

B/1



Prof. Dr.
ÖZER SELİÇİ'YE
ARMAĞAN



İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ Hukuk Fakültesi Kütüphanesi
Alındığı Tarih: 06/03/2006
GB 2622

yükü tarafların anlaşmalarıyla saptanacak, taraflar arasında bir anlaşma olması durumunda ise, rehinli taşınmazların değeri bu paylaşımına esas olacaktır.¹

MK. m. 855 gereğince taşınmazların birlikte rehini, her biri alacağın tamamıyla yüklü olacak şekilde de gerçekleştirebilmektedir. Ancak bunun için tarafların bu hususta açıkça anlaşmış olmalarının yanında, taşınmazların ya aynı kişiye veya borçtan müteselsil sorumlu olan birden fazla kişiye ait olması gerekmektedir. Bu şekilde birlikte rehnedilmiş taşınmazlara yüklenen rehin hakkı tek bir rehin hakkıdır.

Taşınmazların birlikte rehinli hale gelmeleri daha sonra da gerçekleştirebilmektedir. Rehine yüklü bir taşınmazın sonradan parsellere ayrılması ve bu parsellerin tapuya, her biri ayrı sahifelerde olacak şekilde kaydedilmeleri halinde, tek taşınmaz üzerindeki rehin hakkı, birden fazla taşınmaz üzerinde varlığını devam ettirecektir. Bu takdirde rehin yükü, yeni taşınmazlar üzerinde paylaşılabilirliği gibi müteselsil rehinin şartlarının varlığı halinde, her bir taşınmazın tümü üzerine de yayılabilecektir. Aynı sonuç rehinle yüklü taşınmazın kat mülkiyetine çevrilmesi durumunda da geçerli olacaktır.

Borcun vadesinde ödenmemesi durumunda rehinin paraya çevrilmesi suretiyle takip, aynı alacak için birlikte rehnedilmiş taşınmazların tümünün satışının talebi ile gerçekleştirilecektir. Rehine yükü paylaştırılmış rehinde, taşınmazların tümü satılırken; rehin yükü paylaştırılmamış olan rehinde hangi taşınmazın satılacağına icra memuru karar verecektir. İcra memuru bu kararı, satışı zaruri olan taşınmazların satılması hususunu dikkate alarak verecektir.

İDARECE TANINAN ÜST HAKLARINDA, İRAT BİÇİMİNDEKİ İRTİFAK BEDELİNİN BELİRLENMESİ

Doç. Dr. Halûk Namlı NOMER²

I. GENEL OLARAK

Özellikle Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin, yap-işlet-devret modelini hayata geçirmek üzere, Hazine'ye veya ilgili tüzel kişiye ait araziler üzerinde özel teşebbüs sahiplerine üst hakkı tanındıklarına sıklıkla rastlanmaktadır. Üst hakkı tanıırken, irtifak bedelinin bir defada, toptan ve peşin olarak ödenmesi yerine, yıllık olarak irat biçiminde ödenmesi yolu tercih edilmektedir. İradın tutarının belirlenmesinde dönem esasından hareket edilmektedir. Buna göre ilk dönemin birinci yılına ait iradın tutarı sözleşmede belirtilmekte ve sonraki yıllarda –dönem sonuna kadar- bu tutar üzerinden belirli bir kritere göre artış yapılmaktadır. Dönem sona erdiğinde, bir sonraki dönemin birinci yılına ait irat tutarı idare tarafından tek taraflı olarak belirlenmekte ve ondan sonraki yıllar için –o dönemin sonuna kadar- gene belirlenen kritere göre artış yapılmaktadır. İkinci dönem sona erdiğinde, bu sefer üçüncü dönemin ilk yılına ait iradın tutarı idarece belirlenmekte ve sonraki yıllar kritere göre artış yapılmakta ve üst hakkına ilişkin sürenin dolmasına kadar süreç bu şekilde devam etmektedir. Örneğin;

"... irtifak hakkı bedeli: İlk yıl için 1.088.320.090.-TL'dir. İkinci izleyen yıllar kullanım bedeli ise Maliye Bakanlığınca her yıl yayımlanan Devlet İhale Genelgesinde belirtilen artış oranının bir önceki yıl irtifak hakkı bedeline eklenmesi suretiyle saptanır. ...İlk beş yıldan sonraki ikinci ve izleyen beş yıllık dilimlerin ilk yıl irtifak hakkı bedelleri yeniden (idarece) takdir edilir...."

İdarenin, bir dönem sona erdiğinde, sonraki dönemin ilk yılı için irat bedelini tek taraflı olarak belirlemesi, idare ile üst hakkı sahipleri arasında uyumsuzluklara sebep olmaktadır. Üst hakkı sahipleri, idarenin takdir ettiği bedeli yüksek bularak, irat bedelinin hâkim tarafından belirlenmesi amacıyla mahkemeye başvurumaktadırlar. İrat bedelinin hâkim tarafından belirlenmesi safhasında hangi esaslara uyulması gerektiği konusuna geçmeden önce, idareye tek taraflı

¹ İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

² Bu ve benzer örnekler için bkz. Osman Berat Gürzumar, Türk Medeni Hukuku'nda Üst Hakkı, İstanbul 1998, 228 vd.

olarak irat bedelini tayin yetkisinin tanınabilip tanınamayacağı konusu üzerinde durmak gerekir.

