

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Emre ERGİN ERGANİ

ÜST HAKKI

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2015

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Emre ERGİN ERGANİ

ÜST HAKKI

Danışman

Prof. Dr. Köksal KOCAAĞA

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2015

Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Emre ERGİN ERGANİ'nin bu çalışması, jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan (Danışmanı) : Prof. Dr. Köksal KOCAAĞA (İmza)

Üye : Doç. Dr. Halit YILMAZ (İmza)

Üye : Yrd. Doç. Dr. Selin SERT (İmza)

Tez Başlığı: Üst Hakkı

Onay : Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi : 24/06/2015

Mezuniyet Tarihi : 02/07/2015

Prof. Dr. Zekeriya KARADAVUT
Müdür

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR LİSTESİ	iv
ÖZET	vi
SUMMARY	vii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ÜST HAKKININ TARİHİ GELİŞİMİ

1.1 Roma Hukukunda	2
1.2 Alman Hukukunda	4
1.3 İsviçre Hukukunda	6
1.4 Türk Hukukunda	7
1.4.1 Osmanlı Döneminde	7
1.4.2 Cumhuriyet Döneminde	10

İKİNCİ BÖLÜM

ÜST HAKKININ ÖNEMİ ve İŞLEVİ

2.1 Gerçek ve Tüzel Kişiler Açısından	15
2.2 Devlet Açısından.....	16
2.3 Üst Hakkının Olumsuz Yönleri	17

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÜST HAKKI KAVRAMI

3.1 Terim Sorunu	18
3.2 Üst Hakkının Konusu.....	19
3.2.1 Üst Hakkına Konu Arazinin Özellikleri	22
3.2.2 Üst Hakkına Konu Yapının Özellikleri	25
3.3 Üst Hakkının Hukuki Niteliği	27
3.3.1 Genel Olarak.....	27
3.3.2 Mülkiyet Görüşü.....	28
3.3.3 Alman Hukukunda Üst Hakkı Anlayışı ve Sınırlı Ayni Hak Görüşü	29
3.3.4 İsviçre ve Türk Hukuku'nda İrtifak Hakkı Anlayışı ve Olağan Ayni Hak Görüşü	31
3.4 Üst Hakkının Benzer Haklardan Farkı.....	33
3.4.1 Oturma Hakkından Farkı	33

3.4.2	Kat Mülkiyetinden Farkı	34
3.4.3	Kaynak Hakkından Farkı.....	34
3.4.4	Mecra Hakkından Farkı	35
3.5	Üst Hakkının Çeşitleri	36
3.5.1	Bağımlı Üst Hakkı.....	36
3.5.1.1	Şahsa Bağlı Üst Hakkı	36
3.5.1.2	Eşyaya Bağlı Üst Hakkı	38
3.5.2	Bağımsız Üst Hakkı.....	40
3.5.2.1	Bağımsızlık ve Süreklilik Kavramları	40
3.5.2.2	Bağımsız Üst Hakkının Azami Süresi	41

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÜST HAKKININ KAZANILMASI

4.1	Sicile Tescil ile Kazanılması.....	44
4.1.1	Genel Olarak.....	44
4.1.1.1	Bağımsız Nitelikteki Üst Hakkının Tasarruf Sınırlamalarına Konu Olup Olamayacağı Sorunu.....	44
4.1.1.2	Tapu Sicilinde Kayıtlı Olan Bağımsız Nitelikteki Üst Hakkının Devri ve Sınırlı Ayni Haklara Konu Olması	48
4.1.1.3	Tapu Sicilinde Kayıtlı Olmayan Bağımsız Nitelikteki Üst Hakkının Devri ve Sınırlı Ayni Haklara Konu Olması	51
4.1.1.4	Bağımsız Nitelikte Olmayan Üst Hakkının Devri ve Sınırlı Ayni Haklara Konu Olması.....	55
4.1.2	Üst Hakkı Sözleşmesi.....	56
4.1.2.1	İçeriği	56
4.1.2.2	Hukuki Niteliği	58
4.1.2.3	Şekli	60
4.1.3	Tescil	62
4.2	Üst Hakkının Tescilden Önce Kazanılması	64
4.2.1	Miras Yoluyla.....	64
4.2.2	Mahkeme Kararıyla	65
4.2.3	Cebri İcra Yoluyla	65
4.2.4	İşgalle	65
4.2.5	Kamulaştırmayla.....	65

4.2.6	Kazandırıcı Zamanaşımıyla.....	66
-------	--------------------------------	----

BEŞİNCİ BÖLÜM

ÜST HAKKININ HÜKÜM ve SONUÇLARI

5.1	Yapı Üzerindeki Mülkiyet Hakkı ve Diğer Ayni Sonuçlar	68
5.2	Eşyaya Bağlı Sonuçları	71
5.2.1	Komşuluk Hukukundan Kaynaklanan Eşyaya Bağlı Hak ve Borçlar	72
5.2.2	Sınırlı Ayni Haktan Kaynaklanan Eşyaya Bağlı Hak ve Borçlar	72
5.2.3	Zilyetlikten Kaynaklanan Eşyaya Bağlı Hak ve Borçlar	72
5.2.4	Sözleşmeden Kaynaklanan Eşyaya Bağlı Hak ve Borçlar	73
5.3	Şahsi Sonuçları	75
5.3.1	Üst Hakkı Sahibinin Borçları ve Yüklü Taşınmaz Malikinın Kanuni İpotek Hakkı	76
5.3.2	Yüklü Taşınmaz Malikinın Borçları ve Üst Hakkı Sahibinin Tazminat Alacakları	78
5.3.3	Yüklü Taşınmaz Malikinın Süresinden Önce Üst Hakkını Devir Talebi.....	81

ALTINCI BÖLÜM

ÜST HAKKININ SONA ERMESİ

6.1	Terkinle Sona Ermesi.....	84
6.2	Terkin Dışında Sona Ermesi	86
6.2.1	Sürenin Dolmasıyla Sona Ermesi	86
6.2.2	Yüklü veya Yararlanan Taşınmazın Yok Olmasıyla Sona Ermesi.....	87
6.2.3	Kamulaştırmayla Sona Ermesi	87
6.2.4	Mahkeme Kararıyla Sona Ermesi.....	87

SONUÇ	89
--------------------	-----------

KAYNAKÇA.....	91
----------------------	-----------

Ö Z G E Ç M İ Ş	94
------------------------------	-----------

KISALTMALAR LİSTESİ

Art.	Article
AÜHF.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜEHFD.	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
ABD.	Ankara Barosu Dergisi
BK.	818 sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
Dn.	Dipnot
E.	Esas
FMK	Fransız Medeni Kanunu
H.D.	Hukuk Dairesi
HUMK.	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBD.	İstanbul Barosu Dergisi
İİK.	İcra ve İflas Kanunu
İMK.	İsviçre Medeni Kanunu
İÜHF.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	Karar
KMK.	Kat Mülkiyeti Kanunu
MK.	743 sayılı Medeni Kanun
m.	Madde
S.	Sayı
s.	Sayfa
sy.	Sayılı
t.	Tarih
TBBD.	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK.	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK.	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
Tat. K.	Tatbikat Kanunu
TKGM.	Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü

TST.	Tapu Sicili Tüzüğü
vd.	ve diğer
vb.	ve benzeri
Yarg.	Yargıtay
YHGK.	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Yev.	Yevmiye
ZGB.	Schweizerisches Zivilgesetzbuch

ÖZET

Başkasına ait bir arazinin altında veya üstünde bir bina (yapı) inşa etmek ya da arazi üzerinde mevcut olan bir binayı muhafaza etmek sureti ile söz konusu bina üzerinde hak sahibine ayrı mülkiyet hakkı veren üst hakkının, bir irtifak hakkı türü olarak ayrıntılı düzenlenmesi 23.11.1990 tarih ve 20704 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 14.11.1990 tarihli ve 3678 sayılı Kanunla gerçekleştirilmiştir.

Ülkemizde sonraki yıllarda nüfusun hızla artması, kentleşme, turizm ve yatırım faaliyetlerinin çoğalması gibi etkenlerin sonucu olarak, özellikle kamu arazisinde kurulabilecek irtifak hakları ve üst hakkı olanakları tekrar önem kazanmıştır. Bu gelişmelerin sonucunda uygulamada artan sorunlar ve üst hakkına ilişkin netleştirilmesi gereken detayların da artmış olduğu görülmüştür. Bu sebeple üst hakkı özelinde, günümüzün pratik ihtiyaçlarına cevap verebilecek ve sorunlara çözüm önerici nitelikte çalışmaların yapılması faydalı olacaktır.

Üst hakkı incelenirken, konuya özgünlük anlamında sınırlı sayıda yazılmış olan doktora tezi ve akademik makaleden faydalanılmış; yargı kararları ve doktrinde savunulan görüşlere yer verilmiş; genelge ve talimatlar yürürlüğe koymak suretiyle, ülkemizdeki üst hakkı uygulamasına doğrudan etki eden Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün düzenlemelerine de değinilerek sonuca ulaşılmaya çalışılmıştır.

Çeşitli hukuk sistemlerinde farklı gelişim süreçleri izlemek sureti ile eski dönemlerden bu yana varlığını sürdüren üst hakkının, bu varlığının sürmesinde en önemli etken, üst hakkının hak sahibi kişilere tanımış olduğu, başkasına ait araziler üzerindeki yapıların mülkiyetine sahip olabilme imkanı ve bu imkanın toplumda mevcut birtakım ekonomik ve sosyal ihtiyaçları karşılayabilme özelliğidir. Artan talebe paralel olarak kıt ve değerli olan araziler, doğa ve turizm alanlarının değerlendirilmesinde alternatif bir yöntem olarak üst hakkının kullanımını giderek yaygınlaşmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Üst hakkı, irtifak hakkı, taşınmaz yükü, tapu hukuku, taşınmaz mal, inşaat, yapı, kentleşme

SUMMARY

RIGHT OF CONSTRUCTION

Granting a separate property right to a right holder over a building by means of constructing a building (structure) beneath or on a land owned by someone else or maintaining a building that is already on the land, the right of construction was enacted as a type of easement by the Law dated 14th of November, 1990 and No. 3678 and published in the Official Gazette dated 23rd of November, 1990 and No. 20704.

Easement and rights of construction for public lands have taken on a new significance in line with the factors such as the rapidly-increasing population of Turkey, urbanization and increasing tourism and investment activities. As a result of such developments, the number of challenges in practice and details to be clarified with regard to rights of construction have increased as well. That is why it would be beneficial to take on efforts to meet current practical requirements and offer solutions for problems with a special emphasis on the right of construction.

Delivering an analysis over the right of construction, this study benefits from a limited number of context-specific dissertations and academic articles, and dwells on the perspective of the General Directorate of Land Registry and Cadastre that introduces circulars and instructions with an impact on the enforcement of rights of construction in Turkey as well as on judicial rulings and doctrines to come to fruition.

The most important factor for the right of construction to survive since ancient times by undergoing various developmental stages in various legal systems is the fact that the right of construction is granted for right holders, and it is an opportunity to own the property of buildings on a land owned by someone else, and a characteristic of this opportunity to meet some economic and social requirements in society. In parallel with the ever-increasing demands, the exercise of the right of construction becomes more and more popular as an alternative method to benefit from scarce and valuable lands, natural and touristic locations.

