

KAMU ARAZİLERİNDE TURİZM AMAÇLI KURULMUŞ ÜST HAKKI ÜZERİNDE KAT MÜLKİYETİ (KAT İRTİFAKI) KURULAMAMASINA YÖNELİK SINIRLAMA ÜZERİNE ELEŞTİRİ^(*)

Alper İŞIKAL^(**)

Öz

2634 sayılı Turizm Teşvik Kanunu (“**Kanun**”) kapsamında kamu arazilerinin üst hakkı kurulması yoluyla özel hukuk işlemlerine tabi olmasının yolu açılmış bulunmaktadır. Ancak söz konusu Kanun’un 37. maddesinin (A) bendinin (2) numaralı alt bendinin vermiş olduğu yetkiyle T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı (“**Bakanlık**”) tarafından yayımlanan 1134 sayılı Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik (“**Yönetmelik**”) 18-a-6’da yer alan turizm belgeli konaklama tesislerinin konaklama birimleri üzerinde devre mülk, kat irtifakı ve kat mülkiyeti kurulamayacağına yönelik sınırlama (“**Sınırlama**”) getirilmiştir. Sınırlama’daki gerekçe her ne kadar apart, butik villa gibi mesken niteliği taşıyan yapıların 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 3. maddesine aykırı kullanımlarını önlemek olsa da amacını aşan ve dayanağı bulunamayan bu düzenleme ile 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (“**TMK**”) ile bahsedilmiş bir hakka hâle getirmekten öteye gitmemektedir. Bunun yanı sıra turizm yatırımcıları ve işletmecileri ise Kanun’la getirilen imkândan beklenen düzeyde yarar elde edememektedir.

Maalesef kamu idareleri, üst hakkı kavramını tam anlayamamaktadır. Buna bağlı olarak da pek çok kamu mevzuatında TMK ile çelişkiler içeren hükümler mevcuttur. Bahsi geçen düzenleme ile bağımsız ve sürekli üst hakkı bakımından TMK’de ve Kanun’da düzenlenmemiş bir sınırlama getirilmiştir. TMK’nin 726. maddesi bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkı olarak tapuya kayıtlı bulunan taşınmaz üzerinde kat mülkiyetinin tesis edilmesine cevaz vermektedir. TMK’de üst hakkına ilişkin yasal bir çerçeve oluşturulmuş, usul ve esaslar belirlenmiştir. Normlar hiyerarşisinde TMK’den alt basamakta yer alan Yönetmelik ile turizm tesislerinde kat mülkiyeti tesisinin yasaklanması mümkün değildir. Ayrıca, genellikle asil fonksiyonları kamu hizmeti olan kamu idarelerinin, gayrimenkul ticareti yapma hedefleri ve kendi taşınmazları üzerinde bir proje geliştirme imkânları bulunmamaktadır. Tam bu esnada üst hakkı önemli bir rol oynamakta ve kamu malı niteliğindeki taşınmazların değerlendirilmesi için önemli bir işlev üstlenmektedir. Fakat kamu hukuku mevzuatında düzenlenmiş olan üst hakkı ile TMK’de düzenlenen üst hakkı hükümleri arasında, medeni hukuk ile açıkça çelişen düzenlemeler bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Üst Hakkı, Kat Mülkiyeti, Kat İrtifakı, Kamu Arazilerinde Turizm Amaçlı Kurulmuş Üst Hakkı, Kamu Arazilerinde Turizm Amaçlı Kurulmuş Üst Hakkı Üzerinde Kat Mülkiyeti Kurulamamasına Yönelik Sınırlama.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 06.12.2022 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 18.01.2023, DOI No: 10.54704/akdhfd.1215494.

^(**) Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi / İstanbul, Türkiye.

E-posta: alper.isikal@isikallaw.com,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-3093-9193>.



“This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)”

CRITICISM ON RESTRICTION REGARDING THE ESTABLISHMENT OF CONDOMINIUM (CONSTRUCTION SERVITUDE) ON THE RIGHT OF CONSTRUCTION ESTABLISHED FOR TOURISM PURPOSES ON PUBLIC LANDS

Abstract

Within the scope of the Tourism Promotion Law numbered 2634, public lands to be subject to private law transactions by establishing a right of construction have been made possible. However, it has been restricted to establish time-share, construction servitude and construction right on the accommodation units of the accommodation facilities with tourism mentioned in sub-clause a of clause 6 of Article 18 Regulation on Qualifications of Tourism Facilities published by the Ministry of Culture and Tourism of Turkish Republic with the authorization given by sub-clause 2 of clause A of article 37 of Tourism Promotion Law numbered 2634. Although the reason for this limitation was brought to prevent the use of residential structures such as apartments and boutique villas in violation of Article 3 of the Zoning Law No. 3194, this regulation, which exceeds its purpose and has no basis, does not go beyond harming a right granted by the Turkish Civil Code numbered 4721. In addition, tourism investors and operators cannot benefit from the opportunity brought by the Law at the expected level.

Unfortunately, public administrations do not fully understand the concept of right of construction, and accordingly, there are provisions in many public legislations that contain contradictions with Turkish Civil Code numbered 4721. With Regulation on Qualifications of Tourism Facilities, a limitation that is not regulated in the Turkish Civil Code numbered 4721 and Tourism Promotion Law numbered 2634 has been brought to independent and permanent right of construction. Article 726 of Turkish Civil Code numbered 4721 allows the establishment of condominium on the immovable registered in the title deed as an independent and permanent right of construction. In Turkish Civil Code numbered 4721, a legal framework has been constituted regarding the right of construction, and the procedures and principles have been determined. It is not possible to restrict the establishment of condominium in tourism facilities with the Regulation on Qualifications, which is inferior than Turkish Civil Code numbered 4721 in the hierarchy of norms. In addition, since public administrations, whose main functions are public services, do not have target of real estate trade and do not have the opportunity to develop a project on their own immovables, the right of construction plays a role at this time and undertakes an important function for the evaluation of public property immovables. However, there are conflicting provisions with civil law between the right of construction regulated in the public law legislation and the provisions of the right of construction regulated in the Turkish Civil Code numbered 4721.

Keywords

Construction Right, Condominium, Construction Servitude, Construction Right Established for Tourism on the Lands of Public, Restriction on Establishment on Construction Right Established for Tourism on the Lands of Public.