II. DÖNEM BAŞINDAKİ YILLIK İRADIN İDARECE BELİRLENMESİ ŞARTININ GEÇERLİLİĞİ

A. Genel Olarak

Üst hakkının kurulmasına ilişkin irtifak sözleşmesi her şeyden önce, bir borçlandırıcı işlem niteliğindedir. Taraflardan biri üst hakkı kurmayı taahhüt eder, diğer taraf ise –üst hakkı ivaz karşılığı kurulacak ise- ivaz ödemeyi taahhüt eder ve bu taahhütler resmî senette yer alırlar. Üst hakkı kurma taahhüdü ile bunun karşılığında bir bedel ödeme taahhüdü, sadece taahhütte bulunanları borç altına sokar, başka bir ifade ile bu taahhütler sadece sözleşmenin tarafları için bağlayıcıdır. Bunun yanı sıra resmî senette üst hakkının içerik ve kapsamıyla ilgili kayıtlar da yer alır ki, bunlar –üst hakkı kurulduğunda- herkes için bağlayıcıdır (TMK 827).

İrtifak sözleşmesi esas itibarıyla bir borçlandırıcı işlem olduğuna göre, öncelikle genel olarak bir borçlandırıcı işlemin unsurlarından birinin tayininin taraflardan birine bırakılıp bırakılmayacağı, ikinci olarak buna cevaz verilse dahi, resmî senette sözleşmenin unsurlarının bu şekilde subjektif kriterlere göre belirlenmesinin mümkün olup olmadığı konusu üzerinde durmak gerekir.

1. Tek Taraflı Tayin Yetkisinin Geçerliliği

Genel olarak bir sözleşmenin kurulabilmesi için, tarafların sözleşmenin hem ikinci derecedeki hem de esaslı noktaları üzerinde uyuşmuş olmaları gerekir (BK 1). Taraflar ikinci derecedeki noktaları sükûtle geçmiş olsalar bile, en azından esaslı noktalar üzerinde uyuşmuş olmalıdırlar ve bu uyuşma bağlanma iradesinin varlığı konusunda karine yaratır (BK 2/I). Burada belirtmek gerekir ki, 'tarafların en azından esaslı noktalar üzerinde uyuşmuş olmaları', esaslı noktaların kesin olarak belirlenmesi anlamına gelmemektedir. Esaslı noktaların belirlenebilir olması, yani bunların nasıl belirleneceğinin sözleşmede belirtilmesi yeterlidir. Önemli olan, zaman, yer ve obje bakımından borcun kapsamının en geç ifa anında alacaklı ve borçlu tarafından bilinebilecek durumda olmasıdır².

Esaslı noktaları kesin olarak belirlemeyen taraflar, bunların nasıl belirleneceğini sözleşmede belirtirken de geniş bir serbestiden yararlanırlar. Esaslı noktaların belirlenmesi doğrudan iradenin rol oynamadığı objektif bir kritere bağlan-

² Hans Merz, Vertrag und Vertragsschluss, Zweite, überarbeitete Auflage, Freiburg 1992, 192.

bileceği gibi, üçüncü bir kişiye, hattâ taraflardan birine de bırakılabilir³, yeter ki bu durum diğer tarafın özgürlüğünü aşırı şekilde kısıtlamamış olsun (MK 23/II)⁴. Aslında çeşit borcu ile seçimlik borçlarda dahi, ifa konusunu kesin olarak belirleme yetkisi taraflardan birine bırakılmıştır⁵. Bunların dışında da genel olarak belirleme yetkisi taraflardan birine veya üçüncü bir kişiye bırakılabilir. BK 182/III'ün lafzına rağmen satım sözleşmelerinde dahi satılanın veya semenin belirlenmesinin üçüncü kişiye veya taraflardan birine bırakılabileceği kabul edilmektedir. Fakat bu konuda doktrinde tam bir görüş birliği bulunmamaktadır⁶. İsviçre Federal Mahkemesi'nin de satım sözleşmesi için de subjektif kriteri yeterli gören kararları vardır. Federal Mahkeme, bir kararında, satım konusu malların, alıcı tarafından belirlenmesine cevaz vermiştir. Buna göre, alıcı alacağı malları, belirli bir veya birkaç firmanın ürettiği çeşitli mallar arasından seçebileceği gibi, seçilen malların satış fiyatı da o firma veya firmaların aynı çeşitten malları üçüncü kişilere satarken oluşacak piyasa değeri üzerinden belirlenebilir⁷. Federal Mahkeme'nin taşınmaz konu edinen sözleşmelerde esaslı unsurların belirlenebilir tarzda belirtilmesi hakkında da benzer kararları bulunmaktadır. Bunlara bir sonraki bölümde değineceğiz.

³ Andreas von Tuhr / Hans Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I/1, Dritte Aufl., Zürich 1974, § 24 V, 191; Selâhattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman-Haluk Burcuoğlu-Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yedinci Baskı, İstanbul 1993, 79; Hugo Oser/Wilhelm Schönenberger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183, Zweite umgearbeitete Auflage, Zürich 1929, Vorbem. zu Art. 1-67 OR N. 88 vd.; H.Becker, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, I. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Bern 1941, Art. 1 N. 20; Berner Kommentar/Ernst Kramer, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band VI, 1. Abteilung, 1. Teilband, Lieferung 1, Art. 1 N. 170.

⁴ M.Kemal Oğuzman-Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 2000, 66; Wilhelm Schönenberger/Peter Jäggi, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Teilband: V 1a, Zürich 1973, Art. 1 N. 83; Peter Gauch/Walter R. Schlupep, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 5. Auflage, Zürich 1991, Nr. 345, 2271; Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Bern 1996, Nr. 417.

⁵ Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zweite, überarbeitete Auflage, Bern 2000, 6.07.