Keywords: Right of construction, easement, right of incumbrance, land register law, immovable property, real estate, building, urbanization

GİRİŞ

Üst hakkı, başkasına ait bir arazinin altında veya üstünde bir bina (yapı) inşa etmek ya da arazi üzerinde mevcut olan bir binayı muhafaza etmek sureti ile söz konusu bina üzerinde hak sahibine ayrı mülkiyet hakkı veren bir irtifak hakkı türüdür. Bir arazinin altındaki ve üstündeki yapıların arazinin mülkiyetine dahil olduğu şeklindeki kuralın bir istisnasını oluşturan üst hakkı, 743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte, ülkemiz hukukuna girmiştir. Yürürlüğe girdiği dönemde mevcut ihtiyaçların bir an önce karşılanması amacı ile bütün halinde görüşülerek kabul edilen bu Medeni Kanun ile üst hakkı gibi belirli bir konunun, ayrıntıları ile düzenlenmesi mümkün olamamıştır.

Ülkemizde sonraki yıllarda nüfusun hızla artması, kentleşme, turizm ve yatırım faaliyetlerinin çoğalması gibi etkenlerin sonucu olarak, özellikle kamu arazisinde kurulabilecek irtifak hakları ve üst hakkı olanakları tekrar önem kazandı. Bu gelişmelerin sonucunda Medeni Kanun'un üst hakkına ilişkin hükümlerinin yeniden düzenlenmesi 23.11.1990 tarih ve 20704 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 14.11.1990 tarihli ve 3678 sayılı Kanunla gerçekleştirilmiştir.

Bu gelişme sonrasında üst hakkını konu alan eserlerde artış olduğu görülmekle beraber, günümüze kadar kitaplaştırılmış iki doktora tezi ve çeşitli makaleler dışında genel eşya hukuku kitapları içinde yalnızca bir bölüm halinde üst hakkına yer verildiği görülmektedir. Bu sebeple üst hakkı özelinde, günümüzün pratik ihtiyaçlarına cevap verebilecek ve sorunlara çözüm önerici nitelikte çalışmaların yapılması faydalı olacaktır.

Bu çalışmada, Türk Hukuk sisteminde mevcut üst hakkı kavramının kaynağı İsviçre hukuku başta olmak üzere diğer Kara Avrupa'sı hukuk sistemlerine de değinerek konunun aydınlatılması amaçlanmıştır. Çalışmanın birinci bölümü üst hakkının tarihsel gelişimi, önemi, işlevi ve kavramın tanımı ile çeşitlerine; ikinci bölümü ise üst hakkının kazanılmasından başlanılarak, hüküm ve sonuçları ile sona ermesine ayrılmıştır. Konu incelenirken başta yargı kararları ve doktrin olmak üzere ülkemizdeki üst hakkı uygulamasına etki eden tapu idaresinin (Tapu ve Kadastro Gene Müdürlüğü) genelge ve talimatlarına da yer verilmeye çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÜST HAKKININ TARİHİ GELİŞİMİ

1.1 Roma Hukukunda

Roma'da ilk olarak Klasik Sonrası Dönem'de ortaya çıkan üst hakkı, başkasına ait bir arazi üzerinde bulunan ya da sonradan inşa edilen binayı, belli bir kira karşılığında kullanabilme olanağı veren bir haktır¹.

Roma'da mülkiyet kavramına ilişkin olarak eski dönemlerden beri bilinen temel kural üst araziye ait olur (Superficies solo cedit) kuralıdır. Bu kurala göre, herhangi bir arazi üzerinde inşa edilen yapının mülkiyeti, yapıyı yapan kim olursa olsun, arazinin malikine ait olmaktadır². Niteliği itibarı ile bu kural ile örtüşmeyen üst hakkı ise Eski Hukuk Dönemi ile Klasik Hukuk Dönemi'nde bilinmeyen, zaman içerisinde tamamen toplumsal ve ekonomik ihtiyaçlar nedeniyle ortaya çıkmış bir haktır.

Roma'da arazilerin büyük bir kısmı devlete ya da büyük toprak sahiplerine aitti. Bunun yanında nüfusun büyük bir hızla artması ve Roma şehri içerisinde kullanılabilir arazi miktarının sınırlı olması nedeniyle, başkalarına ait araziler üzerinde bulunan ya da sonradan inşa edilen binaların kullanılması bir zorunluluk haline geldi. Buna paralel olarak başkasına ait bir arazi üzerinde var olan ya da sonradan inşa edilen binanın kullanılması, özellikle arazinin devri söz konusu olduğunda önemli ihtilafların doğması yeni bir kurum olarak üst hakkının ortaya çıkmasında önemli bir etken olmuştur³. İlk devirlerde yalnızca Devlete ait arazi üzerinde üst hakkı söz konusu olabilirken, daha sonraki devirlerde özel araziler üzerinde de üst hakkı kurulabileceği kabul edildi⁴.

Devlete ait topraklar üzerinde bulunan ve vatandaşların kullanıma açılmış binalarda taraflar arasında kira sözleşmesi, intifa hakkı veya başka bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığı tartışmalı idi. Kira sözleşmesi olduğunun kabulü halinde, böyle bir sözleşme borçlar hukuku kuralları gereğince yalnızca sözleşmenin taraflarını bağlayacağı için, yeni malike karşı, hukuk düzeni tarafından koruma altına alınmış olan bir hakkın varlığından bahsetmek mümkün olmayacaktı. Böylece yeni malikin önceki malikin yaptığı kira sözleşmesini

¹ Berki Şakir, Romada Ayni Haklar, AÜHFD. 1948, s. 373.

² Tahiroğlu Bülent, Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları, İÜHF. 1981, s.51 dn. 43.

³ Karadeniz Çelebican Özcan, Romada Kamu Topraklarının Çeşitli Kullanım Biçimleri, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, s.715 vd.

⁴ Berki, s. 373.

sürdürme zorunluluğu bulunmadığından ve satım sözleşmesinin kirayı sona erdireceği şeklindeki kural sebebi ile kiracılar sürekli bir tahliye baskısı altında bulunuyorlardı⁵.

Öte yandan, intifa hakkı (ususfructus) gibi sınırlı ayni bir hakkın varlığının kabul edilmesi halinde, bu hakkın da sağlararası ya da ölüme bağlı bir tasarrufla başkalarına devri mümkün olmadığı için, binayı kullanan kişinin bu hakkını üçüncü kişilere devredebilmesi (kiralayanın izni olmadan) mümkün değildi⁶.

Bu örneklerdeki gibi kira sözleşmesi ile intifa hakkı hükümlerinin, kullanım ve bu kullanım hakkının üçüncü kişilere devrini de içeren birçok yetkiyi karşılamıyor olması sebebi ile devlete ait tahsisli araziler veya başkasına ait bir arazi üzerinde bulunan ya da sonradan inşa edilen binaları kiracı olarak kullananların ve intifa hakkı sahiplerinin mağduriyetleri söz konusu idi. İşte bütün problemler o dönemde mevcut hukuk kuralları ve kurumları ile bir çözüme kavuşturulamadığı için, şahsi irtifak haklarından daha farklı ve bazı bakımlardan daha üstün nitelikler taşıyan üst hakkı, yaşayanlar arasında devredilebilir ve mirasçılara geçer hale gelmiş ve sınırlı ayni haklar arasında ayrı bir hukuki kurum olarak Iustinianus Dönemi'nde yerini almıştır⁷.

Roma Hukukunda üst hakkının kurulabilmesi için herhangi bir şekil şartı getirilmemiştir. Sağlar arası bir tasarrufla veya ölüme bağlı bir tasarrufla üst hakkı tesisi mümkündür⁸.

Üst hakkı kurulan arazi üzerinde önceden inşa edilmiş bir yapı yok ise üst hakkı sahibi tarafından arazi sonradan bir yapı yapılabilir ancak bu yapı da arazi malikinin mülkiyetinde olurdu. Oysa günümüz Türk Hukukunda Medeni Kanun'un 726. maddesi gereği üst hakkına dayalı olarak başkasının arazisi üzerinde sürekli kalmak üzere inşa edilen yapıların mülkiyeti üst hakkı sahibine ait olur. Roma Hukukunda üst hakkı kavramının en yerleşik olduğu Iustinianus Dönemi'nde dahi arazi üzerindeki yapının mülkiyeti üst hakkı sahibine ait olmamıştır⁹.

Roma Hukukunda, üst hakkı dışındaki sınırlı ayni hakları sona erdiren sebepler, üst hakkının mahiyetine uyduğu nispette üst hakkına da uygulanırdı. Bunun dışında hakkın konusu arazinin üzerinde bulunan binanın ortadan kalkması, üst hakkı sahibinin ödemesi gereken bedeli arazi sahibine ödememesi, üst hakkı ile üzerinde üst hakkı kurulan arazinin

⁵ Günal Nadi, Roma Hukukunda Üst Hakkı, AÜHFD. C.47, S.1, 1998, s.108.

⁶ Küçükgüngör Erkan, Roma Hukukunda İntifa Hakkı, Ankara 1988, s. 90-93.

⁷ Berki, s. 374.

⁸ Berki, s.374.

⁹ Akipek Jale G., Üst Hakkı Kavramı Muhtevası ve Mahiyeti, Prof. Dr. H.C. Oğuzoğluna Armağan, Ankara 1972, s.32,46,64-65.

mülkiyetinin aynı kişide birleşmesi, üst hakkı sahibinin bu hakkından feragat etmesi, hakkını kullanmaması veya üst hakkına aykırılık oluşturacak davranışlarda bulunması hallerinde de üst hakkı sona ererdi¹⁰.

1.2 Alman Hukukunda

Roma Hukuku'nda geçerli üst hakkı (superficies) kavramının bir benzerinin, Almanya'da arazi ariyeti (Bodenleihe) şeklinde ve şehirlerin imarında kullanılan bir yöntem olarak inşaat ariyeti (staedtische auleihe) mahiyetinde eskiden beri mevcut olduğu bilinmektedir¹¹. Bu yöntemin kaynağı orta çağ Almanyasına kadar gitmekte olup, bu dönemde şehir kurulan yerlerde arazi malikleri ve kiliseye ait toprakların, arazi ödücü şeklinde belirli dönemlerde çeşitli kimselere verildikleri, daha sonra ödünç sahibi bu kişilere miras hakkı tanındığı görülmektedir. Böylece bu hak zaman içerisinde özel mülkiyet alanına girmiştir¹². Ayrıca bu devirlerde Alman toplumunun yapısı gereği kullanımı sık olan ahşap evlerin, arazi malikinden başka kimselere ait olduğu da bilinmektedir. Sökülebilir ve taşınabilir olduğu için menkul sayılan ahşap evlerin üst arza tabidir ilkesi kapsamına girmemesi sebebi ile ortaçağ Almanyası'nda, araziye ve onun üzerindeki yapılara ilişkin yetkilerin farklı kimselere ait olabilmesi düşüncesi kolay kabul edilebiliyordu. Bu kabulün bir sonucu olarak uzun bir gelişim süreci sonunda Almanya'da, ariyet alanının hakkının da bir mülkiyet hakkı olduğu düşüncesi yerleşti. İsteyen kişiler, ücret karşılığında ariyet konusu arazi üzerinde bir inşaat yapmak ve bu inşaatın maliki olabilmek olanağını elde edebiliyorlardı¹³.