Extended Abstract

Within the scope of the Tourism Promotion Law numbered 2634, it is now eligible for public lands to be subject to private law transactions by establishing a right of construction. This is because the right of construction is an easement right that gives the owner the authority to build a structure that belongs to her/him or to preserve the existing structure on or under an immovable property belonging to someone else. By this way, an independent and permanent right of construction which is registered in the title deed allows the establishment of condominium on that immovable.

It is important to state the legal bases for such a right; in other word the right to establish a condominium on an immovable with the right of construction. The Constitution of the Republic of Turkey is the main law that gives such right by mentioning the right of possession. Also, within the scope of the Tourism Promotion Law numbered 2634, public lands to be subject to private law transactions by establishing a right of construction have been made possible. Some of the other legislations that stipulates such right is Turkish Civil Code numbered 4721, the Land Registry Rules, Circular No. 1705 dated 15.06.2010 of the Ministry of Public Works and Settlement, General Directorate of Land Registry and Cadastre, Department of Savings Transactions and etc.

However, a restriction has been imposed with the violation of the fundamental principles of law. To be more precise; it has been restricted to establish time-share, construction servitude and construction right on the accommodation units of the accommodation facilities with tourism mentioned in sub-clause a of clause of 6 of Article 18 Regulation on Qualifications of Tourism Facilities published by the Ministry of Culture and Tourism of Turkish Republic with the authorization given by sub-clause 2 of clause A of article 37 of Tourism Promotion Law numbered 2634.

This regulation which exceeds its purpose and has no basis, violates the hierarchy of norms; since regulations cannot be contrary to the laws, presidential decrees and by-laws. Besides, Article 124 of the Constitution stipulates that the President of the Republic, the ministries, and public corporate bodies may issue regulations in order to ensure the implementation of laws and presidential decrees relating to their jurisdiction, as long as they are not contrary to these laws and decrees. To be clearer; in the Turkish Civil Code, a legal framework has been established regarding the right of construction, and the procedures and principles have been determined. It is not possible to prohibit the establishment of condominium in tourism facilities with the Regulation on Qualifications of Tourism Facilities, which is at the lower level of the Turkish Civil Code in the hierarchy of norms.

As it is obvious, it is not possible to restrict the establishment of condominium in tourism facilities with the Regulation on Qualifications of Tourism Facilities, which is contrary to the laws and also inferior than Turkish Civil Code numbered 4721 in the hierarchy of norms.

In addition to the violation of the hierarchy of norms; investors and operators cannot benefit from the opportunity brought by the Law at the expected level. Since public administrations, whose main functions are public services, do not have target of real estate trade and do not have the opportunity to develop a project on their own immovables, the right of construction plays a role at this time and undertakes an important function for the evaluation of public property immovables.

For the reasons briefly mentioned above, it would be appropriate to add an additional explanatory article, which is also in parallel with the Turkish Civil Code, to all public legislation containing the articles regarding the right of construction, stating that the owner of the immovable and the owner of the construction right have the rights specified in the Turkish Civil Code. By this way; public law legislation and civil law legislation regarding the right of construction will be compatible with each other. Moreover, the provisions governing the right of construction in the public law legislation will remain valid without any violation of the hierarchy of norms and also therefore without any conflict with the provisions of the Turkish Civil Law and any other superior law such as the Constitution of the Republic of Turkey.

I. ÜST HAKKI KAVRAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÇEŞİTLERİ

A. ÜST HAKKI KAVRAMI

Üst hakkı, TMK madde 726 ve madde 826-836'da düzenlenmektedir. TMK'nin iki farklı yerinde üst hakkı hükümlerinden bahsedilmektedir. Bunun sebebi ise TMK'nin sistematığı gereği ilk önce taşınmaz mülkiyetinin kapsamı bakımından bir istisna olması nedeniyle taşınmaz mülkiyetinin kapsamı (içeriği) bölümünde üst hakkını TMK madde 726'da tanımlanmasıdır. Bu tanımlamadan sonra, üst hakkı sahibi ile yükümlü taşınmaz maliki arasındaki hukuki ilişkiyi TMK madde 794 vd. hükümleri ile başlayan intifa hakkı ve diğer irtifak haklarını belirtmiş olduğu bölümde, TMK'nin 826. ve 836. maddeleri arasında düzenlenmesidir.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 21.01.2008 tarihli, Esas (E.) 2007/113277 ve Karar (K.) 2008/323 sayılı kararında¹ üst hakkını, sahibine başkasının taşınmazı üs-

¹ *Türk Medeni Kanunu'nun Dördüncü Kitabı "Eşya Hukuku" ana başlığı altında, Birinci Kısımın Birinci Bölümünde "Mülkiyetin Genel Hükümleri", İkinci Bölümde "Taşınmaz Mülkiyeti" düzenlenmiştir. İkinci Bölümün Birinci Ayırımında "Taşınmaz Mülkiyeti", İkinci Ayırımında "Taşınmaz Mülkiyetinin İçeriği ve Kısıtlamalarına" yer verilmiştir. Bu şekilde yapılan düzenleme, üst hakkının eşya hukukundaki yerini*

tünde veya altında bir yapı inşa etme ya da mevcut bir yapıyı koruyarak bunların maliki olma yetkisini sağlayan bir irtifak hakkı olarak tanımlanmış ve böylece üst hakkının muhtevası ana hatlarıyla çizmiştir.²

Üst hakkı, mahiyeti itibariyle bir irtifak hakkıdır ve mülkiyetin maddi kapsamında bir istisna teşkil eder. Taşınmaz mülkiyetinin kapsamı (içeriği) hususunun düzenlendiği TMK madde 718-730 hükümlerinde, arazideki yapıların durumunun incelendiği TMK madde 722-728 hükümlerinde, üst hakkı ile ilgili olarak, bir başkasının taşınmazı altında veya üstünde üst irtifakına dayanarak sürekli kalmak üzere inşa edilen yapıların mülkiyetinin üst hakkı sahibine verildiği belirtilmiştir.