⁶ Subjektif kriterin yeterli olduğu görüşünde, H.Becker, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, II. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Bern 1934, Art. 184 N. 10 vd.; Semeninin belirlenmesi bakımından aynı görüşte, Halûk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/1, 5. Bası, İstanbul 1988, 90; Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 6. Baskı, İstanbul 2002, 48; OR - Alfred Koller (Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I: Art. 1-529 OR, 2., Neubearb. Aufl., Basel 1996), Art. 184 N. 47;

⁷ Aksi görüşte, Fahrettin Aral, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 5. Bası, Ankara 2003, 60-61; Hans Giger, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, 1. Teilband: Kauf und Tausch - Die Schenkung, Erste Lieferung: Art. 184-188 OR, Zweite, vollständig neu bearbeitete Auflage des von Dr.H.Becker begründeten Kommentars, Bern 1973, Art. 184 N. 222 vd.; Pierre Cavin in: Schweizerisches Privatrecht, Band: VII/1, Basel, Stuttgart 1977, 15 vd.

Hattâ Federal Mahkeme, bir kararında tarafların sözleşmedeki esaslı bir unsuru saklı tutmalarına ve esaslı unsurun sonradan tarafların bu konudaki anlaşmasıyla belirlenmesine cevaz vermiştir⁸. Federal Mahkeme, saklı tutmanın, asıl sözleşme şekle tâbi olsa dahi, şekle tâbi olmadığı görüşündedir. Sözleşme, taraflar eksik olan unsuru belirledikleri anda kurulmuş olur. Eğer taraflar arasında sonradan anlaşma sağlanamazsa, sözleşme, uyuşma (consensus) sağlamadığından kurulmamış sayılır. Schönerberger/Jäggi de sözleşmede belirlenen sınırlar dahilinde tarafların sonradan sözleşmenin içeriğini belirleyebilecekleri görüşündedir⁹. v.Tuhr/Peter'in görüşü aksi yöndedir. v.Tuhr/Peter'e göre, semenin saklı tutulması halinde, taşınmaz satımı geçersizdir. Taraflar semen konusunda anlaşılırsa yeniden resmî şekilde taşınmaz satımı yapmalıdır¹⁰.

2. Resmî Şekil Şartının Gerçekleşmesi

Resmî şekle tâbi sözleşmelerde resmî senette esaslı noktaların sadece belirlenme tarzının belirtilmesinin yeterli olup olmayacağı konusu üzerinde ayrıca durmak gerekir.

Resmî senette esaslı noktaların sadece nasıl belirleneceğinin belirtilmesi, her şeyden önce resmî şekil ile güdülen gaye ile bağdaşır mı? Resmî şeklin gayesi, taraflara düşünme fırsatı yaratarak onları korumak, işlem güvenliğini sağlamak, böylece hukukî işlemin yapıp yapılmadığı ve içeriği konusunda açıklık sağlamak, özellikle tescile esas olacak hukukî işlemlerde istenilen hukukî durumun açık şekilde ifade edilmesini sağlamak ve bu suretle sonradan aynı konuda işlem yapacak üçüncü kişileri korumaktır¹¹. İsviçre Hukuku'nda gerek büyük bir çoğunlukla doktrin gerekse Federal Mahkeme resmî senette, semen ile satılanın belirlenebilir tarzda belirtilmesini yeterli görmekte¹² ve resmî senetle güdülen gayenin bu suretle gerçekleşeceği noktasında tereddüt etmemektedir. Federal Mahkeme'ye göre, taşınmaz satımında satılan taşınmazın belirlenebilir olması yeterlidir¹³. Örneğin bir taşınmaz satımında satım konusunun taraflardan birinin belirli taşınmazlar arasından yapacağı seçimle belirlenmesi mümkündür¹⁴.

⁸ BGE 127 III 248.

⁹ Schönerberger/Jäggi, dn.4 Art. 1 N. 83.

¹⁰ v. Tuhr/Peter (dn. 3), § 24, V, 191.

¹¹ Jörg Schmid, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Freiburg 1988, Rdnr. 34 vd.

¹² Hâkim görüşün bu olduğu hususunda bkz. Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 6., überarbeitete Auflage, Bern 2001, 157; Ayrıca bkz. Koller (dn. 4), Nr. 723; Merz (dn. 2), 192; Hugo Oser/Wilhelm Schönerberger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, 2. Teil (Halbband): Art. 184-418, Zürich 1936, Art. 216, N. 5; Aksi görüşte, Giger (dn. 6), Art. 184 N. 171.

¹³ BGE 103 II 112.

¹⁴ BGE 95 II 310.

Keza taşınmazın belirli bir kısmına ilişkin hukukî işlemlerde, o kısmın en azından sözleşmeye göre belirlenebilir olması gerekir¹⁵. Aynı şekilde, resmî senette, semenin belirlenmesi için gerekli olan faktörlerin senetten anlaşılıyor olması yeterlidir¹⁶. Keza Alman Federal Mahkemesi'nin yerleşmiş içtihadı da, resmî senette esaslı unsurların belirlenebilir tarzda belirtilmesinin yeterli olduğu yönündedir¹⁷.

Türk Hukuku'nda, tapu memurunun düzenleyeceği senette, sözleşmeye konu teşkil eden taşınmazın kesin olarak belirtilmesinde uygulamaya dayanan bir zorunluluk bulunmaktadır. Türk uygulamasında borçlandırıcı işlem ile birlikte tasarruf işlemi ve hemen akabinde tescil de gerçekleşmektedir¹⁸. Başka bir anlamla borç doğarken aynı anda ifa da gerçekleşmektedir. Dolayısıyla uygulama, resmî senette ilgili taşınmazın belirlenebilir tarzda belirtilmesine imkân tanımamaktadır. Buna karşılık, aynı hakkın karşılığını oluşturan para borcunun resmî senette belirlenebilir tarzda ifade edilmesine bir engel bulunmamaktadır ve bu durum resmî şekil ile güdülen gayeye ters düşmez¹⁹. Genel olarak bir kimse para ile borçlanırken, borçlanılan miktar yüksek olsa dahi, kural olarak, paranın miktarının belirlenebilir olması yeterli iken, taşınmaz satımında satış bedelinin resmî senette belirlenebilir tarzda belirtilemeyeceğini kabul etmek gelişkin bir durum yaratır.