Daha sonra Roma Hukuku'nun iktibası ile üst hakkı kurumu Almanya'ya girdi ve bu kurumun Alman Hukuku'ndaki inşaat ariyeti ile karışmasıyla ortaya çıkan üst hakkı (Superfizarrecht) ondokuzuncu yüzyıla kadar varlığını sürdürdü. Ondokuzuncu yüzyılda bir kurum olarak inşaat hakkına sık başvurulmamasının bir sonucu olarak inşaat hakkını bir tür mülkiyet hakkı olarak gören anlayıştan vazgeçildi ve bu anlayış yerini "başkasının arazisi üzerindeki taşınmaz mülkiyetini sınırlayan aynı hak" görüşüne bıraktı¹⁴.

¹⁰ Öcal Apaydın Bahar, Roma Hukukundan Günümüze Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları, Ankara 2014, s. 173, 176, 178, 182.

¹¹ Gürzumar Osman Berat, Üst Hakkı, İstanbul 1998, s.5.

¹² Ünal Mehmet, Türk Medeni Hukukunda Yapı(Üst) Hakkı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınları, Ankara 1988, s.25.

¹³ Gürzumar, s.5.

¹⁴ Öcal Apaydın, s. 212, 214, 218.

Yirminci yüzyılda yürürlüğe giren 18 Ağustos 1896 tarihli Alman Medeni Kanunu'nda düzenlenen inşaat hakkı¹⁵ zamanla Almanya'da yaygınlaştı. Ancak Kanun'un arazi maliki ile inşaat hakkı sahibinin karşılıklı hak ve borçlarına ilişkin hükümleri pratik ihtiyaçları karşılamaktan uzaktı¹⁶. Birinci Dünya Savaşı sonrası ortaya çıkan konut sıkıntısı sonucunda özellikle arazi reformu taraftarlarının artan baskılarının da etkisiyle, inşaat hakkının Almanya'da yeniden düzenlenmesi yoluna gidildi. Bu kavramı detaylı olarak düzenleyen 15 Ocak 1919 tarihli İnşaat Hakkı Tüzüğü (Erbbaurechtsverordnung) yürürlüğe girdikten sonra, Alman Medeni Kanunu'nun inşaat hakkına ilişkin hükümlerini yürürlükten kaldırdı. Ancak inşaat hakkının tam anlamıyla yaygınlaşması İkinci Dünya Savaşı'nın sonunda gerçekleşti. Savaştan sonra arazi ve sermaye kıtlığı nedeniyle inşaat hakkından yaygın bir şekilde faydalanılmaya başlandı¹⁷.

Yürürlükteki Alman Hukuku'na göre inşaat hakkı, taşınmazlar gibi işlem gören bir ayni haktır. Ancak inşaat hakkı, eşyaya bağlı veya şahsi bütün irtifak haklarında bulunan “hak konusu objeden yararlanma olanağının sınırlandırılmış olması” özelliğine sahip olmadığından bir irtifak hakkı değildir. Alman Hukukunda inşaat hakkı, devredilebilen ve miras yoluyla intikal edebilen, süresiz olarak kurulabilen mülkiyet benzeri bir haktır. Nitekim Almanya'da inşaat hakkı, ilgili mevzuatında irtifak haklarından bağımsız olarak düzenlemiştir¹⁸.

Almanya'da inşaat hakkının hukuken bir taşınmaz gibi işlem görmesinin sonucu olarak, bu hak için sicilde ayrı bir sayfa açılır ve üzerinde gayrimenkul mükellefiyeti, irtifak hakları ve ipotek gibi sınırlı ayni haklar kurulabilir. Öte yandan, gayrimenkul mükellefiyetlerinin ve eşyaya bağlı irtifakların inşaat hakkına bağlı haklar olarak kurulabilmesi de mümkündür¹⁹.

Almanya'da inşaat hakkının bütünleyici parçası olan yapı, hak sahibinin mülkiyetindedir. Taraflar sözleşme ile asgari içerik dışındaki hususlarda düzenlemeler getirmişlerse, bu düzenlemeler tapuda tescil edilmek şartı ile inşaat hakkının kapsamına dahil olurlar. Bunun sonucu söz konusu sözleşme hükümleri yalnız taraflar arasında değil, onların cüz-i haleflerine karşı da etkili olur. Ancak bu etki taraflar ve halefleri dışında kalan üçüncü kişiler için geçerli değildir. Bu durum tapuda tescilli inşaat hakkının teknik anlamda ayni

¹⁵ Almanya'da üst hakkı yerine, karşılığı “inşaat hakkı” olan “Baurecht” terimi kullanılmaktadır(Bkz. Ünal, s.26.).

¹⁶ Akipek Jale G., Üst Hakkı Kavramı ve Bu Hakkın Muhtevası, Medeni Kanun'un 50. Yılı, Bilimsel Hafta:15-17 Nisan 1976, s.229-275, Ankara 1977, s.231.

¹⁷ Ünal, s.27.

¹⁸ Freimüller Hans Ulrich, Die Stellung der Baurechtsdienstbarkeit im System der dinglichen Rechte, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Neue Folge, Bern 1967 (Berner Dissertation), s. 23 (aktaran Gürzumar, s.7).

¹⁹ Gürzumar, s.8.

etkiye haiz olmamasından kaynaklanır. İnşaat hakkının kapsamına dahil edilebilecek hususlara örnek olarak, inşaatın bakımına, kullanılma tarzına ve sigortalanmasına; inşaat hakkı sahibinin hakkını, belli şartlar ile arazi malikine devretmesi borcuna ve vergi yükünün kime ait olduğuna ilişkin taraf anlaşmaları gösterilmektedir²⁰.

1.3 İsviçre Hukukunda

Başkasına ait arazi üzerine inşaat yapabilmek için kullanılan arazi ariyeti kavramı, İsviçre'de de ortaçağda ortaya çıkmıştır. Nitekim İsviçre'de de bu dönemde, gerek kırsal bölgelerde gerekse şehirlerde yapılan ve birer menkul eşya olarak nitelendirilen evler onu yapanın mülkiyetindeydi²¹.

İsviçre'de arazi üzerindeki yapıların araziden bağımsız mülkiyet konusu olamayacağı ve taşınmaz olarak nitelendirilmesi gerektiği düşüncesinin ise, taştan inşaat tekniğinin geliştiği onbeşinci yüzyılda geliştiği belirtilmektedir. Ancak, arazi ariyeti kurumunun onbeşinci yüzyılda ortadan kalkmasından sonra da ağaçlar ve yapılar üzerinde araziden bağımsız mülkiyet anlayışı çeşitli şekillerde devam etmiş, Roma Hukuku'nun iktibas ile birlikte üst arza tabidir kuralının İsviçre'ye girmesinden sonra dahi eski mülkiyet anlayışı varlığını sürdürebilmiştir²². Roma Hukuku'nun iktibas ile birlikte kantonların Medeni Kanunlarına giren "üst arza tabidir" kuralı, emredici olmayan bir hukuk kuralı niteliğine dönüşmüştür²³.

İnşaat hakkının tüm İsviçre'de kabul edilmesi ise 1 Ocak 1912 tarihinde yürürlüğe giren 10 Aralık 1907 tarihli İsviçre Medeni Kanunu ile gerçekleşmiştir. İsviçre'de kanton hukuklarının uygulandığı dönemde inşaat hakkı uygulamasının nadiren başvurulmuş bir yöntem olması sebebi ile inşaat hakkı bu Kanun'da sadece iki madde (Art.675, 779 ZGB) ile düzenlenmişti²⁴.

Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra İsviçre'nin Almanca konuşulan birçok şehrinde kamu arazileri üzerinde inşaat hakkı kurulmaya başlanmış ve konut ihtiyacının karşılanması konusunda inşaat hakkının önemli bir işlevi olduğu anlaşılmıştır²⁵. Ancak bu dönemde inşaat hakkı iradının bu hakkın kapsamında olmadığı yönündeki yargı kararları, diğer yandan hakkın sona ermesi halinde, malike kalan inşaat karşılığı ödenmesi gereken tazminatın, sonraki

²⁰ Gürzumar, s.8.

²¹ Ünal, s.32.

²² Ünal, s.32.

²³ Gürzumar, s.9.

²⁴ Gürzumar, s.10; Öcal Apaydın, s. 260.

²⁵ Freimüller, s. 23 (aktaran Gürzumar, s.10).

maliklere karşı ileri sürülememesi ve Kanundaki yetersiz düzenleme nedeni ile inşaat hakkı kurumuna duyulan güvensizlik nedeniyle kamuya ait arazilerin özel kişilere tahsisinde inşaat hakkı uygulaması dışında başka yöntemlere başvurulduğu görülmektedir²⁶.

Bu sorunların giderilmesi amacı ile hazırlanan ve 1 Temmuz 1965 tarihinde yürürlüğe giren yasal düzenleme ile kanuna birçok hüküm eklenmiştir²⁷. Bu düzenleme ile taraflar arasında yapılan, bağımsız ve sürekli nitelikte inşaat hakkı kuran sözleşme resmi şekle tabi tutulmuştur. İnşaat hakkının içerik ve kapsamı ile ilgili olarak sözleşmede yer alan hususlar, inşaat hakkını veya taşınmazı devralan her kişiye karşı etkili hale getirilmiştir. İnşaat hakkının süresinin sona ermesi halinde, inşaatın taşınmaz malikine dönmesi, bunun karşılığında inşaat hakkı sahibine ödenecek tazminat, bu tazminat alacağı ile ilgili olarak bu hak kendilerine rehnedilmiş olan rehinli alacaklıların sahip olduğu yetki, söz konusu tazminat alacağının taşınmaz üzerinde kurulabilecek bir kanuni ipotek ile teminat altına alınması ve bu konulardaki anlaşmaların tabi olduğu şekil ile bu anlaşmaların şerh verilebilmesi hükme bağlanmıştır. İnşaat hakkı sahibinin yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda, inşaat hakkının sona ermesinden önce taşınmaz malikine devri talebi, bu talebin kullanılma koşulları ve bu hükümlerin uygulama alanı düzenlenmiştir. İnşaat hakkı iradının teminatı olarak, tapuda taşınmaz olarak kayıtlı inşaat hakkı üzerindeki kanuni ipotek düzenlenmiştir. Bağımsız inşaat hakkına yüz senelik bir azami süre sınırı getirilmiştir. Taşınmaz malikine bağımsız ve sürekli inşaat hakkı ile ilgili olarak ve bu hakkın sahibine de, inşaat hakkı ile yükümlenmiş taşınmaz için kanuni şufa hakkı tanınmıştır²⁸.