Bu yazıda da üst hakkı kavramını tanımlarken, TMK'nin sistematığına uygun olarak taşınmaz mülkiyetinin kapsamında birleşme ilkesinin bir istisna durumu olarak tanımlamak uygun olacaktır. Üst hakkı, TMK madde 718'de belirtilen üstün alta tâbi olması kuralını (superficies solo cedit) yani birleşme ilkesini kesintiye uğratan istisnalardan birisidir.³ TMK madde 726/1'de üstün alta tâbi olması prensibine istisna getirmektedir. Burada konunun daha iyi anlaşılması için taşınmaz mülkiyetinin kapsamına kısaca değinmekte fayda vardır. Üst hakkı, son yıllarda ekonomik ve sosyal işlevlerinin ön plana çıkmasıyla birlikte eskiye nazaran daha tercih edilebilir bir hal almıştır. Bununla beraber üst hakkı, çeşitli hukuk sistemlerinde kabul edilmiş ve çeşitli hükümlerle düzenleme alanı bulmuştur. Üst hakkının esasına girebilmek için eşya hukukunda bağlantılı olduğu temel ilke ve kavramları incelememiz gerekir. Bu doğrultuda birleşme ilkesini irdelemek, üst hakkının esasını konusunda en pratik ve doğru tanımı gösterecek yoldur.

Birleşme ilkesi, taşınmaz hukukunun temel ilkelerinden birisi olup, TMK madde 718'de "*Arazi üzerindeki mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar. Bu mülkiyetin kapsamına,*

ve taşınmaz mülkiyeti ile olan ilgisini belirleme bakımından önem taşımaktadır." (Y 6. HD, 21.01.2008, E. 2007/113277, K. 2008/323), Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (08.10.2018), Erişim tarihi: 01.10.2022.

² Üst hakkı tanımını için bkz. Selahattin Sulhi Tekinay, *Eşya Hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı*, Cilt I (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978), 625.; Vecdi Aral, *İnşaat (Üst) Hakkı*, 1. Basım. (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1962), 1.; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 15. Basım*. (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2012), s. 856.; Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku Genişletilmiş 4. Basım* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2008), 386.; Kemal T. Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978), 948.; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku*, 10. Basım, (İzmir: Meta Basım, 2012), 369, 507.; Müge Erekmekçi, *Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Modeli Çerçevesinde Üst Hakkı*, 1. Basım, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 62.; Barış Demirsatan, *Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları*, 1. Basım, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016), 9.

³ Tekinay, *Eşya Hukuku*, 625.; Aral, *İnşaat (Üst) Hakkı*, 29-30.; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 386.; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 948.; Mehmet Ünal, *Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı*, 1. Basım, (Ankara: Yetkin Yayınları, 1988), 1.; Alper Gümüş, *Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri ile Karşılaştırmalı Olarak Eski Medeni Kanun'un Üst Hakkına İlişkin Hükümlerinde Üst Hakkı İlişkisinin Tarafları ve İlgileri için Kabul Edilmiş "Tazminat (Bedel) Alacakları" ve "İpotek Hakları", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan*, c. II. (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2003), 535.; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 369-507.; Demirsatan, *Üst Hakkı Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları*, 10.

yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere yapilar, bitkiler ve kaynaklar da girer.” şeklinde hüküm altına alınmıştır. Diğer bir ifadeyle, taşınmazla birlikte sürekli bir şekilde birleşen veya bir taşınmazda bulunan her şey, bağımsız bir şey olma niteliğini kaybetmemektedir.⁴ Mülkiyet hakkının kapsamı doktrinde mülkiyet hakkının yatay ve dikey kapsamı olarak sınıflandırılmıştır.⁵ Buradaki maksat, arazi üzerindeki mülkiyetin kapsamını, arazinin sınırları ile yani sınırları yeterli derecede belirli toprak yüzeyini belirlemektir. Sınırları belirlenen toprak parçası üzerindeki mülkiyet sadece yüzeye münhasır olmadığından, toprak yüzeyi üzerindeki hava tabakasının bir kısmı ile toprak tabakasının bir kısmını da kapsadığını anlatmaktadır. TMK madde 718/2’de mülkiyet hakkının kapsamı nedeniyle prensip olarak arazi üzerindeki inşa edilen, dikilen ve kaynakların o arazinin mülkiyetine tabi olduğu; ancak bunun kanuni kısıtlamalarının ve istisnalarının olduğu belirtilmektedir. Bu sınırlamalar söz konusu arazi üzerinde başkasının malzemesi ile yapılan yapılar ile ilgili TMK madde 722 ve devamı hükümleri ile düzenlemiştir.

Bir arazideki yapının o arazinin mülkiyetine tabi olacağı kuralının yukarıda da değinildiği üzere bazı istisnaları mevcuttur. Arazideki yapının o arazinin mülkiyetine tabi olacağı kuralının birinci ve en önemli istisnası, TMK madde 726’da belirtildiği üzere, bir kimseye ait arazideki yapıya, başka bir kişinin “üst hakkına” dayanarak malik olabilmesidir. Diğer bir deyişle üst hakkı, inşaata, üzerinde inşa edildiği taşınmazdan bağımsız olarak bir kimlik kazandırmaktadır.⁶ Böylece inşa edilen yapı, üzerinde veya altında aldığı yeryüzü parçasından (sathı zemin) ayrılmakla kendine özgü bir mülkiyet objesi haline gelmektedir.⁷ Bu sebeple üst hakkının kamu malları üzerinde tesis edilmiş olması onların devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan bir kamu malı olma niteliğini de etkilememektedir. Zira üst hakkının konusu sadece inşaatın kendisi olmaktadır. Bu konu kapsamında inşaatın yapıldığı arazi girmemektedir.⁸

Üst hakkı kavramının bu vesilesiyle daha iyi anlaşıldığı ve bu aşamadan itibaren üst hakkının hukuki niteliğinin irdelenmesi faydalı olacaktır.

B. HUKUKİ NİTELİĞİ

Üst hakkı bir özel hukuk düzenlemesi olarak aynı haklar içerisinde yer alır. Üst hakkının hukuki niteliği hakkında doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Dokt-

⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 244.; Ünal, *Üst Hakkı*, 46.

⁵ Aydın Aybay, Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku*, 3. Bası, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 207.; A. Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, 1. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 409.; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 356.; Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, *Eşya Hukuku*, 471-482.

⁶ Ünal, *Üst Hakkı*, 48.; Osman Berat Gürzumar, *Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Kısmen Genişletilmiş 2. Basım*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2001), 32.

⁷ E. Saba Özmen ve Tuğba Korkmaz, “Kamu Arazilerinde Turizm Amaçlı Kurulmuş Üst Hakkının Sona Ermesinde Yaşanan Problemler”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1, (2020), 153-186.

