAK m.2.e, 15/8-9). HUAK'a tabian İdarenin tarafı olduğu özel hukuk uyuşmazlıkları kural olarak kamugücü kullanımını mutazammın olmayanlardır¹⁰⁸. Bu açıdan, bilahire konusu kalmayan kamulaştırma işlemi akabindeki malikin 'geri alma hakkı' (Kamulaştırma K¹⁰⁹ m.22,23) ile yine işlem amacı tahakkuk etmeyen özellikteki kamuya (bedelsiz) terkli taşınmaz mal iade talebi (Kamulaştırma K m.35 *a contrario*) uyuşmazlıklarının da, adli yargıya tabian, arabuluculuğa konu olabileceği akla gelmektedir. Bununla birlikte, kamulaştırma işleminin ikmalıyla taşınmaz özel hukuk kişisinin malvarlığından çıkıp kamu malı haline gelmekle¹¹⁰, kamulaştırma işlemine konu taşınmazı geri alma talebi kanunen tanınan bir sübjektif kamusal hak olup; özel hukuka ilişkin satış ilişkisi doğuran inşai hak mahiyetinde değildir. Söz konusu geri alma hakkı uyuşmazlığı adli yargıya tabi kılınmış ise de, dayanak hakkın İdare nezdinde ileri sürülmesi üzerine tesis olunan işlemler idari işlem olduğundan¹¹¹, talebin reddi üzerine bir kamu hukuku uyuşmazlığı ortaya çıkar. Bir uyuşmazlığın adli yargı koluna tabi kılınmış olması onun hukukî mahiyetini değiştirmez¹¹². Bu itibarla, söz konusu geri alma hakkı ve bu husustaki uyuşmazlık özel hukuka ilişkin olmadığından HUAK uygulama alanında değildir¹¹³. Konusu kalmamış olan ifrazen kamuya terkli taşınmazın iadesi veya bedel talebi uyuşmazlığı ise özellik arzetmekte olup bir ayırım yapmak gerekir. Şöyleki, buna sebep olan ifrazen terk işleminin, öne alınmış düzenleme ortaklık payı mahiyeti¹¹⁴ nedeniyle, İmar K¹¹⁵ m.15-16 hükmü uyarınca idari işlem kaynaklı olduğu kabul edilebilir ise de¹¹⁶; kanımızca, terk miktarının düzenleme ortaklık payı oranını aşan kısma balığ olduğu hallerde bir yüklemeli bağış (TBK m.291) söz konusudur¹¹⁷. Bu açıdan, şayet İdare bağış sebebi olan yüklemi haklı sebep olmaksızın yerine getirmesse, malik tarafından (fazla kısmın ifrazı imkanı itibariyle) bağışlananın (terkolunmuş olan fazla kısmın) geri alınması talebi ileri sürülebilir (TBK

¹⁰⁸Mehpare Çaptuğ, 'İdarenin Tarafı Olduğu Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Uygulama Alanı ve Aksayan Yönleri' (2021) 157 TBBD 301-302. Halli adli yargıya tabi kılınmış olsa da İdare'nin bir özel hukuk işlemi olmadığından, kamulaştırma uyuşmazlığının (Kamulaştırma K m.10, 27) HUAK kapsamında olmadığı belirgindir.

¹⁰⁹Kamulaştırma Kanunu, Kanun Numarası: 2942, Kabul Tarihi: 04.11.1983, RG 08.11.1983/18215.

¹¹⁰Serdar Ceylan, *Kamulaştırma İşleminde Doğan Adli Yargı Uyuşmazlıkları* (Yayınlanmamış YL Tezi, Selçuk Üni SBE 2007) 118.

¹¹¹Bkz Meltem Kutlu Gürsel, *Kamulaştırma Hukuku* (Seçkin 2009) 357; Uyuşmazlık Mahkemesi, Hukuk Bölümü, 53/51, 17.11.1997 (Kutlu Gürsel 357); Ceylan 120.

¹¹²Bkz Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, 'İdari Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adli Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi?' (2011) 11 (63) Terazi Hukuk Dergisi 40. Bazı idare hukuku uyuşmazlıkları irtibatı nedeniyle adli yargı koluna tabi kılınabilmektedir (örneğin bkz İcra ve İflâs Kanunu [Kanun Numarası: 2004, Kabul Tarihi: 09.06.1932, RG 19.06.1932/2128] m.5).

¹¹³HUAK'ın uygulama alanını (akdî-kanunî) özel hukuk ilişkileri bağlamındaki hak uyuşmazlıkları oluşturup; geri alma hakkının söz konusu kamu hukuku ilişkisi kökeni bu uyuşmazlığının arabuluculuk yoluna kapalı olma sonucunu doğurmaktadır.

¹¹⁴Bkz M Kübra Bakırcı, 'Bedelsiz Terk Uygulamasının Özel Hukuk Bakış Açısıyla Değerlendirilmesi' (2012) 12 (2) Akdeniz Üni HFD 1012-1013.

¹¹⁵İmar Kanunu, Kanun Numarası: 3194, Kabul Tarihi: 03.05.1985, RG 09.05.1985/18749.

¹¹⁶Danıştay 6.Daire, 4042 (2016 E)/266 (2018 K), 17.01.2018 (Bakırcı 1016 dn.38). Uyuşmazlık Mahkemesi, İdareye bedelsiz terk etme, imar planı notu uyarınca -parselasyon planıyla şart koşulmuşsa idari işlem görüşü yönünde idari yargıya tabiyeti; fakat ifraz-tevhid talebinin kabulü karşılığında şart koşulduğunda ise, adli yargı koluna tabiyet; yönünde kararlar vermektedir. Örneğin, Uyuşmazlık Mahkemesi, Hukuk Bölümü, 783/836, 24.12.2018 ve 357/418, 08.07.2019 numaralı kararlar (Bakırcı 1017-1019). Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'a göre, bedelsiz terk işlemi bağış vasfındadır: örneğin, Anayasa Mahkemesi Birinci Bölüm, 2016/3592, 25.09.2019 (bireysel başvuru) ve 2014/10857, 11.01.2017 (bireysel başvuru) ve de 2017/14999, 03.12.2020 (bireysel başvuru); Yargıtay HGK, 1-224 (E 1971) / 524 (K 1973), 20.06.1973 (Bakırcı 1016 dn 36 ve 37). Keza, Yargıtay ayrıca usulî talebin içeriğine göre (tapu iptali- işlemin iptali) yargı kolunun değişeceğini kabul etmektedir (bkz Bakırcı 1018).

¹¹⁷Bir nevi şarta bağlı idari işlem olarak kabul etmekle, farklı görüşte bkz Bakırcı 1021-1025.

m.295/1,3)¹¹⁸. Ezcümle, kanımızca, yüklemenin yerine getirilmemesi halindeki iade talebinin reddi üzerine ortaya çıkan anlaşmazlık, özel hukuk uyuşmazlığı vasfıyla, HUAK m.17/B/1 hükmü kapsamındadır.

İdare'nin taraf olduğu özel hukuka ilişkin taşınmaz mal uyuşmazlıkları meyanında son olarak değinilmesi gereken diğer bir uyuşmazlık da kamulaştırmazsız elkoymadır. Bu eylem, İdare'nin özel hukuk sorumluluğu alanında kaldığından¹¹⁹, genel hükümlere tabidir. Malik şeydeki mülkiyet hakkından feragat etmiş olmamakla, bu olgu İdarenin TMK m.707 anlamında işgalen mülkiyet hakkı kazanmasına vücut vermez. Ancak, İdare'nin bu kabil bir tecavüzünün izalesinin hukukî-filî imkansızlığı karşısında, malikin taşınmazın bedelinin ödenmesi talebi mülkiyetin devrini mucip olduğundan (Kamulaştırma K geçici m.6/VI, gm.19) bu uyuşmazlıklar (da) taşınmazın aynına ilişkin sayılır¹²⁰. Ancak, kamulaştırmazsız elkoyma uyuşmazlığının halli için dava yoluna başvurulması öncesinde, İdare bünyesinde uzlaştırma prosedürüne tevessül edilmesi özel kanun hükmü kapsamındaki bir dava şartı olarak ayrıca düzenlenmiştir (Kamulaştırma K geçici m.6/I-V,IX). Başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna tabiyet varsa, söz konusu uyuşmazlık dava şartı arabuluculuğa tabi değildir (HUAK m.18/18). Bununla birlikte, taraflar İdarenin taraf olduğu bu özel hukuk uyuşmazlığının ihtiyari arabuluculuk yoluyla çözümü hususunda anlaşabilmeleri için bir engel yoktur (HUAK m.2/1-e, m.15/8-9).

2. Taşınmazın Devri Uyuşmazlıklarının Muhtevası

Taşınmazın devri uyuşmazlık grubu itibariyle, HUAK m.17/B/1 hükmünün temelde iradi sebepli hukuki işlem kaynaklı devren iktisab hallerine ilişkin olanları kapsadığını ve kanuni sebep kaynaklı olanların istisnai olduğunu yukarıda tesbit ettik (II.A.1). Bu itibarla, HUAK m.17/B/1 hükmü kapsamındaki taşınmazın devri uyuşmazlıklarının muhtevası, iradi sebepli hukuki ilişkiler bağlamındakiler üzerinden ele alınabilir. İstisnaen kapsamda olan kanuni sebepli taşınmaz devir uyuşmazlıklarının (örneğin TMK m.724, 725/II-son yarım cümle) kanuni devir talebinin şartlarının mevcudiyeti veya denkleştirme bedeli üzerindeki anlaşmazlıklara taalluk edeceğini belirtmekle yetiniyoruz. Ezcümle, burada HUAK m.17/B/1 hükmü kapsamında arabuluculuğa konu olacak iradi sebepli ve temelde borçlar hukuku sözleşmesi kaynaklı taşınmazın devri uyuşmazlıklarının muhtevasını inceleyeceğiz.

Borçlar hukukunda mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşmeler konusu ve amacı bakımından tasnif edilmekle, bu kategorilerden birisi de mülkiyeti devir/temlik borcu doğuran sözleşmeler olup; bunlar, satış-bağış-trampadır¹²¹. Tescil işlemi, taşınmaz mülkiyetini nakil borcunun ivaz mukabili üstlenildiği hallerde satış; ivazsız üstlenildiği hallerde ise bağış; hükümlerine tabian tesis olunmaktadır¹²². Salt temlik amaçlı sözleşme olmamakla¹²³ birlikte, mirasçı nasbı içermeyip bir malvarlığı ediminin ifası karşılığında ölünceye kadar bakım sözleşmesi de (TBK m.611), bu bağlamda satış gibi taşınmaz mülkiyetini devir borcunu içerebilir; nitekim bu versiyonu itibariyle, bazı hükümleri bakımından Kanunda satış sözleşmesine atıfta bulunulmuştur (TBK m.613). Edim mübadelesini içeren iki taraflı sözleşmelere ilişkin meseleler ve dolayısıyla

¹¹⁸Karşılıksız kalan terk halleri bağlamında zımnen bu şekilde bkz Yargıtay 1 HD, 9529 (2015 E) / 8665 (2018 K), 03.04.2018 ve 2881 (2015 E) / 7079 (2017 K), 05.12.2017 (Bakırcı 1028 dn 73). Bakırcı terk karşılığının (düzenleme hizmeti) konusuz kaldığı hallerde meselenin Kamulaştırma K m.23 hükmüne kıyasen iade yönünde çözülebileceği görüşündedir (bkz Bakırcı 1039-1040). Bu görüş açısından, adli yargıya kıyasen görev çıkarılamayacağından, meselenin idari yargıda halli gerektiği gibi, kamu hukuku uyuşmazlığı sayılmış olmakla HUAK kapsamı dışında kaldığı sonucuna da ulaşılabilecektir. Burada Kamulaştırma K m.23 hükmünün kıyasen tatbik şartları mevcut olmadığı gibi, işlemin uygulanması sonrasında da iptali dava edilmediğinde, İdare düzenleme hizmetini farklı surette verebileceğinden düzenleme ortaklık payıyla sınırlı terk hallerinde Kamulaştırma K m.35 hükmünün düzeltici yorumuyla da, iade talebinin haklı olmayacağını düşünüyoruz.

¹¹⁹Bkz Kemal Gözler, *İdare Hukuku, C I-II* (3. Baskı, Ekin 2019) C I 1054-1055.

¹²⁰Karademir Aydemir 333.

¹²¹Yavuz, Acar ve Özen C I 23.

¹²²Örneğin, trampa veya inşaat karşılığı arsapayı devrinde ya da ölünceye kadar bakma devrinde (ivazlı) ve miras payı temlik bağlamında (ivazsız), bu şekilde bkz Yeşil 109, 111,115,123.

¹²³Bkz Yavuz, Acar ve Özen 1662-1673.

bunların tanzimine ilişkin hükümler öncelikle satış sözleşmesi bağlamında ortaya çıkmıştır¹²⁴. Esasen, satış hükümleri trampa sözleşmesine de şamildir (TBK m.283).

Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmeler, amacın tahakkuku itibarıyla, iltizamî işlem (taahhüd) ve tasarruf işleminden mürekkeptir¹²⁵. Dolayısıyla, taşınmaz devri kural olarak satış-bağış-trampa (ve ölüncüye dek bakım) sözleşmesi akdolanmasına ilaveten tasarruf işlemi olarak malikin tescil talebini ve tamamlayıcı fiil olarak tescil işlemini de havidir (TMK m.705/I-706/I, 1013,1015/I)¹²⁶. Orta Avrupa ülkelerini takiben hukuk düzenimizde eşya üzerinde ayni hak kazanımının ayrılık ilkesi temelinde iki aşamada ve iltizamî işlemi takip eden tasarruf işlemi akabinde gerçekleştiği kabul edilmiş olup; yine İsviçre-Türkiye hukuk düzenlerinde bilhassa taşınmaza ilişkin aynî haklarda önem taşıyan diğer bir ilke olarak benimsenmiş olan tasarruf işleminin sebebe bağlılığı kuralı uyarınca (işlem anında) iltizamî işlem geçersizse tasarruf işlemi sonuç doğurmayacaktır (TMK m.1024/II)¹²⁷. Bu minvalde, taşınmaz mülkiyetinin sicil içi kazanılması geçerli bir hukuki sebebe dayalı tasarruf işlemiyle husule gelir¹²⁸. Devren iktisabta hukukî sebep, mülkiyet hakkının devrini temin eden tasarruf işleminin yapılmasını gerektiren, hukuki ilişki olup; genellikle de hukuki işlemdir¹²⁹. Burada iltizamî işlem (taahhüd) amaçlanan aynî hakkı sağlamayıp; sadece bunu ifa borcu yükler ve karşı tarafa nisbî talep yetkisi verir¹³⁰. Tasarruf işlemi ise, hakkı etkileyen işlem olarak (hak sahibinin malvarlığı aktifini azaltarak-sınırlandırarak) iradi-kanuni borcun ifasını sağlamakta olup; bu iki işlem (iltizamî işlem-tasarrufî işlem) genellikle peşpeşe gerçekleştirilmektedir¹³¹.

Yukarıdaki açıklamalar muvacehesinde, iradi sebepli taşınmaz devir uyuşmazlıklarının, devre vasıta teşkil eden, iltizamî işlem ve/veya amacı tahakkuk ettiren tasarrufî işlem üzerinde zuhur edebilecek hukuka aykırılık halleri bağlamında ortaya çıkabileceği düşünülebilir. Bununla birlikte, resmi şekle tabi olan (TBK m.237/I), taşınmaz satış sözleşmesi hukuk düzenimizde¹³² tapu müdürlükleri ve noterler nezdinde akdolanabilir (Tapu K¹³³ m.26; NK¹³⁴ m.61A). Taşınmaz satışına ilişkin resmi şekli haiz sözleşmede tasarruf işlemi olan tescil talebine de mutlaka yer verilmektedir (TRSUEY¹³⁵ m.7/i; NTSUEY¹³⁶ m.7/3,8/4)¹³⁷. Keza, tescil talebi de,

¹²⁴Bkz ibid 59 dn 3.

¹²⁵Bağış sözleşmesi kural olarak elden bağış suretiyle de husule getirilebilmekle bu halde iltizamî işlem olan bağışlama taahhüdüne ihtiyaç yoktur (TBK m.289). Bununla birlikte bu durum eşya hukuku kuralları muvacehesinde taşınırlara mahsus olup taşınmaz bağış iltizamî işlemi de gerektirmektedir (Ayiter 101). İltizamî işlem-tasarrufî işlem ayrımı, bağışın tipik halinin yanısıra, trampa sözleşmesi bakımından da caridir; bkz Ayiter 96, 99. Öte yandan, TKHK'da önödeme konut satış sözleşmesinin tapuya tescili lafzına yer verilmiş olması (m.44) nedeniyle bunun rızai değil real sözleşme olduğu ve dolayısıyla tek işlemli olduğu da ileri sürülmüştür; bu husustaki tartışma ve görüşler hakkında bkz Çabri 763.

¹²⁶Ayrıntılı bilgi için Vardar Hamamcıoğlu 163,169-180. Bu hususta ilaveten bkz Turgut Uygur, *Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu C I-VII* (Seçkin 1990-1994) C VII 398 ve 406-407.

