

Taşınmazlara İlişkin Sözleşmelerin Esasına Uygulanacak Hukuka Dair MÖHUK M.25'in Kapsamı*



Prof. Dr. Sibel ÖZEL** - Ar. Gör. Kazım ÇINAR***

ÖZET

Yabancılık unsuru içeren hukuki işlem ve ilişkiler, hakkaniyet gayesiyle ve bağlama kuralları vasıtasıyla mahkemenin bulunduğu yerin dışında başka bir devlet hukukuna bağlanabilir. Taşınmazlara ilişkin hukuki işlemlerde ise genellikle taşınmaz yeri hukuku esas alınmaktadır. Konuya ilişkin MÖHUK'un 25. maddesinde de taşınmazlara ve onların kullanımına ilişkin sözleşmelerin taşınmazların bulunduğu yer hukukuna tabi kılınacağı belirtilmiştir. Sözü edilen maddenin uygulama alanını belirleyebilmek adına maddede ifade edilen taşınmazlara ilişkin sözleşmeler ve taşınmazların kullanımına ilişkin sözleşmeler kavramlarının irdelenmesi gerekmektedir. Bu çalışmada taşınmazlara ilişkin sözleşmeler; taşınmazların aynına ilişkin sözleşmeler ve taşınmazların kullanımına ilişkin sözleşmeler şeklinde bir ayrım tabi tutularak MÖHUK'un 25. maddesinin çerçevesi oluşturulmak istenmiştir.

Anahtar Kelimeler: taşınmazlara ilişkin sözleşmeler, kanunlar ihtilafı, taşınmazın bulunduğu yer hukuku, lex rei sitae.

ABSTRACT

Legal actions and relations including a foreign element can be subjected to a different applicable law other than the law of forum because of the idea of justice and by means of conflict of law rules. However legal actions relating to immovables are mostly subjected to the law of place of immovable property. Similarly Article 25 of Turkish

* Bu makale 'Yabancılık Unsuru İçeren Taşınmazlara İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk' isimli yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk ABD Başkanı

*** Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Private International and Procedural Law (PIL) states that contracts regarding immovables and their usage are subject to the law of state where they are located. On the other hand in order to determine the scope of the said article, the concept of ‘contracts regarding immovables’ and ‘contracts regarding the usage of immovables’ need to be dealt with. In this paper, the scope of the said article has been formed by dividing contracts regarding immovables into two as contracts regarding rights in rem in immovables and contracts regarding the usage of immovables.

I. GENEL OLARAK

A. Giriş

Milletlerarası özel hukukta yabancı unsurlu özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkiler bir takım bağlama kuralları aracılığıyla belli bir ülke hukukuna bağlanır. Bu kurallar çoğunlukla 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun¹(MÖHUK)’da yer almaktadır. Kanununun 24 ilâ 33. maddelerinde borçlar hukukuna ilişkin bağlama kuralları düzenlenmiştir. Sistematik olarak öncelikle genel hüküm niteliğinde sözleşmelere uygulanacak hukuk ve sonrasında bazı özel sözleşme tiplerine uygulanacak hukuk düzenlenmiştir. Sözleşmelere ilişkin özel düzenlemelerden birisi de ‘taşınmazlara ilişkin sözleşmeler’i düzenleyen 25. maddedir. Buna göre *taşınmazlara ve onların kullanımına ilişkin sözleşmeler taşınmazın bulunduğu yer hukukuna tabi olacaktır*. Maddenin gerekçesinde ise bunun, yani *lex rei sitae* kuralının evrensel bir ilke olmasından dolayı böyle bir hükmün konulduğu ifade edilmektedir.

Taşınmazlara ilişkin sözleşme kavramının Türk hukuk doktrininde kavramsal bir altyapısı bulunmamaktadır. Yani MÖHUK’ta taşınmaza ilişkin sözleşme ifadesi kullanılmasına karşın özel hukukumuz içerisinde böyle bir sözleşme tipinden bahsedilememektedir. Buna karşın MÖHUK içerisinde verilen diğer pek çok bağlama konusunun tanımı ya da unsurları iç hukukumuzda belirtilmekte, vasıflandırma yapılırken bu tanım ya da unsurlar esas alınmaktadır. Dolayısıyla bu maddenin kapsamının irdelenmesi gerekmektedir. Bu çalışmada taşınmazlara ilişkin sözleşmeleri düzenleyen MÖHUK m.25’in kapsamı incelenmiş fakat maddede belirtilen bağlama noktasının detaylı değerlendirmesi

¹ RG. 12.12.2007, S.26728.

yapılmamıştır. Bunun yanında taşınmazlara ilişkin sözleşme yapma ehliyetine ve taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuk konuları üzerinde durulmamıştır.

B. Taşınmaz Kavramı

Türk hukukunda taşınmaz kavramının çerçevesini Türk Medeni Kanunu² çizmektedir. Kanunun 704. ve 998. maddesi göz önünde bulundurulursa şu üç şeyin en başta taşınmaz olarak ele alınması gerekir: a) Arazi; b) Tapu kütüğünde ayrı sayfa açılan bağımsız ve sürekli haklar; c) Kat mülkiyetine konu bağımsız bölümler.³ Bununla birlikte MÖHUK'un Türk özel hukukuna bir bütün olarak baktığı göz önünde bulundurularak başka kanunlarda da taşınmaz eşya statüsünde bir şeyin var olup olmadığını göz önünde bulundurmak gerekir. Zira kanunlara göre kavramın içeriği değişebilmektedir.⁴ Buna karşın sınırlı durumlarda taşınmaz gibi muamele gören şeylerin dışında bir eşyanın varlığından söz edilememektedir. Ancak paylı mülkiyet ilişkisinde pay sahibi kişinin tek başına bağımsız olarak, mülkü üzerinde birtakım işlemleri yapmasına izin verildiği için “pay”ı taşınmaz olarak değerlendirmek mümkündür.⁵

² RG. 08.12.2001, S.24607.

³ Detaylı bilgi için bkz. Lale SİRMEN, *Eşya Hukuku*, Ankara, 2015, 136-139; Mehmet ÜNAL / Veysel BAŞPINAR, *Şekli Eşya Hukuku*, Ankara, 2016, s.311-322; Jale AKİPEK / Turgut AKINTÜRK, *Eşya Hukuku*, İstanbul, 2009, s.456-460; Kemal OĞUZMAN / Özer SELİÇİ / Saibe OKTAY ÖZDEMİR, *Eşya Hukuku*, İstanbul, 2012, s.162-167; Selahattin Sulhi TEKİNAY/ Servet AKMAN/ Haluk BURCUOĞLU/ Atilla ALTOP, *Tekinay Eşya Hukuku – Zilyetlik-Tapu Sicili-Mülkiyet (Cilt 1)* İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989, s.244-250; Faruk ACAR, *Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi (Taşınmaz Kavramı)*, Ankara, 2008, s.22-50.