⁸ Şahit Akıncı, “Seracılığın Geliştirilmesi Amacıyla Kamu Arazisi Üzerinde Üst Hakkı Tesisi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6, S. 1-2, (1998) 779.

rindeki bir görüş taraftarları, üst hakkının mülkiyet hakkı olduğunu savunurken, diğer bir görüşü savunanlara göre ise üst hakkı bir sınırlı aynî haktır.⁹

Üst hakkının sahibine verdiği yetkiler, hükümleri ve sonuçları bir arada değerlendirildiğinde, ilk olarak üst hakkının mülkiyet hakkı niteliğinde olduğu kanısı uyanmaktadır. Zira üst hakkı, sahibine oldukça geniş yetkiler tanımaktadır. Hak sahibi, hem bina ve yüklü taşınmazdan doğrudan doğruya yararlanmakta hem de üçüncü kişilere karşı doğrudan ileri sürülebilen yetkilere sahip olmaktadır. Ayrıca bu hak tasarruf işlemlerine konu olabilmekte ve hak sahibinin ölümünün ardından mirasçılara geçebilmektedir.¹⁰ Hak sahibi, yüklü taşınmaz üzerinde bina yapma, yıkma, tadil etme, binayı dilediği gibi kullanma ve tasarruf etme haklarına da sahip olmaktadır. Üst hakkının hak sahibine tanıdığı bu yetkiler ve hakkın kapsamı, ancak mülkiyet hakkı sahibine tanınacağı düşüncesinden hareketle, bu hakkın mülkiyet hakkı olduğunu savunan bir görüş vardır. Üst hakkı, sahibine, gerçekte mülkiyet hakkının sahibine bahsettiği tüm yetkileri verdiğinden, hukuki niteliğinin değerlendirilmesinde bu hususların dikkate alınması ve mülkiyet hakkı olarak nitelendirilmesi gerektiği savunulmaktadır.¹¹

Üst hakkını, mülkiyet hakkı olarak nitelendiren hukuk sistemleri ve yazarlar mevcut olduğu gibi mevzubahis hakkın sınırlı aynî hak olduğunu kabul eden ve ileri sürenler¹² de mevcuttur. Bu görüşü savunanlar üst hakkını, mülkiyet hakkı gibi tam ve mutlak bir ayni hak olarak görmezler. Bu görüşü savunanlara göre, üst hakkı sadece mülkiyet hakkının bazı unsurlarını içeren ve ondan bir parça ihtiva eden sınırlı bir ayni haktır. Bu görüş de kendi içinde ayrılarak ikiye bölünmüş durumdadır. Bir görüşe göre, bu hak *sui generis* (kendine özgü) iken diğer bir görüşe göre ise olağan sınırlı bir ayni haktır¹³. Esas itibarıyla üst hakkı şahsi irtifaklardan da olsa aynı zamanda eşyaya bağlı olarak¹⁴ veya bağımsız ve sürekli şekilde¹⁵ de

⁹ Üst hakkının mülkiyet hakkı olarak nitelendirilmesi gerektiğine dair görüşler için bkz. Ünal, *Üst Hakkı*, 80.; Ayrıca üst hakkının sınırlı ayni hak olduğuna ilişkin görüşler için bkz. Tekinay, *Eşya Hukuku*, 626.; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 387., Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 948.

¹⁰ Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 387.; Ünal, *Üst Hakkı*, 80.

¹¹ Ünal, *Üst Hakkı*, 80.

¹² Tekinay, *Eşya Hukuku*, 626.; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 387., Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 948.

¹³ Ünal, *Üst Hakkı*, 83.

¹⁴ Üst hakkının eşya üzerinde kurulabileceğine ilişkin görüşler için bkz. Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, *Eşya Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991), 708.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 857.; Ünal, *Üst Hakkı*, 146.; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 387.; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 950.; Gürzumar, *Üst Hakkı*, 12, 55; Gümüş, *Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri ile Karşılaştırmalı Olarak Eski Medeni Kanun'un Üst Hakkına İlişkin Hükümlerinde Üst Hakkı İlişkinin Tarafları ve İlgileri için Kabul Edilmiş "Tazminat (Bedel) Alacakları" ve "İpotek Hakları"*, *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan*, 535; Demirsantan, *Üst Hakkı Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları*, 20.

¹⁵ Hasan Erman, *Eşya Hukuku Dersleri, Gözden Geçirilmiş 3. Basım*, (İstanbul: DER Yayınları, 2013), 158.

kurulabilmektedir. Bu nedenle doktrinde “düzensiz irtifak” olarak adlandırılır.¹⁶ Üst hakkı, aynı ve şahsi irtifak¹⁷ biçiminde de tesis edilebildiği için “karmaşık irtifak” şeklinde de isimlendirilmektedir. GÜMÜŞ, karmaşık irtifak olarak tanımlanması yerine seçimlik irtifak olarak bahsedilmesini tercih etmektedir. Gümüş’e göre, bu tanımın belirlenmesi sonucunda da şahsi irtifak tanımına sadece intifa ve süknâ hakları dahil edilmektedir.¹⁸ Esener ve Güven ise üst hakkının, şahsi ve aynı irtifaklar tarzında kurulabiliyor olmasına, kapsamı bakımından karmaşık irtifaklar olarak nitelendirilebiliyor olmasına karşın şahsi irtifaklara ilişkin genel hükümlerden farklı özelliklerinin bulunmasını gözeterek “atipik irtifaklar” olarak anılmasını daha uygun bulmaktadır.¹⁹

Yine bu bağlamda üst hakkı, düzenlenme biçimi, muhteviyatını, kurallarını ve dayanaklarını bulunduğu kanun sistematığı itibarıyla bir özel hukuk müessesidir.²⁰

Özetlemek gerekirse, üst hakkının hukukî niteliğinin “mülkiyet hakkı”, “sui generis” bir sınırlı aynî hak ve “olağan” bir sınırlı aynî hak olduğu görüşleri mevcut olup, tam bir görüş birliği sağlanmamıştır.

Üst hakkının TMK’de açıkça irtifak hakkı olarak düzenlenmesi nedeniyle ve ayrıca hak sahibine geniş yetkiler tanınsa bile hak sahibinin inşaat üzerindeki mülkiyet hakkının üst hakkından bağımsız bir hukukî statüye tabi olmaması, tasarruf yetkisinin halen yüklü taşınmaz malikinde kalmasından hareketle üst hakkı, bir irtifak hakkıdır.