B. İrtifak Sözleşmelerinde

1. Borçlar Hukuku Bakımından

İrtifak hakları ivazsız da kurulabileceğinden, irtifak sözleşmelerinde irtifak bedelinin belirlenmesi, objektif açıdan esaslı bir unsur değildir²⁰. Bununla birlikte özellikle idare tarafından tanınan üst haklarında, irtifak bedelinin tayini üst hakkını tanıyan taraf bakımından olmazsa olmaz bir unsur olarak görüldüğünden, irtifak bedelinin belirlenmesi sübjektif açıdan esaslı unsur niteliğinde-

¹⁵ BGE 106 II 148.

¹⁶ BGE 84 IV 165.

¹⁷ BGH 71, 280; NJW 1986, 845; Federal Mahkeme'nin yerleşmiş içtihadının bu yönde olduğu hususunda bkz. Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 64. neubearbeitete Auflage, München 2005, § 311 b Rn. 29.

¹⁸ M. Kemal Oğuzman-Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2004, 167, dn. 561.

¹⁹ Aksi görüşte, Tandoğan, 92; Serozan'a göre de, şekle bağlı satım sözleşmelerinde, esaslı edimlerin sadece belirlenebilirliği ile yetinilebileceği kuşkuludur (Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, 63; Ayrıca bkz. dn. 12.

²⁰ Gürzumar (dn. 1), 158; Hans-Peter Friedrich, Die Neuordnung des Baurechts im Zivilgesetzbuch, Basler Juristische Mitteilungen (BJM) 1966, 9.

dir. Dolayısıyla irtifak sözleşmesinin kurulabilmesi bakımından irtifak bedeli üzerinde anlaşmaya varılması ve bu bedelin resmî senette yer alması zorunludur. Bu şartın gerçekleşmesi için, yukarıda belirttiğimiz genel esaslar çerçevesinde, irtifak bedelinin senette yer alan faktörlere göre belirlenebilir olması, bu arada irtifak bedelinin tayininin üçüncü bir kişiye veya taraflardan birine bırakılması yeterlidir. Hattâ Federal Mahkeme'ye göre, irat bedelinin sonradan taraflarca belirleneceği esası irtifak sözleşmesinde yer alabilir²¹. Sonradan anlaşma sağlanamazsa, o takdirde o zamana kadarki kullanmanın karşılığı, sözleşme boşluğunun doldurulmasındaki esaslara uygun olarak hâkim tarafından takdir edilir²².

Sonuç olarak, idare ile yapılan irtifak sözleşmelerinde dönem başlarındaki irat bedelinin tayininin tek taraflı olarak idarenin takdirine bırakılmış olması, irtifak sözleşmesinin geçerli olarak kurulmasına engel teşkil etmez.

2. Vergi Hukuku Bakımından

Vergi Hukuku bakımından bir engel olup olmadığı ayrıca üzerinde durulacak bir konudur. Zira 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 127'nci maddesinde, bu kanunda aksine hüküm bulunmadıkça harçların tamamı peşin olarak ödenmeden harca konu olan işlemin yapılamayacağı hükmü yer almaktadır. Ayrıca aynı kanuna ekli (4) sayılı tarifenin 20/e maddesine göre, taşınmaz üzerinde irtifak hakkı tesis ve devrinde, tesis ve devir için ödenen bedel üzerinden devir alan için binde 10 oranında harç alınmaktadır. İrtifak bedeli, irat biçiminde ödenecekse ve iratların tutarı önceden kesin olarak belli değilse, o takdirde irtifak kurulurken peşin olarak ödenmesi gereken harcın miktarı nasıl belirlenecektir? Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü'nün 49 yıllığına tesis edilen irtifak hakkı işleminde tapu harcına esas alınacak bedel hakkındaki 24.09.1997 tarihli ve B.07.0.GEL.0.64/6432-83-40882 sayılı özeldesi bu konuya ilişkindir. Özeldede şöyle denmektedir: "... irtifak hakkı sözleşmesinde birinci yıldan sonraki artış oranı belirlenmediğinden, irtifak hakkı tesisinin tapu siciline şerhinde (tescilinde) 49 yıllık süre için toplam bedel üzerinden tapu harcı tahsil edilmesi gerekmektedir..."²³ Özeldenin açık olmayan ifadesinden anlaşıldığına göre, tapu harcının, birinci yıla ait irat bedelinin toplam süre ile (olayda 49 yıl) çarpılması sonucu ortaya çıkacak toplam bedel üzerinden alınması gerekmektedir.

²¹ İsviçre Federal Mahkemesi, 1. Hukuk Dairesi'nin 1 Ekim 2001 tarihli kararı (www.bger.ch; 4C.247/2001/rnd); Krş. dn. 8'deki Federal Mahkeme kararı.

²² Bkz. III, B, 2, b, bb.