⁴ Her şeyden önce, 704. maddede sınırlı sayılanlar arasında yer almayan bir şey, başka kanunlar bakımından taşınmaz sayılsa bile, TMK'nın uygulanması açısından sayılmayacağı ifade edilmektedir. Bunun dışında örneğin Örneğin TMK bakımından taşınmaz olarak nitelendirilemeyen gemi siciline kayıtlı gemiler İcra İflas Kanunu'nun uygulanması bakımından taşınmaz sayılır. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 357.

⁵ ACAR, *Taşınmaz Kavramı*, s.45. Paylı mülkiyet ve payın hukuk niteliği hakkında detaylı değerlendirme için bkz. İlker ÖZTAŞ, *Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı*, İstanbul, 2011, s.12 vd. Yazar paylı mülkiyette payın durumu ile TMK m.704'te yer alan, tapuda ayrı sayfa açılmış bağımsız ve

C. Vasıflandırma

Kanunlar ihtilafı kurallarına konu teşkil eden bu kavramlar, dava ile ilişkisi olan bütün hukuk sistemlerinde aynı anlam ve içeriğe sahip değildir.⁶ Buna literatürde vasıflandırma sorunu denmektedir.⁷ Bu sorunun yasal bir çözümü yoktur. Doktrinde başta *lex fori*'ye göre ve *lex causae*'ya göre olmak üzere farklı çözüm yolları önerilmektedir.⁸

Bir eşyanın hukuki özelliğinin yani taşınır veya taşınmaz olduğunun tespitini eşyanın bulunduğu yer hukuku yapmalıdır.⁹ Bir başka deyişle bir şeyin taşınmaz olarak vasıflandırılmasında *lex rei sitae* esas alınmalıdır. Aynı şekilde aynı bir tasarrufun mücerret ya da illi bir işlem olup olmadığını eşyanın bulunduğu yer hukuku belirleyecektir.¹⁰

sürekli haklar arasında paralellik kurmuş ve kanun koyucu tarafından payın bağımsızlaştırıldığını ifade etmiştir. Bkz. s.31.

6 Bu konuda yaygın bir örnek zamaşaşımı müessesesidir. Nitekim zamaşaşımı Türk hukukunda maddi hukuk içerisinde değerlendirilirken İngiliz hukukunda usul hukukuna dâhil edilir. Mesela Türk mahkemesinde görülen bir davada esasa uygulanacak hukukun İngiliz hukuku olduğunu düşünelim. Zamaşaşımın vasıflandırılmasında *lex fori* esas alınırsa esasa uygulanacak hukuk olan İngiliz hukuku zamaşaşımına da uygulanır. Buna karşın vasıflandırmada *lex causa* esas alınırsa İngiliz hukukuna göre usuli bir mesele olduğundan Türk hukukundaki zamaşaşımı süresi ve şartları olaya tatbik edilecektir. Çünkü usuli konular *lex fori*'ye tabidir. Cemal ŞANLI / Emre ESEN / İnci ATAMAN FİGANMEŞE, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, 2016, s.47-48.

7 ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s.48-49; Gülören TEKİNALP / Ayfer UYANIK, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul, 2016, s.34; Vahit DOĞAN, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara, 2015, s.177; Ergin NOMER, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul, 2015, s.95 vd. Bu durum ayrıca 'vasif ihtilafı' olarak nitelendirilmektedir. Aysel ÇELİKEL / Bahadır ERDEM, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, 2016, s.75 vd.

8 ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s.50; ÇELİKEL/ERDEM, s.79 vd.; TEKİNALP/UYANIK, s.35-36; NOMER, s.99-101.

9 Ayrıca bir şeyin eklenti ya da bütünleyici parça olup olmadığını tespitini taşınmazın bulunduğu yer hukuku yapmalıdır. NOMER, s.300; ÇELİKEL/ERDEM, s.88.

10 Fakat eğer işlem sebebe bağlı ise, borç doğuran hukuki işlem, kendi hukukuna tabi olur. Geçerliliği kendi borç sözleşmelerine uygulanan hukuka göre tayin edilen borçlandırıcı işlemlerin, aynı tasarrufların sebebini teşkil edebilip edemeyeceğini *lex rei sitae* belirler. NOMER, s.300.

Taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin içeriği ise kuşkusuz bir ülkede neyin taşınmaz olarak kabul edileceğine göre değişiklik arz edecektir.

Milletlerarası özel hukuk adaleti çerçevesinde somut olayın özelliklerine göre vasıflandırma yapılmalıdır. Taşınmaz kavramının içeriği ülkeden ülkeye değişebileceği ve ülkelerin kendi ülkelerindeki taşınmazların belirlenmesinde mutlak egemen olduğu açıktır. Özellikle yabancı bir ülkede taşınmaz olarak kabul edilen bir şeyin Türk hukukunda taşınmaz olarak nitelendirilmediği durumlarda *lex fori*'ye göre hüküm kurulması pratikte uygulanabilme sorunlarına yol açacaktır. Dolayısıyla taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin vasıflandırılmasında *lex fori*, sorunun çözümünde yetersiz kalmaktadır.

Taşınmazlar, nitelikleri gereği yere bağlıdır ve dolayısıyla bir şeyin taşınmaz olup olmadığı *lex rei sitae*'ye göre belirleneceği için hâkim önüne gelen somut olayda öncelikle uyumsuzluk konusu, devir ya da bir sınırlı aynı hak tesisi içeren sözleşmelerin veya kullandırma sözleşmelerinin objesinin *lex rei sitae*'ye göre taşınmaz olup olmadığının incelemesini yapmalıdır. Bu nitelendirmenin ardından eğer sözleşmenin konusu yabancı ülke hukukuna göre taşınmaz ise bu sözleşme de taşınmazlara ilişkin sözleşme olarak vasıflandırılmalı ve MÖHUK m.25'e göre uygulanacak hukuk tespit edilmelidir. Aksi durumda genel hüküm niteliğindeki MÖHUK m.24 üzerinden uygulanacak hukuk belirlenmelidir.

D. Hükümün Kapsamı

MÖHUK'un 25. maddesinin içeriğinden hareketle hükümün iki kısma ayırarak incelemek yerinde olacaktır. Bu ayırım taşınmazların aynına ilişkin sözleşmeler ve taşınmazların kullanımına ilişkin sözleşmeler şeklinde yapılabilir. Nitekim MÖHUK'un 25. maddesinin içeriğinden yer alan 'taşınmazlara ilişkin sözleşmeler' ifadesinden kastedilenin 'taşınmazların aynına ilişkin sözleşmeler' olduğu anlaşılmaktadır. Aynı hak üzerinde bir borç doğurmayan 'taşınmazların kullanımına ilişkin sözleşmeler'in maddede ayrıca belirtilmesi, bu anlamın çıkarılmasını kolaylaştırmaktadır.