1.4 Türk Hukukunda

1.4.1 Osmanlı Döneminde

İslamiyet'in kabulü öncesinden beri çiftçilikle uğraşan Türkler işledikleri topraklarda özel mülkiyet hakkına sahip olmuşlar ve başlangıçta soy mülkiyeti şeklinde tanınan bu hak, zamanla gerçekleşen toplumsal değişimler sonucu aile mülkiyeti şekline dönüşmüştür. Daha sonra diğer devletlerde olduğu gibi Türk devletlerinde de aile mülkiyetinden özel mülkiyete geçilmiştir. Bunun yanında kolektif mülkiyet ilişkisi, taşınmaz rehni, tarımsal ürün kirası ve ortakçılık kavramlarının da bilindiği ve uygulandığı görülmektedir²⁹.

²⁶ Gürzumar, s.11.

²⁷ Akipek Jale G./Akıntürk Turgut, Eşya Hukuku 2009, s. 704.

²⁸ Gürzumar, s.12.

²⁹ Eren Fikret, Toprak Hukuku, Ankara 1991, s.22 vd.

Osmanlı Devleti döneminde ise İslam Hukuku (örfi hukukla birlikte) bütünüyle uygulanmış olduğundan, bu dönemin mülkiyet anlayışı, İslam hukukundaki anlayışla büyük ölçüde paralellik göstermektedir³⁰. Batı hukuklarından farklı olarak İslam Hukukunda sadece eşyanın kendisi değil ondan kaynaklanan menfaat ve ürünler de mülkiyet konusu olabildiğinden, üst hakkı ve benzerlerinin diğer hukuk sistemlerindeki işlevini gerçekleştirebilecek hak türlerine de izin verilmiştir³¹.

İslam Hukukunda üst hakkı şeklinde özel bir hak çeşidi olmamakla birlikte, İslam arazi ve mülkiyet sistemi bir kimseye, başkasına ait taşınmaz üzerinde inşaat yapmak ve ona sahip olmak hakkını diğer hukuk sistemlerinden daha geniş biçimde sağlamaktadır. İslam hukukunda mülkiyet hakkının içeriği "ayn"(rakabe), "menfaat mülkiyeti" ve zilyetlik olmak üzere üç tür yetkiyi kapsamakta olup, Ayn (çıplak mülkiyet) mülkiyeti eşyanın maddi varlığına, menfaat mülkiyeti çıplak mülkiyetten yararlanma ve onu kullanma yetkisine sahip olmayı ve zilyetlik de elinde bulundurmaya ifade eder. Eğer bir kişi, "tam mülkiyet" hakkına sahipse, bir eşya üzerinde hem çıplak mülkiyet hem de kullanma yararlanma yetkisi, "nakıs (eksik) mülkiyet" yetkisine sahipse sadece çıplak mülkiyet veya menfaat mülkiyetinden biri söz konusu olur³².

Tam mülkiyet hakkı bütünüyle tek bir kişiye ait olabileceği gibi ayrı ayrı başka kişilere ait olabilir³³. Bu sebeple özellikle mülk arazilerde³⁴, mülkiyet hakkının malike tanıdığı yetkilerin tümünün veya bir kısmının bir başkasına devri mümkündür. Hukuka uygunluk çerçevesinde menfaat konusu olan eşyadan çeşitli biçimlerde yararlanılabilir. Taşınmazlara ilişkin olarak bir taşınmaz malikinin, sahip olduğu kullanma yararlanma yetkisinin tamamen bir başkasına geçmesini sağlayan bir sözleşme yapabilmesi mümkün olduğu gibi kişi taşınmazın üzerine bir inşaat yaparak yahut ağaç dikerek bunların sahibi olabilme yetkileri gibi benzer yetkilerini de bir başkasına devredebilir. Bu durum İslam Hukuku'nda üst hakkına yabancı olmayan hakların tanındığının bir başka göstergesidir³⁵.

İslam Hukuku'nda başkasına ait bir arazi üzerinde inşaat yapma, ağaç dikme veya önceden mevcut bu tür şeyleri kendi mülkiyeti altında bulundurma yetkisi, "karar hakkı" kavramı ile ifade edilmiştir³⁶. Osmanlı Hukuku'nda ise çoğunlukla vakıf araziler üzerinde uygulandığı görülen bu kavramın belirtildiği şekli ile tesisi özellikle "mukataalı vakıf "

³⁰ Cin Halil, Miri Arazi ve Bu Arazinin Mülk Haline Dönüşümü(Doktora tezi), Ankara 1969, s.5 vd.

³¹ Ünal, s.20; Eren s.25; Kaşıkçı s. 52,53.

³² Eren, s.25; Gürzumar, s. 12; Kaşıkçı, s. 51.

³³ Kaşıkçı Osman, Eski Hukukumuzda Üst Hakkı, AÜEHFD. C.III, S.1, 1999, s.51.

³⁴ Osmanlı Hukukunda mülk arazi, kişilerin özel mülkiyetine tabi arazidir.

³⁵ Eren, s.30.

³⁶ Gürzumar, s.13; Kaşıkçı, s. 49; Ünal, s. 20.

kurumu aracılığıyla yaygın bir şekilde gerçekleştirilmiştir. Bu sistem ile tamamen harap olan vakıf mülkünün, yeniden ihyası için gereken maddi kaynağın temini amacıyla uzun sürelerle kiraya verilen vakıf arazisi üzerinde, kira lehtarları tarafından bina ve diğer yapı eseri yapılabilir, ağaç ve buna benzer bitkiler dikilebilirdi. Vakıf topraklar üzerinde inşaat yaparak veya ağaç dikerek bunların mülkiyet hakkına sahip olan kişi tarafından vakıf idaresine her yıl "mukataa" adı verilen belli bir kira ücreti ödenir. Yapı ve ağaç malikleri bunları başkasına satabilir, ölmeleri halinde ise tasarruf hakkı sahiplerinin bu hakları mirasçılarına geçerdi³⁷.

Osmanlı hukukunda toplumsal ve ekonomik ihtiyaçlardan doğan bir başka kurum da icareteynli vakıf (iki icarlı vakıf) kurumudur. Osmanlı döneminde, yangın, deprem gibi felaketler sebebi ile kısmen harap olan veya hasar gören vakıf mülkünün imar ve tamirinin sağlanması amacıyla on altıncı yüzyıl sonlarında ortaya çıkmış olan bu kurum kaynağını örfi hukuktan almaktadır ve başta İstanbul olmak üzere büyük şehirlerde uygulanmıştır. İki icarlı vakıf kurumunda "icareteyn" adı verilen bir sözleşme ile alınan peşin olarak kira bedeli karşılığı, yararlanan şahsa sözleşme konusu taşınmaz üzerinde aynı hak niteliğinde bir "tasarruf hakkı" tanınıyordu. Tasarruf hakkı sahibi bu hakkını üçüncü kişilere devredebiliyor ancak taşınmazın çıplak mülkiyeti kazandıranda kalıyordu. İcareteynli vakıfta, tasarruf hakkını elde eden kiracı, tasarrufuna bırakılan arsa üzerinde yapı yaparak onu muhafaza etmek yetkisine de (bugünkü anlamıyla üst hakkına) sahipti³⁸.

İki vakıf çeşidi arasındaki temel fark, mukataalı vakıfta yalnız vakıf arazisinin vakfa ait, üzerindeki yapı veya ağaçların ise üçüncü bir şahsa ait olması, icareteynli vakıfta ise hem arazinin hem de üzerindeki yapıların vakfa ait olmasıdır³⁹.

Osmanlı'nın bazı bölgelerinde uygulanan ve örfü dayanan "örfü belde gediği" ve "paftos" kavramlarının da yukarıda izah ettiğimiz karar hakları arasında olduğu görülmüştür. Önceleri zanaat ve ticaret alanında, gerekli aletlere sahip olmayan çırağın, ustasının dükkanını devralırken onun aletlerini de devralmasını ifade eden⁴⁰ "Gedik" daha sonra taşınmazlar üzerinde de uygulanan bir tasarruf türünü oluşturmuştur. Gedik uygulamasının bir türü olan "örfü belde gediğinde", arazi malikin mülkiyetinde kalmaya devam eder ve gedik sahipleri de senelik olarak belirlenen bir kira bedeli karşılığında, arazi üzerinde yaptıkları bina ve

³⁷ Eren, s.43.

³⁸ Hatemi Hüseyin, Medeni Hukuk Tüzel Kişileri I, İstanbul 1979, s.747; Gürzumar, s. 14.

³⁹ Eren, s.44.

⁴⁰ Hatemi Hüseyin, Önceki ve Bugünkü Türk Hukukunda Vakıf Kurma Muamelesi, İstanbul 1969, s.103.

diktikleri ağaçların mülkiyet hakkını elde ederlerdi. Örfü belde gediğinin şehir dışında uygulanan türüne de "Paftos" denirdi⁴¹.

Son dönem Osmanlı Hukuku'nda Mecelle'de de "üst arza tabidir" ilkesi kural olduğundan (m. 1194) birleşme ilkesi geçerlidir ve aynı zamanda karar hakkına da yer verilmiştir. Malik, mülkü üzerinde karar hakkı da dahil başkasına ayni veya nisbi nitelikte haklar tanıyabilir (m. 1192). Örneğin, alt ve üst katları farklı kişilere ait olan bir binanın üst katının malikinin hakkı gerçek anlamda bir mülkiyet hakkıdır ancak hak sahiplerinden hiçbiri diğerinin izni olmadan kendi katında herhangi bir zarar verici faaliyette bulunamaz⁴².

Sonuç itibarı ile İslam Hukuku'nun karar hakkı kavramının ve Osmanlı Hukuku'ndaki yansımalarının, güncel hukuk sistemimizdeki üst hakkı kavramından farklı olduğu görülmektedir. Örneğin Türk/İsviçre Hukuk Sisteminde arazi üzerindeki ağaçların üst hakkı kapsamına alınmaması (MK m.729/II, Art.678/11 ZGB), bu sistemin üst hakkı anlayışının, İslam ve Osmanlı Hukuku'nun karar hakkı anlayışından farklı olduğunu gösteren bir gerçekliktir. Öte yandan güncel hukuk sistemimizde, bir evin muhtelif katları üzerinde üst hakkı değil (MK m.726 /III) ancak kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulabilir. Buna karşın İslam ve Osmanlı Hukuku'nda bir evin katları üzerinde kazanılan mülkiyet hakkı da karar hakkının içeriğinde yer almaktadır. Oysa Türk/İsviçre Hukuk Sisteminde üst hakkı bir irtifak hakkı olup, mülkiyet benzeri bir ayni hak niteliğinde değildir⁴³.

1.4.2 Cumhuriyet Döneminde

Kaynağı İsviçre Medeni Kanun'u olan, 473 sayılı Medeni Kanun'un 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte, İsviçre hukuk sisteminde mevcut olan üst hakkı kurumu ülkemiz hukukuna da girmiştir.