Bu aşamaya kadar üst hakkı kavramı ve hukuki niteliği üzerinde kısaca açıklamalarda bulunulmuştur. Bu çalışmada inceleyeceğimiz üst hakkı çeşidi ise bağımsız ve sürekli üst hakkıdır.²¹

¹⁶ Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Eşya Hukuku*, 704 vd.; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 386.; Gümüş, *Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri ile Karşılaştırmalı Olarak Eski Medeni Kanun’un Üst Hakkına İlişkin Hükümlerinde Üst Hakkı İlişkinin Tarafları ve İlgileri için Kabul Edilmiş “Tazminat (Bedel) Alacakları” ve “İpotek Hakları”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan*, 535.; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 947.

¹⁷ TMK md. 826/1 hükmü uyarınca, üst hakkının bir kişiye, bir başkasının taşınmazı üzerinde yapı inşa etmek veya mevcut yapıyı muhafaza etmek yetkisi veren bir irtifak hakkı olması, bu hakkın şahsi irtifak olduğu anlamını taşımaktadır.

¹⁸ Gümüş, *Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri ile Karşılaştırmalı Olarak Eski Medeni Kanun’un Üst Hakkına İlişkin Hükümlerinde Üst Hakkı İlişkinin Tarafları ve İlgileri için Kabul Edilmiş “Tazminat (Bedel) Alacakları” ve “İpotek Hakları”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan*, 535.

¹⁹ Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 386.

²⁰ Ahmet Kürşat Ersöz ve Agah Kürşat Karauz, “Turizmi Teşvik Amacıyla Kamu Taşınmazları Üzerinde Tesis Edilen Üst Hakkından Doğan Hasılat Payı Hesabında, Taraflar Arasındaki Sözleşme Hükümlerine Rağmen Yönetmelikle Değişiklik Yapılabilir mi?”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 153 (2019), 1015.

²¹ Diğer üst hakkı çeşitlerinin neler olduğundan kısaca bahsetmek gerekirse bunlar; şahısla bağlı üst hakkı, şahsa bağlı üst hakkı, bağımsız üst hakkı, bağımsız ve süreli üst hakkı, eşyaya bağlı üst hakkıdır.

Üst hakkının bağımsız olmasından maksat, üst hakkının ne belli bir taşınmaz ne de münhasıran belirli kişi lehine kurulmamış olmasıdır. Otuz yıl ve daha üzeri süreli olan üst hakları, aksine bir düzenleme olmadıkça, sürekli olarak nitelendirilir.²² Üst hakkının bağımsız nitelikte olması ve en azından otuz yıllığına tesis edilmesi durumunda, üst hakkı sahibinin talebi üzerine tapu sicilinde çıplak mülkiyetin bağlı olduğu ana gayrimenkulden bağımsız olarak ayrı bir tapu sicili sayfası açılabilir ve böylece üst hakkının bir taşınmaz gibi işlem görmesi sağlanabilir.²³ Bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkı, hak sahibinin yazılı istemi üzerine taşınmazın bulunduğu yerdeki tapu sicilinin bağımsız bir sayfasına kaydedilir ve bu suretle kurulmuş olur.²⁴

II. YÖNETMELİK İLE GETİRİLEN SINIRLAMANIN ÜST HAKKI BAKIMINDAN TMK VE NORMLAR HİYERARŞİSİ NEZDİNDE İNCELEMESİ

Kanun'un 8. maddesi kapsamında, kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri ve turizm merkezleri içinde her ölçekteki planları yaptırmaya, yapmaya, re'sen onaylamaya ve tadil etmeye Bakanlık yetkili kılınmıştır. Hazineye ait olan yerlerin de T.C. Maliye Bakanlığı tarafından Bakanlık'a tahsis edileceği belirtilmiştir.²⁵

²² Erekmeççi, *Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Modeli Çerçevesinde Üst Hakkı*, 68.; Eski Medeni Kanun'da ise bu süre minimum yirmi yıl olarak belirlenmişti. Ayrıca bkz. Gümüş, *Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri ile Karşılaştırmalı Olarak Eski Medeni Kanun'un Üst Hakkına İlişkin Hükümlerinde Üst Hakkı İlişkisinin Tarafları ve İlgileri için Kabul Edilmiş "Tazminat (Bedel) Alacakları" ve "İpotek Hakları", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan*, 536., Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 388.; Peter R. Isler Peter R.ve Renato Costantini, ve Kommentar, Basler., Obligationenrecht II, (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011), 1497.

²³ Tekinay, *Eşya Hukuku*, 625.; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku* 388.; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 951.; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 508.

²⁴ Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 389.; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 951-952.; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 508. Tapu Sicil Tüzüğü md. 30 uyarınca, bağımsız ve sürekli irtifak hakları, tapu kütüğünün en son sayfasına tescil edilir ve bu suretle taşınmaz ve üzerindeki hakların tapu kütüğü sayfaları arasında bağlantı sağlanmış olur.

²⁵ Hazine mülkiyetinde yeteri kadar alanın bulunmaması durumunda da 6831 sayılı Orman Kanunu'na göre, orman sayılan yerlerden Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesi uyarınca belirtilmiş alanlar yine talebin olması durumunda bu talebin iletilmesinden itibaren geçecek en geç bir aylık süre içerisinde Çevre ve Orman Bakanlığı tarafından Kültür ve Turizm Bakanlığı'na tahsis olunacaktır.

Turizme tahsis edilecek alanın, ilin genelinde bulunan toplam orman alanının binde 5'ini ve yapılaşmaya esas inşaat hakkı, emsal 0.30'u geçmeyecek; ayrıca doğrudan belirtilen ağaçlandırma ve bakım işlerinde kullanılmak şartıyla, turizm yatırımının yapılması amacıyla tahsis edilen orman alanının üç katına denk gelecek alanın ağaçlandırması, bedelinin ve ağaçlandırılan bu alanın üç yıllık bakım bedelinin, Orman Genel Müdürlüğü hesabına gelir olarak yatırımcı tarafından ödemesi gerekecektir. Kaydedilen tutar karşılığında ödenek öngörülür. Belirtilen bedelin yatırılmaması durumunda, yatırımcıya turizm yatırımı veya işletmesi belgesi verilmeyecektir.