Bu çerçeveden madde başlığının, madde içeriğini tam karşılamadığı düşünülebilir. Buna karşın kanun koyucu uzunca bir madde başlığını koymayı uygun görmemiş olabilir. Şu halde üst başlık olarak kullanılan taşınmazlara ilişkin sözleşmeler, taşınmaz ile alakalı her türlü söz-

leşmeleri içermekteyken, madde içeriğinde taşınmazların aynına ilişkin ve taşınmazların aynı söz konusu olmaksızın diğer kullanım hallerine ilişkin sözleşmeler şeklinde bir ayırım söz konusudur.

Sonuç itibariyle MÖHUK'un 25. maddesinin kapsamı hem taşınmaz üzerindeki aynı hakların konu edildiği sözleşmelerden hem de taşınmaz üzerindeki kullandırma sözleşmelerinden oluşmaktadır ve bu ikisi ayrı olarak ele alınmalıdır.

II. TAŞINMAZLARIN AYNINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER

A. Kavramsal Çerçeve

Taşınmazlara ilişkin sözleşmeler kavramından öncelikle anlaşılması gereken taşınmazların aynına ilişkin sözleşmelerdir. Taşınmazların aynına ilişkin sözleşmeler ise 'taşınmazların aynının sözleşme konusu yapıldığı sözleşmeler' ya da 'taşınmazlar üzerindeki aynı hakların konu edildiği sözleşmeler' olarak ifade edilebilir. Bu türden sözleşmeler vasıtasıyla sağlanan hak gereğince taşınmazlar üzerinde herhangi bir aynı hakkın tesisi ya da kaybı mümkün olmaktadır. Doktrinde bu kavram 'taşınmaz üzerinde aynı hak tesisi talep hakkı veren sözleşmeler'¹¹ ya da 'taşınmazlar üzerindeki aynı hakları konu alan sözleşmeler'¹² şeklinde ifade edilmiştir.

Yukarıda belirtilen kavramsal çerçeve içerisinde taşınmazların aynına ilişkin sözleşmelerin kapsamının oldukça geniş olduğu görülmektedir. Nitekim taşınmazların devrine ilişkin sözleşmelerin yanı sıra taşınmaz üzerinde bir irtifak hakkı ya da rehin hakkı gibi bir sınırlı aynı hak tesis eden sözleşmeler, taşınmazların aynına ilişkindir.

Türk hukuku açısından taşınmaz sayılan şeyler yukarıda belirtilmiştir. Bu bakımdan arazi, bağımsız ve sürekli haklar ile bağımsız bölümler üzerinde herhangi bir aynı hakkın tesisine ya da kaybına ilişkin sözleşmeler MÖHUK m.25 bağlamında taşınmazların aynına ilişkin sözleşmeler olarak kabul edilmelidir.

¹¹ NOMER, s.331.

¹² Hacı CAN / Ali Gümrah TOKER, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara, 2015, s.269.

Taşınmazların aynına ilişkin sözleşmeler, borç doğurucu iki ya da çok taraflı hukuki işlemlerdir. Sözleşme vasıtasıyla taşınmaz üzerindeki aynı hak sahipliği konusunda taraflara talep hakkı verilmesi, bu sonucu değiştirmez. Taşınmazların aynına ilişkin sözleşmeler ile nispi bir borç ilişkisi doğar. Dolayısıyla sözleşmenin herkese karşı ileri sürülebilme kabiliyeti yoktur.

B. Resmi Şekil Şartının Etkisi

Türk hukukunda taşınmazlar üzerindeki aynı hakka ilişkin hukuki işlemler kural olarak resmi şekle tabi tutulmuştur.(TK m.26, TMK m.706,731) Türk hukukunda var olan resmi şekil şartı, taşınmazların aynına ilişkin sözleşmelerde borçlandırıcı işlem - tasarruf işlemi ayrımını zorlaştırmakla birlikte sözleşmelerin nispiğine hanel getirmez. Bununla birlikte resmi şekil şartının olup olmaması bir sözleşmenin taşınmazın aynına ilişkin bir sözleşme olup olmamasına etki etmez. Bir diğer deyişle şekil konusu, ayrıca değerlendirilmesi gereken bir konu olup taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin kapsamını belirlemede etkili olmaz. Dolayısıyla resmi şekil şartı aranmayan taşınmazlar üzerindeki aynı hakların konu edildiği sözleşmeler de MÖHUK m.25 kapsamında değerlendirilecektir.

Tereke malları üzerinde elbirliği halinde mülkiyete sahip bulunan mirasçılarının TMK m.676/3 gereğince yazılı şekilde yaptıkları miras paylaşma sözleşmesi geçerli kabul edilmektedir.¹³ Keza 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu¹⁴nun 2. maddesine göre “*Yapı kooperatifleri ile konusuna taşınmaz mal temlik dahil bulunan diğer kooperatiflerin ana sözleşmelerinde ortaklara taşınmaz mal temlik edileceği hakkındaki taahhütler başka bir resmi şekil aranmaksızın muteberdir.*” Ayrıca ticaret şirketlerine sermaye konulması borcu bakımından Türk Ticaret Kanunu¹⁵nun 128. maddesi, sermaye olarak taşınmaz mülkiyeti konulması borcunu içeren

¹³ Bilge ÖZTAN, Miras Hukuku, Ankara, 2012, s.450; Ali Naim İNAN / Şeref ER-TAŞ / Hakan ALBAŞ, Miras Hukuku, İzmir, 2012, s.552; Ahmet KILIÇOĞLU, Miras Hukuku, Ankara, 2013, s.379-380; Gökhan ANTALYA / İpek SAĞLAM, Miras Hukuku, İstanbul, 2015, s.448. Ayrıca bkz. Yarg. HGK. E.1998/2-121, K.1998/157, T.25.02.1998; Yarg. HGK. E.2011/14-408 K.2011/402 T.08.06.2011 (Erişim:legalbank.net)

¹⁴ RG. 10.05.1969, S.13195.

¹⁵ RG. 14.02.2011, S.27846.

şirket sözleşmesi hükümlerinin resmi şekil aranmaksızın geçerli olduğunu ifade etmektedir. Bunun dışında taşınmazın aynına ilişkin bazı sözleşmelerde resmi şekil şartı aranmakta fakat tapu sicilinde tapu müdür ve/veya memurları huzurunda yapılması gerekmemektedir. Örneğin TMK'nın 677/2. maddesine göre terekenin tamamı veya bir kısmı üzerinde, daha doğrusu miras payı üzerinde mirasçı olmayan üçüncü bir kişi ile yapılan pay üzerindeki sözleşmeler noterde düzenlenmelidir. Sözü edilen tüm bu sözleşmelerin yabancılık unsuru barındırması durumunda uygulanacak hukukun tespiti MÖHUK'un 25. maddesine göre gerçekleştirilecektir.