¹²⁷Hukuk politikasına ilişkin farklı tercihler olarak, eşya üzerinde aynî hak kazanılmasında birlik ve ayrılık ilkesi alternatifleri ile birlik ilkesi bakımından zorunlu ve ayrılık ilkesi bakımından ihtiyaren benimsenen sebebe bağlılık-sebepten soyutluk ilkelerinin hukuk sistemlerindeki düzenleniş hakkında, bkz Vardar Hamamcıoğlu 64-74; Kabaş Tezcan 196-206, 206-213; Antalya ve Topuz 167-169. Bu hususta, satış akdi bağlamında, ilaveten bkz Yavuz, Acar ve Özen 62-63.

¹²⁸Öğuzman ve Barlas 239 dn 372; Antalya ve Topuz 170; Kabaş Tezcan 241.

¹²⁹Kabaş Tezcan 240; Vardar Hamamcıoğlu 163; Antalya ve Topuz 166.

¹³⁰Vardar Hamamcıoğlu 114-115 dn 308.

¹³¹Ayiter 87,90, 95.

¹³²Hukuk düzenimizde, noterler -Mehaz'dan farklı olarak- mülkiyeti devir borcunu havi hukuki işlemlerden sadece taşınmaz satış sözleşmesi tanzimine yetkili olup; bu yetki hem iltizamî işlem (taahhüd) hem de tasarruf işlemine (tescil talebi) şamildir (NK m.61A/IV). Alman Hukukun'da (da) hukuki işlem temelli sicil içi taşınmaz aynî hak kazanılmasına ilişkin resmi şekildeki iltizamî işlemi tanzim yetkisi noterlere ait olup; bu hukuk düzeninde de cari olan eşya üzerinde hak kazanılmasındaki ayrılık ilkesi temelinde, hem iltizamî işlem (taahhüd) hem de tasarruf işlemi (aynî uyuşma) noterlik nezdinde tesis olunmaktadır. Aynî hakkı ihdas eden tamamlayıcı tescil işleminin yapılmasını, resmi şekli haiz söz konusu sözleşmenin ibrazıyla, noter veya hak kazanacak kişi tapu müdürlüğünden isteyebilmektedir (bkz Şebnem Akipek Öcal, Hayriye Şen Doğramacı ve Gözde Çağlayan Aygün, 'Noterlere Taşınmaz Satış Sözleşmesi Yapma Yetkisi Verilmesi Üzerine Bir Değerlendirme' (2023) 9 (2) Anadolu Üni HFD 228-233).

¹³³Tapu Kanunu, Kanun Numarası 2644, Kabul Tarihi: 22.12.1934, RG 29.12.1934/2892.

¹³⁴Noterlik Kanunu, Kanun Numarası: 1512, Kabul tarihi: 18.01.1972, RG 05.02.1972/14090.

¹³⁵Tapu Müdürlüklerince Düzenlenen Resmi Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (önceki hükümet sistemi döneminde mevzuata girmiş olup isdar eden makam ve tarih sayı bilgisi yoktur), RG 10.11.2009/27402. Tapu Sicil Tüzüğü'nde, hukuki sebebin hukuki işlem (sözleşme) olduğu hallerde resmi senet düzenlenmesi gerektiği kabul edilip rejimi bu Yönetmeliğe bırakılmıştır (TST m.21).

yazılı şekle tabi olup; kural olarak şarta veya çekinceye bağlanamaz (TST m.16 [TBK m.243])¹³⁸. Bu itibarla, iradi sebep kaynaklı taşınmazın devri uyuşmazlıkları temelde harici tanzimli satış sözleşmeleri ve satış vaadi bağlamında arabuluculuğa konu olabilecek demektir¹³⁹⁻¹⁴⁰.

Nitekim, uygulamada, taşınmaz mala ilişkin iradi devir uyuşmazlıkları -murisin muayyen mal vasiyeti ve miras payının temlik sözleşmeleri dışında- genellikle iltizamî işlem ile tasarrufî işlemlerin eşzamanlı veya peşpeşe tesisinin söz konusu olmadığı, noterliklerce akdolan (NK m.60) taşınmaz satış vaadi ile satıcı-sağlayıcıyı bağlayan (TKHK m.41/1)¹⁴¹ harici satış sözleşmeleri bağlamında ortaya çıkmaktadır¹⁴².

Arabuluculuk uygulamasında özellik arzedecek olmakla, burada söz konusu sözleşme ilişkilerinde husule gelebilecek bir uyuşmazlık konusunu hususen zikretmekte yarar görüyoruz. İltizamî işlemde sıra önceliği ve tarih üstünlüğü yokluğu ilkesi¹⁴³ uyarınca, ikinci bir temlik taahhüdü mümkün olup; ilk taahhüd ikinci bir taahhüde ve buna ilişkin tasarruf işlemi tesisine –ilk sözleşme sicile şerh verilmiş olsa bile- engel olmamakla, tasarruf işlemi ilk veya ikinci taahhüdden hangisi için istenirse onun ifası için tesis olunabilir ve

¹³⁶Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (Adalet Bakanlığı tarafından isdar edilmiş olup kabul numarası ve tarih-sayı bilgisi yoktur), RG 11.01.2023/32070. Noterlik Kanunu değişik m.60 ve ilave m. 61A hükümleri ile noterlere taşınmaz satış sözleşmesi akdetme yetkisi verilmiş olup; düzenleme rejimi Yönetmeliğe bırakılmıştır (NK m.61A/son fıkra).

¹³⁷TMK sistemiyle uyumlu olmayan bu uygulama hakkındaki eleştiriler için bkz Ethem Saba Özmen, 'Noterlere Taşınmaz Satışı Verilmesine İlişkin Kanun' (2022) 4 Ankara Barosu Dergisi 505-527.

¹³⁸Taşınmaz aynî hakkın sicil içi kazanılmasında, tapu memuru iltizamî işlemin kendisi veya tescil talebi şarta bağlı olduğunda talebi reddedecektir (TST m.16/2). Doktrinde her iki işlem için de bozucu şart bakımından tescil talebine ve tescile mani bir durum olmadığı savunulmaktadır; bkz Vardar Hamamcıoğlu 119-133 ve 191-192. Esasen, bağışlamada buna cevaz verilmiş olması da (TBK m.292), kanımızca Tüzükte yer alan yasağın geciktirici şart mahiyetinde olanlara mahsus olarak kabulünü desteklemektedir.

¹³⁹Uyuşmazlığın tasarruf işleminin geçersizliği veya kanunen cevaz verilen (örneğin TBK m.292) bir bozucu şarta bağlı borçlandırıcı işlemin geçer-sizliği iddiasından kaynaklı olması hallerinde tescilin yolsuzluğu iddiası, taşınmaz mülkiyetinin devri değil de aynî hakkın korunması uyuşmazlığı teşkil etmekle, HUAK m.1/2 hükmü kapsamında arabuluculuğa konu olabilir.

¹⁴⁰Tescil talebinin şartları meyanında yazılı şekle ile (işlem anındaki) tasarruf yetkisi ve tasarrufun hukukî sebebinin belgelenmesine ilişkin maddi şartların (TMK 1013-1016) yokluğu bağlamında, tapu kaydının düzeltilmesi zımında aynî hakkın korunması uyuşmazlıkları zuhur edebilir (bkz Vardar Hamamcıoğlu 183-184, 188; Antalya ve Topuz 172 dn 131). Eşya üzerinde hak kazanılmasında cari olan ayrılık ilkesi uyarınca, ayrı tesis olunan bu iki işlemin ikisinin birden geçersizliği söz konusu olmayabilir; ancak, iltizamî işlemin ifası amaçlı tasarruf işlemi bakımından kural olarak tasarruf işlemi aynı geçersizlik sebebinden etkilenir. Keza, iltizamî işlemdeki geçersizlik tasarruf işlemi de etkileyebilir ya da bu iki işlem farklı sebeplerle de geçersiz olabilir (Vardar Hamamcıoğlu 80-81; Antalya ve Topuz 172); bu kapsamda, fiil ehliyeti eksikliği, irade sakatlıkları ve gabin, şekle aykırılık ve mutlak emredici kanun hükmü veya ahlaka aykırılık halleri bağlamında, işlemlerin akibeti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Vardar Hamamcıoğlu 81-85. Bu meyanda belirtmek gerekir ki, iltizamî işlemin iptal veya dönmeye maruz kalması ya da bağlayıcı olmaması icra edilmiş tasarruf işlemlerini de uyuşmazlık konusu haline getirebilir. Örneğin, (satışa ilişkin) iltizamî işlemin iptal veya dönme beyanına maruziyeti halinde, malvarlığı değerlerinin baştaki duruma iadesini amaçlayan ve kanun (TBK m.39; m.125/II-III,246 [227/I-1,229/I]) veya sözleşmeden doğabilen bu inşai haklar tek yanlı beyanla kullanılabilmeyle, icra edilmiş taşınmaz satış sözleşmesi satıcının iptal veya dönme beyanı üzerine, mülkiyetin satıcıya geri nakli lüzumu iddia ve talep olunabilecektir. Bu bağlamda, iptal halleri bakımından iltizamî işlemin ve dolayısıyla tasarruf işlemi sebebinin baştan mı sonradan mı ortadan kalktığı, dönme bakımından ise -kanunda açık hüküm bulunmadığından dönmenin aynı etkiye sahip olup olmadığı tartışmalı kalmakla- bu hususta benimsenen yaklaşıma göre dayanağı istihkak veya sebepsiz zenginleşme (dönme bakımından ilaveten yasal tasfiye) şeklinde farklılaşmakla birlikte, taşınmaz mülkiyetinin satıcıya geri nakli uyuşmazlık konusu olacaktır (iptal ve dönmenin iltizamî ve tasarrufî işlemler üzerindeki etkileri hakkında bkz Vardar Hamamcıoğlu 140-141, 156-158 [Vardar Hamamcıoğlu kanımızca da isabetli olarak, sebebe bağlılık ilkesi temelinde tasarruf işleminin aynı haklarda işlem anında ve nisbi haklarda işlem sonrasında da geçerli bir iltizamî işleme ihtiyaç gösterdiğini kabul etmektedir; bkz Vardar Hamamcıoğlu 71,168]); ilaveten bkz Antalya ve Topuz 173 [Antalya ve Topuz iptal-dönme hallerinde dönüşüm-tasfiye ilişkisi etkisi temelinde nisbi talebe dayanılmakla mülkiyetin TMK m.716 hükmü uyarınca devreden adına tescil talebinde bulunulacağını tasrih ediyor].

¹⁴¹Bkz Çabri 771.

¹⁴²Ülkemizde taşınmaz satış akdine, arazi ve taşınmaz hükmündeki bağımsız haklardan ziyade, bağımsız bölüm mahiyetindeki (KMK m.3/I, 13/ IV, 57) taşınmazlar konu olmaktadır. Bu nedenle, büyükşehirlerde, bağımsız bölüm satış akdi kaynaklı taşınmaz devir uyuşmazlıkları yaygın olup; bunların genellikle yapım öncesinde kurulan kat irtifakı üzerinden önödeme konut satışı (TKHK m.40-46) hukukî ilişkilerinden kaynaklan-makta olduğu gözlemlenmektedir (bkz Çabri 748). Satış akdinin unsurları meyanında satılan şeyin sözleşme anında mevcudiyeti ve satıcının malvarlığında bulunması gerekli değildir (Yavuz, Acar ve Özen 65). Bu açıdan, taşınmaz satımı uyuşmazlıkları, müteahhidlerin arsa temin ve yapı inşası için tercih ettiği arsayı karşılığı inşaat sözleşmeleri bağlamında da müteahhid veya arsa sahibinin imal olunan yapıdan kendilerine isabet edecek bağımsız bölümleri satışı kaynaklı olarak da zuhur etmektedir. Mahkeme yoluna başvurulmuş taşınmaz mal uyuşmazlıkları adli istatistiklerde temelde asliye hukuk mahkemesi davaları meyanında 'tapu iptali- tescil' davası adıyla toplu olarak belirtilmekle (elatmanın önlenmesi kategorisine de yer verilmekle birlikte bunlarda aynı hak ihtilafı mutlak değildir), münhasıran taşınmazın devrine ilişkin uyuşmazlık adet ve muhteva bilgisi hakkında veri yoktur; bkz ve krş Adalet Bakanlığı, Adli İstatistikler-2023 117 <<https://adlisicil.adalet.gov.tr>> (Erişim Tarihi: 23.03.2024).

¹⁴³Bkz Ayiter 91-93; Vardar Hamamcıoğlu 124; İpek Yücer Aktürk, 'Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmelerinde Öncelik İlkesinin Uygulanabilirliği Sorunu' (2021) XVIII (2) Yeditepe Üni HFD 807-808, 810-811.

ilki için tesis olunduğunda artık ikincisinininkine imkan kalmaz¹⁴⁴. Bu itibarla, taşınmaz satış vaadi veya harici taşınmaz satış (önödeme) sözleşmeleri bağlamında muhtemel çifte satış, şayet tasarruf işlemi bunlardan birisi için henüz tesis edilmiş değilse, her iki alıcıdan biri ve satıcı-sağlayıcı arasında taşınmazın devri uyuşmazlığına vücut verecektir¹⁴⁵. Şayet birisiyle tasarruf işlemi tesis olunmuşsa, bu halde duruma göre ilk veya ikinci alıcıdan lehine tasarruf işlemi tesis olunmamış olanı ile satıcı arasında husule gelebilecek uyuşmazlık, taşınmazın devri değil; tazminat¹⁴⁶ uyuşmazlığı teşkil eder. Ancak, sonraki alıcı yeni malik ilk alıcıyı zarara uğratma kasıyla hareket etmişse ilk alıcı zararın tazminini sonraki alıcı yeni malikten de talep edebilmekle ve bu ihtimalde aynen tazmin mümkün olmakla (TBK m.49/II)¹⁴⁷, devir uyuşmazlığı zuhur edebilir. Bu hallerde etkili ve verimli bir arabuluculuk uzlaşması için, arabulucunun başvurusunun iddiasına göre diğer ilgiliyi de davet edip; şayet dahil olursa, uzlaşma anlaşması içeriği varılan mutabakata göre farklılaşabilir ise de, bu uyuşmazlık HUAK m.17/B/1 hükmü kapsamında ele alınabilecektir.

Öte yandan, taşınmaz devir uyuşmazlıkları satış ilişkisi doğuran hakların kullanılması bağlamında da zuhur etmektedir¹⁴⁸. Bu itibarla, burada söz konusu surette husule gelen taşınmaz devir uyuşmazlıklarının muhtevası bakımından bunların mahiyetini de açıklamak yararlı olur.

Önalım-alım-gerialım hakları İsviçre-Türkiye hukuk düzenlerinde hakim görüşe göre birer inşai hak olup; bu hakların kullanılması satış ilişkisi kurmaktadır¹⁴⁹. Bu görüş özel hukuk düzenimizde kanunkoyucu tarafından da benimsenmiştir¹⁵⁰. Mülkiyet hakkı taşınmaz mala da şamilen bu hakkın sahibine kullanma-yararlanma yetkilerinin dışında, hukukî tasarruf yetkisi de bahşeder (TMK m.683/I). Bunlardan temlik işlemi tesis etme yetkisinin rızaen sınırlanması zımında, söz konusu inşai haklar (önalım-alım-gerialım) hukukî işlemle (sözleşme veya vasiyetname yoluyla¹⁵¹) tanınıp tapuya da şerh olunabileceği gibi (TBK m.238); önalım hakkı bakımından genel bir akitdışı sınırlama olarak, kanundan doğan versiyon da vardır (TMK m. 732). Önalım hakkının kullanılması için taşınmazın üçüncü kişiye satılması (veya eşdeğer işlem tesis olunması) gerekirken, alım ve gerialım hakları kararlaştırılmış olan süre dahilinde istenildiği zaman kullanılabilir¹⁵². İnşai hakların kullanılması muhatapın katkısı veya etkisi olmaksızın kural olarak hukuk düzeninde kendiliğinden sonuç doğurur¹⁵³. Ezcümle, önalım-alım-gerialım hak sahibinin usûlüne uygun beyanı üzerine (önalım için hakkın mahkeme vasıtalı kullanılmasıyla) kanunen kurulmuş sayılan satış ilişkisinden doğan taşınmaz mülkiyetini devir borcu malik tarafından yerine getirilmediğinde, hak sahibinin devir talebine ilişkin uyuşmazlık (önalım hakkı haricinde) -taşınmaz devir borcunun yerine getirilmesi (TMK m.716) sadedinde olmakla¹⁵⁴- HUAK m.17/B/1 hükmü kapsamındadır. Önalım-alım-gerialım sözleşmeleri, bundan doğan hakkın kullanılması

¹⁴⁴Ayiter 93; Vardar Hamamcıoğlu 53-54, 60; Yücer Aktürk 807,809. Satış vaadi bakımından kanımızca da isabetsiz olan, aksi yöndeki uygulama yargısal içtihadlar hakkında ayrıca bkz Yücer Aktürk 808-809.

¹⁴⁵Sicile şerholunmuş taşınmaz satış vaadi sözleşmesine konu bir taşınmazın başkasına devir tescili hali de, şerhin eşyaya bağlı borç etkisi nedeniyle (TMK m.1009/II), vaadi kabul eden ile sonraki alıcı yeni malik arasında taşınmazın kendisine devri uyuşmazlığına yol açacak olmakla birlikte; tazminat sorumluluğu karşısında, satıcının söz konusu taşınmazı lehine şerh bulunan vaad lehदारından başkasına satma ihtimali düşük olmakla, böyle bir devir uyuşmazlığın zuhurunun pratikte nadir olacağı söylenebilir.