Medeni Kanun'un 652. maddesinde (TMK. m. 726); "Bir arsanın altında veya üstünde yapılan yahut onunla devamlı bir surette birleştirilen inşaat ve imalat tapu siciline irtifak hakkı diye tescil edilmek üzere başka bir malikin mülkü olabilir. Bir evin muhtelif katları, üst hakkı teşkiline mevzu olamaz." hükmü getirilmişti. 751. maddesi (TMK. m. 826) ise malikin üçüncü şahıs lehine arsasının üstünde veya altında inşaatta bulunmak veya mevcut inşaatı ipka etmek yetkisini veren bir irtifak hakkı tesis edebileceğini, hilafına mukavele olmadıkça bu hakkın başkasına temlik olunup mirasçıya intikal edebileceğini ve işbu irtifak hakkının, bağımsız ve sürekli bir nitelikte ise tapu siciline gayrimenkul olarak

⁴¹ Gürzumar Fikri, Vakıf Gayrimenkul ile Örfü Belde Tasarrufları, Ankara 1949., s.44.

⁴² Ünal, s.34-35.

⁴³ Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. aşağıda başlık 3.3.4.

kaydedebileceğini belirtiyordu. Medeni Kanun'un 655. maddesinin (TMK. m. 729) son cümlesi ise, ağaçlar ve ormanlar üzerinde üst hakkı tesisinin yasak olduğu hükmünü içeriyordu.

Gerekçesinden de anlaşıldığı üzere bir inkılap kanunu niteliği taşıyan ve çıkarıldığı dönemde mevcut ihtiyaçların bir an önce karşılanması amacı ile bütün halinde görüşülerek kabul edilen Medeni Kanun'u hazırlayanların, üst hakkı gibi belirli bir konuda, ülke koşullarından kaynaklanan tüm ihtiyaçları göz önünde bulunduran ayrıntılı bir çalışma yapmaları da mümkün olmadığından, Medeni Kanun'un iki maddelik üst hakkı düzenlemesi yetersiz kalmaktaydı. Ancak Medeni Kanun yürürlüğe girdikten sonra da önceki hukuktan Tatbikat Kanunu çerçevesinde devralınan haklar dışında üst hakkının fazla bir uygulaması da çok uzun bir süre olmadı⁴⁴. Bu nedenle, Medeni Kanun'un üst hakkına ilişkin düzenlemelerinin eksikliği de uzunca bir süre su yüzüne çıkmamakla birlikte, 60'lı ve 70'li yıllarda kanundaki üst hakkına ilişkin düzenlemenin yetersizliğine işaret eden pek çok eser yayımlandı⁴⁵.

Seksenli yıllarda nüfusun hızla artması, kentleşme, turizm ve yatırım faaliyetlerinin çoğalması gibi etkenlerin sonucu olarak, özellikle kamu arazilerinde kurulabilecek irtifak hakları ve üst hakkı olanakları tekrar önem kazandı. Medeni Kanun düzenlemesindeki eksikliklerin giderilmesi amacıyla hazırlanan ve 1984 yılında tamamlanan Medeni Kanun Öntasarısı kanunlaşmadı ve Medeni Kanun'un üst hakkına ilişkin hükümlerinin yeniden düzenlenmesi ancak 23.11.1990 tarih ve 20704 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 14.11.1990 tarihli ve 3678 sayılı Kanunla gerçekleşebildi.

3678 sayılı Kanunla, Medeni Kanun'un 652. maddesine dokunulmamış; 751. maddesinin ise dili sadeleştirilerek maddeye İsviçre'den farklı olarak üst hakkının sürekli sayılabilmesi için gerekli olan asgari süreyi belirleyen bir hüküm eklenmiştir. Bunun dışında, genel olarak İsviçre'deki düzenlemelere paralel hükümler getirilmiş, ve eşyaya bağlı borçların ve kanuni ipotek haklarının yaratılması; bağımsız üst hakkına yüz yıllık bir azami süre getirilmesi vb. konularda düzenlemeler yapılmıştır⁴⁶.

Ülkemizdeki üst hakkı uygulamasının seksenli yıllardan sonra kamu malı taşınmazlar üzerinde yaygınlaştığını söylemek mümkün olup, nitekim 13.6.1994 tarih ve 21959 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren, 8.6.1994 tarih ve 3996 sayılı "Bazı Yatırım ve

⁴⁴ Ünal, s.36.

⁴⁵ Akipek, Üst Hakkı, s.29; ARAL Vecdi, İnşaat (Üst) Hakkı, MK. m.652, 751(Doktora Tezi), İstanbul 1962, s.5.

⁴⁶ Gümüş Mustafa Alper, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri ile Karşılaştırmalı Olarak Eski Medeni Kanunun Üst Hakkına İlişkin Hükümlerinde Üst Hakkı İlişkisinin Tarafları ve İlgilileri İçin Kabul Edilmiş Tazminat (Bedel) Alacakları ve İpotek Hakları, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II, s. 533-567, İstanbul 2003, s.534.

Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'un verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan, bu Kanun'un Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin olarak, 13.6.1994 tarih ve 21959 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın 38'inci maddesinde, söz konusu modelin uygulanması için kamu malı taşınmazlar üzerinde bağımsız ve sürekli üst hakkı kurulabileceği belirtilmiş ve bu hakka ilişkin bazı hükümler tesis edilmiştir.

Ancak zamanla, başta Medeni Kanun olmak üzere temel kanunların baştan aşağıya yeniden gözden geçirilmesi ve yaşanan çağın ve gelişen teknolojinin ihtiyaçlarına cevap verebilir hale getirilmesi kaçınılmaz olduğundan⁴⁷, Adalet Bakanlığı, yürürlükteki Kanunu baştan sona gözden geçirmek ve günümüzün ihtiyaçlarına cevap verecek yeni bir tasarı hazırlamak üzere bilim adamları ve uygulayıcılardan oluşan bir "Medeni Kanun Komisyonu"nun kurulmasına karar vermiştir.

Bu komisyonun hazırladığı taslakla dil oldukça sadeleştirilmiş ancak aynen korunması gereken (ehliyet, vasi gibi) kavramlar ve terimler ile öz Türkçe karşılığı bulunmayan sözcükler muhafaza edilmiş, değişikliklerin önemli ve oldukça büyük kısmı da aile hukuku alanında yapılmıştır.

22.11.2001 tarihinde kabul edilip, 8.12.2001 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda her kısma ait bölümlere yeni baştan numara verilmiş olması sebebi ile madde numaraları da önceki Kanun'dan farklı verilmiştir. Buna göre üst hakkı, yeni Kanun sistematığına göre "Taşınmaz Mülkiyetinin İçeriği" kısmında 726. maddede, "Sınırlı Ayni Haklar" kısmının "İntifa Hakkı ve Diğer İrtifak Hakları" ayrımı içerisinde 826-835. maddeler arasında düzenlenmiş ve yeni düzenleme konunun esasına ilişkin olarak eski Kanun'u takip etmiştir.

Bu konuda son olarak belirtmek gerekir ki Medeni Kanun öncesi dönemde (eski hukuk döneminde) kazanılmış olan haklardan, arazi üzerindeki yapılarda mülkiyet hakkı verir nitelikte olanları, Medeni Kanun'un getirdiği üst hakkı kurumuna uygun oldukları ve varlıklarını sürdürdükleri ölçüde, yeni hukuka tabi olmak üzere devam etmişler (864 sy. Tatbikat Kanunu'nun 18'inci maddesine göre)⁴⁸ ve bu haklara, tapu siciline üst hakkı olarak

⁴⁷ Türk Medeni Kanunu Tasarısının, Bakanlar Kurulu'nun 8.10.1999 tarihli kararı ile TBMM Başkanlığı'na sunulan Gerekçesi.

⁴⁸ Madde metni şu şekildedir; "Eski hukuka göre kurulmuş olup da, Türk Kanunu Medenisinin yürürlükte bulunduğu zamanda varlıklarını korumuş olan ayni haklar, Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten sonra da varlıklarını sürdürürler. Bu haklardan Türk Medeni Kanunu uyarınca kurulması mümkün olmayanlar, tapu kütüğünün beyanlar sütununa yazılır."

tescil edilebilme olanağı tanınmıştır⁴⁹ (864 sy. Tat. K. m. 37)⁵⁰ Bu haklardan Medeni Kanunu uyarınca kurulması mümkün olmayanlar, tapu kütüğünün beyanlar sütununa yazılır, beyanlar sütununda gösterilen bu haklar sona erdikten sonra, yeniden tesisi mümkün değildir (864 sy. Tat. K. m.39/II)⁵¹. Tatbikat Kanunu'nun 39. maddesinin herhangi bir sebeple ortadan kalkan bir hakkın yeniden kurulamayacağına ilişkin hükmü uygulanırken, somut olaya ilişkin ve önceki hukuktan gelen hakkın (üst hakkının) yeni Medeni Kanun'a göre de kurulmasının mümkün olması halinde bu Kanun'a tabi olduğu (864 sy. Tat. K. m.18); Medeni Kanun'a göre kurulması artık mümkün olmayan bir hakkın ise önceki hukuka tabi olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak burada varlıklarını sürdüren üst haklarının tapu kütüğünde gösterilmesine ilişkin önemli bir ayrımı tekrar vurgulamak gerekir. Çünkü kaynağını eski hukuktan alsa da Medeni Kanun'a tabi olan bir üst hakkının, tapu kütüğünde bağımsız ve sürekli bir hak olarak tescil edilmiş olması; Medeni Kanun'a göre kurulması mümkün olmadığı için eski hukuka tabi olan üst hakkının ise tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya bağımsız ve sürekli bir hak olarak tescil edilmeyip, kütüğün beyanlar hanesinde gösterilmekle yetinilmesi gerekir. Tatbikat Kanunu'nun 39. maddesinin, herhangi bir sebeple ortadan kalkan bir hakkın yeniden kurulamayacağına ilişkin hükmü işte bu ikinci halde geçerlilik kazanır. Buna göre yeni hukukta (Medeni Kanun döneminde) bir üst hakkı niteliği taşımayan ve yukarıda izah edilen usulle tapu kütüğünün beyanlar hanesinde gösterilmekle yetinilen, eski hukuk kaynaklı bir hakkın yok olması (örneğin eski hukuk döneminde üst hakkı benzeri bir hakka binaen yapılan bir binanın yıkılması) durumunda devri de mümkün olmaz ve hak hukuksal anlamda ortadan kalkmış olur.

Buna karşın Medeni Kanun öncesinde (eski hukuka göre) tesis edilen üst haklarından, daimi ve müstakil hak olarak tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına tescil edilmiş (864 sy. Tat. K. m.37'ye binaen) olanlarının, temlik tasarruflara (örneğin üst hakkının devrine) konu olması mümkündür. Burada eski hukuktan gelen ancak Medeni Kanun döneminde üst hakkı niteliği taşımadığı için tapu kütüğünün beyanlar hanesinde gösterilmesi gereken bir hak, yanlışlıkla daimi ve müstakil hak olarak tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına tescil edilmiş ise durumun ne olacağı tartışmalıdır.

⁴⁹ Aral, s.79 vd.

⁵⁰ Madde metni şu şekildedir; "Gayrimenkul mallara ait sicil teşkilatı tatbika başlandıktan sonra işbu tatbiktan evvel müesses aynı haklar, mezkûr sicillere kaydedilecektir.