Kamu kuruluşlarına ait olanlar, talep tarihinden başlayarak kanuni süre içerisinde, diğer gerçek ve tüzel kişiler ile vakıflara ait olup, turizm işletmesi belgesine sahip olmayanlar, Kültür ve Turizm Bakanlığı'na kamulaştırılarak yine kanuni süre içerisinde Hazine adına tapuya tescil ve Bakanlığa tahsis edilir.

Kanun'unun 8/D maddesi²⁶ uyarınca, taşınmaz malların turizm amaçlı kullanımını düzenleyen ilgili Kanunu'nun 8. maddesi ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 6831 sayılı Orman Kanunu'na uyulmaksızın belirli koşulların varlığı halinde Bakanlık'ın tasarrufuna geçen taşınmazlar üzerinde bağımsız ve daimî irtifak haklarının kurulabileceği belirtilmiştir. Kanun'un madde 8/C ve madde 8/D hükümleri, uyruk gözetilmeksizin gerçek veya tüzel kişilerin, Bakanlık'ın tasarrufu altında olan taşınmazlar üzerinde üst hakkı tesisini gerçekleştirebilmesine açıkça imkân tanımıştır.

Üst hakkı özel bir hukuk müessesesi olduğundan bu çalışmanın “*TMK Hükümleri Kapsamında İnceleme*” başlığında da bahsedilmiştir. Tarafların eşit iradeleri ile, karşılıklı edimlerin taahhüt edilmesi neticesinde üst hakkı tesis edilir. Bu bakımdan üst hakkı sözleşmesi çift taraflı bir özel hukuk sözleşmesidir. Bir yanın kamu idaresi olduğu üst hakkı sözleşmelerinde, üst hakkının tesis edilmesine dayanak teşkil eden faaliyet konusuna göre öncelikle özel kanun hükümlerine atıf yapılmakta, devamında ise ilgili mevzuat hükümlerinin nazara alınacağına dair hükümlere yer verilmektedir. Bu durumda ise uyuşmazlığın ortaya çıkması halinde önce sözleşme hükümlerinin, ardında ilgili özel kanun hükümlerinin ve en son olarak TMK hükümlerinin uygulanması gerektiği göz önünde tutulmalıdır.²⁷

Bu başlık altında ise bu vesileyle üst hakkı tesis edilmiş turizm belgeli konaklama tesislerinin konaklama birimleri üzerindeki Sınırlama'nın TMK ve normlar hiyerarşisi nezdinde incelemesi yapılacaktır.

A. TMK HÜKÜMLERİ KAPSAMINDA İNCELEME

Bağımsız ve sürekli olan bir üst hakkı, gayrimenkul niteliğindedir. Sınırlı bir aynı hak olarak üst hakkı süresi boyunca bir taşınmaz malikinın sahibi olduğu tüm tasarruf yetkilerini kullanabilir.²⁸ Taşınmaz niteliğinde olan yani bağımsız ve sürekli olan bir üst hakkı, üst hakkı sahibine, söz konusu yüklü taşınmaz üzerinde inşaat yapabileme; yapılan bu inşaatın tamamını veya bazı bölümlerini kiraya verebilme; inşaat üzerinde bir üçüncü kişi lehine bir intifa hakkı veya yeni bir üst hakkı tanıyabilme; üst hakkı üzerinde bir kat irtifakı, kat mülkiyeti hakkı tesis edebilme²⁹; üst hakkını tamamen veya kısmen üçüncü bir şahsa devredebilme;

²⁶ 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu madde 8/D: “*Bakanlığın tasarrufuna geçen taşınmazları (C) fıkrası uyarınca tespit edilmiş olan şartlarla Türk ve yabancı uyruklu gerçek ve tüzel kişilere tahsis etmeye Bakanlık yetkilidir. Bu taşınmazlar üzerinde bağımsız ve sürekli nitelikli üst hakları dahil olmak üzere irtifak hakkı tesisi ve bunlardan alt yapı için gerekli olanlar üzerinde, alt yapıyı gerçekleştirecek kamu kurumu lehine bedelsiz irtifak hakkı tesisi, Bakanlığın uygun görüşü üzerine, Maliye Bakanlığınca belirlenen koşullarla ve bu Bakanlık tarafından yapılır.*”

²⁷ Ersöz ve Karauz, “Turizmi Teşvik Amacıyla Kamu Taşınmazları Üzerinde Tesis Edilen Üst Hakkından Doğan Hasılat Payı Hesabında, Taraflar Arasındaki Sözleşme Hükümlerine Rağmen Yönetmelikle Değişiklik Yapılabilir mi?”, 1016.

²⁸ Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 951.; Ertaş, *Eşya Hukuku*, 508.; Erekmeççi, *Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Modeli Çerçevesinde Üst Hakkı*, 70-73.

²⁹ Rey ve Strelbel, 1104.

herhangi bir borcun teminatı olmak üzere her türlü ipotek hakkı tesis edebilme³⁰ hak ve yetkilerini sağlayabilmektedir. Diğer bir deyişle, bağımsız ve sürekli bir üst hakkı, her türlü tasarruf işlemine konu olabilir ve sınırlı aynı haklarla yükümlenebilir. Gürzumar, tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilmiş bağımsız ve sürekli bir üst hakkının 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu (“**KMK**”) anlamında bir “ana gayrimenkul” sayılamayacağı ve böylece de kat mülkiyetine konu olamayacağı görüşündedir.³¹

Türk Medeni Kanunu md. 826/III gereğince, üst hakkı, bağımsız ve sürekli nitelikte tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilebilmektedir. TMK’nin lafzından da açıkça anlaşıldığı üzere, üst hakkı bağımsız ve sürekli nitelikte olduğunda, taşınmaz gibi işlem görmemekte; taşınmaz olarak kaydedilebilmektedir. Bu nedenle Gürzumar’ın üst hakkına ilişkin olarak bu çıkarımı TMK ile çelişmektedir. Üst hakkı eğer tapuya taşınmaz olarak kaydedilebiliyor, tapuda bu üst hakkı için ayrı bir sayfa açılabilir ise kat mülkiyeti kurulabilmesi açısından da herhangi bir engelleyici durumun bulunmadığı düşünülmelidir.