¹⁴⁶Bkz Nurgül Kutlu Doğan, '7392 Sayılı Kanun ile Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesine İlişkin Yapılan Değişiklik Hakkında Düşünceler' (2022) 7 (3) İstanbul Medeniyet Üni HFD 531 dn 52. İlâveten bkz Ayiter 92.

¹⁴⁷Süha Tanrıver ve Mehmet Serkan Ergüne, 'Noterlerin Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenlemesine İlişkin Hukuki Esaslar' (2023) 72 (1) AÜHFD 158.

¹⁴⁸Önalım hakkının tek yanlı beyanla kullanılabildiği mülga MK döneminde bu hakkın genellikle dava açılarak kullanımı ve bu uygulamayı kanunlaştırılan TMK dönemi itibarıyla de hakkın kullanılması akabindeki usulî talepler bakımından mealen bu şekilde bkz Karahasan C I 1011, 1045.

¹⁴⁹Buz 153-154,158. Yargısal içtihadlar da aynı yöndedir; bkz Karahasan C I 967. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir 526-541.

¹⁵⁰Bkz TBK İkinci Kısım, Birinci Bölüm, Üçüncü Ayrım matlabı ve bu ayırmda B başlığı matlabı.

¹⁵¹Bkz Buz 147.

¹⁵²Karahasan C I 1141; Buz 154.

¹⁵³Bkz Buz 64-66, 207; Hatemi, Eşya (n 2) 114-115.

¹⁵⁴Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir 527-528, 531; Hatemi, Eşya (n 2) 119, 122.

mülkiyeti devir borcu doğurduğundan, iltizamî işlem mahiyetinde olup¹⁵⁵; malikin bu borcu rızaen yerine getirmek üzere tasarruf işlemi tesisine yanaşmaması halinde, bedelin malik emrine depo edilmesi üzerine mahkemece verilen hüküm tasarruf işleminin (tescil) yerini tutmakta ve mülkiyeti hak sahibine intikal etirmektedir¹⁵⁶. Hakkın - önalım dışındakilerde- tek yanlı beyanla kullanılması üzerine muhatab malikin bu hakkın varid olmadığı zımındaki muarazası halinde onun; doğan borcun yerine getirilmemesi halinde de hak sahibinin; girişimiyle bu uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluna taşınması muhtemeldir. Ancak, önalım hakkının kullanılması hukuk düzenimize özgü¹⁵⁷ surette mahkeme vasıtalı olduğundan (TBK m.242; TMK m.734), bu hakkın varidliği ve sonuçlarının tahakkuku hak sahibinin girişimini gerektirmekle, genellikle onun tarafından arabuluculuğa taşınmak istenecektir. Söz konusu inşai haklardan, diğerlerine nazaran daha sık uygulama bulmakla¹⁵⁸ Kanunda yeniden düzenlenmiş olan, önalım hakkının kullanılması özellik arz etmekle, bu uyuşmazlığın ilgili yasal düzenlemelerin HUAK m.17/B/1 hükmü ile zımnen ilgasının kabulüyle¹⁵⁹ arabuluculuğa konu olacaktır.

B. Taşınmazda Sınırlı Aynî Hak Kurulmasına İlişkin Uyuşmazlıklar

1. Taşınmazda Sınırlı Aynî Hak Kurulmasına İlişkin Uyuşmazlıkların Konusu

HUAK m.17B hükmü kapsamındaki sınırlı aynî hak kurulma uyuşmazlıkları, münhasıran : i)taşınmaz irtifakları (taşınmaza veya kişiye bağlı), ii)taşınmaz mükellefiyeti, iii)taşınmaz rehni, haklarının kurulmasına ilişkin olup; kanımızca bu hakların devren-tesisen kazanılmasına ilişkindir (I.B).

Sınırlı aynî hakların kazanılmasında kural olarak mülkiyet hakkı hükümleri tatbika medardır (TMK m.780/II; 840/III). Bu hususta, mülkiyet hakkına nazaran, aslen iktisab suretiyle kazanmanın sınırlı aynî haklar bakımından pratikte hiç husule gelmeyeceğini yukarıda ileri sürdük. Bir defa, sınırlı aynî haklardan feragat etmek hakkı sona erdirmekle¹⁶⁰, sınırlı aynî hakkın kendisinin işgalen kazanılması mümkün olmadığı gibi, taşınmazın irtifak (örneğin intifa-oturma) amacıyla işgalen kazanılması (da) mülkiyet kazanılmasına tabian terk işlemini gerektirdiğinden pratikte zuhur etme ihtimali son derece zayıftır¹⁶¹. Taşınmaz mükellefiyeti de, kişi lehine olanları bakımından yine fiziki varlığa sahip olmadığından kendisinin işgalen kazanılması söz konusu olmayıp¹⁶²; taşınmaz lehine kurulanları bakımından ise, yine terk işlemini gerektirdiğinden, bunun fiilen husulüne imkan yok gibidir. Esasen her iki aslen iktisab sebebi bakımından da taşınmazın terki için sicilden terkin halinde müstakbel hak sahibinin irtifak veya mükellefiyet yerine doğrudan mülkiyet hakkını tercih etmesi beklenir; bu itibarla bu hallerde söz konusu uyuşmazlığın sınırlı aynî hak değil mülkiyet hakkı kazanılmasına ilişkin olacağı varsayılabilir. Ezcümle, bunların HUAK m.17/B/1 hükmünde ikinci grup uygulama alanı teşkil eden taşınmazda sınırlı aynî hak kurulması uyuşmazlığına vücut vermeyeceğini kabul etmek makuldür. Keza, yeni arazi oluşumu da sınırlı aynî hakkın asli iktisab suretiyle kazanılmasına vücut vermez¹⁶³. Taşınmazda sınırlı aynî hakkın kazandırıcı zamanaşımı yoluyla aslen iktisab temelinde kazanıl-

¹⁵⁵Karahasan C I 1138 dn 80.

¹⁵⁶Bkz Ergun Önen, *İnşai Dava* (Ankara Üni 1981) 89-92; Esmer 880 dn 17, 885-886 ve dn 33,35; Yargıtay İBKK, 10/12, 11.02.1959 (Esmer 885-886).

¹⁵⁷Buz 151, 158.

¹⁵⁸Gerialım (vefa) akdinin yaygın olmadığı ve alım (iştila) akdinin genellikle rehin tesisi öncesinde (cebri satışta da kullanılabilmesi temelinde) yapıldığı yönünde, zımnen bu şekilde bkz Esmer 898-899.

¹⁵⁹Bkz yukarıda I.A.

¹⁶⁰Bunlarda mülkiyetteki gibi şeyin terki söz konusu olmaz ve hak sahipsiz hale gelmez (Hatemi, *Hukuka Giriş* [n 1] 161).

¹⁶¹İntifa ve oturma hakkı irtifakları bağlamında bkz Ünal 287,382.

¹⁶²İbid 430.

¹⁶³Yeni arazi oluşumu, kaideten devletin hüküm ve tasarrufu altındaki sahipsiz yerlerde söz konusu olup; bu da devletin mülkiyetine yol açmaktadır (TMK m.708; Kıyı K m.7). Sahipsiz yerler ve kamu mallarında mülkiyet edinim yasağına (Nomer ve Ergüne 137-139) göre (TMK m.715; KK m.16/I, 17, 18/II, 33), kamu mülkiyetine konu taşınmazda aslen sınırlı aynî hak kazanılması mümkün olmamak gerekir. Sahipli yerden husule gelebilecek surette (bataklık kurutulması yoluyla) yeni arazi oluşumuyla asli iktisab devlet bakımından mümkün ise de, bu da esasen taşınmaz mal uyuşmazlığı doğurmaz (Tapu K m.15; TMK m.755/I) .

ması -rehin dışında- mülkiyet hükümlerine tabian (TMK m.780/III, 795/II, 840/III) ve sınırlı hak sahibi sıfatıyla hareketen kural olarak mümkündür¹⁶⁴. Ancak, olağanüstü zamanaşımı, muhtemel muarızların mahkemece ilan edilme yoluyla belirlenmesini mucip olup; arabulucunun yapamayacağı (HUAk m.15/4) yargısal işlemleri gerektirdiğinden (TMK m.713)¹⁶⁵ kanımızca arabuluculuğa elverişli değildir¹⁶⁶.

HUAk m.17/B/1 hükmü kapsamındaki taşınmazda sınırlı aynî hak kurulması uyuşmazlıklarının konusu mülkiyet hakkı kazanılması paralelinde belirlenebilir. Taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında kanuni hukuki sebep örtülü düzenlenmiş olmakla (TMK m.1013/II), özel hukuk düzenimizde bu hakkın hukuki işlem yoluyla kazanılması sadedinde iradi sebeplerin önplanda tutulduğu söylenebilir. Nitekim Kanunda ilgili düzenlemenin içeriği de bu mahiyettedir (TMK m.706). Buna göre, 'taşınmazda sınırlı aynî hak kurulması uyuşmazlığı'na vücut verebilecek olan kazanma sebepleri bakımından hak iktisab tarzlarından tipik olan devren iktisab- tesisen iktisab üzerinden, tek yanlı ve çok yanlı hukuki işlem veya kanun kaynaklı kazanma halleri incelemelidir.

Taşınmaz sınırlı aynî hakların, taşınmaz malikinin akdi veya kanuni borç ifası temelinde¹⁶⁷ olarak, tesisen iktisab bakımından takyid-tahdid tasarruf işlemiyle; devren iktisab bakımından da, temlik tasarruf işlemiyle; kurulup kazanıldığını biliyoruz¹⁶⁸. Sınırlı aynî hakların kazanılmasına ilişkin kanunen mülkiyet hükümlerine yapılan atıf (TMK m.780/II; 840/III) uyarınca, bu hakların iradi sebeple kazanılmasının önplanda düzenlenmiş olmasına nazaran, hukuki işlem bağlamındaki tesisen ve devren iktisap suretiyle kazanma hallerinden başlamak uygun olur. Kanuni sebepli sınırlı aynî hak kazanma uyuşmazlıklarını bilahire inceleyeceğiz.

a. Taşınmaz Sınırlı Aynî Hakkın İradi Hukuki Sebeple Kazanılması Uyuşmazlıkları

Bu hususta önce sınırlı aynî hakkın iradi sebepli tesisen iktisap suretiyle kazanılması uyuşmazlıklarını ele alıp devren iktisap suretiyle kazanma hallerini sonraya bırakalım.

aa. İradi Sebeple Tesisen Sınırlı Aynî Hak Kazanma Uyuşmazlıkları

Malikin başkasına tesisen sınırlı aynî hak kazandırması, ölüme bağlı işlem neticesinde de husule gelebilmekle¹⁶⁹, iradi borç ilişkisi kapsamında bir sınırlı aynî hak kurulması uyuşmazlığı acaba hangi tür (sağlararası-ölüme bağlı) iltizamî işlemler bağlamında zuhur eder? Bu açıdan, yukarıda taşınmazın devri uyuşmazlığının konusu bakımından belirlediğimiz üzere¹⁷⁰, ölüme bağlı işlemler hukukî etkilerini murisin ölümü sonrasında doğurmakla bihakkın bir iltizamî veya tasarrufî işlem olmadıklarından, sınırlı aynî hak kurulması uyuşmazlığı itibarıyla de temelde sağlararası işlemlerin buna yol açacağını söyleyebiliriz. Zira, gündeme gelebilecek istisnalar sınırlıdır. Örneğin, ivazlı olumlu miras sözleşmesi bünyesinde karşı akidin

¹⁶⁴Bkz Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir 793-794, 826, 861, 872, 875, 909; Ünal 429-430.

¹⁶⁵Bkz Karahasan C I 694-698. Taşınmaz mülkiyetinin (ve sınırlı aynî hakkın) olağan kazandırıcı zamanaşımıyla kazanılması iyiniyetli yolsuz tescil kayıt malikinin hakkı olup (TMK m.712); bunun için mahkeme kararına lüzum bulunmamakla birlikte, yeni bir tescili de gerektirmediğinden ve gerçek malik muarız da yolsuz tescil davasına şamil olduğundan, bu durumun taşınmazda aynî hak kurulması uyuşmazlığına vücut vermesi söz konusu değildir.

¹⁶⁶Taşınmaz mülkiyeti (ve sınırlı aynî hakkın) olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı nedeniyle kazanılması (TMK m.713; KK m.13/I-B.c.14/I) yasal şartların oluşmasıyla husule gelmiş sayılmakla (Hatemi, Eşya [n 2] 127) birlikte, tescil talebi yargısal karara bağlıdır (örneğin bkz Kamulaştırma K m.19). Tescile esas yargısal başvuru Kanunda şeklen dava olarak düzenlenmiş olmakla birlikte (TMK m.713/III-IV, VI) bu atiptir (müteriz adına da tescile karar verilebilmekle *actio dublex* olduğu yönünde bkz Hatemi, Eşya [n 2] 127). Olağanüstü zamanaşımıyla kazanılması mümkün olan özel mülkiyete elverişli taşınmazlar bağlamında, Kanun hükmünün uygulama alanını teşkil eden tapusuz veya gaip ya da varlığı anlaşılmayan kişi adına kayıtlı taşınmazlar bakımından bu iddia-taleb münhasıran devlete husumet yöneltilmesini gerektirmektedir (Hatemi, Eşya [n 2] 127); zira, burada, ortada malik yada ardılları bulunmamakla, bunların iddia-taleb sahibiyle bu hak üzerinde tasarruf imkanı söz konusu değildir. Keza, talebin ilanı zorunlu olup tescil buna bağlanmış olmakla (Karahasan C I 660), bu işlem yargısal yetki kullanımını mutazammındır. Söz konusu özellikler karşısında, bu talep (hak) üzerinde tarafların (devletin) tasarruf serbestiyeti de yoktur. Bu itibarla da, kanımızca olağanüstü zamanaşımı yoluyla aynî hak ve sınırlı aynî hak uyuşmazlıkları arabuluculuğa elverişli değildir.

¹⁶⁷İrtifaklar meyanında bu yönde bkz Ünal 283; irtifaklar ve rehinler bakımından bu şekilde bkz Ayan 44-45, 81,109, 184; rehin hakkı bakımından aynı yönde bkz Bilgehan Çetiner, *Taşınmaz Teminatı* (Filiz 2015) 98-99.

¹⁶⁸Bkz yukarıda I.B altındaki ön açıklamalar.

¹⁶⁹İrtifak hakkı bakımından ve türleri temelinde, bu yönde bkz Ünal 179-180, 284 ve 380; Ayan 57,84 ve 125-126; Vardar Hamamcıoğlu 204.

¹⁷⁰Bkz yukarıda I.B.1.



ivazı zımında bir sağlararası edim olarak¹⁷¹ muris lehine kararlaştırılmış olan bir sınırlı aynî hak tesis-devir taahhüdü¹⁷² yerine getirilmediğinde, dönme hakkı kullanılması tipik olup¹⁷³; aynen ifa talebi olağan değildir¹⁷⁴. Bu hususta başlıca istisna, muayyen mal vasiyeti muhtevalı (ivazsız) ölüme bağlı işlemdir. Şöyleki, vasiyetname veya miras sözleşmesi mirasın açılmasıyla ölüme bağlı işlem etkilerini doğuracağından, kazandırmanın lehdarı işlem bünyesindeki bir sınırlı aynî hakkın kurulması konusunda bir alacak hakkı elde eder¹⁷⁵. Söz konusu sınırlı aynî hak kurma taahhüdünün murisin ardıllarınca yerine getirilmemesi bunlarla ölüme bağlı işlem lehdarı arasında bir sınırlı aynî hak kurulma uyumsuzluğuna vücut verecektir. Böyle bir durumda, hakkında mülkiyet aynî hakkına atıf yapılmış olmayan rehin hakkı dışında, irtifak ve taşınmaz mükellefiyet tesisi bakımından Kanunun mülkiyet hükümleri tatbika medar olmakla (TMK m.780/II; 840/III), bu husustaki uyumsuzluklar da (TMK m.716)¹⁷⁶ HUAK m.17/B/1 hükmü kapsamında olur¹⁷⁷. Bu açıdan, ölüme bağlı işlem konusu kazandırmanın terekede sınırlı aynî hak tesisi taahhüdü olduğu ahvalde (örneğin intifa hakkı tesisi) durum böyledir. Ölüme bağlı işlemin ‘muayyen mal¹⁷⁸ vasiyeti’ içerikli olduğu hallerde ise, burada terekede mevcut sınırlı aynî hak bakımından tesisen değil de devren iktisab bağlamında bir aynî hak uyumsuzluğu söz konusu olacaktır. Böyle bir durumda, sınırlı aynî hakkın önce malikler lehine tesis olunup sonra bunun vasiyet alacaklısına devri de mümkün olmakla¹⁷⁹, uyumsuzluk onun söz konusu hakkı temlike yanaşmamasıyla zuhur etmiş olur. Bu bağlamda, musalehin mirasçılardan (veya varsa tenfiz memurundan) tereke kapsamındaki devri mümkün bir taşınmaz sınırlı aynî hakkın ya da tesisen iktisap suretiyle kazandırılması vasiyetli sınırlı aynî hakkın kurulması talebi (“vasiyetin tenfizi”/ vasiyet borcunun ifası) HUAK m.17/B/1 hükmü anlamında bir sınırlı aynî hak kurulma uyumsuzluğu doğurabilir. Bu uyumsuzluk, Kanunda mülkiyet hükümlerine atfen-kıyasen açılacak cebri tescil davasından (TMK m.716) ayrı bir hükümle düzenlenmiş olmakla birlikte (TMK m.600/III), mahiyet itibarıyla farklı bir dava teşkil etmez. Vasiyetnameyle vakıf kurma bağlamındaki de, terekede mevcut olması haliyle vakfolunan taşınmaz sınırlı aynî hakkı mirasın açılması akabinde ilgililerin başvurusu üzerine vakfın kurulmasıyla ona sicil dışı intikal edecektir (TMK m.526 [102/III],577/II); dolayısıyla, burada bir sınırlı aynî hak tesis uyumsuzluğu husule gelmez¹⁸⁰. Neticeten, HUAK m.17/B/1 hükmü kapsamındaki taşınmaz sınırlı aynî hak kazanılması uyumsuzlukları (da) kural olarak sağlararası işlem temelli olup; ölüme bağlı işlem temelli olanlar istisnaidir. Keza, taşınmazda sınırlı aynî hak tesisine ilişkin hukuki işlemlerin resmi şekle tabiyetten müstesna olduğu sağlararası sözleşme temelli sicil dışı iktisab hallerinde, taşınmaz malikinin tesisen sınırlı aynî hak kurma iradesini ve hakkın kapsamını içeren hukuki işlem belgesinin lehdar tarafından ibrazı ve istemiyle (örneğin TTK m.128/3,5-6) resmi senet tanzim olunmaksızın söz konusu sınırlı aynî hak tescil olunarak kurulmak gerekecektir (TMK m.1013/II; TST m. 17/1). Dolayısıyla, bu haller yukarıda taşınmazın devri uyumsuzluğu bakımından tesbit ettiğimiz üzere (I.B) taşınmazda sınırlı aynî hak kazanma uyumsuzluğuna da vücut vermeyecektir. Ezcümle, HUAK m.17/B/1

¹⁷¹TMK’da olumlu miras sözleşmesi (TMK m.527/I) türleri açık düzenlenmemekle birlikte, m.547 hükmü karşısında ivazlı olarak akdolunabileceği de kabul edilmektedir. Doktrinde bu yönde bkz Akça 22-24; Yakupoğlu 51-52. İlaveten bkz Hatemi, *Miras* (n 3) 105-106 (Hatemi söz konusu ivazın ölünceye dek bakılma edimiyle sınırlandırılması gerektiği görüşündedir).