C. Doğrudanlık

Bir sözleşmeye taşınmaza ilişkin sözleşme nitelemesi yapabilmek için o sözleşmenin taşınmaz üzerindeki aynı haklara ilişkin olması aranmalıdır. Bir başka deyişle, sırf o sözleşme ile taşınmazlar üzerinde aynı hakka ilişkin bir borç doğmuş olmalıdır. Örneğin müvekkili adına taşınmaz mal edinme borcu yükleyen vekâlet sözleşmesinde taşınmaz üzerinde aynı hakka ilişkin bir borç doğmamaktadır. Burada vekilin edimi taşınmaz alım ya da benzeri bir işlemi yapmaktır. Fakat esasen taahhüt ettiği hizmeti yerine getirmektedir.¹⁶ Dolayısıyla yabancılık unsuru içeren böyle bir vekâlet sözleşmesi, taşınmaza ilişkin olduğu kabul edilemeyecek, MÖHUK m.25 kapsamına dâhil olamayacaktır. Zira bu sözleşmede henüz taşınmaz sözleşmeye konu edilmemiş, bir taahhüt verilmiştir. Buna karşın vekilin bu sözleşmeden elde ettiği yetkiye dayanarak bir başkasıyla yaptığı sözleşme taşınmaza ilişkin bir sözleşmedir ve MÖHUK m.25 kapsamına sokulmalıdır.¹⁷

Herhangi bir aynı hak kategorisine dâhil edilmeyen fakat iradi olarak taşınmaz mülkiyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran hukuki işlemler üzerinde ayrıca durmak gerekir. Gerçekten de alım (iştirâ), geri alım (vefa) ve önalım (şufa) hakları malikin devir yetkisini kısıtlayan tasarruf yetkisi kısıtlamaları olmakla birlikte bir sınırlı aynı hak olarak değerlendirilmemektedir.¹⁸ Bu hakların iradi olarak tahsisi bir sözleş-

¹⁶ SİRMEN, s.343.

¹⁷ Tapu Sicil Tüzüğü gereğince tapu görevlileri, vekilin tapuda böyle bir işlem yapabilmesi için noter tarafından düzenlenen bir vekâletname isteyecektir. SİRMEN, s.343.

¹⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.532 vd.; SİRMEN, s.384; Fikret EREN, Mülkiyet Hukuku (Mülkiyet), Ankara, 2014, s.442 vd.

me vasıtasıyla olmaktadır. Örneğin taşınmaz maliki yapacağı bir alım sözleşmesi ile sözleşmenin diğer tarafına tek taraflı bir irade beyanıyla malın alıcısı olabilme imkânı tanımaktadır. Alım hakkı burada yenilik doğuran bir hak olarak nitelendirilmektedir.¹⁹ Yani sözleşme ile mülkiyetin devri gerçekleşmemekte, fakat sözleşmeye dayanarak mülkiyetin naklini sağlayan bir işlem yapılabilmektedir. Nitekim doktrinde bu sözleşmenin alıcının irade beyanında bulunma iradi şartına bağlı bir alım satım sözleşmesi olduğu ifade edilmiştir.²⁰ Geri alım hakkı ise başkasına satılıp devredilen bir malın tek taraflı irade beyanıyla geri alınabilmesini sağlayan haktır.²¹ Ayrı bir sözleşme ile yapılabileceği gibi satım sözleşmesine konulan bir kayıtla da geri alım hakkının tanınması mümkündür. Son olarak önalım hakkı, malikin üçüncü bir kişiye satılması ya da ekonomik olarak satışa eşdeğer bir işlem yapılması halinde hak sahibine yapacağı beyanla malın alıcısı olma yetkisini veren haktır.²² Bununla birlikte bu haklar TMK m.1009 kapsamında tapu kütüğüne şerh edilebilecektir. Sonuç itibarıyla herhangi bir aynı hak olarak nitelenemese de alım, geri alım ve önalım haklarına ilişkin sözleşmeler netice itibarıyla bu sözleşmelere dayanarak taşınmazın devri sonucunu

¹⁹ Mehmet AYAN, Eşya Hukuku II- Mülkiyet, Konya, 2013, s.372; Turhan ESENER / Kudret GÜVEN, Eşya Hukuku, Ankara, 2012, s.261; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.432; Ayrıca TBK m.237'de alım sözleşmesi resmi şekil şartına tabi tutulmuştur. Bu düzenlemenin taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin borçlandırıcı işlemlerin genel ilke olarak resmi şekle tabi tutulması ilkesinin bir parçası olduğu ifade edilmiştir. SİRMEN, s.385. Alım sözleşmesinin esaslı noktaları, tarafların kimliği, satış konusu mal ve satış bedelidir. Taraflar ayrıca alım hakkının süresi ve şerh verilmesi konularını da düzenleyebilirler. Ancak TBK m.238 gereğince bu süre en çok 10 yıl olabilir.

²⁰ Necip KOCAYUSUFAŞAOĞLU, Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul, 1959, s.94 vd; Ayrıca OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.532 dn.1107.

²¹ EREN, Mülkiyet, s.460 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.536-537; AYAN, s.372; ESENER/GÜVEN, s.262.

²² EREN, Mülkiyet, s.442 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.538; ESENER/GÜVEN, s.258; SİRMEN, s.389. Diğer iki hakka ilişkin sözleşmeden farklı olarak önalım sözleşmesinin geçerliliği resmi şekle tabi tutulmamış, yazılı şekilde yapılması yeterli görülmüştür. Geri alım sözleşmesinin geçerli olması için TBK m.237'de resmi şekil aranmakla birlikte bu şeklin tapu müdürlüğü memurları önünde gerçekleştirilmesi gerektiği düşünülebilir. Fakat TST m.47/b'ye göre noterce düzenlenmiş sözleşme sicile şerh için yeterli görülmüştür.

doğuracağından bunları MÖHUK m.25 bağlamında taşınmazların aynına ilişkin sözleşmeler olarak değerlendirmek gerekir.

D. Taşınmazların Aynına İlişkin Bazı Sözleşmeler

Yukarıda çerçevesi çizilmeye çalışılan taşınmazlara ilişkin sözleşmeler kavramının kapsamı oldukça geniştir. Nitekim uygulamada yoğun kullanılan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, devre mülk sözleşmeleri ve bazı durumlarda finansal kiralama sözleşmeleri MÖHUK anlamında taşınmazların aynına ilişkin sözleşmelerdendir. Buna karşın kural olarak inşaat sözleşmeleri taşınmazların aynına ilişkin bir sözleşme olmayıp genel olarak sözleşmelere uygulanacak hukuk çerçevesinde sonuca gidilecektir.²³

Türk hukukunda taşınmaz satış vaadi sözleşmelerine ilişkin düzenlemeler Türk Borçlar Kanunu²⁴, Tapu Kanunu²⁵ ve Noterlik Kanunu²⁶nda yer almakta, sözleşmenin hukuki niteliği konusunda ise doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır.²⁷ Geçerli bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile bir ya da iki taraf satış sözleşmesinin yapılmasını isteme

²³ Ziya AKINCI, Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir, 1996, s.81 vd.; Hüseyin Akif KARACA, "Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Esasa Uygulanacak Hukuk Bakımından FIDIC Sözleşme Şartlarının ve MÖHUK m.24/4'te Belirlenen İstisna Kuralının İncelenmesi" MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi-Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C.22, S.3 (Özel Sayı), 2016, s.1501 vd. Ayrıca Roma Konvansiyonu'nun şerhi niteliğinde olan ve Roma 1 Tüzüğü'nün hazırlanmasında önemli bir kaynak işlevi gören Giuliano ve Lagarde Raporunda inşaat sözleşmelerinin taşınmaza ilişkin bir sözleşme kabul edilmemesi gerektiği vurgulanmıştır. Bkz. Giuliano, Mario ve Paul Lagarde. Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Official Journal of European Union, No: C282, 1980 Raporun tam metni için bkz. [http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031\(01\):EN:HTML](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031(01):EN:HTML)

²⁴ RG. 04.02.2011, S.27836.