Herkesin aynı haklarını tescil ettirmesi için Hükümet ilan tarihiyle halkı davet ve haberdar edecektir. Eski kanuna tevfikân tescil edilmiş olan aynı haklar, Kanunu Medeni ile gayri kabili telif olmadıkça yeni gayrimenkul mallara ait sicillere re'sen kaydolunacaktır."

⁵¹ Madde metni şu şekildedir; "Kanunu Medenin gayrimenkul sicillerine dair olan kaidelerine göre tesisleri artık kabil olmıyan aynî haklar (bir evin bir katının mülkiyeti, gayri arazisi üzerindeki ağaçların mülkiyeti ilâ) tescil edilmeyip sadece lüzumu derecesinde işaret olunmakla iktifa olunur.

Mezkûr haklar, herhangi bir sebeple müntafi olduktan sonra artık yeniden tesis edilemez."

Kanatimizce kanun koyucunun, eski hukuka göre tesis edilmiş ve yeni hukuk (Medeni Kanun) döneminde kurulması mümkün olmayan hakların, tapu kütüğünün beyanlar hanesinde gösterilmesi yönünde ortaya çıkan iradesinin amacı, geçiş döneminde bu hakların sahiplerinin kayba uğramaması ve hak sona erene kadarki süreçte hukuki belirliliğin sağlanması olup, eski hukuktan gelen bu hakların tasarruf edilmek sureti devamlı olarak canlı tutulması değildir. Nitekim bu nitelikteki haklar herhangi bir sebeple son bulduklarında yeniden tesisine izin verilmemiştir (864 sy. Tat. K. m. 39/II). Kanun koyucunun iradesi, bu hakların tasarruf edilmek sureti ile yaşatılması yönünde olsaydı, bu hakların kütüğün beyanlar hanesinde gösterilmesi kuralı yerine irtifak haklarının tescil edildiği özel sütuna tescili kuralını getirir ve Medeni Kanun döneminde kurulması mümkün olan haklar ile mümkün olmayan haklar arasında ayırım yapmaya gerek duymazdı. Bu sebeple tapu sicilinde her ne şekilde kaydedilmiş olursa olsun, hakkın yeni hukuk döneminde var olup olmadığı ve Medeni Kanun tarafından tanımlanmış (kurulması mümkün olan) haklardan olup olmadığı tespit edilerek, Medeni Kanun döneminde kurulması mümkün olmayan hakların tasarruf (örneğin devredilerek) yolu ile devamına yol açmamak gerekir. Aksi uygulamaların kabulünün kanun koyucunun amacına aykırı olacağı açıktır⁵².

⁵² Aksi görüş için bkz. TKGM Hukuk Müşavirliğinin, B.09.1.TKG.061.647.03.01.10.707/4246 sayılı ve 26/07/2010 tarihli mütalaası (“... Medeni Kanununun mer’iyetinden önce tesis edilen, artık tesisi kabil olmayan ve daimi ve müstakil hak olarak tapu kütüğünün ayrı bir sahifesine tescil edilen İli, İlçesi, Mahallesi 311 sahifedeki “ ada parsele (310 sahife) müteallik üst hakkının temlik tasarruflara konu olabileceği düşünülmektedir”).

İKİNCİ BÖLÜM

ÜST HAKKININ ÖNEMİ ve İŞLEVİ

Üst hakkı, farklı hukuk sistemlerinde farklı gelişim süreçleri izlemek sureti ile eski dönemlerden bu yana varlığını sürdürmüştür. Bu varlığın sürmesinde en önemli etken, üst hakkının hak sahibi kişilere tanımış olduğu, başkasına ait araziler üzerindeki yapıların mülkiyetine sahip olabilme imkanı ve bu imkanın toplumda mevcut birtakım ekonomik ve sosyal ihtiyaçları karşılayabilme özelliğidir. Artan talebe paralel olarak ve kıt olması sebebiyle araziler sürekli değerlenmekte olduğundan, üst hakkının, şehirlerdeki arazilerin verimli kullanımı yönünden günümüzde de önemli bir işleve sahip olduğu görülmektedir.

2.1 Gerçek ve Tüzel Kişiler Açısından

Üst hakkını talep eden açısından bakıldığında, inşaat için gerekli sermayeye sahip olmakla birlikte arazi maliyeti açısından kaynak eksikliği yaşayan veya böyle bir kaynağı arazi bedeline ayırmak istemeyen bir kişi, araziyi satın alarak onun mülkiyet bedelini maliyet kalemleri içerisinde almak yerine, arazi üzerine kendisinin malik olacağı bir inşaat yapmak veya mevcut bir yapının maliki olmak yolu ile daha uygun ve genellikle daha uzun vadeli ödeme şartlarıyla amacına ulaşmak yolunu izleyebilir. Arazi sahibi açısından bakıldığında da arazisini elinden çıkarmak suretiyle değerlendiremeyen veya bu şekilde değerlendirmek istemeyen arazi sahibi, arazisinin mülkiyetini devretmeksizin, arazisinden üst hakkı ilişkisi çerçevesinde bir gelir (rant) elde ettiği gibi⁵³, üst hakkı ilişkisi sona erince söz konusu yapının maliki de olabilir⁵⁴. Ancak arazi sahibinin bu avantajlarının, üst hakkı kurulması sonucunda maddi bir karşılığın ödenmesinin kararlaştırıldığı durumlarda elde edilebileceğini belirtmek gerekir⁵⁵.

Üst hakkına konu taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkının, üst hakkı tesisi yoluyla maliklerin mülkiyetinden çıkmaması nedeniyle, artan taşınmaz değerinden yararlanan üst hakkı ile yüklü taşınmaz malikinin bu değeri takip eden nesillere aktarılabilmesi; üst hakkı tesisinden elde edilecek gelirin, bizzat inşaat yapma ve onu kiralama durumunda katlanılacak masraf ve zahmetlere katlanmaksızın elde edilen bir gelir olması⁵⁶; üst hakkı ilişkisinin sona ermesi durumunda, üst hakkı sahibi tarafından yapılan yapının yüklü taşınmaz malikine

⁵³ Akipek/Akıntürk, s. 703.

⁵⁴ Akipek, Üst Hakkı, s.27; OĞUZMAN M.Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2011, , s.694.

⁵⁵ Gürzumar, s.23.

⁵⁶ Gürzumar, s.25.

kalması durumunda bu yapının tekrar değerlendirilme imkanının doğması ve kıymet artışı meydana gelmesi taşınmaz maliki kişilerin ve özel hukuk tüzel kişilerinin, taşınmazlarını değerlendirmek üzere üst hakkına başvurmasını cazip kılan sebepler arasında sayılmaktadır⁵⁷.

Gerçek kişilere ait küçük araziler üzerinde üst hakkı kurulması yolu ile bu araziler üzerinde benzin istasyonları, büfeler, restoranlar vb. yapılar inşa edilmektedir. Bunun gibi özel hukuk tüzel kişileri de kuruluş belgelerine göre sahip oldukları taşınmazların mülkiyetinin devrinin yasak olması durumunda (vakıf, kooperatif gibi) üst hakkı kurulması yolu ile taşınmazlarını değerlendirebilirler⁵⁸.

2.2 Devlet Açısından

Üst hakkı, üzerinde kurulacağı arazinin mülkiyeti el değiştirmeden, hak sahibine belli şartlarla yalnızca arazi üzerindeki yapının mülkiyetini verir ve kamu malı niteliği taşıyan taşınmazların özel kişilere tahsisinde önemli bir araç niteliği taşır. Kamu tüzel kişilerinin özel mülkiyetindeki (tapu kütüğünde devlet adına kayıtlı ve medeni hukuk hükümlerine tabi) taşınmazlar kendi mülkiyetlerinde kalmak üzere; özel mülkiyetinde olmayan (kamu malları) taşınmazlar ise bu niteliklerini kaybetmeksizin değerlendirilme imkanı bulurlar. Ülkemizde buna örnek olarak, başta devletin hüküm ve tasarrufu altındaki kamu mallarından olan devlet ormanları⁵⁹ olmak üzere, turizm faaliyetlerine uygun kamu arazileri üzerinde kurulan üst hakları gösterilebilir. Devlet ormanlarının özellikle sahil şeridinde, turizm yatırımlarının teşviki ve gelir elde edilmesi bakımından sıklıkla değerlendirilmek istendiği gözlenmektedir. İleride ormanlar üzerinde üst hakkı kurulmasına ilişkin uygulamalara ve bu uygulamaların hukuki altlığına değinilecektir.

Kamu idareleri tarafından değerlendirilemeyen, ormanlar dışındaki diğer taşınmazlar (meydanlar, dağlık ve kayalık alanlar, göl kıyısı gibi) da üst hakkı kurmak suretiyle özel kişilere tahsis edilerek, bu taşınmazlar üzerinde veya altında otoparklar, oteller, alışveriş merkezleri, spor tesisleri gibi yapılar inşa edilebilir. Arazi ve konut kıtlığı bulunan büyük şehirlerde, bu kıtlıktan kaynaklanan spekülative ve gerçeküstü fiyat artışlarının önüne geçmek amacı ile izlenebilecek dolaylı bir yöntem olarak, kamu arazilerinin üst hakkı aracılığıyla sosyal konut inşasına açılması ile artan konut ihtiyacının karşılanması, istenilmeyen fiyat artışlarının önüne geçilmesi ve büyük şehirlerdeki gecekondulaşmanın önlenmesi

⁵⁷ Akipek, Üst Hakkı Kavramı, s. 233,234 ve Üst Hakkı s. 27.

⁵⁸ Gürzumar, s.25.

⁵⁹ Akipek Jale G., Devlet Orman Arazisi Üzerinde Üst Hakkı, Prof.Dr. Osman F. Berki'ye Armağan, Ankara 1977, s.13.

sağlanabilir⁶⁰. Bu noktada tekrar belirtilmesi gerekir ki üst hakkı, bu amaçların gerçekleştirilmesi için uygulanabilecek yöntemlerden yalnızca biridir ve ikincil bir yöntemdir⁶¹.

Ayrıca uzun yıllar programa alınamayan imar planlarının fiilen hayata geçirilememesi durumunda kamulaştırma ya da takas yapmayan idareler aleyhine açılan tazminat davalarında, idarenin uzun süre işlem yapmamak sureti ile taşınmazlara müdahale etmiş olması, kamulaştırmatsız el atma olarak nitelendirilmekte ve bu nedenle mahkemelerce tazminata hükmedildiği görülmektedir⁶². Bu tür davaların önüne geçmek ve kamu idarelerince imar planındaki amacına uzunca bir süre tahsis edilemeyecek olan arazilerin değerlendirilmesinde üst hakkının alternatif bir yöntem olarak kullanılabilmesi düşünülmektedir.