¹⁷²Akça 75.

¹⁷³Yakupoğlu 313.

¹⁷⁴Bkz yukarıda I.B. Diğer taraftan, ivazlı mirastan feragat sözleşmesinde muirisin sağlararası edimini (örneğin intifa hakkı tesisi) ifa etmemesi halinde, mirasçının dönme yerine sağlararası edimin ifası talebinde bulunması daha muhtemel olmakla birlikte, aile bağının buna genellikle engel olacağı söylenebilir.

¹⁷⁵İrtifak hakkı bakımından, bu şekilde bkz Nomer ve Ergüne 503.

¹⁷⁶Oturma hakkı irtifakı bağlamında, bu yönde bkz Ayan 110.

¹⁷⁷Bu uyumsuzluklar, paylaşırma ve ortaklığın giderilmesi uyumsuzluğu teşkil etmediğinden HUAK m.18/B/1 hükmü kapsamında kalmaz.

¹⁷⁸Muayyen mal vasiyeti temelde eşyaya ilişkin olmakla birlikte, mal sayılan diğer bir hakka da şamildir (Hatemi, *Miras* [n 3] 115).

¹⁷⁹Bkz ibid 116.

¹⁸⁰Hükümsüzlük veya saklı paya tecavüz nedeniyle, mirasçılar ile vakıf arasında ölüme bağlı işlemin, iptali-tenkisi davası söz konusu olabilir ise de, bu durumda artık sınırlı aynî hak kurulması değil bir miras uyumsuzluğu var demektir.

hükmü kapsamındaki taşınmazda sınırlı aynî hak kazanılması uyuşmazlıkları iradi sebeple tesisen bakımından bu aynî hakların sicil içi kazanılması bağlamındakilerdir.

Taşınmaza ilişkin sınırlı aynî hakkın sağlararası işlem bağlamında sicil içi yoldan iradi sebeple tesisen kazanılması mülkiyet hakkının takyid-tahdid işlemiyle sınırlandırılması suretiyle husule gelecektir¹⁸¹. Aynî haklarda cari olan sınırlı sayı –tipe bağlılık ilkesi bu hakkı sınırlandıran tasarruf işlemine yön verip sınırlı aynî hakkın kanunda düzenlenmiş olan tür ve içerikle kurulmasını sağlar¹⁸². İrtifak ve mükellefiyet sınırlı aynî haklarının kazanılmasında taşınmaz mülkiyeti hükümlerine atıf yapılmış olmakla (TMK m.780/II, 840/III), hukuki işlem yoluyla kazanılma (TMK m.705-706) burada da önplandadır. Bu açıdan, irtifak ve mükellefiyet sınırlı aynî haklarının hukuki işlem temelinde tesisi (tesis en iktisab suretiyle kazanılması) uyuşmazlığı, ilgili tasarruf işleminin (takyid-tahdid) ifasının taahhüd olunduğu iltizamî işlemlerden kaynaklanacaktır¹⁸³. Rehin hakkının kazanılmasında mülkiyet hükümlerine atıf yapılmamış olup; bu onun ilaveten taşıdığı farklı özelliklerine bağlanabilir. Rehin, bir fer’i aynî hak olarak kaideten¹⁸⁴ alacak hakkına bağlı olmakla (TBK m.131/I; TMK m.851, 881/I, 883[944/I]) ve burada aleniyet ilkesine tabiyet özellik arz etmekle, taşınmaz rehin hakkının tesisi sicil içi kazanma temelinde ve taşınmaz rehininin kanunen muayyen üç türü (ipotek-ipotekli borç senedi-irad senedi) bakımından ortak özellikler itibarıyla genel hükümlerin yanısıra, türlerine ilişkin farklılıklar itibarıyla de özel hükümlerle düzenlenmiştir (örneğin TMK m.850,856/I [882,910-911],873,899,904,905,907)¹⁸⁵. Bununla birlikte, rehin hakkının iradi sebeple tesisinde hukuki sebep teşkil eden teminat sözleşmesi bir iltizamî işlemdir¹⁸⁶.

Sınırlı aynî hakların tesisine imkan veren iltizamî işlemler, temelde sözleşme kategorisinden olup¹⁸⁷; bunlarla alacaklıya karşı sınırlı aynî hak kurma edimi borçlanılır. Söz konusu sözleşme, tasarruf işleminin hukuki sebebi zımında muayyen sınırlı aynî hak türüne göre, irtifak sözleşmesi-mükellefiyet sözleşmesi-rehin sözleşmesi olarak zikrolunmaktadır¹⁸⁸⁻¹⁸⁹. Bu bağlamda, sınırlı aynî hakkın iradi sebeple tesis en iktisab suretiyle kazanılması, iltizamî işlem olan sözleşme ve bunun ifası sadedindeki tasarruf işlemi olan taşınmaz malikin in tescil talebini tamamlayan tescil işlemiyle gerçekleşir. Kural olarak resmi şekle tabi olan (TMK m.781,795/II,823/III,838/III; 840/III; 856/II), taşınmaz sınırlı aynî hak kurma sözleşmeleri uygulamada tapu müdürlüklerince tescil talebini de havi olarak düzenlenmektedir (TRSUEY m.7/bent i)¹⁹⁰. Hukuk düzenimizde taşınmaz aynî hakka ilişkin tasarruf işlemi (tescil talebi) geciktirici bozucu şarta bağlanamaz (TST m.16/2)¹⁹¹. Tasarruf işleminden dönülmesi veya bunun değiştirilmesi imkanı da sınırlı olup; tasarruf işleminin yenilenmesini muciptir¹⁹². Dolayısıyla, sınırlı aynî hakkın tesis en kazanılması uyuşmazlıklarının, resmi şeklin istisnaları bakımından (örneğin Tapu K. m.26/fık.10,12) ve iltizamî işlemin önsözleşme olarak tesisinde

¹⁸¹Vardar Hamamcıoğlu 104-105, 203; Ayiter 24-25. Mülkiyet hakkının çevrenip sınırlandırılması, bir külfet yüklenerek kayıtlanması- baskılanması şeklinde, zımnen bu yönde ilaveten bkz Ünal 9.

¹⁸²Vardar Hamamcıoğlu 106-107.

¹⁸³Bkz Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir 789, 823-825, 862, 881.

¹⁸⁴İstisnalar hakkında bkz Çetiner 99-100.

¹⁸⁵Bkz Rona Serozan, ‘Taşınmaz Rehni’ (2006) LXIV (2) İÜHF 304-307.

¹⁸⁶Bkz Çetiner 24-26. Rehin sözleşmesinin borçlandırıcı işlem vasfının yanısıra, kurulacak olan aynî hakkın içeriğinin tayini bakımından aynî etkiye de sahip olduğu yönünde ayrıca bkz Faruk Acar, *Rehin Hukuku Dersleri* (2. Baskı, Vedat 2017) 207.

¹⁸⁷Taşınmaz rehni (ipotek hakkı) bakımından bu şekilde bkz Çetiner 114, 121.

¹⁸⁸Bkz Ünal 179; Ayan 56,167-168, 238.

¹⁸⁹İrtifak sözleşmesinin hukuki niteliği hakkında bkz Gediz Kocabaş, *Sözleşmeden Doğan Geçit Hakkı* (Yayımlanmamış Dr Tezi, Marmara Üni SBE 2011) 40-46. Taşınmaz rehin sözleşmesinin hukuki niteliği hakkında bkz Çetiner 24-32.

¹⁹⁰Taşınmaz rehni bakımından bkz Çetiner 188. Resmi senet tanziminden istisna edilmiş haller bakımından tescile muvafakat belgesi düzenlenmektedir (TRSUEY m.32).

¹⁹¹İrtifak ve rehin sınırlı aynî hakları bakımından bkz Vardar Hamamcıoğlu 207-208, 222.

¹⁹²Ayiter 94; Vardar Hamamcıoğlu 61.

(örneğin Tapu K m.26/VIII)¹⁹³ asıl sözleşmenin tanzimi borcunun ifa olunmaması temelinde husule geleceği belirtilebilir. Bu uyuşmazlığın olumlu yönde çözülmesi, irtifak ile mükellefiyet bakımından mülkiyet hükümlerine yapılan atıf gereğince ve rehin bakımından da kıyasen tatbik şartları muavacehesinde¹⁹⁴, asıl sözleşmenin kurulmasına ve mahkeme yolu bakımından bunun ifası zımındaki tescil istemine ilişkin irade beyanında bulunulmuş sayılmayı mutazammındır (TMK m.716/I).

ab. İradi Sebeple Devren Sınırlı Aynî Hak Kazanma Uyuşmazlıkları

Taşınmaz sınırlı aynî hakların iradi sebeple devren iktisab suretiyle kazanılması da mümkündür. Bu hususta, taşınmaz mülkiyetinin külli intikal suretiyle sicil dışı yoldan devren kazanılmasının değil; cüzi intikal suretiyle sicil içi yoldan devren kazanılması hallerinin uyuşmazlık potansiyelinin yüksek olduğunu ve esasen bu ikincilerin söz konusu aynî hakkın kazanılması uyuşmazlığına vücut vereceğini yukarıda belirttik ve tesbit ettik (I.B, II.A.1). Bu minvalde, HUAK m.17/B/1 hükmüne tabi taşınmaz sınırlı aynî hakların devren kazanılması uyuşmazlıklarının da cüzi intikal suretiyle devren iktisab hallerine ilişkin olduğunu düşünüyoruz.

Eşya hukukunun sınırlı sayı-tipe bağlılık ilkesi sınırlı aynî hakların devren kazanılmasına da şamil olduğundan, bunun ancak devri mümkün sınırlı aynî haklar bakımından mümkün olabileceği açıktır. Bu açıdan, her bir sınırlı aynî hak kategorisi için durum farklı olmakla, meseleyi ayrı ayrı inceleyebileceğiz. Burada belirtelim ki, mirasın paylaşılması meyanında murisçe veya mirasçılarda belirlenen paylaşma kural-ları uyarınca (TMK m.646-647) tereke kapsamında taşınmazda mirasçılardan biri lehine sınırlı aynî hak tesisinin¹⁹⁵ yanısıra, terekede mevcut olan bir sınırlı aynî hakkın devri taahhüdünde (de) bulunulabilir. Böyle bir taahhüdü havi miras taksim sözleşmesine uyulmamış olması haliyle, bu husustaki bir uyuşmazlık arabuluculuğa konu olabilir. Ancak, bunun HUAK m.18/B/1-b hükmü uyarınca dava şartı arabuluculuğa tabi olduğu belirgin olup; bu uyuşmazlıklar HUAK m.17/B/1 kapsamında değildir.

İradi sebepli (diğer) sağlararası işlemlerden sadır taşınmaz sınırlı aynî hakların devren iktisap tarzında kazanılmasına ilişkin uyuşmazlık konularına bakıldığında durum şöyledir:

İlk olarak irtifak sınırlı aynî hak kategorisi bakımından belirtmek gerekir ki, taşınmaza bağlı olarak kurulan versiyonu (TMK m.779) itibariyle, bu kabil irtifakların devri ancak taşınmazın devriyle husule geldiğinden burada müstakil bir tasarrufî işlem (temlik) söz konusu değildir¹⁹⁶. Devri mümkün olanlar, kişiye bağlı irtifak-ların şahsa sıkı bağlı olmayan nevinden olan, düzensiz irtifaklardır¹⁹⁷. Bunlardan, üst hakkı ve kaynak hakkı kanunen (TMK m.826/II, 837/II) tanınmış olan serbestiyet nedeniyle akden yasaklanmamışlık temelinde; kişiye bağlı kurulan diğer irtifaklar (TMK m.838) ise, akden tanınabilecek yetki (akdi izin) temelinde; devire (cüzi-külli intikal) elverişlidir¹⁹⁸. Devredilebilirliğe ilişkin akdi yasak ve akdi izin keyfiyetinin tapu sicilinden anlaşılması gerekir; aksi halde, iyiniyetle iktisab edebilecek üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez¹⁹⁹. De-vredilebilirlik keyfiyeti bakımından, kişiye bağlı irtifakın (hak sahibinin yetkisi bakımından) olumlu-olumsuz muhtevalı oluşu²⁰⁰ önem arzetyemeyecektir. Bu açıdan, HUAK m.17/B/1 kapsamında kalan devren sınırlı aynî hak kazanma uyuşmazlıklarının olumlu-olumsuz içerikli kişinin şahsına sıkı bağlı olmayan (intifa-oturma

¹⁹³İntifa hakkı vaadi ve üst hakkı vaadi bakımından noterlerin yetkisi dahilinde olduğu yönünde bkz Nomer ve Ergüne 561 dn 37 ve 616 dn 259.

¹⁹⁴Rehin hakkı bakımından borçluyu mülkiyet hükmüne kıyasen tescil talebinde bulunmuş sayma usuli talebi imkanı tartışmalıdır (bkz Nomer ve Ergüne 361-362; Çetiner 27).

¹⁹⁵İntifa hakkı bağlamında, bu yönde bkz Ünal 319.

¹⁹⁶Ünal 92; Ayan 48; Nomer ve Ergüne 490-491. Taşınmaza bağlı irtifak hakkı ilk defa tesisen kazanılma akabinde yararlanılan taşınmazın devren iktisabı suretiyle de kazanılabilecektir (Ünal 177-178; Nomer ve Ergüne 499).

¹⁹⁷Ünal 93, 271-272; Ayan 49, 77-78, 116; Nomer ve Ergüne 491-492.

¹⁹⁸Bkz Ünal 390-393.

¹⁹⁹ibid 272-273.

²⁰⁰Üst hakkı ve kaynak hakkı irtifakın sahibine sağladığı yetki olumlu iken, diğer düzensiz kişiye bağlı irtifaklarda içerik kanunen belirli olmayıp çerçeve dahilinde serbestçe belirlenebilmekle (TBK m.27 [m.5]),olumlu veya olumsuz olabilir (Ünal 276-277; Ayan 114-115).

hakkı haricindeki) irtifak haklarına ilişkin olabileceği anlaşılmaktadır. Ancak, irtifak haklarının ülkemizde yaygın olmaması²⁰¹ karşısında, fiilen bunların devir imkanının kanunen yasak ve akdî izne tabi olmadığı üst hakkı ve kaynak hakkı (TMK m.826,837) konulu olması ihtimali yüksektir.