²³ www.gelirler.gov.tr

III. İDARECE TAYİN EDİLEN AŞIRI YÜKSEK İRAT TUTARININ BAĞLAYICI OLMAMASI

A. Genel Olarak

Kendisine sözleşmedeki esaslı bir unsuru tayin etmek yetkisi verilen kişi, bu tayini dürüstlük kuralına (MK 2) uygun şekilde yapmalıdır, aksi takdirde yapılan tayin tarafları bağlamaz ve bunun yerini hâkimin vereceği karar alır. Alman Medenî Kanunu'nda bu konuda açık bir hüküm bulunmaktadır (BGB § 315/III; 317/I). Aynı esasın Türk Hukuku'nda da geçerli olduğunu kabul etmek gerekir²⁴. Şöyle ki, kendisine yetki verilen kişinin, dürüstlük kuralına aykırı şekilde belirlediği sözleşme hükmü, hukuka aykırılık veya kişilik haklarına ve ahlâka aykırılık sebebiyle hükümsüzdür (BK 20/I)²⁵. Doğan sözleşme boşluğunun hakim tarafından doldurulması gerekir. Schönerberger/Jäggi, hâkimin sözleşme boşluğunu doldurma yetkisini kıyasen BK 2/II hükmüne dayandırmaktadır²⁶. Hâkime sadece ikinci derece noktalar bakımından sözleşmeye müdahale etme yetkisi veren BK 2/II hükmünün yeterli bir dayanak teşkil edeceği şüphelidir²⁷. Burada sözleşme boşluğunun doldurulması, "değişik kısmî hükümsüzlük" (modifizierter Teilnichtigkeit) görüşüne dayandırılabilir²⁸. Bu görüşe göre, tarafların geçersiz kalan bölümün yerine bir başka hüküm üzerinde uyusacakları ve sözleşmeyi bu şekilde kurmuş olabilecekleri sonucuna varılırsa, o takdirde onların ortak farazî (varsayımsal) iradelerine dayanan bu hüküm bulunup sözleşmedeki boşluk anılan hüküm ile doldurulabilir²⁹.

Yargıtay, üst hakkı bedeli olarak idarece tayin olunan irat tutarının aşırı yüksek olduğu iddiasıyla açılan bir davada, benzer düşüncede olduğunu şu cümlelerle ifade etmiştir:

"... her hakkın kullanımında olduğu gibi, sözleşmeden kaynaklanan hakkın kullanılmasında da Medenî Kanunun ikinci maddesinde hükme bağlanan dürüstlük kurallarına aykırı davranılmamalıdır. O nedenle, davalının sözleşmeden kaynaklanan hakkını dürüstlük kuralları içerisinde kullanması asıldır ve kendisinden bekle-

²⁴ İsviçre hukuku bakımından, v.Tuhr/Peter (dn. 3), § 24 V, 191; Türk hukuku bakımından, aynı yönde, Tekinay/Akman-Burcuoğlu-Alttop (dn. 3), 79; İsmet Sungurbey, Medenî Hukuk Sorunları, Dördüncü Cilt, İstanbul 1980, 539-540.

²⁵ Schwenzer (dn. 5), 6.08.

²⁶ Schönerberger/Jäggi, (dn 4) Art. 2 N. 66.

²⁷ Hâkimin esaslı unsurları belirlemesinin kanunun ruhuna uygun olmadığı görüşünde, Giger (dn. 6), Art. 184 N. 233, 239.

²⁸ Necip Kocayusufpaşaoğlu, "Değişik Kısmî Hükümsüzlük" ve "Genişletilmiş Kısmî Hükümsüzlük" kavramları ile ilgili düşünceler, Prof. Dr. Selim Kaneti'ye Armağan, İstanbul 1996, 30 vd.

²⁹ Kocayusufpaşaoğlu (dn. 27), 26.

nen de bu olmalıdır. Davadaki talep de, davalının hakkını kötüye kullanarak fahiş olarak tespit ettiği kira parasının indirilmesi ve davalının bu davranışına hâkimin müdahalesi istemidir ..."³⁰

Yargıtay'ın irat biçiminde ödenmesi kararlaştırılan irtifak bedelini kira parası olarak nitelendirmesi isabetli değildir. Buna bağlı sonuçları bundan sonraki bölümde ele alacağız.

B. İrat Tutarının Hâkim Tarafından Belirlenmesi

1. Yargıtay'ın Görüşü

İradın tutarının tek taraflı olarak idare tarafından aşırı yüksek olarak belirlenmesi durumunda, iradın miktarı hâkim tarafından belirlenecektir. Fakat hâkim irat miktarını belirlerken hangi kıstastan yararlanacaktır ? Bu konuya ilişkin olarak Yargıtay'ın görüşü şöyledir;

"... davalının takdir hakkının üst sınırının öncelikle belirlenmesi gerekir ki, bunun üzerindeki miktarın hakkın kötüye kullanılmış olduğu kabul edilsin. Olayın özelliği itibarıyla, davalının takdir hakkının üst sınırı üçer yıllık dönemlerin bitim tarihinden itibaren yeniden başlayacak üç yıllık dönem başında, dava konusu kiralananın boş olması halinde emsal ve rayice göre olması gereken kira parası olduğunun kabulünde duraksamaya yer olmamalıdır. Öyle ise mahkemece dava konusu dönem başında, dava konusu kiralananın boş olması ve yeniden kiraya verilmesi halinde emsal ve rayice uygun olarak getirebileceği kira parası, bu konuda uzman bilirkişi marifetiyle tarafların gerektiğinde emsalleri de ele alınmak suretiyle saptanmalı, bunun sonucuna uygun olarak getirebileceği kira miktarı böylece belirlenmeli ve davalının takdir hakkının üst sınırının bu yolla belirlenebilecek miktar olduğu kabul edilmelidir. Bu belirlemeden sonra yine hak ve nasafet kuralları, davacının bu yerde eski kiracı bulunuşu, taraflar arasında uzun süreli bir kira sözleşmesinin akdedildiği olgusu göz önüne alınarak, belli bir miktarda indirim yapılmalı ve böylece olması gereken kira parası belirlenip bunun sonucuna uygun bir karar verilmelidir. ..."