Bunun yanı sıra Tapu Sicil Tüzüğü’nün 10/II maddesi kapsamında tapu kütüğünde ayrı bir sayfa açılarak kaydedilebilen üst hakkının taşınmaz gibi işlem görebileceği anlaşılmaktadır. Fakat tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilen üst hakkı üzerinde üst hakkının mahiyetine aykırı olan aynı ve kişisel hakların tesis edilmesi uygun olmayacaktır.³²

Ayrıca Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tasarruf İşlemleri Dairesi Başkanlığı’nın 15.06.2010 tarihli genelgesinin G bendinde yer alan hüküm ile tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli üst hakkı üzerinde her türlü aynı kişisel hakkın tesisinin mümkün olduğu gibi kat irtifakı veya kat mülkiyeti ve yeni bir üst hakkı tesisinin de mümkün olduğu ifade edilmiştir.³³

³⁰ “Kurulan bu üst hakkının, üst hakkı sahibine kanunun tapu malikine tanıdığı hakları sağlayacağı da şüphesizdir. Kısaca üst hakkı sahibi tapunun ayrı bir hanesini bağımsız hak olarak tescil edilen hakkı sebebiyle üçüncü kişiler yararına ipotek tesis edebilir.” (Y 14. HD, 12.03.2009, E. 2009/2301, K. 2009/3094), Lexpera-Hukuk Bilgi Sistemi (14.12.2018).

³¹ Gürzumar: “Bu açıklamalardan çıkan sonuç ise, tapu sicilinde taşınmaz olarak kaydedilmiş bağımsız ve sürekli bir üst hakkının KMK anlamında bir “ana gayrimenkul” sayılamayacağı ve böylece de kat mülkiyetine konu olamayacağıdır. Evvelce de belirttiğimiz üzere, bağımsız ve sürekli bir üst hakkı tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilmekle, bir taşınmaz eşya niteliğini kazanmaz. Tapuya taşınmaz olarak kayıt sadece, üst hakkının bir taşınmaz imiş gibi işlem görmesini sağlar ki, bu da böyle bir üst hakkının taşınmaz eşyalar için yürürlükte olan bütün hükümlere tabi olacağı anlamına gelemmez. Diğer bir söyleyişle, öyle bazı hükümler vardır ki bunlar ancak taşınmaz eşyaya uygulanabilir ve tapu sicilinde taşınmaz olarak kayıtlı haklara uygulanamaz. İşte Kat Mülkiyeti Kanunu da, kanaatimizce, yalnızca (gerçek anlamda) taşınmaz eşyaya uygulanabilecek olan bu tür hükümlerden oluşan bir kanundur.” (Gürzumar, *Üst Hakkı*, 66).

³² Ayşegül Dörttepe Okutan, *Türk Medeni Kanunu Uyarınca Üst Hakkının Sona Ermesi ve Sonuçları*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 40.

³³ Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tasarruf İşlemleri Dairesi Başkanlığı’nın 15.06.2010 tarihli 1705 Sayılı Genelgesi.

Sonuç olarak, Yönetmelik 18-a-6 maddesi ile getirilen Sınırlama'daki gerekçe her ne kadar apart, butik villa gibi mesken niteliği taşıyan yapılanmaların 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 3. maddesine³⁴ aykırı kullanımlarını önlemek amacıyla getirilmiş olsa da amacını aşan ve dayanağı bulunamayan bu düzenleme ile TMK ile bahşedilmiş bir hakka hanel getirmekten öteye gitmemektedir. Bunun yanı sıra turizm yatırımcıları ve işletmecileri ise Kanun'la getirilen imkandan beklenen düzeyde yarar ele edememektedir. Yine üst hakkının hukuki niteliği başlığında da izah edildiği üzere, üst hakkı bir özel hukuk müessesidir. Kanun'un 8. maddesinde belirtilen şekilde Bakanlık'ın tasarrufunda bulunan özel mallar için tesis edilen üst hakkı da özel hukuka tabi olacaktır. Buna karşın Yönetmelik ile getirilen bu Sınırlama'nın özel hukuka hakim olan tarafların eşitliği ilkesine uygun olduğunu savunmaya imkan bulunmamaktadır.³⁵ Maalesef kamu idareleri, üst hakkı kavramını tam anlayamamaktadır. Buna bağlı olarak da pek çok kamu mevzuatında TMK ile çelişkiler içeren hükümler mevcuttur.

B. NÖRMLER HİYERARŞİSİ NEZDİNDE İNCELEME

1982 Anayasası'nın 124. maddesinde yönetmeliklerin Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılabileceğini hüküm altına almıştır. Yönetmelikler, kanuna, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ve tüzüklere aykırı olamaz.³⁶

Yönetmelik'in 18-a-6 maddesi ile turizm belgeli konaklama tesislerinin konaklama birimleri üzerinde kat irtifakı ve kat mülkiyeti tesis edilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile bağımsız ve sürekli üst hakkı bakımından TMK'de ve Kanun'da düzenlenmemiş bir sınırlama getirilmiştir. TMK'nin 726. maddesi bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkı olarak tapuya kayıtlı bulunan taşınmaz üzerinde kat mülkiyetinin tesis edilmesine cevaz vermektedir. TMK'de üst hakkına ilişkin yasal bir çerçeve oluşturulmuş, usul ve esaslar belirlenmiştir. Normlar hiyerarşisinde TMK'den alt basamakta yer alan Yönetmelik ile turizm tesislerinde kat mülkiyeti tesisinin yasaklanması mümkün değildir.

1982 Anayasası'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü malvarlığı hakkını kapsamaktadır.³⁷ Yine Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin ancak

³⁴ 3194 sayılı İmar Kanunu madde 3: "Herhangi bir saha, her ölçekteki plan esaslarına, bulunduğu bölgenin şartlarına ve yönetmelik hükümlerine aykırı maksatlar için kullanılamaz."

³⁵ Ersöz ve Karauz, "Turizmi Teşvik Amacıyla Kamu Taşınmazları Üzerinde Tesis Edilen Üst Hakkından Doğan Hasılat Payı Hesabında, Taraflar Arasındaki Sözleşme Hükümlerine Rağmen Yönetmelikle Değişiklik Yapılabilir mi?", 1018.

³⁶ M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016), 47.

³⁷ "Anayasa'nın 35. maddesinde "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı

kanunla sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Fakat üst hakkı sahibine tanınan mülkiyet hakkı, kanunla değil bahse konu Yönetmelik'in 18-a-6 maddesiyle sınırlandırılmaktadır. Bu bakımdan Yönetmelik ile getirilen Sınırlama, aynı zamanda mülkiyet hakkına yönelik haksız bir müdahale teşkil etmektedir.