İkinci kategori sınırlı aynî hak olarak, taşınmaz mükellefiyetinin devren kazanılması özellik arz etmektedir. Taşınmaz mükellefiyeti, iradi olarak husule getirildiğinde başka bir taşınmazın maliki lehine de tesis olunabilmekle (TMK m.839/II), tıpkı irtifaklardaki gibi, bu sınırlı aynî hak da kişi veya taşınmaz lehine kurulabilmektedir (TMK m.839/I-II)²⁰². Bu açıdan, taşınmaz mükellefiyetinin türü onun devren iktisab suretiyle kazanılmasına etki ediyor. Keza, taşınmaz mükellefiyetinin aynî hak vasfı yüklü taşınmazın malikinin kişisel olmayan (eşyaya bağlı) bir verme –yapma borcuna teminat sağlama işlevinden ibaret olduğundan (TMK m.848/I), onun bu çift yönlü²⁰³ özelliği de devren kazanmaya saridir denilebilir. Bu minvalde, bu sınırlı aynî hakkın devren kazanılmasını izahen, onun ilk defa tesis olunma şartlarından bahsedilmelidir. Taşınmaz mükellefiyeti, kişi lehine tesis olunan versiyonunda yüklü taşınmazın tabii-iktisadi yapısına ve bir taşınmaz (maliki) lehine tesis olunan versiyonunda da yararlanan taşınmazın ihtiyaçlarına uygun mahiyetteki bir malvarlıksal olumlu edim (verme-yapma) yükümlülüğüne²⁰⁴ ilişkin olarak (TMK m.839/III) tesis olunabilmektedir²⁰⁵. Yüklü taşınmaz malikinin söz konusu olumlu edim borcu borçlar hukukuna ilişkin olup; aynı zamanda eşyaya bağlı borç niteliğinde olduğundan yüklü taşınmazın devri ile yeni malik edim yükümlüsü olmakta ve bu taşınmazın sağladığı aynî teminat da üç yıl süreyle baki kalmaktadır (TMK m.848/I-II)²⁰⁶. Bu özellikler muvacehesinde, bir taşınmaz lehine tesis olunmuş olan taşınmaz mükellefiyetinin - tıpkı bu tür (taşınmaza bağlı) irtifaklarda olduğu gibi- müstakil devir işlemine konu edilmesi ve devren kazanılmasının söz konusu olmadığı sarihtir²⁰⁷. Ezcümle, taşınmaz mükellefiyetinin, sadece kişi lehine tesis edilmiş olanlar itibariyle ve -kanundan doğanlar kamu hukukuna ilişkin olmakla²⁰⁸- iradi yoldan tesis edilmiş olma haliyle söz konusu edilebilecek surette ve de ancak aksi kararlaştırılmış olmadıkça devren kazanılması mümkündür²⁰⁹. Ülkemizde taşınmaz mükellefiyeti nadir olmakla²¹⁰ ve sadece kişiye bağlı olan türü devredilebilir olmakla bu sınırlı hakkın iradi devri uyuşmazlıklarının (da) fiilen HUAK m.17/B/1 kapsamında arabuluculuğa konu olma ihtimali düşüktür.

Üçüncü kategori sınırlı aynî hak olan taşınmaz rehni ise, aynî teminat sağladığı şahsi alacak hakkının fer'isi olmakla, bu mahiyetteki ipotek nevi bakımından söz konusu alacağın temliki bağlamında devredilebilir (TMK m.891 [TBK m.189/I])²¹¹. Bu halde, rehin hakkı söz konusu alacağın kaderine tabi olup alacağın temlikiyle birlikte ipotek de yan bir hak olarak yeni alacaklıya geçeceğinden, bunun için yazılı temlik belgesi yeterli olmaktadır²¹². İpotekli borç senedi ve irad senedi nevinden olanları itibariyle ise, fer'ilik

²⁰¹Ülkemizde bir veri bulunmamakla birlikte, bu uyuşmazlıklara ilişkin yargısal içtihatlar nadiren tesadüf olunması bu çıkarıma temel oluşturabilmektedir. İsviçre'de dört milyon adet irtifak bulunduğu yönünde bkz Ünal vii (Birinci Baskıya Önsöz).

²⁰²Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir 880.

²⁰³Ünal 405-406; Ayan 165 dn 9.

²⁰⁴Yükümlülük, para edimi –maddi edim -hizmet edimi nevinden ve devri veya sürekli edim borçlarına ilişkin olabilir (Ünal 411-412).

²⁰⁵Ünal 409-410; Ayan 164-165; Nomer ve Ergüne 654-656. Söz konusu sınırlama kamu hukukuna ilişkin taşınmaz mükellefiyeti tesisine şamil değildir (TMK m.839/III).

²⁰⁶Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir 880; Nomer ve Ergüne 658.

²⁰⁷Ünal 425; Ayan 167.

²⁰⁸Ünal 416, 423; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir 881.

²⁰⁹Ayan 166-167; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir 882; Nomer ve Ergüne 653-654. Kişi lehine olanların şahsa sıkı bağlı veya gevşek bağlı şekilde kurulabileceği ve sıkı bağlı olmayanlarının devredilebileceği yönünde, ayrıca bkz Ünal 418.

²¹⁰Ayan 165.

²¹¹Bkz Acar 10-12, 39-42; Ayan 279-280.

²¹²Serozan, *Rehin* (n 2) 315.

özelliği zayıf olup²¹³; asıl alacak kural olarak rehnin tescilini müteakip rehne bağlı senedlerin tanzimiyle²¹⁴ kanunen yenileme suretiyle sona ermekle (TMK m.910/I, 911), senedin el değiştirmesiyle rehin teminatı da (paraya çevirme yetkisi) devrolunmuş olur (TMK m.923-924)²¹⁵. Bu açıdan, taşınmaz rehin hakkı ipotekli borç ve irad senedi itibarıyla de rehnin hakkı tescil talebi akabindeki tescil işlemiyle doğmakla birlikte, hak sahibi burada hakkını ancak söz konusu senedin tanzimini müteakip kendisine teslimi akabinde devredebilecektir (TMK m.912/III)²¹⁶. Ezcümle, taşınmaz rehin hakkının devren kazanılması, ipotekte temin ettiği alacak hakkının ve ipotekli borç senedi ile irad senedinde ise özel senedin kazanılmasına bağlıdır²¹⁷. Bu demektir ki, taşınmaz rehnin intikali sicil dışı gerçekleşecektir²¹⁸. Burada, alacak geçersiz ise tescile güvenen kişinin iyiniyeti korunmayıp ne alacak ne de ipotek hakkı kazanılabilecek iken²¹⁹; ipotek senedi ve irad senedinin devri bakımından, usulüne göre çıkarılmış söz konusu senetlerin metnine güvenen kişilerin iyiniyeti, sonraki değişikliklerin kütüğe işlenmiş olması muvecehesinde, hem aynî hak ve hem de alacak hakkı bakımından korunmaktadır (TMK m.920, 929/III)²²⁰. Bu meyanda, ipoteğin devrinde sonraki bir devir imkanı itibarıyla sicil aleniyeti, açıklayıcı tescil yerine, alacağın temlikinin (buna ilişkin yazılı şekle tabi [TBK m.184/I] sözleşmenin ibrazıyla) taşınmazın tapu sicilindeki sayfasında düşünceler sütununa işlenmesiyle (TST m.31/2) ve durumun taşınmaz maliki ile önceki alacaklıya bildirilmesiyle sağlanır (TMK m.1019/I)²²¹. Ülkemizde ipotekli borç senedi ve irad senedi yaygınlık kazanmamıştır²²²; dolayısıyla, taşınmaz rehnin kazanılması uyuşmazlıklarının ipotek temelinde arabuluculuğa konu olabileceği belirtilebilir. Ezcümle, taşınmaz rehnin devren kazanılması uyuşmazlığı temelde ipotek bakımından ve onun temin ettiği alacağın sahipliği zımında alacaklı sıfatı bağlamında husule gelecektir. Fer'i hakla temin edilmiş alacağı intikal (cüzi) ettiren alacağın temliki işleminin onun tapu siciline işlenmesi için gerekli işlemleri tesis yükümünü de içerdiğinin kabulü makuldür²²³. Bununla birlikte, temlik eden buna yanaşmasa da hak sicil dışı intikal etmiş olduğundan, bu durumda hakkın kurulması değil; hakkın kullanımı uyuşmazlığının zuhuru söz konusu olabileceğinden, bu uyuşmazlık HUAK m.17/B/1 hükmü kapsamında olmayacaktır.

b. Taşınmaz Sınırlı Aynî Hakkın Kanuni Hukuki Sebeple Kazanılması Uyuşmazlıkları

Sınırlı aynî hakların kanuni yükümlülük bağlamında kazanılması da muhtemeldir. Bu açıdan, sınırlı aynî hakkın, kanundan doğan bir devir yükümlülüğünden ziyade, tesis yükümlülüğü temelinde kurularak kazanılması tipiktir (örneğin TMK m.725/II, 761; 841/II; 892-897)²²⁴. Özel hukuk düzenimizde bu kabil kanundan doğan sınırlı aynî hak tesis uyuşmazlıklarının konuları söz konusu hakların kategorilerine göre ele alınacak olursa şunlar tesbit olunabilmektedir.

İrtifak sınırlı aynî hakkı kategorisi bakımından öncelikle belirtmek gerekir ki, kanuni yükümlülük kaynaklı irtifaklar, temelde, mülkiyet hakkının dolaylı kanuni kısıtlamaları meyanında malike yüklenen katlanma-kaçınma ödevlerinden ötürü ve ihtiyaç sahibi taşınmaz malikinın komşu taşınmaz malikine yönelik talebi

²¹³ibid 305, 310. Yapısal olarak asıl alacaktan bağımsız olabileceği şeklinde ilaveten bkz Acar 41-42.

²¹⁴Serozan, *Rehin* (n 2) 303. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz Soner Hamza Çetin, *İpotekli Borç Senedi ve İrad Senedi* (Bilge 2004) 93-107.

²¹⁵Serozan, *Rehin* (n 2) 306; Ayan 282, 289, 291-292.

²¹⁶Bkz Çetin 96.

²¹⁷Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir 903.

²¹⁸Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir 953-954; Nomer ve Ergüne 361, 376.

²¹⁹Serozan, *Rehin* (n.2) 310; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir 955; Nomer ve Ergüne 375-376.

²²⁰Serozan, *Rehin* (n 2) 310; Ayan 291.

²²¹Bkz Nomer ve Ergüne 379-380.

²²²Çetiner 98.

²²³TBK m.592/III bağlamında, zımnen bu şekilde bkz Nomer ve Ergüne 380.

²²⁴Sınırlı aynî hakkın kanun hükmüyle devren kazanılması istisnai olup; hukuk düzenimizde üst hakkının arazi malikine devri talebinden (TMK m.831-832) ibaret gibidir.

üzerine kurulup kazanılmaktadır²²⁵⁻²²⁶. Hukuk düzenimizde bunlar, elverişli taşınmaz üzerinde ihtiyaç sahibi diğer komşu taşınmaz lehine tesis olunabilen, mecra-geçit-kaynak irtifak haklarından ibarettir (TMK m.744,747-748,761). Bu kabil zaruret irtifakı hakkı tesisi uyuşmazlıkları, HUAK m.18/B/1-ç hükmü uyarınca dava şartı arabuluculuğa tabi olmakla, HUAK m.17/B/1 hükmü kapsamı dışında kalıyor. Dolayısıyla, ancak komşu hukuku haricindeki bir kanun hükmünden doğan irtifak hakkı tesis yükümlülüğü uyuşmazlıkları HUAK m.17/B/1 hükmü kapsamında olacaktır. Örneğin, taşkın inşaat nedeniyle üst hakkı irtifakı tesisi (TMK m.725/II) bu kabildir. Bu yükümlülük, taşınmaz malikinin mülkiyet yetkisinin zorunlu ihtiyaç sahibi komşu lehine sınırlandırılmasındakinden farklı olarak, bitişik taşınmaz malikinin mülkiyet hakkının ihlalinin telafisine yöneliktir²²⁷. Buradaki talep yetkisi, komşunun ihtiyacına değil; taşınan arazi malikinin itirazsızlığına dayalı olmakla²²⁸, kanımızca bu husustaki uyuşmazlık HUAK m.17/B/1 hükmü kapsamındadır. Öte yandan, aile ve miras hukukunda bazı kanuni talep yetkilerinin kullanılması da aile konutu veya müşterek konutta kişiye sıkı bağlı türden irtifak (intifa-oturma) hakkı kurulmasına yol açmaktadır (TMK m.240/I, 255/II, 279/II; 652/II). Doktrinde, söz konusu hallerde tasfiye konusu malvarlığındaki hakkı²²⁹ karşılığında eski veya sağ kalan eşe intifa veya oturma hakkı tanınması taleplerinde (de) paylaşma bağlamı söz konusu edilmektedir²³⁰. HUAK m.18/B/1-b hükmünde paylaşım uyuşmazlıkları, paylı mülkiyete ve elbirliği mülkiyetine tabi taşınmazlarda ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarının yanısıra, ayrı bir grup olarak dava şartı arabuluculuğa tabi kılınmıştır. Kanımızca, tasfiye konusu malvarlığında katılma payı alacağına mahsuben intifa-oturma hakkı tanınması eski veya sağ kalan eşin söz konusu aile konutu veya müşterek konutta doğrudan veya dolaylı (paylı mülkiyet-elbirliği mülkiyeti) payı bulunmamakla, paylaşım uyuşmazlığına vücut vermez. Ezcümle, eski veya sağ kalan eşin, tasfiye konusu malvarlığında paylı veya elbirliği mülkiyet hakkı bulunan hallerdeki, payına mahsuben intifa-oturma irtifakı kurulması talebinin (TMK m.255/II, 279/II; 672/II) vücut verdiği uyuşmazlıkların paylaşım bağlamı nedeniyle HUAK m.17/B/1 hükmü kapsamında olmadığı belirtilebilir. Ancak, eski eşe aile konutu üzerinde katılma payı alacağı karşılığında intifa-oturma irtifak hakkı tanınması talebinin dayanağı (TMK m.240/I), kanımızca paylaşım kuralı olmayıp ayrı bir kanuni talep yetkisi olmakla, bu uyuşmazlık, HUAK m.18/B/1-b değil; 17/B/1 hükmü kapsamındadır.

Taşınmaz mükellefiyeti sınırlı aynî hakkı da kanuni yükümlülük temelinde tesislen kazanılabilir (TMK m.841/II). Ancak, taşınmaz mükellefiyetinin kanunen kazanılması sadece kamu hukuku bakımındandır²³¹.

²²⁵Kanundan doğrudan doğan kısıtlamaların (mecra hakkı dışında) irtifak hakkı sebebi sayılmayacağı (bunun kanundan dolayısıyla doğan kısıtlamalara mahsus olduğu) şeklinde zımnen bu yönde bkz Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir 546, 563, 591, 775; Nomer ve Ergüne 487-488 (ayrıca bkz Kocabaş 26-31). Mecra hakkı bağlamında ilaveten bkz Hüseyin Kağan Zengin, *Mecra Hakkı* (Yayımlanmamış Dr. Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üni SBE 2021) 83 dn 295 [Zengin zaruret irtifakı olan mecra hakkının da müstesna olmadığını, kanundan dolayısıyla doğan talebe bağlı bir kanuni irtifak olduğunu kabul etmekte fakat sicil dışı doğduğunu savunmaktadır; ibid 80-81]); bu hususta zımnen aksi görüşte bkz Ünal 77, 79.

²²⁶Mülkiyet hakkının kanundan doğrudan doğan özel hukuka ilişkin kısıtlamalarının aksi kararlaştırılabilmeyle bunların kaldırılması veya kapsamının daraltılması ya da genişletilmesi sadedinde değiştirme anlaşmalarının akdedilmesi mümkündür (TMK m.731/II). Söz konusu anlaşmalar mülga MK'dan farklı olarak tescil yerine şerhe tabi kılınmış olduğundan bunların kural olarak aynî hak teşkil edeceğini ve bu meydana bunlar bakımından (örneğin TMK m.737) irtifak hükümlerinin uygulanmasını savunmak zorunda (İsviçre Hukukunda söz konusu kaldırma veya değiştirme anlaşmalarının tescili öngörülmeyle bunların irtifak niteliğinde olduğu kabul edilmektedir; bkz Ömer Ali Girgin, 'Taşınmaz Mülkiyetinin Kanundan Doğrudan Doğan Yararlanma Kısıtlamalarına İlişkin Ödevlerinin Kaldırılması veya Değiştirilmesi Anlaşmaları ve Bu Anlaşmaların Şerhi' (2019) 17 (203) Legal Hukuk Dergisi 4801, 4808-4809, 4814 dn 55-57). Hukuk düzenimizde bu husustaki anlaşmaların Meha'z'dan farklı olarak TMK'da tescili değil şerhinin kabul edilmesinin isabetsizliği ve anlam ve etkileri hakkında ilaveten bkz Gümüş 126, 132-137.

²²⁷Komşuluk hukukuna aykırı yapıya taşkın inşaat hükümlerinin kıyasen tatbiki mümkün olmakla birlikte (TMK 738/II), bu durum hukuki nitelik ortaklığından değil kanuni teşmilden kaynaklıdır; bkz Akman 64.

²²⁸İtirazın yapılmaması ya da geç yapılması taşınan arazi malikinin taşmanın kaldırılmasına ilişkin talep yetkisini etkisizleştirip ortadan kaldırmaktadır (ibid 95).

²²⁹Mal rejimi tasfiyesine konu şeyler, paylaşım mal ayrılığında paylı mülkiyete ve mal ortaklığında elbirliği mülkiyetine ve de edinilmiş mallara katılmada da -katılma hakkı nisbi alacağı saklı olmakla birlikte- mal ayrılığındaki gibi (TMK m.242), münferid mülkiyete tabidir (TMK m.223/I; 245/II; 257/II). Keza, tereke tasfiyesine konu miras ortaklığı kapsamındaki şeyler de elbirliği mülkiyetine tabidir (TMK m.640/I-II).

²³⁰TMK m.652 hükmüyle, kanuni talep yetkisi sahibi sağ kalan eşe diğer mirasçılara yöneltebileceği surette, paylaşımada öncelik hakkı tanınmış olduğu şeklinde bkz Akkanat 58 dn 190; Buz 149-150. Mal rejimi tasfiyesi bağlamındakilerin de (TMK m.240/I, 255/II, 279/II) paylaşım tamamlayıcı kuralı olduğu yönünde, ilaveten bkz Buz 148.