²⁵ RG. 29.12.1934, S.2892.

²⁶ RG. 05.02.1972, S.14090.

²⁷ Hakim görüşe (Kocayusufoğlu, s. 67 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.391; Eren, s.209; Akipek/Akıntürk, s.272) ve Yargıtay'a göre (Yarg. 14. HD. E.2006/5221 K.2006/6071, Aktaran: Mehmet Handan Surlu, Açıklamalı İçtihatlı Taşınmaz Satış Vaadi, Ankara, 2011, s.33-40) taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, bir ya da birden fazla tarafa, bir taşınmazın satış sözleşmesinin yapılmasını istemek hakkı veren önsözleşmedir.

hakkı kazanmaktadır.²⁸ Bir başka deyişle taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile bir tarafın taşınmaz satış sözleşmesi yapma borcu doğar. Taşınmaz maliki bu sözleşmeyi yapmaktan kaçınırsa, alıcının açacağı davanın ve dava sonunda verilen hükmün niteliği farklı bir tartışma konusudur. Burada hâkim görüş²⁹ ve Yargıtay uygulaması³⁰ gereğince mülkiyetin alıcıya geçirilmesi için iki ayrı dava söz konusu olmamalı, alıcı açacağı bir dava ile mahkeme kararı vasıtasıyla mülkiyeti tescilsiz kazanmalıdır.³¹ Bu durumda taşınmaz satış vaadi sözleşmesi vasıtasıyla taşınmazın aynına ilişkin doğrudan bir borç doğmakta, dolayısıyla MÖHUK m.25 kapsamında değerlendirme yapılması gerekmektedir.³²

Tipik bir sözleşme olmayan kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde³³ yüklenici olarak müteahhidin temel borçları sadakat ve özen borcu çer-

²⁸ Nitekim bu haliyle taşınmaz satış vaadi sözleşmesi alım hakkı sözleşmesinden farklıdır. Alım hakkı sözleşmesinde alım hakkı kullanılıncaya muhatap taşınmazın mülkiyetini devir borcu altına girmektedir. Bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.394.

²⁹ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul, 1959, s.170; Mustafa ÇENBERCİ, Gayrimenkul Satış Vaadi, Ankara, 1986, s.160-161; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2015, s.231; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.695.

³⁰ Yarg. 14. HD. E.2011/6312, K.2011/7489; Yarg. 14. HD. E.2011/5856 K.2011/7339 (Erişim: www.kazanci.com)

³¹ Buna karşın diğer görüşe göre taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde alıcı, açacağı dava ile taşınmaz sahibini satışın yapılması yönünde irade beyanında bulunmasını sağlayacaktır. Yani ilgilinin mahkemeden alacağı karar, satış sözleşmesi hükmündedir. Bu bakımdan alıcı mahkeme kararını ibraz ederek tapuda satış senedini resmi şekilde düzenlettirebilecektir. Eğer satıcı tescil talebinden kaçınırsa bu takdirde alıcı yeni bir dava ile mülkiyetin üzerinde geçirilmesini talep edecektir. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.397.

³² 2675 sayılı MÖHUK zamanında Yargıtay'a intikal eden bir davada, Türk hukukuna göre sözleşme şartlarının yerine getirilmemesinden dolayı tescilin tashihi reddedilirken muhalefet şerhinde işlem şarta bağlı tipik bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi olarak görülmüş ve Alman hukukuna göre geçerli olarak yapılan işlemin Türk hukuku açısından da geçerli olması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Yarg. 2. HD. E.2001/1071, K.2001/3978 Aktaran: Ahmet Cemal RUHİ, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Gerekçeli-Açıklamalı-Yargıtay İçtihatlı, Ankara, 2013, s.227-228.

³³ Karma tipli bir sözleşme olduğunda şüphe olmamakla birlikte bu karma sözleşmeyi oluşturan bileşen sözleşmeler konusunda da doktrinde farklı fikirlere rastlamak

çevesinde yapıyı inşa etmek ve sonra teslim etmektir.³⁴ Buna karşın iş sahibi ya da arsa sahibinin borçları ise arsa paylarını devir³⁵ ve üzerine düşen diğer yükümlülükleri yerine getirmektir.³⁶ Taraflardan birinin ediminin arsa payını devir olması, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin de esasen taşınmaz satış vaadi ve eser sözleşmesinin bir araya gelmesiyle oluşan bir karma sözleşme olması sebebiyle bu sözleşmeleri, taşınmazlara ilişkin bir sözleşme olarak vasıflandırmak gerekecektir. Paylı mülkiyet üzerinde kurulan devre mülk hakkının tesisine ya da devrine ilişkin sözleşmeler de taşınmazların aynına ilişkin sözleşmelerden birisidir. Zira pay üzerinde bir aynı hak tesis edilmektedir.

III. TAŞINMAZLARIN KULLANIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER

Yabancılık unsuru içeren taşınmazların kullanımına ilişkin sözleşmeler de taşınmazın bulunduğu yer hukukuna tabidir.

Kullanma ve yararlanma hakkı veren sözleşmeler, mülkiyetin naklini ya da bir hakkın kesin olarak devrini değil, sadece o şey ya

mümkündür. Taşınmaz satım ile eser sözleşmesi karması olduğunu söyleyenler (*Hasan Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2010, s.4-5*) olduğu gibi taşınmaz satış vaadi ile eser sözleşmesinin bir araya gelmesiyle oluşan bir sözleşme olduğunu ifade edenler (*Nezih Sütçü, Uygulamada ve Teoride Tüm Yönleri ile Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, Ankara, 2013, s.30*) de vardır.

³⁴ “Eserin teslimi koşulu her şeyden önce onun tamamlanmış olması ile gerçekleşebilir. Tamamlanmış olmak olgusu ise eserin objektif ölçütler içerisinde amaca uygun olarak kullanılabilir durumda olduğunun saptanması ile ortaya çıkar. Bundan sonraki aşamada eserin zilyetliğinin işverene geçirilmesi, yani işverenin işverenin eser üzerindeki fiili hâkimiyetinin sağlandığının belirlenmesi gerekir ki bu da hukuki teslim anlamına gelir.” Yarg. 15. HD. E.1984/1074, K.1984/3475 Aktaran: ERMAN, s.33 dn.3.