2. Yargıtay'ın Görüşünün Değerlendirilmesi

a. İrat Bedelinin Kira Olarak Nitelendirilmesinin Yanlılığı

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, burada söz konusu olan uzun süreli bir kira sözleşmesi olmayıp bir irtifak sözleşmesidir. İrtifak bedelinin irat biçiminde ödenmesinin kararlaştırılmış olması, durumu değiştirmez. Yargıtay'ın üst

³⁰ Yarg. 13. HD, 9.11.2000, 9994/9747 (yayımlanmamış).

hakkı kurulmasına ilişkin sözleşmeyi uzun süreli kira sözleşmesi ve irat biçimindeki ödemeleri de kira bedeli olarak nitelendirmesi isabetli değildir. Nitekim, Medenî Kanun'un üst hakkına ilişkin hükümlerinde kiradan değil, "üst hakkı karşılığı olarak irat biçiminde borçlanılan edimler"den bahsedilmektedir (TMK 834/I). Almanca'da "Mietzins" tabiri kira parası anlamına gelmektedir. Buna rağmen, TMK 834/I'in İsviçre Medenî Kanunu'ndaki karşılığı olan 779i maddesinde geçen "Baurechtszins" tabiri Türkçe'ye kira olarak çevrilemez. Kira parası, bir malın kullanımının belli bir süre kiracıya bırakılması borcunun karşılığı olup zamana göre (pro rata temporis) ödenen bir miktar parayı ifade eder³¹. Buna karşılık irat biçiminde ödenmesi kararlaştırılmış olsa dahi, irtifak bedeli, üst hakkı tanınmasının karşılığıdır³². Bu itibarla Türk Medenî Kanunu'nun kullandığı tabir ("üst hakkı karşılığı olarak irat biçiminde borçlanılan edimler") isabetlidir.

b. Kira Tespitine İlişkin Kuralların Uygulanabilirliği

aa. Kira Tespitine İlişkin Kurallar

İrat biçiminde belirlenen irtifak bedeli, teknik anlamda bir kira bedeli olmadığı halde, kira bedelinin sınırlandırılmasına ve tespitine ilişkin kuralların kıyasen irtifak bedelinin tespitinde de uygulanıp uygulanamayacağı hususuna değinmek gerekir. Kira bedelinin sınırlandırılmasına ilişkin özel kurallar, kira sözleşmesinin GKK 11 uyarınca uzaması haline ilişkindir. Taraflar bir artış oranı belirlemişlerse, bu oran kural olarak ilk uzamada uygulanır. Fakat ondan sonraki uzamalarda, kira bedeli mahkeme içtihatlarıyla oluşan esaslar çerçevesinde belirlenir³³. Buna göre, kira bedelinin belirlenmesinde öncelikle bilirkişilerce belirlenen rayiç kira bedelleri esas alınmaktadır. Rayiç kira bedelleri üzerinden hak ve nasafet kuralı çerçevesinde, kira sözleşmesinin uzamış ve bu sebeple kiralananın boş kalmamış olması dikkate alınarak %15 veya %20 oranında indirim yapılmaktadır. Kira bedeli rayiç kira parasına göre tespit edildikten sonra, sonraki 3 yıllık dönem için kira bedeli ekonomik verilere (toptan eşya fiyat endeksine) göre tespit edilmekte, dördüncü yıl tekrardan rayiç kira bedelleri esas alınmaktadır. Rayiç kiranın tespitinde dikkate alınacak emsal kira sözleşmelerinin bulunmaması halinde, kira bedeli doğrudan ekonomik esaslara ve hak ve nasafet kuralına göre belirlenmektedir.

³¹ Eugen Bucher, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3., erweiterte Auflage, Zürich 1988, 163.

³² ZGB – Peter R. Isler (Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II: Art. 457-977 ZGB; Art. 1-61 SchIT ZGB, Basel 1998), Art. 779a N. 15.

³³ Bkz. Aral (dn. 6), 220 vd.; Özellikle bkz. Yarg. İBK, 18.11.1964, 2/4 (RG 27.11.1964, Sayı: 11867).

bb. Kira Tespitine İlişkin Kuralların Genel Kuralın Uygulama Hali Olması

İrat biçiminde belirlenen irtifak haklarında, idarenin belirlediği irat tutarının aşırı yüksek olup olmadığı dürüstlük kuralı çerçevesinde belirlenirken, kira parasının tespitine ilişkin kurallardan kıyasen yararlanmanın mümkün olup olmadığı konusunda, Yargıtay'ın kira parasının tespitine ilişkin temel esasları koyan 18.11.1964 tarihli ve 2/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesi yol göstermektedir. Kararın gerekçesinde şu cümleler yer almaktadır: "...Borçlar Hukuku'nun genel kuralına göre karşılıklı borçları kapsayan akitlerde karşılıklı borçlardan birisinin akit yapanlarca belli edilmemiş halinde bu borç mah-kemece rayiç esas tutularak belli edilir. Nitekim, bir satış akindinde mal parası, veya kira akindinde kira parası, hizmet akindinde işçi parası, istisna akindinde iş parası belli edilmiş değilse bu karşılıklar, rayice göre hükmedilir. Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatları da bu yoldadır..."³⁴

Kararda bir genel kuraldan bahsedilmektedir. Buna göre, karşılıklı borç doğu-ran akitlerde, sözleşmede bir tarafın borcunun miktarı belirtilmemişse, o tak-dirdirde boşluk rayiç bedeller dikkate alınarak, hâkim tarafından doldurulur. As-lında burada, sözleşmenin kurulup kurulmadığına göre, ikili bir ayırım yapmak gerekir. Kural olarak, taraflar ikinci derece noktaları sükûtle geçmiş olsalar bile, en azından esaslı noktalar üzerinde uyuşmuş olmalıdırlar (BK 2/I). Dolayısıyla, esaslı unsur niteliğindeki borcun miktarı üzerinde taraflar anlaşmamışlarsa, o takdirde sözleşme kurulmuş olmaz. Sözleşme kurulmuş olmadığından hâki-minin rayiç bedelleri dikkate alarak bir boşluk doldurması da söz konusu olamaz.