²³¹Bkz Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir 881; Ünal 423.

Nitekim, Kanunda zımnen belirtildiği üzere, kamu hukukuna ilişkin olarak tesis olunabilecek olmasına nazaran (TMK m.839/III), hukuk düzenimizde taşınmaz mükellefiyetinin kanun hükmünden doğduğu mevcut örnekler kamu hukukuna ilişkindir²³². Bu itibarla, kanuni sebeple kamusal taşınmaz mükellefiyeti tesis uyumsuzlukları özel hukuk uyumsuzlukları bakımından meri olan HUAK m.17/B/1 hükmü kapsamında kalmamaktadır²³³.

Taşınmaz rehninin kanuni yükümlülük bağlamında tesisin kazanılmasına gelince, bu durumun ipotek nevine mahsus olduğu belirtilebilir²³⁴. İsviçre-Türkiye hukuk düzenlerinde kanun kaynaklı ipotek hakkının sicil içi ve sicil dışı iktisab şeklinde iki kategorisi mevcuttur (TMK m.892). Bu açıdan, doktrinde, dolayısıyla (sicil içi) ve doğrudan (sicil dışı) kanun hükmünden doğan rehin (ipotek) ayrımı yapılmaktadır²³⁵. Ancak, sicil dışı doğan ipotek hakkı örnekleri sicil içi doğan ipotek hakkının kapsamıyla irtibatlıdır (TMK m.865-867,876)²³⁶.

Şekli hukukta istisnai bazı düzenlemeler saklı tutulmuş olmakla birlikte (İİK m.23/II [153a/II]), maddi hukukta gemi taşınmaz sayılmadığından (TTK m.936), gerek akdi ipotek ve gerek de kanuni ipotek terimleri gemi ipotekine şamil değildir²³⁷.

İpotek sınırlı aynî hakkının kanun hükmüyle sicil dışı kurulma uyumsuzluğu, temelde, açıklayıcı tescil öncesinde taşınmaz mülkiyetinin bu ipotekten ari olarak kazanılması bağlamında husule gelecektir²³⁸. Bu açıdan, kanundan (sicil dışı) doğan ipotek hakkının kapsamı hakkında yaygın olarak zuhur eden teminat miktar uyumsuzlukları²³⁹, asıl alacağa ilişkin olmakla, taşınmazın aynına ilişkin olmadığından HUAK m.17/B/1 kapsamında yer almaz; buna bağlı olarak, sona erme uyumsuzlukları da kapsam dışıdır. Hukuk düzenimizde, kanuni ipotek hakkının sicil içi kazanılması kural olup (TMK m.892); bu haller TMK m.893 düzenlemesinde tasrih olunanlardan ibaret değildir (örneğin KMK m.23)²⁴⁰. Dolayısıyla kanundan doğan söz konusu sicil içi kazanma hallerinin hukuki niteliği hakkında farklı görüşler bulunmakla birlikte²⁴¹, burada kanuni borçtan doğan talep yetkisinin kullanılmasıyla rehin sözleşmesi tanzim mecburiyeti hasıl olmakta olup²⁴²; malikin riayetsizliği halinde, ipotek hakkı mülkiyet hükümlerine (TMK m.716) kıyasen mahkeme hükmüyle kurulacaktır.

2. Taşınmazda Sınırlı Aynî Hak Kurulmasına İlişkin Uyuşmazlıkların Muhtevası

Yukarıda, sınırlı aynî hakların kurulması uyumsuzluklarının, sicil içi yoldan iradi veya dolaylı kanuni sebep temelinde tesisin veya devren iktisab suretiyle kazanılma bağlamındaki itibariyle, HUAK m.17/B/1 hükmü kapsamında olduğu sonucuna ulaştık ve konularını belirledik (II.B.1). Bu açıdan, HUAK m.17/B/1 hükmü kapsamında arabuluculuğa konu olabilecek taşınmazda sınırlı aynî hak kazanılma uyumsuzlukları, temelde iradi hukuki sebepli olarak ve tesisin-devren iktisab tarzında olup; kanuni hukuki sebepli olanlar bunun

²³²Örnekler için bkz Nomer ve Ergüne 652; Ünal s.414.

²³³TMK ilgili hükümlerinin kamu hukuku kanununda hüküm bulunmayan hallerde ancak (kıyasen) tamamlayıcı hüküm mahiyetiyle uygulanabileceği yönünde, bkz Nomer ve Ergüne 652,666; Ünal 417.

²³⁴Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir 903,906-907. İpotekli borç senedi ve irad senedinde teminat sağlama amaç ve işlevi geri planda kalıp yatırım saiki ile kıymetli evrak teşkil özelliği önplanda olmakla (Serozan, *Rehin* [n 2] 303), bu durum taşınmaz rehninin kanuni yükümlülükle tesisine gerek bırakmamış olmalıdır.

²³⁵Bkz Çetiner 243; Acar 219. İlâveten bkz Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir 963-964; Nomer ve Ergüne 382.

²³⁶Söz konusu hükümler hakkında bkz Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir 935-938, 964.

²³⁷Gemi ipoteki hakkında TTK'da hüküm bulunmayan hallerde taşınmaz ipotekine ilişkin TMK hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmekle birlikte (bkz Atamer 97 dn 134), gemiler taşınır eşya olup; gemi ipoteki bir sicilli menkul rehndir (Seza Reisoğlu, *Menkul İpoteki* [Ankara Üni 1965] 15,28).

²³⁸Bkz Çetiner 243.

²³⁹Örneğin imar uygulamalarından doğan kanuni ipotek bedeli güncelleme davaları için bkz ibid 244-247.

²⁴⁰Bu husustaki uyumsuzluk HUAK m.18/B/1-c bendi kapsamında dava şartı arabuluculuğa tabidir.

²⁴¹Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir 967-969.

²⁴²Bkz Nomer ve Ergüne 390. En azından bir tasarruf işlemine (dolayısıyla malikin tescil talebine) ihtiyaç bulunduğu şeklinde, kısmen farklı olarak bkz Acar 219; malikin rızası veya katılımına ihtiyaç bulunmadığı şeklinde, tamamen farklı görüşte bkz Çetiner 248.

dolaylı nevinden olanlarla sınırlı olduğu gibi, tesisen iktisab tarzında ve istisnaidir²⁴³. Bu itibarla, söz konusu uyuşmazlıkları bu altbaşlık altında arabuluculuk bağlamında muhtevası itibarıyla incelerken, meseleyi söz konusu hukuki sebepler üzerinden ele alıp iktisab tarzının çeşitlendiği iradi sebepli olanlar bakımından farklılıkları belirtmekle yetineceğiz.

a. Sınırlı Aynî Hakkın Kanuni Sebeple Tesisen İktisabı Uyuşmazlığının Muhtevası

Sınırlı Aynî Hakkın Kanuni Sebeple Tesisen İktisabı Uyuşmazlığının Muhtevası

HUAK m.17/B/1 hükmü kapsamında kalan (istisnaen), kanundan dolayısıyla doğan taşınmaz sınırlı aynî hakların kurulup kazanılması (da), kural olarak tescili gerektirip işlemde (iltizamî-tasarrufî) ayrılık ve tasarrufun sebebe bağlılığı ilkelerine²⁴⁴ tabidir (TMK m.1008, 1015/1,1021). Burada da, taşınmaz sınırlı aynî hakkın sicil içi yoldan tesisen kazanılması, en azından hakkın kapsamının sicilden anlaşılabilmesi bakımından, yine resmi şekle tabi bir irtifak-mükellefiyet-rehin sözleşmesi tanzimine ihtiyaç göstermektedir (TMK m.1022/II). Bu durum, kanundan dolayısıyla doğan tesisen sınırlı aynî hak kurulması sebeplerinin tümünde gözlemlenebilir²⁴⁵. Ezcümle, kanuni şartlar lehine gerçekleşen kişinin, sınırlı aynî hakların kurulması ve bazıları bakımından kanunen öngörülen ivazın tayini hususlarında, taşınmaz malikiyle mutabakatını havi resmi sözleşme veya bunu ikame eden hakim hükmü gerekir²⁴⁶. Söz konusu tesisen sınırlı aynî hak kurulması uyuşmazlıklarının muhtevası, hukuki sebep teşkil eden dolaylı kanun hükmüne göre nisbeten farklılaşabilmekle birlikte, temelde benzerdir.

Yukarıda (II.B.1) istisnaen HUAK m.17/B/1 kapsamında olduğunu belirlediğimiz sınırlı aynî hakkın kanun (dolaylı) hükmü uyarınca tesisen kazanılması uyuşmazlığının (örneğin TMK m.725/II) muhtevasını söz konusu kanuni şartların somut durumda tahakkuk etmiş olup olmadığı ve varsa ivazın tayini ile asgari şartlar oluşturacaktır²⁴⁷. Söz konusu hususlardaki mutabakatı ve hakkın kapsamını ortaya koyan, (resmi) sözleşme, sınırlı aynî hakkın tescilinin (tasarrufun) hukuki sebebi olmayıp; hakkın içeriği ve kullanılma rejimi bakımından tescilin etkilerinin çerçevesini çizmeye matuftur. Burada sebep, taşınmaz malikini söz konusu sözleşmeyi müzakere ve tanzim etmeye mecbur eden, kanun hükmünün (dolaylı) husule getirdiği kanuni borç ilişkisidir. Tescilin hükümleri bakımından iradi sebepli tesisen iktisab suretiyle sınırlı aynî hak kazanılmasındakiyle arada farklılık bulunmakla, beyanlar hanesine resmi sözleşmenin kanuni (dolaylı) sebep temelinde düzenlenmiş olduğu belirtilmesinde yarar vardır²⁴⁸. Bu hallerde de, mahkeme hükmü dışında zorunlu olan, resmi sözleşme iradi sebepli tesisen sınırlı aynî hak kurulmasındaki gibi tescil talebini de havi olarak düzenlendiğinden²⁴⁹ ve tescili geciktirici şarta ve çekinceye bağlar bir içerikle tanzim olunamayacağından²⁵⁰, taraflar arasındaki anlaşmazlık, tasarruf işlemine değil; iltizamî işlem yerine geçen,

²⁴³Kanuni (doğrudan-dolaylı) hukuki sebepli olanların genellikle HUAK m.18/B/1 hükmü kapsamında olmasının yanı sıra, bazıları (kanundan doğrudan doğan hukuki sebepli olanlar) bakımından da aslen iktisab suretiyle kazanma hallerine tekabül edenlerin m.1/2 hükmü uyarınca arabuluculuğa elverişli olmaması bu sonucu doğurmaktadır (bkz yukarıda II.B.1).

²⁴⁴Bu ilkeler hakkında bkz yukarıda II.A.2'deki ön açıklamalar.

²⁴⁵Taşınmaz mükellefiyetinde kanuni sebep temelinde tesisen kurulma kamu hukukuna mahsus olup (Ünal 423 dn 68) kapsam dışı olduğundan, bu husustaki örnekler irtifak ve rehin haklarıyla sınırlıdır.

²⁴⁶Kanuni irtifaklar bakımından, HUAK m.17/B/1 hükmü kapsamındaki diğer itibarıyla, örneğin taşkın inşaat nedeniyle taşınan arazi kısmında üst hakkı tesisi için, bu şekilde bkz Akman 207-210; kanuni (dolaylı) intifa irtifakı bakımından (TMK m.240/1, 652/II) aynı yönde bkz Dural, Ögüz ve Gümüş 238-240. Kanuni (dolaylı) rehin hakları bakımından aynı yönde bkz Şafak N Erel, Eşyaya Bağlı Borç (Ankara Üni 1982) 219-229; Nomer ve Ergüne 390-391. Komşu hukuku uyarınca zaruret irtifakı kurma uyuşmazlıkları dava şartı arabuluculuğa tabi olduğundan (HUAK m.18/B/1), m.17/B/1 kapsamında olmayan söz konusu kanuni irtifak kurma borçlarında, kanuni şart lehine tahakkuk etmiş komşunun talebiyle taşınmaz malikinin eşyaya bağlı borcu olarak irtifak sözleşmesi tanzim mecburiyeti altında olduğu şeklinde bkz Erel 92-93; Ünal 78; Nomer ve Ergüne 488.

²⁴⁷Taşkın yapı irtifakı (TMK m.725/II) bakımından, tarafların bu hususlarda uyuşamaması halinde dava yoluna başvurulacağı şeklinde zimnen bu yönde bkz Akman 211.

²⁴⁸İrtifak kategorisinde kanuni ve iradi sebepli tesisen kurulma bakımından bu şekilde bkz Akman 209. Mecra irtifakları (kanuni-iradi) bağlamında, sebebin kaynağının sözleşmeye yazılması lüzumu şeklinde benzer yönde ilaveten bkz Zengin 139.

²⁴⁹İrtifaklar bağlamında, bu şekilde bkz Nomer ve Ergüne 505.

²⁵⁰Mülkiyetten farklı olarak, sınırlı aynî haklar süreli olarak tesis olunabilirse de (Vardar Hamamcıoğlu 205-206, 222), süre olgusu sınırlı aynî hakkın sona erdirilmesi bakımından terkin uyuşmazlığına vücut verecek olmakla, bu uyuşmazlık, HUAK m.17/B/1 değil; m.1/2 hükmü kapsamındadır.

kanun hükmüne dayalı alacaklı talebine ilişkindir. Söz konusu sözleşmenin tanzimi sırasında, tipe bağlılık ilkesi temelinde irtifak-mükellefiyet-rehin hakkına ilişkin emredici kanuni düzenlemeler gözetileceği gibi, varsa taşınmazda diğer sınırlı aynî haklar da dikkate alınır. Bu açıdan sınırlı aynî hakkın dolaylı kanun hükmü gereğince tesislenmesi kazanılması uyuşmazlığının arabuluculuk yoluna konu olması halinde, aradaki ilişkinin düzenlenmesi için, mevcut sınırlı aynî hak sahiplerinin sürece davet edilmesi gerekebilir.

b. Sınırlı Aynî Hakkın İradî Sebeple Kazanılması Uyuşmazlıklarının Muhtevası

ba. İradî Sebeple Tesislen Sınırlı Aynî Hak Kurma Uyuşmazlıkları Yönünden

Taşınmaz sınırlı aynî hakların iradî sebepli tesislen iktisab suretiyle kurulmasında, hukukî sebep teşkil eden, irtifak-mükellefiyet-rehin sözleşmesi (de) resmi şekle tabi olup (TMK m.781; 840/III [706/I]; 856/II); hukuk düzenimizde, istisnalar haricinde sınırlı aynî hak kurma sözleşmesi (de) taşınmaz malikinin tasarruf işlemi olan tescil talebini de havi olarak tanzim olunmakta ve tescili bozacak şart ve çekincelere yer verilememektedir (TST m.16/2, 21; TRSUEY m.7/i, 11/2, 13-14). Keza, iltizamî işlemin geçerliliğine ilişkin esaslı unsurlar da, resmi sened tanzim olunurken tapu müdürlüğü tarafından tarafların beyanları alınarak, senede yazılmaktadır (TRSUEY m.11/1). Dolayısıyla, taşınmazda iradî sebepli tesislen sınırlı aynî hak kazanılması uyuşmazlıklarının temelinde resmi şeklin istisnasını teşkil eden haller bağlamında ortaya çıkacağı belirtilebilir²⁵¹. Nitekim, sınırlı aynî hak kurma taahhüdünü havi iltizamî işlemin vasiyetname (tek yanlı hukukî işlem) olduğu hallerde de²⁵², tescil işlemi resmi sened düzenlenmeksizin tesis olunuyor. Fakat, bu işlem, münferid (vasiyetnamede lehine taahhütte bulunulan tarafça) başvuruda vasiyetname tenfiz kararı ibrazıyla; müşterek başvuruda ise (mirasçılarla birlikte) vasiyetnamenin açılma kararı ibrazıyla; tesis olunmaktadır (TST m.20/b). Öte yandan, sınırlı aynî hak kurma sözleşmelerinin geciktirici şarta bağlı olarak kurulması bakımından önsözleşme tercih edilebilir²⁵³. Böyle bir durumda, önsözleşmenin ifası sadedinde asıl sözleşmenin akdolunması taleplerinin taşınmazda sınırlı aynî hak kurulma uyuşmazlıklarına vücut vermesi muhtemeldir. Ancak, önsözleşme kural olarak asıl sözleşmenin şekline tabi olup (TBK m.29) bu husustaki resmi şekil yetkisi -hukuk düzenimizde açık düzenleme yokluğu nedeniyle- tapu müdürlüklerine münhasır sayılmanın yanı sıra (Tapu K m.26/I), pratikte bu yol da kapalı gibidir²⁵⁴. Bu itibarla, söz konusu uyuşmazlıklar, temelinde iltizamî işlem için tapu müdürlüğü nezdinde resmi sened-resmi şekil aranmayan, müstesna hallerde ortaya çıkabilecektir.