³⁵ “İnşaatın öngörülen seviyeye gelmesine rağmen, arsa sahibinin arsa paylarının belirlenen bölümlerini müteahhide devretmekten kaçınması temerrüt sonucunu doğurabilir ve bu durumda müteahhit bu kısım için tescil davası açabilir.” ERMAN, s.53.

³⁶ Örneğin arsa sahibinin belediyedeki işlemlerin tamamlanması için müteahhide gerekli vekaleti vermemesi veya onu azletmesi ile müteahhidin edimini yerine getirmesi mümkün olmamakta ya da zorlaşmaktadır. Dolayısıyla arsa sahibinin burada üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmesi gerekir.

da hakkın kullanımını ve/veya ondan yararlanılmasını hedeflerler.³⁷ Doktrinde bu tip sözleşmelerin ivazlı kullandırma ve ivazsız kullandırma sözleşmeleri olarak ayrıma tutulduğu görülmektedir. Kira sözleşmesi ile finansal kiralama(leasing) sözleşmesi gibi para veya misli bir eşyanın, eşyanın kullanım amaçlı devrine karşılık olarak talep edildiği sözleşmeler ilk kategoriyi teşkil ederken; karşılıksız devir borcu doğuran ariyet (kullanım ödöncü) ile tüketilen bir eşyanın mislen iadesini öngören karz sözleşmeleri (tüketim ödöncü) ise ivazsız kullandırma sözleşmeleri içerisinde yer alır.³⁸

Tüketim ödöncü sözleşmelerinin taşınmazlara uygulanırlığı yoktur. Zira taşınmazlar, misli bir eşya, bir başka deyişle tüketilebilen bir eşya olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla MÖHUK m.25 kapsamında taşınmazların kullanımına ilişkin sözleşmelerden kasıt taşınmazlara ilişkin kira ve ariyet sözleşmeleridir ve bunlara ilişkin hukuki işlem ve uyumsuzluklara taşınmazın bulunduğu yer hukuku uygulanacaktır.

Kira sözleşmesi genel hükümler dışında Türk Borçlar Kanunu'nun özel borç ilişkilerini düzenleyen ikinci bölümünde ayrıca düzenleme altına alınmıştır. Yani tipik bir sözleşmedir.³⁹ Bir şeyin kullanımının veya kullanımla birlikte yararlanılmasının diğer tarafa bırakılması, diğer tarafın kira bedelini ifa taahhüdü ve irade uyuşması, sözleşmenin unsurları olarak kabul edilmektedir.⁴⁰ Kiracı ile kiraya veren arasındaki bu borç ilişkisinin varlığı, kural olarak tasarruf işlemine bağlı değildir. Ayrıca kira sözleşmesi ile sınırlı aynı hak tesisi mümkün değildir.⁴¹

Kira sözleşmeleri ile elde edilen kiracılık hakkının şerh edilebilmesi üzerinde ayrıca durmak gerekir. TBK'nın 312. maddesine göre taşınmaz kiralalarında, *sözleşmeyle kiracının kiracılık hakkının tapu siciline şerhi kararlaştırılabilir*. Bununla birlikte şerhin etkisine ilişkin olarak

³⁷ Cevdet YAVUZ/Faruk ACAR/Burak ÖZEN, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2014, s.18, 363-373; Fikret EREN, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2015, s.21.

³⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.18.

³⁹ Tipik sözleşme, yasanın objektif önemli (esaslı) noktalarını belirlediği, hatta yasa tarafların konumlarının, haklarının ve yükümlülüklerinin ele alındığı sözleşmelerdir. Faruk ACAR, Kira Hukuku Şerhi (Kira), İstanbul: Beta, 2015, s.6.

⁴⁰ Murat AYDOĞDU /Nalan KAHVECİ, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2017, s.368;YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.363 vd.

⁴¹ ACAR, Kira, s.65.

TBK'da bir hükme yer verilmemiş, TBK'nın gerekçesinde belirtildiği üzere TMK m.1009'a bırakılmıştır. Yani kişisel hak olarak sınıflandırılan kiracılık hakkının şerhi, tescilin yapılışına ait kurallara göre yapılacaktır. Esas itibarıyla kira sözleşmesi ile elde edilen hakkın şerh edilmesi talebe bağlı olmakla birlikte, şerhe bağlanan yasal etkinin aksi kararlaştırılamaz.⁴²

Çoğunlukla kabul edilen görüşe göre şerh edilen bir kişisel hak şerh vasıtasıyla aynı hakka dönüşmez.⁴³ Nitekim TMK m.1009'a göre, kiracılık hakkı *o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir*. Dolayısıyla kira sözleşmesi taşınmazın aynına ilişkin bir müdahale bulunamaz, fakat kişisel hakların şerh edilmesinin iki temel sonucu vardır. Birincisi, şerh verilen hak ile ilgili borç ilişkisini eşyaya bağlı borç haline getirir. Yani şerhten sonra taşınmazın sahipleri değişse bile her malik kendi mülkiyeti esnasında doğacak borçla yükümlü olur. İkinci sonuç ise şerhin munzam etkisidir. Bu durumu ifade için aynı etki deyimini de kullanılmaktadır. Bir nevi taşınmazı sonradan edinen kişilere karşı iyiniyeti ortadan kaldıran bir işlev görür.⁴⁴

Bir diğer kullandırma sözleşmesi olan kullanım ödünçü sözleşmesi TBK'nın 379 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Kira sözleşmesinden en önemli farkı, kullanıma karşılık bir bedelin belirlenmemesidir. Bu durum kullanım ödünçü sözleşmesi ile kira sözleşmesi arasında bazı ek farklılıkların oluşmasını sağlamaktadır. Kullanım ödünçü sözleşmesinde ödünç alanın kural olarak ürünleri elde etme ve tüketme imkânına sahip olması, ödünç verenin ayıptan ve zapttan sorumluluğunun bulunmaması, şerhinin mümkün olmaması; kira sözleşmesinden farklılık arz eden başlıca özellikleridir.

IV. MÖHUK m.25 İLE AYNİ HAKLARA İLİŞKİN BAĞLAMA KURALI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Hem MÖHUK'un 21. maddesinde hem de 25. maddesinde bağlama noktası olarak taşınmazın bulunduğu yer hukuku (*lex rei sitae*)

⁴² ACAR, Kira, s.318.

⁴³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.386-387; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.253; SİRMEN, s.203; AYAN, s.320.

⁴⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.383; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.253-254.

kullanılmıştır. Fakat bu iki hükmün içeriğinin farklı olduğunu vurgulamak gerekir.