2.3 Üst Hakkının Olumsuz Yönleri

Üst hakkı kurumunun, yukarıda belirttiğimiz işlevleri ve önemini yanında, bazı olumsuz yönleri de bulunmaktadır. Üst hakkı devam ettiği sürece, bu hakla yüklü taşınmazın malikinin taşınmaz üzerindeki fiili tasarruf yetkisi, üst hakkı sahibinin haklarına paralel olarak kısmen veya tamamen ortadan kalkmış olur. Malikin taşınmaz üzerinde satış gibi hukuki tasarruflarda bulunması da fiilen sınırlanmış olur. Öte yandan, üst hakkı ilişkisi devam ederken, bu ilişkinin taraflarının beklentilerinin ve ekonomik koşulların değişmesinin her zaman mümkün olması da üst hakkı kurumunun uygulamada bir takım tereddütler oluşmasına yol açmaktadır. Üst hakkının sahibi için bu kurumun tercih edilebilmesi, üst hakkı sahibinin inşaat masrafları için sağladığı krediyi üst hakkı sona ermeden önce faiziyle birlikte geri ödeyebilmesi ve üst hakkı sona ermeden önce inşaatın kendini amorti edebilmesine bağlıdır. Ayrıca üst hakkının içeriği konusunda yeterli bilgi sahibi olmayan toplum ve ekonomik aktörler sebebi ile bu hak, bir yöntem olarak diğer imkanlarla eşit güçte yeterli bir kredi teminat aracı olarak görülmeyebilir. Bu halde de tüm bu olumsuz etkenlerin doğal bir sonucu olarak üst hakkı kurumunun, uygulama itibarı ile beklenen yaygınlığa ulaşmasının gecikeceği açıktır.

⁶⁰ Akipek, Üst Hakkı Kavramı, s. 234 - Üst Hakkı s.29; Gürzumar, s.24.

⁶¹ Akipek, Üst Hakkı, s.28.

⁶² Bkz. YHGK, 2010/5-662 E. 2010/551 K. sayılı ve 15.12.2010 tarihli karar.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÜST HAKKI KAVRAMI

3.1 Terim Sorunu

Üst hakkı konusunda gerek mukayeseli hukukta, gerek Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde farklı ifadeler kullanıldığı görülmektedir. İsviçre Hukuku'nda üst hakkı terimini ifade eden ve aralarında anlam farkı olan birden fazla terime yer verilmiştir. Fransızca ve İtalyanca metinlerde sırasıyla “droit de superficie” ve “diritto di superficie” tabirleri kullanıldığı halde, Almanca metinde “Baurecht” tabiri kullanılmıştır. Latince kökenli “superficie” kelimesinden türetilen “droit de superficie” ve “diritto di superficie” (üst hakkı) tabiri başkasına ait arsanın üstündeki inşaat hakkını; bazen de Fransız hukukunda olduğu gibi bitkiler üzerindeki hakkı gösterir. Buna karşılık, Almanca metindeki “Baurecht” tabiri ise “inşaat” veya “yapı” anlamına gelen “Bau” kelimesiyle “hak” anlamına gelen “recht” kelimelerinden meydana gelir⁶³.

Eski hukukumuzda üst hakkı kavramına açık bir şekilde yer verildiği söylenemese de daha önce izah ettiğimiz “karar hakkı” kapsamında olan üst hakkını ifade etmek için aynı zamanda kat mülkiyeti anlamına da gelen “Hakk’ut-tealli” kavramının kullanıldığı söylenebilir⁶⁴. Yukarıda izah edilen tabirler ise kaynak kanunun Fransızca aslından tercüme edilen ve 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe giren 743 sayılı Medeni Kanun’un 652. ve 655/2. maddeleriyle “üst hakkı”, Almanca aslından tercüme edilen 751. maddesiyle de “inşaat hakkı” olarak Türk Hukuku’na girmiştir. Üst hakkı ifadesi başkasına ait taşınmazın sadece üstünde kurulan fakat maddi muhtevası belli olmayan bir hakkı; buna karşılık “inşaat hakkı” ifadesi ise sadece inşaat yapma eylemiyle ilgili bir hakkı ifade eder. Gerçekte bu hak yalnız yerin üstünde değil, altındaki yapılar için de tanınabileceği gibi sahibine sadece bir yapı yapmak hakkı vermekle kalmaz, aynı zamanda, o yapıya malik olmak yetkisini de verir. Bununla birlikte “üst hakkı” ifadesinin daha yerleşmiş olduğu söylenebilir⁶⁵.

Nitekim daha önce de ifade ettiğimiz üzere, 22.11.2001 tarihinde kabul edilen ve 08.12.2001 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun gerek 726. ve 729. maddelerinde, gerekse 826. ve 829. maddeler arasında ayrı bir başlık altında düzenlediği kavram “üst hakkı” olarak ifade edilmiştir. Bu nedenle “üst

⁶³ Ünal, s. 4.

⁶⁴ Kaşıkçı, s. 49.

⁶⁵ Akipek, Üst Hakkı, s. 31.

hakkı” tabirinin yaygınlığı ve Türk Medeni Kanunu’nun tercihi göz önünde bulundurulduğunda “üst hakkı” tabirinin kullanılması uygun gözükmemektedir.

3.2 Üst Hakkının Konusu

Türk Medeni Kanunu üst hakkının konusunu 826. maddesinde düzenlemiştir. Bu maddeye göre üst hakkı, sahibine, mülkiyeti malikte olmak üzere başkasına ait bir arazinin altında veya üstünde yapı yapmak veya mevcut bir yapıyı muhafaza etmek yetkisi veren bir irtifak hakkıdır. Kanun bu tanımda araziden ve bu arazinin altında veya üstünde yapılacak/muhafaza edilecek yapıdan bahsetmektedir ancak bu tanımdan çıkarılan sonuç doktrinde farklı farklıdır. Bu sebeple de doktrinde üst hakkının konusunun ne olduğuna ilişkin bir görüş birliği olduğunu söylemek mümkün değildir.

Baskın olan görüşe göre, üst hakkının sahibine verdiği yetkilerin, bir başka deyişle irtifak hakkına dayalı olarak yapı yapmak veya mevcut bir yapıyı muhafaza etmek yetkisinin doğrudan üzerinde kullanıldığı eşya arazi olduğundan, üst hakkının konusu da bu hakla yüklü taşınmazdır⁶⁶. Bu görüşe göre üst hakkına dayanılarak arazi üzerinde yapılan yapı üst hakkının konusu değil, üst hakkının yapı üzerinde tanınmış olduğu mülkiyet hakkının konusudur. Bu görüşe dayanak olarak Türk Medeni Kanunu’nun 726. maddesinde bir üst irtifakına dayalı olarak başkasına ait bir arazinin altında veya üstünde sürekli kalmak üzere inşa edilen yapıların mülkiyetinin irtifak hakkı sahibine ait olacağı hükmü gösterilmektedir. Bu görüş, Türk Medeni Kanunu’nun 826. maddesinden de üst hakkının konusunun arazi olduğu sonucunu çıkarmaktadır⁶⁷. Başka bir görüş ise Kanun’un aynı maddesini farklı yorumlamakta; üst hakkının konusunun bir arazinin üstünde veya altında inşa edilen yapı eserleri olduğunu savunmaktadır⁶⁸. Her ikisini de kapsayan görüşe göre ise bir aynı hakkın verdiği yetkilerin üzerinde kullanıldığı eşya o hakkın konusunu oluşturur. Üst hakkının içeriğini oluşturan irtifak ve mülkiyet hakları birlikte düşünüldüğünde, irtifak hakkının konusu arazi ve mülkiyet hakkının konusu yapı olmak üzere, üst hakkının iki konusu vardır⁶⁹.

Üst hakkına dayanılarak inşa edilen yapı üzerindeki mülkiyet hakkının kaynağının, arazi üzerindeki üst hakkı olduğu ve yapının bu hakkın içeriğine dahil olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Nitekim henüz yapı yapılmamış bir arazi üzerinde üst hakkı kurulduğu bir halde üst hakkına dayanılarak bina yapılmamış olması, bu hakkı geçersiz veya konusuz

⁶⁶ Akipek/Akıntürk, s.705.

⁶⁷ Akipek, Üst Hakkı, s. 40 vd.; Gürsoy Kemal Tahir/Eren Fikret/Cansel Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984, s. 896.

⁶⁸ Bkz. Ertay Şeref, Eşya Hukuku, İzmir 2011, s.509; ARAL, s.9.

⁶⁹ Köprülü Bülent/Kaneti Selim, Sınırlı Aynı Haklar, 2.Bası, İstanbul 1982-1983, s.160,161.

kılmaz. Çünkü yapı yapmak üst hakkının verdiği bir yetkidir, konusunu oluşturan zorunlu bir unsur değildir. İleride üst hakkının sona ermesi bahsinde değinileceği gibi üst hakkına dayanılarak inşa edilen binanın tamamen yıkılmış olması üst hakkını sona erdirmemesine karşılık üzerinde üst hakkı kurulan arazinin yok olması üst hakkını sona erdirir⁷⁰. Üst hakkı arazi üzerinde kurulduğundan ve arazinin olmadığı bir üst hakkı kavramı düşünülemeyeceğinden, üst hakkının asıl konusu arazidir. Üst hakkının konusu arazi olmakla birlikte, üzerindeki yapıda hak lehtarının sahip olduğu mülkiyet hakkı üst hakkının içeriğine dahil olan önemli bir unsur olduğundan, üst hakkının konusundan bahsederken, arazi üzerindeki yapının özelliklerini de muhakkak açıklamak gerekir. Bu konuya aşağıda ayrı bir başlık altında değinilecektir.

Öte yandan belirtmek gerekir ki üst hakkının konusuna Türk Medeni Kanunu tarafından birtakım sınırlamalar getirilmiştir. Örneğin Kanuna göre bağımsız bölümler üzerinde ayrıca üst hakkı kurulamaz (TMK. m. 726/3). Ancak gerek üst hakkına konu taşınmaz gerek bu taşınmaz üzerindeki yapı üzerinde, üçüncü kişiler lehine kurulmuş aynı veya şahsi haklar bulunabilir. Bu haklar önceden tesis edilmemişse bile yüklü taşınmaz veya yapı üzerine haciz veya rehin koyulabilir. Burada arazi maliki açısından söylenebilecek şey, kuruluş resmi senedinde yer alan hükümlere uygun olarak, üst hakkı sahibinin inşaatı yapmasına ve yaptığı inşaatı koruyup kullanmasına rıza göstermek zorunda olduğudur⁷¹.

Üst hakkı üzerinde başka bir üst hakkının kurulması (ikinci dereceden üst hakkı) konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir yapının bağımsız bölümleri üzerinde ayrı ayrı üst hakkı kurulmasını yasaklayan Türk Medeni Kanunu madde 726/3'den yola çıkarak üst hakkı üzerinde başka bir üst hakkı kurulmasının bu hüküm dolayısıyla mümkün olmadığını savunanlar vardır⁷². Ayrıca ikinci dereceden üst hakkının kurulmasının mümkün olmadığı yönündeki benzer görüşlere göre, üst hakkı, tapu kütüğüne tescille bir taşınmaz niteliğine kavuşur ancak kendi başına bir arazi niteliğini kazanamaz. Kendi başına bir arazi niteliği taşımayan üst hakkı üzerinde, arazi üzerindeki yapının mülkiyetini veren ikincil bir üst hakkı kurulması da mümkün olamaz⁷³. Üst hakkının konusunu bir hak değil fiziksel olarak sınırları belli bir arazi parçası olarak gören daraltıcı görüşte aynı sonuca varmaktadır.