Yukarıda belirtilen bakımdan, kanuni bir istisna irtifak sınırlı aynî hakkı meyanında mecra irtifakının aleni özellikte olanına ilişkin olarak kabul edilmiş olup; iradî sebepli mecra hakkına (da) şamil özel hükümle irtifak sözleşmesinin noterlikçe tanzimi gerekli ve yeterlidir²⁵⁵. Burada, aynî hak mecranın sözleşmeye dayanılarak imaliyle doğmakla, bir sicil dışı kazanım hali söz konusudur (TMK m.723/III) ve bunun için sözleşme işlemi ile imalat işi tekemmül etmiş olmak gerekir²⁵⁶. Dolayısıyla, taraflar sözleşmeyi noter önünde akdetmeden mecra imali anlamlı değildir. Açıklayıcı tescil ise noter tanzimli sözleşmenin hak sahibi tarafından tapu

²⁵¹İpotek hakkı tesisi bakımından, bu şekilde bkz Çetiner 188-189.

²⁵²Bkz Nomer ve Ergüne 361, 503, 663.

²⁵³Eşya hukuku sözleşmelerinin de önsözleşmeye konu olabileceği ve işlevleri hususunda bkz Gül Doğan, *Ön Sözleşme* (Yeditepe Üni 2006) 150-151; Hasan Ayrancı, *Ön Sözleşme* (Yetkin 2006) 44, 52, 60-63.

²⁵⁴İrtifak vaadi bakımından bkz Özmen 527-528; Nomer ve Ergüne 501 dn 37 ve 616 dn 259; Kocabaş 50 (yazarlar satış vaadi tanzim edebilen noterlerin irtifak vaadi için evleyivette yetkili olduğu görüşündedir). Noterlerce düzenlenebilen (Tapu K m.26/VIII) arsapayı karşılığı inşaat sözleşmesi bünyesinde ipotek vaaadinin de geçerliliği tartışmalıdır; bkz Nomer ve Ergüne 364.

²⁵⁵TMK m.727/III hükmünün kanunun m.838 hükmünde düzenlenmiş olan iradî mecra irtifakının kazanılmasında (da) tatbika medar olduğu hususunda bkz Zengin 202 dn 824 ve 825 (söz konusu düzenleme irtifak hakkı sözleşmesinin tapu müdürlüğünde resmi senet tanzimiyle kurulacağı yolundaki Tapu K m.26 düzenlemesine nazaran özel hüküm olarak öncelikle uygulanacaktır; zımnen bu şekilde bkz Nomer ve Ergüne 205).

²⁵⁶Zengin 221 ve orada dn 917'de aktarılan Yargıtay HGK, 1-386 (1984 E) / 25 (1984 K), 25.1.1984.

müdürlüğüne ibrazıyla yaptırılabilir (TMK m.1013/II). Ezcümle, bu hususta HUAK m.17/B/1 hükmü kapsamında bir sınırlı aynî hak uyuşmazlığına mahal yok gibidir.

Uygulamada sık görülmesine bağlanabilecek şekilde tipik olan istisna tesbitlerimize göre sadece taşınmaz rehnine (ipotek) mahsus olarak kabul edilmiştir (Tapu K m.26/X-XI). Kanunen muayyen kredi-finance kuruluşlarına münhasır olan söz konusu durumda, hukuki sebebi teşkil eden ipotek sözleşmesi adi yazılı şekilde kredi-finance sözleşmesi bünyesinde veya ekinde tanzim olunmakta ve fiziken veya elektronik ortamda tapu müdürlüğüne ibraz olunabilmektedir (TRSUEY m.32/1). Tasarruf işlemi olan ipotek tescil talebi işlemi ve tamamlayıcı işlem olan tescilin yapılması da özellik arz ediyor. Şöyleki, kredi-finance kuruluşu tarafından Yönetmelik eki örneğe göre hazırlanan bu işleme ilişkin belgenin ('onama ipoteği tescil istemi') fiziken veya elektronik ortamda iletilmesi akabinde, tapu müdürlüğüne sicil kayıtlarına uygunluk teyidiyle, taşınmaz malikinın imzası alınarak ipotek tescil olunacaktır²⁵⁷⁻²⁵⁸.

Resmî şekilden müstesna olan yukarıdaki hallerde, taşınmaz rehni (ipotek) kurulması uyuşmazlığının zuhuru muhtemeldir. Burada, söz konusu uyuşmazlığın muhtevası tasarruf işlemi olan tescil talebine yöneliktir. Ancak, kredi kuruluşu (finance sözleşmeleri dışında) kredi sözleşmesini teminat verilmesi geciktirici şartına bağlayabilir²⁵⁹. Böyle bir durumda, kredi meblağını elde etmek isteyen akid bunun şartı olan ipoteğin tesis olunabilmesi için tescil talebi işlemini de temin etmekle yükümlüdür. Ezcümle, bu hallerde ipotek sözleşmesinin ifası uyuşmazlığı fiilen çıkmayacaktır. Finance sözleşmelerinde²⁶⁰ ise, satıcı -üçüncükişi olarak bedeli kabzetmeden- taşınmazı üzerinde ipotek ve satış akdetmek istemeyeceğinden ve de kuruluş da teminatı (ipotek hakkını) elde ederek krediyi vermek isteyeceğinden, sözleşmeler finanse olunan satış bedeli satıcı adına bloke olunarak tanzim olunacaktır. Dolayısıyla, söz konusu hallerde de taşınmaz rehin hakkı tesis uyuşmazlığı ihtimali fiilen düşüktür denilebilir.

Neticeten, hukuk düzenimizde iradi sebeple tesisen sınırlı aynî hak kazanılması uyuşmazlıkları, resmî şekle tabi olmaksızın tanzim olunabilen taşınmaz rehni kategorisi (ipotek) bakımından, bu istisnadan yararlanabilecek olan kanunen muayyen kredi-finance kuruluşlarının tarafı olduğu kredi-finance sözleşmesinin ipotek tesisine ilişkin geciktirici şarta bağlanmamış olduğu hallerde, sözleşme bünyesinde veya ekinde akdolunan ipotek sözleşmesinin ifası bağlamında arabuluculuğa konu olabilir. Burada, söz konusu uyuşmazlığın muhtevasını tasarruf işlemi (tescil talebi) oluşturmaktadır.

bb. İradi Sebeple Devren Sınırlı Aynî Hak Kazanılması Uyuşmazlığı Yönünden

Taşınmaz sınırlı aynî hakların devren kazanılması kural olarak tüm kategorileri bakımından mümkün olmakla birlikte, irtifak kategorisinde ancak bazı türlerine mahsus olduğunu yukarıda gördük (II.B.1.a.ab.). Bununla birlikte, temelde sicil içi gerçekleşen, devri mümkün sınırlı aynî hakkın bu suretle kazanılmasında kurucu veya açıklayıcı²⁶¹ tescilin sebebi olan, hukuki işlemin tesisi -kıyasen- alacağın temliki (TBK m.183) hükümlerine tabidir²⁶². Rehin kategorisinden taşınmaz sınırlı aynî hakkın devri, temin ettiği asıl alacağın

²⁵⁷Yönetmelikte 'onama ipoteği tesis ve tescil istemi' ibaresiyle adlandırılan tescil talebi -Yönetmelik ekindeki matbu örneğe göre- ipotek lehdarı kredi kuruluşu tarafından tanzim ve imza olunup (ıslak imza veya e-imza); fiziki veya elektronik ortamda tapu müdürlüğüne iletilmekte ve taşınmaz malikinın imzası tapu müdürlüğünde alınarak işlem tamamlanmaktadır (TRSUEY m.32 /1,6).

²⁵⁸İpoteğin taşınmaz satışına ilişkin olarak tesisinde, kredi-finance sözleşmesi bünyesindeki veya ekindeki ipotek sözleşmesinin tapu müdürlüğüne ibrazını (fiziki veya elektronik ortamda) müteakip, malik satıcı ve alıcı arasındaki satışa ilişkin resmî sened tanzim olunmaktadır. Kredi teminatı olan ipotek tescili işlemi de, kredi-finance kuruluşunun tanzim ve imza ederek ilettiği tescil talep belgesine ('onama ipoteği tesis ve tescil istemi') alıcı yeni malikin imzası satışla eşzamanlı olarak alınıp tesis olunmaktadır (TRSUEY m.32/2). Toplu Konut İdaresinin tarafı olduğu taşınmaz aynî hak devir-tesis işlemleri bakımından, hukuki sebep teşkil eden taşınmaz satış sözleşmesinin resmî sened bünyesinde tanzimi akabindeki ipotek tesisi de özel rejime bağlanmış olup; ipoteğe ilişkin tescil talebinin bu kurum (TOKİ) tarafından Tapu Kadastro Genel Müdürlüğüne belirlenen içeriğe uygun olarak hazırlanıp tapu müdürlüğüne iletilmesi akabinde ipotek tescil olunmaktadır (TRSUEY m.32/4).

²⁵⁹Çetiner 30 dn 52.

²⁶⁰Örneğin, tüketici ile konut finance kuruluşları arasında akdolunan konut kredisi sözleşmeleri (TKHK m.32) kapsamında ipotek tesisi tercihi hakkında bkz Çabri 597.

²⁶¹Aynî hakkın iradi sebeple (veya dolaylı kanun hükmü sebebiyle) sicil içi kazanılmasında rızaen ifa edilmeyen aynî hak sağlama borcunun mahkeme yoluyla tahakkukunda hak sicil dışı intikal etmekle birlikte (TMK m.705/II [m.716]), mahkeme kararı şeklen hukuki sebep teşkil

devrine tabi olmakla, bizatihi ‘alacağın temlik’ işleminin tesisinden hasıl olduğundan özellik arz etmez (II.2.a.ab). Bu açıdan, devri mümkün taşınmaz sınırlı aynî haklar olarak kişiye (gevşek) bağlı irtifak ve kişiye bağlı mükellefiyet ve de rehin (ipotek) haklarının devren kazanılması uyuşmazlıklarının arabuluculuk bağlamında muhtevası yine de birlikte ele alınabilir.

Devri mümkün taşınmaz sınırlı aynî hakların devredilmesi, söz konusu hakkın tasarruf işlemine maruz kalması anlamına gelir²⁶³. Burada, tasarruf işleminin temlik olduğu belirgindir. İrtifak ve mükellefiyet nevinden taşınmaz sınırlı aynî hakların, alacağın temlik hükümlerine kıyasen, devri özellik arz etmektedir. Bu açıdan, alacağın temlikinde konu salt malvarlığına ilişkin nisbi hak iken²⁶⁴ burada temlik konusunun (sınırlı) aynî hak oluşunun dikkate alınması gerekir. Öte yandan, irtifak (ve mükellefiyet) sınırlı aynî haklarının kurulması, hak sahibi ile yüklü taşınmaz maliki arasında, kapsamı akden ve kanunen belirlenen bir sürekli borç ilişkisi de doğurmakta olup; sürekli borç ilişkilerine ilişkin kurallar da kıyasen tatbika medar olabilecektir²⁶⁵.

Alacağın temlikinin, tek yanlı bir hukuki işlem olmayıp bir borçlar hukuku akdi olmakla birlikte, borç doğurmadığı ve dolayısıyla tasarruf işlemi (aynî akit mahiyetinde) olduğu; buna karşın alacağın temlik vaadi veya alacağın temlik vasiyetinin borçlandırıcı işlem teşkil edeceği; ivazlı olursa satış ve ivazsız ise bağış hükümlerine tabi olacağı kabul edilmektedir²⁶⁶. Bu itibarla, kıyasen tatbik uyarınca –niteliğe uygunluk çerçevesinde- devir ivazlı ise satış ivazsız ise bağış akdi hükümlerinin tatbiki muvacehesinde, irtifak ve mükellefiyet sınırlı aynî haklarının devri bakımından alacağın temlikindekinden farklı olarak, devir konusunun taşınmaz aynî hak olması nedeniyle resmi şekil cari olacak demektir (TBK m.237/I,288/II). Keza, satış vaadi ve bağış vaadi de resmi şekle tabi olduğundan (TBK m.237/II, m.288/II), hakeza irtifak ve mükellefiyet itibarıyla alacağın temlik vadindekinden (TBK m.184/II) farklı olarak, rehin dışındaki bir taşınmaz sınırlı aynî hak devir vaadi de resmi şekle tabi olacaktır. Yine, alacağın temlikinde tasarruf işleminin geçerliği aksi kararlaştırılmış olmadıkça hukuki sebepten soyuttur. Ancak, bu hususta da, nitelik farklılığı nedeniyle, taşınmaz aynî hakların iradi sebeple devren kazanılmasının sicil içi oluşu ve tasarrufun sebebe bağlılığı ilkesi dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla, taşınmaz sınırlı aynî hak devri -rehin hakkı dışında- tescile tabi olup tasarrufun sebebi olarak geçerli bir devir sözleşmesinin mevcudiyeti şarttır. Öte yandan, sürekli borç ilişkisi tevli eden taşınmaz sınırlı aynî hakları olarak irtifak ve mükellefiyet bakımından, hak sahibinin taşınmaz malikine karşı yükümlülükleri²⁶⁷ meyanında aynî etkiyi haiz olanlar kanun hükmü gereğince devralana intikal edecektir (TMK m.622)²⁶⁸. Ezcümle, sözleşmede aynî etki dışındaki kayıtlar devralanı bağlamaz²⁶⁹. Bu açıdan, kıyasen tatbik olunabilecek olan borcun üstlenilmesi hükümleri uyarınca, kural olarak taşınmaz malikinin irtifak-mükellefiyet devrine muvafakat beyanına (TBK m.195-196) ihtiyaç olacağı belirtilebilir²⁷⁰.

Yukarıdaki analiz çerçevesinde, kişiye (gevşek bağlı) bağlı irtifak ve kişiye bağlı mükellefiyet nevinden taşınmaz sınırlı aynî hakların iradi sebeple devren kazanılması bakımından, alacağın temlik hükümlerinin

ettiğinden, kararın içeriği mutlaka hukuki işleme (veya dolaylı kanun hükmüne) dayanmak zorunda olup; bu hallerde mahkeme kararı ‘hukuki sebebe ilişkin belge’ işlevlidir (Çetiner 114 dn 292). Bu açıdan, mahkeme kararını mesned hukuki işlemin tahakkuku temelinde oluşturacaktır.

²⁶²İrtifak ve rehin (ipotek) hakları bağlamında bu yönde bkz Vardar Hamamcıoğlu 210 dn 138. Üst hakkı bağlamında bu şekilde bkz Erdem Kuntalp, ‘Bağımsız ve Sürekli Sınırlı Aynî Hakların Özellikle Üst Hakkının Taşınmaz Olarak İşlem Görmesi’ (1991) 4 TBBD 549 dn 50.

²⁶³Dar anlamda tasarruf işleminin konusu bağlamında bu şekilde bkz Ayiter 21; Vardar Hamamcıoğlu 92.

²⁶⁴Alacağın temlik işleminin konusu alacak hakkı olup; aynî talep yetkileri de, alacak hakkına kıyasen bu işlemin konusunu teşkil edebilir (Von Tuhr 849).

²⁶⁵Nomer ve Ergüne 501.

²⁶⁶Bkz Von Tuhr 826, 829, 833; Oğuzman ve Öz C II 561, 562.

²⁶⁷Hükümleri kişiye bağlı irtifak haklarında da tatbika medar olan taşınmaza bağlı irtifaklar bağlamında ve taşınmaz mükellefiyeti bağlamında, bu yönde bkz Ünal 139, 146-156, 157-167, 419. Üst hakkı bağlamında, aynı yönde bkz Ayan 129, 131.

²⁶⁸Üst hakkı irtifakı bağlamında, bu yönde bkz Nomer ve Ergüne 622.

²⁶⁹Üst hakkı bakımından, bu şekilde bkz Nomer ve Ergüne 623; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir 862 (zımnen).

²⁷⁰Bkz Nomer ve Ergüne 624.

doğrudan değil kıyasen tatbiki uyarınca, devir sözleşmesinin tanzimi için yazılı şekil yeterli olmayıp resmi şekil gerekir. Kanımızca, irtifak –mükellefiyet taşınmaz sınırlı aynî haklarının tesisindeki gibi (Tapu K m.26/ I), bu hakların devri sözleşmesinin (de) tapu müdürlüğü nezdinde akdolanması gerekecektir. Bu itibarla, tapu müdürlüğünce resmi sened tanziminde tescil talebinin de yer alacak olması nedeniyle (TST m.16/2, 21; TRSUEY m.7/i, 11/2, 13-14), iradi sebeple devren sınırlı aynî hak kazanma uyuşmazlıklarının ortaya çıkma ihtimali yok gibidir. Bu uyuşmazlıklar, irtifak – mükellefiyet hakkı devir vaadi sözleşmelerinin satış vaadi düzenleme yetkisine kıyasen noterlikçe tanzimine imkan verilmesiyle²⁷¹ zuhur edebilir. Söz konusu uyuşmazlık, ancak bu halde HUAK m.17/B/1 hükmü kapsamında arabuluculuğa konu olabilecek olup; muhtevasını da tasarruf işlemi olan tescil talebi teşkil edecektir. Taşınmaz rehin hakkının (ipoteğin) iradi sebeple devren kazanılmasının ise, burada alacağın temlik hükümleri doğrudan uygulanıp bu sözleşmenin tanzimiyle hak kendiliğinden intikal etmekle, HUAK m.17/B/1 hükmü kapsamında sınırlı aynî hak kazanma uyuşmazlığına vücut vermediğini²⁷², yukarıda açıklamış bulunuyoruz (II.B.1.a.ab).

Sonuç

Çalışmamızın ilgili başlıkları altında ortaya koyulan inceleme-araştırma bulguları, kısaca aşağıdaki gibi sıralanabilir.