MÖHUK'un 21. maddesi aynı haklara ilişkin kanunlar ihtilafı kuralını düzenleyen hükümdür. Maddenin ilk fıkrasına göre, *taşınmazlar ve taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynı haklar, işlem anında malların bulunduğu ülke hukukuna tabidir*. Buna karşın taşınır eşyanın taşınabilme özelliğinden dolayı *lex rei sitae* yeterli görülmemiştir. Mesela bir taşınır mal, işlem anında tesadüfî olarak bir yerde bulunabilir ve bu da hukuki ilişki ile yakın bağlantısı bulunmayan bir hukuka işaret edebilir. Bu mahzurları önlemek için taşınmakta olan mallar ve yer değişikliği durumunda kazanılmamış aynı haklar için ikinci ve üçüncü fıkrada özel düzenlemeler getirilmiştir. Oysa taşınmazlar için bu ihtimaller söz konusu değildir. Bununla birlikte 21. maddenin son fıkrasında getirilen özel bir düzenleme ile taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin hukuki işlemlerin şekli taşınmaz yeri hukukuna tabi kılınmıştır.

MÖHUK m.21'de düzenlenen hüküm aynı hakkın kendisine ilişkindir. Türk hukukunda aynı hakların tesis ve terkini tasarruf işlemi ile mümkün olmaktadır.⁴⁵ Tasarruf işlemi, hakka doğrudan etkide bulunan, onu sınırlayan, değiştiren, sona erdiren ya da başkasına geçiren işlemlerdir.⁴⁶ Yine Türk hukukunda taşınmaz üzerindeki tasarruf işlemi sebebe bağlı, yani illi olduğu için sebep işlem geçersiz olursa, tasarruf işlemi de geçersiz olacak ve tescil yapılmışsa o tescil de yolsuz sayılacaktır.

25. maddede düzenlenen taşınmaza ilişkin sözleşmeler ise kural olarak borçlandırıcı işlemdirler. Sözleşme ile borçlanan taraf taşınmazı devretme ya da bir aynı hak tahsisi borcu altına girmiştir. Bunun dışında aynı hak sahipliği tesis etmeyen ya da değiştirmeyen salt kullanıma yönelik taşınmazların kullanımına ilişkin sözleşmeler de MÖHUK m.25'in kapsamındadır. Türk hukukunda taşınmazların aynına ilişkin hukuki işlemlerde genel kural olarak resmi şekil şartının zorunlu kılın-

⁴⁵ Kemal OĞUZMAN / Nami BARLAS, Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, İstanbul, 2012, s.185; Gökhan ANTALYA / Murat TOPUZ, Medeni Hukuku (Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri), İstanbul, 2015, s.211-212.

⁴⁶ OĞUZMAN/BARLAS, s.185; ANTALYA/TOPUZ, s.211; Herdem BELEN, "Medeni Hukukun Bazı Temel Kavramları" İstanbul Barosu Dergisi, C.88, S.2014/1, s.98.

ması ile borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi birleşik bir görüntü arz etmektedir. Zira buna ilişkin sözleşme tapu müdürü ya da memurları önünde yapılırken, tasarruf işlemi niteliğindeki tescil talebi de aynı anda gerçekleşmektedir. Bu bakımdan netice itibariyle bir fark oluşmaktadır.

Taşınmazın tapu siciline tescil vasıtasıyla kazanımı esas olmakla birlikte miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal ya da kamulaştırma hallerinde tescilden önce kazanılır.⁴⁷ Bunun dışında vakfa özgülenen taşınmazın mülkiyetinin vakfa geçmesi,⁴⁸ eşler arasındaki mal ortaklığı mal rejiminin kabulü ile eşlerin birlikte malik olması,⁴⁹ yeni arazi oluşması,⁵⁰ ticari şirketlerin birleşmesi⁵¹ ya da kazandırıcı zamanaşımı ile de tescilsiz taşınmaz mülkiyeti kazanılabilmektedir. Bu durumlarda mülkiyet kazanılmış olmaktadır ve özel mülkiyet söz konusu ise tapu siciline açıklayıcı nitelikte tescilin yapılması lazımdır, zira taşınmaz üzerinde tasarruf işlemi yapabilmek sicile kayıtlı olmakla mümkündür. Bu durumlarda borç doğurucu bir sözleşme kapsamında aynı hak sahipliğinde bir değişiklikten bahsedemediğimiz için MÖHUK m.25'ten değil, MÖHUK m.21'den sonuca gidilmelidir.

V. SONUÇ

Milletlerarası özel hukuk uygulamasında devletler, özel hukuka ilişkin olsa bile bazı konularda başka bir ülke hukukunu yetkili kılmak istememektedir. Bunların başında taşınmazlara ilişkin meseleler gelmektedir. Bu durumu MÖHUK m.21 ve m.25 ile birlikte diğer hükümlerde taşınmazlara ilişkin konularda (MÖHUK m.20'de olduğu gibi) taşınmazın bulunduğu yer hukukunu yetkili kılmasında görebiliriz. İfade etmek gerekir ki bu yaklaşım Türk hukukuna has bir yaklaşım değildir, karşılaştırmalı hukukta da taşınmazlara ilişkin hukuki ihtilaflarda uygulanacak hukuk konusu taşınmazın bulunduğu yer hukukuna tabi tutulmaktadır. Zira taşınmaz konusu bir devletin egemenliği çerçevesinde değerlendirilmektedir.

⁴⁷ TMK m.705/1.

⁴⁸ TMK m.105.

⁴⁹ TMK m.256. Mal ortaklığı rejimi sözleşmesi noter tarafından resmi şekilde yapılır.

⁵⁰ TMK m.708.

⁵¹ TTK m.153.

Gerçekten de MÖHUK m.25'e göre “taşınmazlara ve onların kullanımına ilişkin sözleşmeler taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tabidir.” Bir başka ifadeyle *lex rei sitae* (*lex situs*) kuralı esas alınmaktadır. Bununla birlikte bir kavramın her ülke hukukunda aynı anlamı taşımasından dolayı vasıflandırma sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu sorunun mutlak bir çözümü olmamakla birlikte genellikle *lex fori* (hâkimin hukuku) yöntemi önerilmektedir. Fakat bir şeyin taşınmaz olup olmadığı *lex rei sitae*'ye göre belirlenir. Bu çerçevede bir şeyin bulunduğu yer açısından hukuki anlamda taşınmaz olup olmadığı tespit edildikten sonra taşınmazlara ilişkin sözleşme olarak vasıflandırılması yapılmalıdır.

Genel olarak sözleşmelere uygulanacak hukuk ile taşınmazlara ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda önemli farklılıkların olduğunu söylemek mümkündür. Her şeyden önce genel olarak sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda tarafların hukuk seçimine öncelik tanınmış, hukuk seçiminin olmadığı durumlarda en sıkı ilişkili hukuku tayin etmek üzere karakteristik edim teorisine yer verilmiştir. Buna göre eğer sözleşme ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulu-yorsa karakteristik edim borçlusunun işyeri yoksa yerleşim yeri hukuku; böyle bir durum söz konusu değilse karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukuku uygulanacaktır. Karakteristik edim ise sözleşmeyi karakterize eden, ona rengini veren edim olarak tanımlanmaktadır. Taşınmazlara ilişkin sözleşmelerde ise bunların hiçbirisi söz konusu olmamakta, hukuk seçimine imkan tanınmaksızın doğrudan taşınmazın bulunduğu yer hukuku yetkili kılınmaktadır.