III. SONUÇ

Üst hakkı, sahibine başkasına ait bir taşınmazın altında veya üstünde mülkiyeti kendisine ait bir yapı inşa etme ya da mevcut olan yapıyı muhafaza yetkisi veren bir irtifak hakkıdır. Diğer bir deyişle üst hakkı ile hak sahibi, bir taşınmazın mülkiyet hakkına sahip olmaksızın, o taşınmaz üzerinde yapı inşa ederek, bu yapının ya da yüklü taşınmaz üzerindeki mevcut yapının, üst hakkı ilişkisi sona erinceye kadar maliki olabilmektedir.

Genelde asıl fonksiyonları kamu hizmeti olan kamu idarelerinin, gayrimenkul ticareti yapma hedefleri ve kendi taşınmazları üzerinde bir proje geliştirme imkânları olmadığı için üst hakkı, tam bu esnada rol oynamakta ve kamu malı niteliğindeki taşınmazların değerlendirilmesi için önemli bir işlev üstlenmektedir. Ancak kamu hukuku mevzuatında düzenlenen üst hakkı ile TMK'de düzenlenen üst hakkı hükümleri arasında, medeni hukuk ile çelişen durumlar mevcuttur. Nitekim, Yönetmelik 18-a-6 maddesi ile getirilen Sınırlama da bu durumlardan birine örnek teşkil etmektedir. Bu nedenle üst hakkına ilişkin düzenlemeleri içeren tüm kamu mevzuatına, yüklü taşınmaz malikinin ve üst hakkı sahibinin TMK'de belirtilen haklara sahip olduğu şeklinde, TMK'ye paralel şekilde, açıklayıcı ek bir madde eklenmesi hukuk sistematiğine uygun olacaktır. Böylece üst hakkı ile ilgili kamu hukuku mevzuatı ve medeni hukuk mevzuatı, birbirleriyle uyumlu hale gelecektir. Kamu hukuku mevzuatında üst hakkının düzenlendiği hükümler, TMK hükümleri ile herhangi bir çelişki olmaksızın geçerliliğini koruyacaktır. O yüzden mevcut bahsi geçen Yönetmelik hükümleri normlar hiyerarşisine ve TMK sistematiğine açıkça aykırıdır. Yine Yönetmelik ile getirilen Sınırlama temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejiminin düzenlendiği Anayasa'nın 13. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir.

olamaz." denilmektedir. Anayasa'nın anılan maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü malvarlığı hakkını kapsamaktadır. Mülkiyet hakkı; kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve kanunların koyduğu sınırlamalara uymak şartıyla sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, semerelerinden yararlanma ve üzerinde tasarruf etme imkânı veren bir haktır. Bu bağlamda malikin mülkünü kullanma, semerelerinden yararlanma ve mülkü üzerinde tasarruf etme yetkilerinden herhangi birinin kısıtlanması veya mülkünden yoksun bırakılması mülkiyet hakkına getirilmiş bir sınırlama niteliğindedir." (Anayasa Mahkemesi. 24.12.2020, Esas Numarası (E.) 2017/21, Karar Numarası (K.) 2020/77 § 136-137, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 03.01.2023).

KAYNAKÇA

- Akıncı, Şahit. “Seracılığın Geliştirilmesi Amacıyla Kamu Arazisi Üzerinde Üst Hakkı Tesisi.”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 1-2 (1998): 767-786.
- Aral, Vecdi. *İnşaat (Üst) Hakkı*. 1. Basım. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1962.
- Aybay, Aydın ve Hatemi, Hüseyin. *Eşya Hukuku*. 3. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Demirsatan, Barış. *Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları*. 1. Basım. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Dörttepe Okutan, Ayşegül. *Türk Medeni Kanunu Uyarınca Üst Hakkının Sona Ermesi ve Sonuçları*. Ankara, Yetkin Yayınları, 2022.
- Erekmeççi, Müge. *Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİP) Modeli Çerçevesinde Üst Hakkı*. 1. Basım. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- Erman, Hasan. *Eşya Hukuku Dersleri. Gözden Geçirilmiş 3. Basım*. İstanbul: DER Yayınları, 2013.
- Ersöz, Kürşat ve Karauz, Ağâh Kürşat. “Turizmi Teşvik Amacıyla Kamu Taşınmazları Üzerinde Tesis Edilen Üst Hakkından Doğan Hasılat Payı Hesabında, Taraflar Arasındaki Sözleşme Hükümlerine Rağmen Yönetmelikle Değişiklik Yapılabilir mi?”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 153, (2019), 1013-1021.
- Ertaş, Şeref. *Eşya Hukuku*. 10. Basım. İzmir: Meta Basım, 2012.
- Esener, Turhan ve Güven, Kudret. *Eşya Hukuku. Genişletilmiş 4. Basım*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2008.
- Gümüş, Alper. *Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri ile Karşılaştırmalı Olarak Eski Medeni Kanun'un Üst Hakkına İlişkin Hükümlerinde Üst Hakkı İlişkininin Tarafları ve İlgileri için Kabul Edilmiş “Tazminat (Bedel) Alacakları” ve “İpotek Hakları”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2003.
- Gürsoy, Kemal T., Eren, Fikret ve Erol Cansel. *Türk Eşya Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978.
- Gürzumar, Osman Berat. *Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı. Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Kısmen Genişletilmiş 2. Basım*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2001.
- Hatemi, Hüseyin, Serozan Rona ve Abdülkadir Arpacı. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991.
- Isler Peter R., Costantini Renato ve Basler Kommentar, *Obligationenrecht II*, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011.
- Oğuzman, M. Kemal, Seliçi, Özer ve Oktay Özdemir, Saibe. *Eşya Hukuku, Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 15. Basım*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2012.
- Oğuzman, M. Kemal ve Öz Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.
- Özmen, E. Saba ve Korkmaz, Tuğba. “Kamu Arazilerinde Turizm Amaçlı Kurulmuş Üst Hakkının Sona Ermesinde Yaşanan Problemler, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1 (2020): 153-186.
- Sirmen, A. Lale. *Eşya Hukuku. 1. Baskı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- Tekinay, Selahattin Sulhi. *Eşya Hukuku. Cl. I. Genişletilmiş 3. Bası*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978.
- Ünal, Mehmet. *Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı. 1. Basım*, Ankara: Yetkin Yayınları, 1988.