7445 Sayılı Kanun kapsamında yürürlüğe sokulan ve Eylül 2023 tarihi itibarıyla uygulamaya girmiş olan HUAK m.17b ve 18b hükümleriyle, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar özel hükümlerle düzenlenmiştir. Söz konusu değişiklik ve yeniliklerle bazı taşınmaz mal uyuşmazlıkları dava şartı (mecburi) arabuluculuk kapsamına alınmış olduğundan, bu iki madde uygulama alanı arasında kısmi bir kesişme söz konusu edilebilirse de, HUAK m.17/B/1 hükmünde iki grup olarak zikrolunan (‘taşınmazın devri’, ‘taşınmazda sınırlı aynî hak kurulması’) uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurulması ihtiyaridir (dava şartı değildir). Keza, süreçte uyuşmazlıklı hakkı koruyucu tasarruf yetkisi kısıtlama şerhi imkanı (HUAK m.17b/2) sadece söz konusu özel hükme göre ihtiyari arabuluculuk (m.17/B/1) kapsamındaki taşınmaz mal uyuşmazlıklarına mahsustur. Ayrıca, icra edilebilirlik şerhi mecburiyeti (HUAK m.17b/3) de, genel hüküm (HUAK m.1/2) uyarınca (ihtiyari) arabuluculuğa konu olabilecek diğer taşınmaz mal uyuşmazlıklarından sadır uzlaşmaların tümü bakımından değil; ancak aynı hak tescil-terkin-tadil (kurucu mahiyetteki) olan anlaşma belgeleri itibarıyla söz konusu edilebilir.

HUAK m.17/B/1 hükmü kapsamındaki söz konusu iki grup taşınmaz mal uyuşmazlıkları, medeni usûl hukukunda başka bağlamda zımnen tanımlanan ve taşınmazın aynına ilişkin sayılmış olan (HMK m.12/1) dört uyuşmazlık kategorisi meyanında, taşınmaz aynî hak sahipliği-değişikliği uyuşmazlığı kabilinden olup; uyuşmazlığın aktif tarafı açısından, taşınmazda aynî hak kazanılması hedefine matuftur. Bu minvalde, ‘taşınmazın devri’ uyuşmazlıkları, devren iktisab suretiyle taşınmaz mülkiyetini nakil yükümlülüğü doğuran, iradi veya kanuni sebepli bir hak iddiasını havi iken; madde kapsamındaki diğer taşınmaz mal uyuşmazlığı kategorisi olan, ‘taşınmazda sınırlı aynî hak kazanılması’ uyuşmazlıkları irtifak-mükellefiyet-rehin haklarının yine iradi veya kanuni sebeple tesisen veya devren kazanılmasına yönelik hak iddiasını havidir.

Söz konusu uyuşmazlıklar, tümü bakımından değil de, taşınmaz aynî hakların kural olarak iradi sebeple (temelde borçlar hukuku sözleşmeleriyle) ve dolayısıyla cüzi intikal suretiyle sicil içi kazanılması hallerine ilişkin olanlar itibarıyla HUAK m.17/B/1 hükmü kapsamındadır. Bu açıdan, HUAK m.17/B/1 hükmü kapsamındaki taşınmazın devri uyuşmazlığı, devren iktisab suretiyle ve akdi-kanuni yükümlülük olarak mülkiyeti

²⁷¹Bkz yukarıda II.B.2.b.ba.

²⁷²Tapu müdürlüğü yazılı şekle tabi bu sözleşmenin kendi nezdinde yapılmadığı ahvalde temlik eden hak sahibinin sözleşmedeki imzasının noter onaylı olmasını aramakla (Nomer ve Ergüne 380 dn 208) birlikte, temlik eden buna yanaşmasa da yazılı temlikle hak sicil dışı intikal etmiş olacağından, bu durumda hakkın kurulması uyuşmazlığının zuhuru söz konusu değildir.

nakil borcu doğuran hukuki işlem (temelde satış sözleşmesi ve satış ilişkisi doğuran inşai hak kullanımı) kaynaklıdır. Taşınmazda sınırlı aynî hak kurulması uyuşmazlığı ise, tesisen veya devren iktisab suretiyle sınırlı aynî hak kurulması-kazanılması sadedinde, kural olarak iradi sebepli irtifak-mükellefiyet-rehin (ipotek) hakkı doğuran hukuki işlemlerden (temelde sözleşmeler) kaynaklanır. Bu uyuşmazlıklar aynî hakkı tesis veya devir borcuna ilişkin iltizamî işlemin ifası bağlamında ortaya çıkmaktadır.

Hukuk düzenimizde, taşınmaza ilişkin aynî hak devir-tesis sözleşmeleri kural olarak tapu müdürlüğü nezdinde akdolanabilir; resmi şekle tabi iltizamî işlemin yanısıra, bunun ifasına ilişkin tasarruf işlemi de (tescil talebi) tapu müdürlüğünde (veya taşınmaz satım akdine münhasır olarak noterlikçe) resmi senet tanziminde birlikte tesis olunmakta ve geciktirici şarta bağlanamaz (TST m. 16, 21; TRSUEY m.7/i, 11/2, 13-14 [NTSUEY m.7/3, 8/4]). Bu itibarla, bu uyuşmazlıklar temelde, harici tanzimli (asıl) sözleşme (önödeme) taşınmaz satışı veya kanunen muayyen (Tapu K m.26/VIII, X-XI; NK m.44) önsözleşme (satış vaadi-ipotek vaadi) kaynaklı olarak ortaya çıkacak ve muhtevasını da söz konusu taahhüdün ifası anlaşmazlığı oluşturmaktadır.

Sonuç olarak, HUAK m.17/B/1 hükmünün, daha ziyade taşınmazın devrine ilişkin uyuşmazlıklar bakımından uygulama alanı bulacağı belirtilebilir. Taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak kurulması (kazanılması) uyuşmazlıkları, temelde ipotek hakkı tesisine ilişkin olarak ortaya çıkabilecektir. Bu açıdan, kanımızca, hukuk sistemimizde taşınmaza ilişkin aynî hak kazanılması uyuşmazlıklarının hallinde ihtiyari arabuluculuğa başvurulmasının sınırlı olacağını söylemek kehanet olmaz.



Hakem Değerlendirmesi	Dış bağımsız.
Çıkar Çatışması	Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.
Finansal Destek	Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer Review	Externally peer-reviewed.
Conflict of Interest	The author has no conflict of interest to declare.
Grant Support	The author declared that this study has received no financial support.

Yazar Bilgileri	Cengiz Topel Çelikoğlu (Doç. Dr.)
Author Details	¹ Bursa Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Bursa, Türkiye
	 0000-0003-1261-4379  cengiztc@uludag.edu.tr

Bibliyografya | Bibliography

- Acar Faruk, *Rehin Hukuku Dersleri* (2. Baskı, Vedat Yayınevi 2017).
- Akça Nur, *İvazlı Miras Sözleşmeleri* (Yayımlanmamış Dr. Tezi, Gazi Üni SBE 2020).
- Akçaal Mehmet, 'Vasiyetnamenin Tenfizi Kavramı ve Vasiyetnamenin Tenfizi Davası' (2023) 8 (1) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 374-396.
- Akipek Öcal Ş, Doğramacı HŞ ve Çağlayan Aygün G, 'Noterlere Taşınmaz Satış Sözleşmesi Yapma Yetkisi Verilmesi Üzerine Bir Değerlendirme' (2023) 9 (2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 203-241.
- Akkanat Halil, *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi* (Filiz Kitabevi 2004).
- Akman Servet, *Taşkın İnşaat* (İstanbul Üni Yayını 1982).
- Aksoy Dursun Sanem, *Eşya Kavramı* (Onikilevha Yayınevi 2012).
- Antalya Gökhan, "Giriş Temel Kavram ve İlkeler", içinde G Antalya (ed), *Eşya Hukuku IV* (4. Baskı, Seçkin Yayınevi 2021).



- Antalya G ve Topuz M, "Tapu Sicili", içinde G Antalya (ed), *Eşya Hukuku IV* (4. Baskı, Seçkin Yayınevi 2021).
- Ayan Mehmet, *Eşya Hukuku III* (9. Baskı, Adalet Yayınevi 2020).
- Ayiter Kudret, *Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri* (Ankara Üni Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını 1953).
- Ayrancı Hasan, *Ön Sözleşme* (Yetkin Yayınevi 2006).
- Atamer Kerim, *Gemi ve Uçak İpoteğinin Hukuksal Temelleri* (Onikilevha Yayınevi 2012).
- Badur Emel, 'Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi' (2021) 9 (18) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 49-87.
- Badur E ve Kurt Konca N, 'Arabuluculuk Sürecinde Tapu Siciline Tasarrufu Kısıtlayıcı Şerh Konulması' (2023) 72 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 845-879.
- Bakırcı M K, 'Bedelsiz Terk Uygulamasının Özel Hukuk Bakış Açısıyla Değerlendirilmesi' (2012) 12 (2) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1005-1045.
- Barlas Nami, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri* (Vedat Kitabevi 1998).
- Başpınar Veysel, *Mülkiyet Hakkını İhlâl Eden Müdahaleler* (Yetkin Yayınevi 2009).
- Buz Vedat, *Medeni Hukukta Yenilik Doğurucu Haklar* (Yetkin Yayınevi 2005).
- Çabri Sezer, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* (2. Baskı, Seçkin Yayınevi 2021).
- Çelikoğlu C T, "6325 sayılı HUAK Uygulama Alanı Bağlamında Taşınmazın Aynına İlişkin Uyuşmazlıklar", içinde S Taşpınar Ayvaz ve E Hanağası (edr), Prof. Dr. B. Kuru'ya Armağan (Onikilevha 2025).
- Çetiner Bilgehan, *Taşınmaz Teminatı* (Filiz Kitabevi 2015).
- Doğan Murat, *Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi* (Seçkin Yayınevi 2004).
- Doğan Gül, *Ön Sözleşme* (Yeditepe Üni Yayını 2006).
- Dural M, Ögüz T ve Gümüş A, *Türk Özel Hukuku C.III- Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 2016).
- Durman Okay, *Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri* (Onikilevha Yayınevi 2009).
- Ekmekçi Ö, Özkes M, Atalı M ve Seven V, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk* (2. Baskı, (Onikilevha Yayınevi 2019).
- Erdem Ercüment, 'Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri' (2013) 8 (Özel Sayı) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 987-1018.
- Erel Şafak N, *Eşyaya Bağlı Borç* (Ankara Üni Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını 1982).
- Esmer Galip, *Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili* (6.Baskı, Tapu ve Kadastro Vakfı Yayını 1998).
- Esplugues Carlos, "Mediation in the EU After the Transposition of Directive 2008/52/EC on Mediation in Civil and Commercial Matters", in C Esplugues (ed), *Civil and Commercial Mediation in Europe:Cross-Border Mediation* (Intersentia Press 2014).
- Girgin Ö A, 'Taşınmaz Mülkiyetinin Kanundan Doğrudan Doğran Yararlanma Kısıtlamalarına İlişkin Ödevlerinin Kaldırılması veya Değiştirilmesi Anlaşmaları ve Bu Anlaşmaların Şerhi' (2019) 17 (203) Legal Hukuk Dergisi 4799-4822.
- Gözler Kemal, *İdare Hukuku C.I-II* (3. Baskı, Ekin Yayınevi 2019).
- Gözler Kemal, *Hukukun Genel Teorisine Giriş* (2. Baskı, Ekin Yayınevi 2023).
- Gümüş Mustafa A, *Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler* (2. Baskı, Vedat Kitabevi 2007).
- Karademir Aydemir Dilek, *Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi* (Adalet Yayınevi 2019).
- Hatemi Hüseyin (n 1), *Medeni Hukuk'a Giriş* (9. Bası, Onikilevha Yayınevi 2020).
- Hatemi Hüseyin (n 2), *Eşya Hukuku* (Onikilevha Yayınevi 2020).
- Hatemi Hüseyin (n 3), *Miras Hukuku* (9. Bası Onikilevha Yayınevi 2021).
- Kabaş Tezcan E, *Kazandırmanın Hukuki Sebebi* (Adalet Yayınevi 2022).
- Karahasan Mustafa R, *Yeni Türk Medenî Kanunu –Eşya Hukuku (Öğreti-Yargıtay Kararları-İlgili Mevzuat) C.I-II* (Beta Yayınevi 2002).
- Kapancı Kadir B, 'Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 17/B Maddesinin İkinci Fıkrasında Tapu Siciline Düşülebileceği Öngörülen Şerhin Hukuki Niteliği ve Meydana Getirebileceği Etkiler Üzerine Değerlendirmeler' (2023) 2 (1) MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 21-45.
- Kocabaş Gediz, *Sözleşmeden Doğan Geçit Hakkı* (Yayımlanmamış Dr Tezi, Marmara Üni SBE 2011).
- Kocayusufpaşaoğlu Necip, *Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme* (4. Basıdan 7. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi 2017).
- Kuntalp Erdem, 'Bağımsız ve Sürekli Sınırlı Aynî Hakların Özellikle Üst Hakkının Taşınmaz Olarak İşlem Görmesi' (1991) 4 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 528-551.
- Kurt Konca Nesibe, 'Arabuluculukta Özel Uzmanlık Uygulamasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler' (2022) 68 Adalet Dergisi 367-406.

- Kurt Konca N, ve Badur E, 'Taşınmazın Aynına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi' (2023) 14 (56) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 539-568.
- Kutlu Doğan N, '7392 Sayılı Kanun ile Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesine İlişkin Yapılan Değişiklik Hakkında Düşünceler' (2022) 7 (13) İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 521-540.
- Kürşad Zekeriya, *Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi* (Yayımlanmamış Dr. Tezi, İstanbul Üni SBE 2007).
- Nomer Haluk Nami, *Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Sonuçları* (Beta Yayınevi 2002).
- Nomer H N ve Ergüne M S, *Eşya Hukuku* (11. Bası, Onikilevha Yayınevi 2023).
- Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku- Genel Hükümler C.I-II* (13. Bası, Vedat Kitabevi, 2016-2017).
- Oğuzman K ve Barlas N, *Medeni Hukuka Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar* (22. Bası Vedat Kitabevi 2016).
- Oğuzman K, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, *Eşya Hukuku* (17. Baskı, Filiz Kitabevi 2014).
- Önen Ergun, *İnşai Dava* (Ankara Üni Yayını 1982).
- Özmen Ethem Saba, 'Noterlere Taşınmaz Satışı Verilmesine İlişkin Kanun' (2022) 4 Ankara Barosu Dergisi 502-540.
- Özmen E S ve Vardar Hamamcıoğlu G, *Önödemeli Konut Satış Sözleşmesi* (Onikilevha Yayınevi 2016).
- Özmumcu Seda, 'Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış' (2016) LXXIV (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 807-842.
- Özsunay Ergun, *Medeni Hukuka Giriş* (5. Bası, Güryay Matbaacılık 1986).
- Peksöz Vildan, *Medeni Usûl Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri* (2. Baskı, Onikilevha 2022).
- Peters N, 'The Enforcement of Mediation Agreements and Settlement Agreements Resulting from Mediation' (2019) 1-2 Corporate Mediation Journal 13-19.
- Pulaşlı Hasan, *Şirketler Hukuku Şerhi, C.I-IV* (4. Baskı, Adalet Yayınevi 2022).
- Reisoğlu Seza, *Menkul İpoteği* (Ankara Üni Hukuk Fakültesi Yayını 1965).
- Savaşan Eren, *Türk Medeni Kanunu Kapsamında Haksız Yapı* (Seçkin Yayınevi 2022).
- Serozan Rona, *Sağlararası İşlem Yoluyla Ölümüne Bağlı Kazandırma* (İstanbul Üni Yayınevi 1979).
- Serozan Rona (n 2), 'Taşınmaz Rehni' (2006) LXIV (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 301-324.
- Tanrıver S ve Ergüne M S, 'Noterlerin Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenlemesine İlişkin Hukuki Esaslar' (2023) (72 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 143-182.
- Ünal Mehmet, *Sınırlı Aynî Haklar* (2. Baskı, Savaş Yayınevi 2024).
- Van Rhee C, 'Mandatory Mediation Before Litigation in Civil and Commercial Matters: A European Perspective' (2021) 4 (12) Access to Justice in Eastern Europe 7-24.
- Vardar Hamamcıoğlu Gülşah, *Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı* (Onikilevha Yayınevi 2014).
- Von Tuhr Andreas, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı* (Çev Cevat Edege, 2. Baskı, Yargıtay Yayınevi 1983).
- Yakupoğlu S D, *Olumlu Miras Sözleşmesi ve Bağlayıcılık Sorunu* (Yayımlanmamış Dr. Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üni SBE 2019).
- Yavuz C, Acar F ve Özen B, *Türk Borçlar Hukuku-Özel Hükümler, C.I-II* (11. Baskı, Beta Yayınevi 2022).
- Yeşil Metin, *Tapu İşlemleri* (6. Baskı, Çizge Tanıtım Matbaacılık 1999).
- Yıldırım A ve Keskin D, "Olağanüstü Zamanaşımı ile Taşınmaz Mülkiyetinin Kazanılma Anı", içinde H Hatemi, S Oktay-Özdemir- ve G E Grassinger (edr), Prof Dr Ö. Seliçi'ye Armağan (Seçkin Yayınevi 2006).
- Yücer Aktürk İ, 'Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmelerinde Öncelik İlkesinin Uygulanabilirliği Sorunu' (2021) XVII (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 799-812.
- Zengin Hüseyin K, *Mecra Hakkı* (Yayımlanmamış Dr Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üni SBE 2021).