MÖHUK'un 25. maddesini taşınmazın aynına ilişkin sözleşmeler ve taşınmazın kullanımına ilişkin sözleşmeler olarak ayırarak irdelemek yerindedir. Hükmün içeriğinde taşınmazın aynından bahsedilmemekte, sadece taşınmazlara ilişkin sözleşmelerden bahsedilmektedir. Fakat bu ibareyi taşınmazın aynına ilişkin sözleşmeler olarak değerlendirmek mümkündür. Taşınmazın aynına ilişkin sözleşme kavramına doktrinde sınırlı sayıda tanım getirilmektedir. Bununla birlikte taşınmaz üzerinde herhangi bir ayni hak tesis ya da talep hakkı veren, taşınmazlar üzerindeki ayni hakları konu edinen sözleşmeler olarak ifade etmek mümkündür. Dolayısıyla taşınmazın devrine ilişkin sözleşmeler, taşınmaz üzerinde bir sınırlı ayni hak tesis eden sözleşmeler, alım, geri ve önalım hakkı gibi tek taraflı beyanla taşınmazın devrini gerektiren hükümleri içeren sözleşmeler bu kategoride değerlendirilmelidir.

İkinci olarak taşınmazların kullanımına ilişkin sözleşmelerin de MÖHUK m.25 kapsamında olduğu açıkça ifade edilmiştir. Taşınmazın kullanımına ilişkin sözleşmeler ise taşınmazlar üzerindeki kira ve kullanım ödücü (ariyet) sözleşmeleridir. Tüketim ödücü (karz) taşınmazlar üzerinde söz konusu olamaz. Bununla birlikte finansal kiralama sözleşmeleri gibi klasik kira sözleşmelerinden farklı özellikler arz eden sözleşmeler de duruma göre bu gruba dâhil edilmelidir.

KAYNAKÇA

- ACAR, Faruk; *Kira Hukuku Şerhi (Kira)*, İstanbul, 2015.
- ACAR, Faruk; *Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi (Taşınmaz Kavramı)*, Ankara, 2008.
- AKINCI, Ziya; *Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri*, İzmir, 1996.
- AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut; *Eşya Hukuku*, İstanbul, 2009.
- ANTALYA, Gökhan; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, İstanbul, 2015.
- ANTALYA, Gökhan/ TOPUZ, Murat; *Medeni Hukuk (Giriş – Temel Kavramlar – Başlangıç Hükümleri)*. İstanbul, 2015
- ANTALYA, Gökhan / SAĞLAM, İpek; *Miras Hukuku*, İstanbul, 2015.
- AYAN, Mehmet. *Eşya Hukuku II – Mülkiyet*. Konya, 2013.
- AYBAY, Rona / DARDAĞAN Esra; *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)*, İstanbul, 2008.
- AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan; *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, 2017.
- BELEN, Herdem; “Medeni Hukukun Bazı Temel Kavramları” *İstanbul Barosu Dergisi*. C.88, S.2014/1, Ocak-Şubat 2014, ss.89-114.
- BEHR, Volker. “Rome I Regulation, A Mostly Unified Private International Law of Contractual Relationships Within Most of the EU” *Journal of Law and Commerce*. C.29 S.233, ss.233-272.
- CAN, Hacı / TOKER, Ali Gümrah. *Milletlerarası Özel Hukuk(Ders Notları)*; Ankara, 2015.
- ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, Bahadır; *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul, 2016.
- ÇENBERCİ, Mustafa; *Gayrimenkul Satış Vaadi*, Ankara, 1986.
- DOĞAN, Vahit; *Milletlerarası Özel Hukuk*, Ankara, 2015.
- EREN, Fikret; *Mülkiyet Hukuku (Mülkiyet)*, Ankara, 2014.
- EREN, Fikret; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2015.
- EREN, Fikret; *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2015.
- ERMAN, Hasan; *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, İstanbul, 2010.
- ESENER, Turhan / GÜVEN, Kudret; *Eşya Hukuku*. Ankara, 2012.
- GULIANO, Mario / LAGARDE, Paul; *Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*. Official Journal of European Union, No: C282, 1980; Erişim: [http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031\(01\):EN:HTML](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031(01):EN:HTML)
- İNAN, Ali Naim / ERTAŞ, Şeref / ALBAŞ, Hakan; *Miras Hukuku*, İzmir, 2012.

- KARACA, Hüseyin Akif; "Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Esasa Uygulanacak Hukuk Bakımından FIDIC Sözleşme Şartlarının ve MÖHUK m.24/4'te Belirlenen İstisna Kuralının İncelenmesi" MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi-Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C.22, S.3 (Özel Sayı), 2016, ss.1483-1529.
- KILIÇOĞLU, Ahmet; Miras Hukuku, Ankara, 2013.
- KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, Necip; Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul, 1959.
- NOMER, Ergin; Devletler Hususi Hukuku, İstanbul, 2015.
- NOMER, Haluk; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2012.
- OĞUZMAN, Kemal / BARLAS, Nami; Medenî Hukuk, Giriş - Kaynaklar – Temel Kavramlar, İstanbul, 2012.
- OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe; Eşya Hukuku. İstanbul, 2012.
- ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Hatice; Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul, 2001.
- ÖZTAN, Bilge; Miras Hukuku, Ankara, 2012.
- ÖZTAŞ, İlker; Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı, İstanbul, 2011.
- RUHİ, Ahmet Cemal; Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Gerekçeli-Açıklamalı-Yargıtay İçtihatlı, Ankara, 2013.
- SİRMEN, Lale; Eşya Hukuku. Ankara, 2015.
- STONE, Peter; European Private International Law, Cheltenham-UK, 2014.
- SURLU, Mehmet Handan; Açıklamalı İçtihatlı Taşınmaz Satış Vaadi, Ankara, 2011.
- SUTÇU, Nezi; Uygulamada ve Teoride Tüm Yönleri ile Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, Ankara, 2013.
- ŞANLI, Cemal/ ESEN, Emre Esen / ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci; Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, 2016.
- TEKİNALP, Gülören / UYANIK, Ayfer; Milletlerarası Özel Hukukta Bağlama Kuralları, İstanbul, 2016.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Servet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla; Tekinay Eşya Hukuku – Zilyetlik-Tapu Sicili-Mülkiyet (Cilt 1) İstanbul, 1989.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Servet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993.
- ÜNAL, Mehmet / BAŞPINAR, Veysel; Şekli Eşya Hukuku, Ankara, 2016.
- YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak; Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul, 2012.
- YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, Beta Yayınları, 2014.