Kural bu olmakla birlikte, bazı sözleşme tipleri bakımından kanun, esaslı unsur teşkil etmesine rağmen, bazı borçların miktarının sözleşmede belirtilmesini şart koşmamıştır. Satım, hizmet, eser sözleşmelerinde, taraflar, alıcının, iş verenin, iş sahibinin borcunun miktarını sözleşmede belirtmiş olmasalar dahi, sözleşme kurma iradesinin bulunması halinde, sözleşme kurulmuş olur. Keza, vekâlet sözleşmesinde, ücret tayin edilmemiş olsa dahi, teamül varsa müvekkil ücret ödemekle yükümlüdür (BK 386/III). Bütün bu sözleşmelerde esaslı unsurlar-dan biri eksiktir. Sözleşme boşluğu rayiç bedellere göre hâkim tarafından dol-durulur (BK 209/I; 323/I; 366).

Bu hükümler, özel hüküm niteliğindedir. Başka bir ifade ile, özel hüküm bu-lunmayan hallerde, tarafların karşı edimin ivazını belirlememeleri halinde, tarafların rayiç bedeli kabul ettikleri varsayılmaz. Tam aksine sözleşme ku-rulmamış sayılır. Örneğin kira sözleşmesinin kurulabilmesi için, sadece ivaz-ödeneyeceği hususunda değil, kira bedelinin miktarı konusunda da uyuşmanın

(consensus) sağlanmış olması gerekir. Sözleşmede kira bedeli belirtilmemişse, kira sözleşmesi kurulmamış demektir. Kiracının kiralananı kullanması, yani karşı edimin ifa edilmiş olması durumu değiştirmez. İfa, kurulmamış sözleş-meyi kurulmuş hale getirmeyi. Malı kullanan taraf, malı iade etmekle yüküm-lüdür. Şu var ki, o ana kadar süre gelen fiili duruma, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin iade hükümlerinin uygulanması yerinde görülmemektedir. Malı kulla-nan taraf, o güne kadarki kullanmanın karşılığını, sözleşme boşluğunun dol-durulmasına ilişkin esaslar çerçevesinde ödemekle yükümlüdür³⁵

Belirtmek gerekir ki, İsviçre Federal Mahkemesi'nin, önceki kararları farklı yön-deydi. Federal Mahkeme OR 322, 374, 394/III'deki kuralların, genel kuralın uy-gulama halleri olduğunu kabul etmişti. Buna göre, taraflar ivaz karşılığı malın bırakılması konusunda anlaşmışlar, fakat ivazı belirlemedilerse, o takdirde söz-leşmenin kurulmamış olduğundan değil, sözleşmenin noksan olduğundan ("ein unvollständiger Vertrag") bahsedilir ve bu eksiklik hâkim tarafından tamamlanır³⁶. Federal Mahkeme'nin bu konuda kendisine atfı yaptığı yazarlardan birisi de Schönerberger/Jäggi'dir. Schönerberger/Jäggi'ye göre, OR 2/I hükmü, objek-tif esaslı noktalar üzerindeki anlaşmanın, bağlanma iradesine karine teşkil ettiğ-i ni belirtmektedir. Ama sözleşmenin bağlayıcılığı için, bütün objektif esaslı un-surlarının sözleşmede yer alması gerektiğini belirtmemektedir³⁷. Federal Mah-keme'nin bu içtihadı doktrinde eleştirilmiş³⁸ ve bunun üzerine Federal Mahkeme görüşünü değiştirerek, söz konusu hükümlerin özel hüküm olduğunu, ivazın belirlenmediği durumlarda kira sözleşmesinin kurulmamış olduğunu, kiracının daha sonrası için kiralananı kullanma hakkının bulunmadığını ve hâkimin söz-leşmeyi tamamlamasının sadece o ana kadar mevcut olan kullanmanın karşılığ-ının tespiti ile sınırlı olduğunu kabul etmiştir³⁹.

Doktrinde karşı edim ifa edildikten sonra, esaslı unsurun eksikliğinden dolayı söz-leşmenin kurulmamış olduğunun iddia edilemeyeceği görüşü de bulunmaktadır⁴⁰. Hâkimin, tarafların sözleşmenin kurulduğuna ilişkin beyanları ile bağlı olup ol-madığına ilişkin usulî tartışmalar ise inceleme konumuzun dışında kalmaktadır⁴¹.

³⁵ Bkz. Koller (dn. 4), 424.

³⁶ BGE 100 II 330; 108 II 114; Bu yönde, Schwenzer (dn. 5), 6.05.

³⁷ Schönerberger/Jäggi, (dn 4) Art. 2 N. 61.

³⁸ Merz, ZBJV 112 (1976), 101; Berner Komm./Kramer (dn. 3), Art. 1 N. 169.

³⁹ BGE 119 II 347; Bu yönde, Theo Guhl/Alfred Koller-Anton K. Schnyder-Jean Nicolas Oruey, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 2000, § 13 N. 9.

⁴⁰ OR – Eugen Bucher (dn. 6), Art. 1 N. 26; Aynı yazar, BT (dn. 28), 55, 213; Aynı yazar, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, 119, dn. 36. Gauch/Schluep (dn. 4), Nr. 1276 vd.

⁴¹ Bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, İstanbul 1998, 223 vd.

³⁴ RG 27.11.1964, Sayı: 11867.

Genel kural uyarınca rayiç bedellerin dikkate alındığı halleri özetlersek; (1) Eğer bir edimin tutarı hakkında bir sözleşme boşluğu varsa, o takdirde bu boşluk rayiç bedeller dikkate alınarak doldurulur. (2) Eğer esaslı bir unsurun eksikliği sebebiyle sözleşme kurulmamış olmasına rağmen, bir taraf sürekli bir edimde bulunmuş ise, o takdirde bunun karşılığı, boşluk doldurmada olduğu gibi, rayiç bedeller dikkate alınarak belirlenir.

Kira parasının tespitinde de, uzayan kira sözleşmelerindeki boşluğun, rayiç bedeller dikkate alınarak hâkim tarafından doldurulması söz konusudur. Başka bir ifade ile, kira parasının tespitine ilişkin kurallar, içtihadı birleştirme kararında belirtildiği üzere, genel kuralın kira sözleşmesine uygulanmasından başka bir şey değildir.

cc. İrat Bedelinin Aşırı Yüksek Olup Olmadığının Tespitinde Ve Doğan Boşluğun Doldurulmasında Genel Kuralın Uygulanması

İdarenin belirlediği irat tutarının aşırı yüksek olup olmadığının tespitinde ve, aşırı yüksek ise doğan boşluğun doldurulmasında da sözleşme boşluğunun doldurulmasına ilişkin genel kuralın uygulanması söz konusudur. Başka bir ifade ile, burada kira tespitine ilişkin kuralların kıyasen uygulanmasından ziyade, tıpkı kira tespitinde olduğu gibi, rayiç bedelleri esas alan genel kuralın uygulanması söz konusudur. Buna göre, idarenin belirlediği irat tutarının aşırı yüksek olup olmadığının tespitinde rayiç bedellere bakılır, idarenin belirlediği tutar rayiç bedellerin çok üzerindeyse, o takdirde idarenin belirlediği tutar tarafları bağlamaz. Doğan sözleşme boşluğu, rayiç bedeller dikkate alınarak hâkim tarafından doldurulur.

Esasında incelediğimiz Yargıtay kararında da netice itibariyle varılan sonuç budur. Ancak Yargıtay'ın bunu yaparken irtifak sözleşmesini, kira sözleşmesi ve irtifak bedelini, kira bedeli olarak nitelendirmesi, daha önce de belirtildiği gibi, isabetli değildir. Dolayısıyla Yargıtay kararında, 'kira' ibaresi yerine 'üst hakkı' ibaresi kullanılmalıydı. Buna göre, Yargıtay kararını şu şekilde anlamak gerekir:

"... davalının takdir hakkının üst sınırı üçer yıllık dönemlerin bitim tarihinden itibaren yeniden başlayacak üç yıllık dönem başında, üzerinde üst hakkı kurulan taşınmazın boş olması halinde emsal ve rayice göre olması gereken üst hakkı bedeli" dir. "Bu belirlemeden sonra yine hak ve nasafet kuralları, davacının bu yerde eskiden beri üst hakkına sahip olması, taraflar arasında uzun süreli bir irtifak sözleşmesinin akdedildiği olgusu göz önüne alınarak, belli bir miktarda indirim yapılmalı" dır.

Emsal irtifak sözleşmelerinin bulunmaması halinde ise, idarenin takdir hakkının üst sınırı doğrudan ekonomik esaslara (toptan eşya fiyat endeksine) ve hak ve nasafet kuralına göre belirlenmelidir; Bir önceki dönemin son yılına ait irat

tutarı toptan eşya fiyat endeksindeki orana göre arttırılmalı ve böylece bir sonraki dönemin ilk yılına ait irat tutarının üst sınırı belirlenmelidir.

IV. SONUÇ

İdarece tanınan üst haklarında tek taraflı olarak idarece belirlenen irat tutarlarının aşırı yüksek olup olmadığının tespitinde ve aşırı yüksek ise doğan boşluğun doldurulmasında, sözleşme boşluğunun doldurulmasına ilişkin genel esaslar uygulanır. Kira parasının tespitine ilişkin kanunî düzenleme bulunmadığından, aynı esaslar Yargıtay tarafından uzayan kira sözleşmelerine de uygulanmaktadır. Başka bir anlatımla, sözleşme boşluğunun doldurulmasına ilişkin genel esaslar kira sözleşmelerine uygulandığı için değil, genel esaslar olması itibariyle üst hakkına uygulanmaktadır. Kira sözleşmeleri için yeni bir düzenlemeye gidildiğinde, özellikle Adalet Bakanlığı'nca 2005 yılında yayımlanan Türk Borçlar Kanunu Tasarısı kanunlaştığı takdirde, durum farklılık arzedecektir. Kiraya ilişkin hükümler, üst hakkına uygulanamayacaktır. Her şeyden önce üst hakkının kurulması, kira olarak nitelendirilemez. Diğer taraftan menfaat durumu da, kira parasının tespitine ilişkin hükümlerin kıyasen üst hakkına uygulanmasına engeldir. Dolayısıyla irtifak bedellerinin tespitinde, önceden olduğu gibi, sözleşme boşluğunun doldurulmasına ilişkin genel esaslardan hareket etmek gerekecektir.