Bu konuda genellikle kabul gören görüş uyarınca, üst hakkı üzerinde üst hakkı kurulması mümkündür⁷⁴. Türk Medeni Kanunu'nun 826. maddesinin 3. fıkrası uyarınca

⁷⁰ Ertaş, s.513.

⁷¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.694.

⁷² Bkz. Ertaş, s.509,510.

⁷³ Ünal, s. 139.

⁷⁴ Ünal, s. 2.

bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkı tapu kütüğüne kaydedilmekle taşınmaz niteliğini kazandığından, bu nitelikteki üst hakkının her türlü aynı hakla sınırlandırılabilmesi açıktır. Türk Medeni Kanunu’nda arazinin tanımı yapılmamış olmakla birlikte, 826. maddede geçen “taşınmaz” kavramına dahil olan ve tapu siciline kaydedilebilecek taşınmazlar sayılmıştır (m. 998). Buna göre arazi, taşınmazlar üzerindeki bağımsız ve sürekli haklar, kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümler tapu siciline kaydedilebilecek taşınmazlardır⁷⁵. Bu durumda Türk Medeni Kanunu’nun “taşınmaz” tanımından çıkan sonuç, üst hakkının konusunun arazi kavramı ile sınırlı olmadığı, bunun yanında tapu sicilinde bağımsız ve sürekli hak olarak kaydedilebilen hakların (dolayısıyla üst hakkının) da üst haklarına konu olabileceğidir.

Tapu sicilinin tutulması açısından bakıldığında da bağımsız ve sürekli niteliğe haiz ve tapu sicilinde ayrı bir sayfaya kaydedilmiş olan bir üst hakkı üzerinde yeni bir üst hakkının kurulmasının önünde herhangi bir engel yoktur⁷⁶. Arazi üzerinde kurulan üst hakkına dayanılarak inşa edilen yapı üzerinde ayrı bir inşaat yapmak sureti ile ikinci bir üst hakkı kurulmasının, Türk Medeni Kanunu’nun 726. maddesinin “Bir binanın başlı başına kullanılmaya elverişli bağımsız bölümleri üzerinde kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulması, Kat Mülkiyeti Kanununa tabidir. Bağımsız bölümler üzerinde ayrıca üst hakkı kurulamaz” ifadesi karşısında mümkün olmadığını unutmamakla birlikte, üst hakkının tapu kütüğüne bağımsız ve sürekli bir hak olarak tescil edildikten sonra gerçek bir taşınmaz gibi her cinsten sınırlı aynı hakla sınırlandırılabilmesi gerçeği karşısında, doktrinde hakim olan görüşün kabul edilebilir olduğunu söylemek mümkündür.

Son olarak belirtmek gerekir ki 743 sayılı Medeni Kanun’un 632. maddesinde madenler de taşınmaz olarak sayılmakta idi, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu yukarıda da değinilen 704. maddesinde madenleri taşınmaz olarak saymamıştır. 3213 sayılı Maden Kanunu tarafından (m. 4) madenlerin Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu ve içinde buldukları arzın mülkiyetine tabi olmadıkları hükme bağlanmıştır. Bu Kanun gereği (m. 38) madenler tapu siciline değil kendi siciline kaydedildiğinden ve Türk Medeni Kanunu gereği hukuken taşınmaz olarak kabul edilemeyeceklerinden, üzerlerinde üst hakkı kurulamaz.

⁷⁵ Kat mülkiyetine konu bağımsız bölümlerin Medeni Kanun m. 726/3 gereği üst hakkına konu olamayacağını daha önce belirtmiştik.

⁷⁶ Bkz. TKGM’nin 15.06.2010 tarih ve 1705-2010/12 sayılı Genelgesi.

3.2.1 Üst Hakkına Konu Arazinin Özellikleri

Türk Medeni Kanunu'na göre üst hakkının, mülkiyeti malikte olmak üzere başkasına ait bir arazinin altında veya üstünde yapı yapmak veya mevcut bir yapıyı muhafaza etmek yetkisi veren bir irtifak hakkı olduğu yukarıda belirtildi⁷⁷. Türk Medeni Kanunu'nun 726. maddesinde de aynı şekilde “arazi” kavramından bahsedilmiş; bir üst irtifakına dayalı olarak başkasına ait bir arazinin altında veya üstünde sürekli kalmak üzere inşa edilen yapıların mülkiyetinin irtifak hakkı sahibine ait olacağı hükme bağlanmıştır.

Türk Medeni Kanunu'nda taşınmaz mülkiyetinin içeriğine ilişkin yapılan düzenlemede (m.718) arazi üzerindeki mülkiyetin, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını da kapsayacağı belirtilmiş; 720. madde ile de her arazi malikine sınır belirleme yükümlülüğü getirilmiş olmakla birlikte ne anılan maddelerde ne de Türk Medeni Kanunu'nun genelinde “arazi” kavramı tanımlanmamıştır⁷⁸. Tapu Sicili Tüzüğü'nün 9. maddesi araziye “Arazi, sınırları hukuki ve geometrik yöntemlerle belirlenmiş yeryüzü parçasıdır. Arazinin tapu siciline kaydı, özel kanun hükümlerine tabidir.” şeklinde tanımlamıştır. Bu noktada uygulamada görülen bir kavram kargaşasını ortadan kaldırmak için “arsa” kavramının da tanımlanması gerekir. Arsa arazinin başka bir çeşidi olup, belediye sınırları içinde imar planına göre parsellenmiş imarlı arazi parçalarına verilen addır⁷⁹. Yukarıda verdiğimiz tanımdan da çıkarılabileceği gibi üst hakkına konu arazi, sınırları belirlenmiş bir arazi parçasının tamamıdır. Yani üzerinde üst hakkı kurulmak istenen arazi taksim ve ifraz (ayırma) edilmeden, söz konusu arazinin farklı bölümleri üzerinde ayrı ayrı üst hakkı kurulması mümkün değildir⁸⁰. Bu bakımdan bir arazi üzerinde kurulan üst hakkı o arazinin tamamı üzerinde kurulmuş olur. Bunun önemli bir sonucu şudur ki; üst hakkına konu arazinin, öncelik hakkına sahip bir ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile satılması sebebi ile üst hakkı terkin edildiğinde, üst hakkı sahibi sadece yapının kapladığı alanın değerine değil, arazinin tamamının değerine iştirak eder⁸¹.

Üzerinde kurulduğu arazinin tamamını yükümlendiren irtifak hakkı (üst hakkı), yükümlü taşınmazın sonradan parçalara bölünmesi halinde, arazinin bölünmüş her bir parçası üzerinde devam eder. Kural bu olmakla beraber bölünmüş arazi parçaları, bu bölünme nedeniyle irtifak hakkı ile yüklü olarak kullanılamaz duruma gelirse, o arazinin maliki tapu müdürlüğünden irtifak hakkının terkinini için talepte bulunabilir. Tapu memuru, bu istemi

⁷⁷ Bkz. başlık 3.2. Üst Hakkının Konusu

⁷⁸ Ertaş, s.105.

⁷⁹ Ertaş, s.105.

⁸⁰ Akipek/Akıntürk, s. 707.

⁸¹ Akipek, Üst Hakkı, s.41; Ertaş, s. 488.

irtifak hakkı sahibine bildirir ve onun bir ay içinde itiraz etmemesi halinde irtifak hakkını terkin eder (TMK. m. 793).

Üst hakkı kurulmak istenen arazinin birlikte (müşterek) mülkiyete tabi olması halinde, mülkiyet payları birbirinden bağımsız olmadığından, paylardan biri üzerinde üst hakkı kurulması mümkün değildir⁸². Çünkü Türk Medeni Kanunu uyarınca (m.688) birlikte mülkiyet durumunda, birden çok kimse maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin (arazinin) tamamına belli paylarla maliktir. Bu malikler, paylar belirlenip arazi bağımsız parçalara bölünmedikçe paylı mülkiyete konu araziye birlikte kullanma ve yararlanma yetkisine sahiptirler. Bu sebeple bir pay üzerinde ancak söz konusu yetkilerle bağdaşan (bu yetkileri kısıtlamayan) sınırlı aynı haklar kurulabilir. Üst hakkı ise üzerinde kurulduğu arazinin tamamını yükümlendirdiğinden bölünemez nitelikte bir aynı haktır. Bunun aksinin kabulü, paydaşların paylı mülkiyetten kaynaklanan hakları ile uyumsuz⁸³. Yükümlü taşınmaz olarak paylar üzerinde üst hakkı kurulmasa da eşyaya bağlı olarak kurulan bir üst hakkında, yararlanan taşınmaz olarak bir pay lehine üst hakkı kurulması kabul edilebilir⁸⁴.

Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğüne göre paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyeti halindeki taşınmazlarda, sadece kamulaştırma işlemi ile sınırlı olmak üzere ve maliklerin tamamının işleme katılmaları zorunlu tutulmaksızın üst hakkı kurulması mümkündür. Bu tür taşınmazlarda kamulaştırma suretiyle üst hakkı tesis edilmesi için tapu müdürlüğüne müracaat edildiğinde, önce Türk Medeni Kanunu'nun 726. ve 826. maddeleri kapsamında, tapuda ferağ veren malike ait taşınmazın tapu kütüğünün irtifak hakları sütununa, bir irtifak hakkı olarak üst hakkı tescil edilir; taşınmazdaki tüm paydaş ve ortakların üst hakkının tesisine ilişkin ferağ verme işlemleri tamamlandıktan sonra Türk Medeni Kanunu'nun 829. maddesi gereğince hak sahibi idarenin talebi ile birlikte üst hakkı, bağımsız ve sürekli nitelikte bir hak olarak tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına taşınmaz olarak kaydedilebilir⁸⁵. Bu görüş kabul edildiğinde, büyük bayındırlık hizmetlerinin görülmesi, enerji ve sıvı yakıt nakil hatlarının yapımı gibi hallerde, kamulaştırma sırasında ortaya çıkacak pratik ihtiyaçlara cevap vereceği yadsınmamakla birlikte, üst hakkının üzerinde kurulduğu arazinin tamamını yükümlendiren bir irtifak hakkı olması ve elbirliği veya birlikte mülkiyet durumunda payların birbirinden bağımsız olmaması göz önüne alındığında isabetli gözükmemektedir.

⁸² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.635.

⁸³ Tekinay Selahattin Sulhi, Eşya Hukuku, s. 582.

⁸⁴ Ertaş, s. 488; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.635.

⁸⁵ Bkz. 13.11.2014 tarih, 53 sayılı Tapu ve Kadastro Kurulu Kararı ve TKGM'nin 30.01.2015 tarih, 105/81654 sayılı yazısı.

Öte yandan üzerinde bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı kurulmak istenen taşınmazın (arazi) tapu sicilinde kayıtlı olması şarttır. Türk Medeni Kanunu'nun açık hükmü gereği bir irtifak hakkının kurulması için tapu kütüğüne tescil şart olduğundan, bu tescilin yapılabilmesi için üzerinde üst hakkı kurulacak taşınmazın da tapu sicilinde tescil edilmiş olması gerekir. Çünkü bağımsız ve sürekli nitelikteki bir üst hakkı kuruluyorsa, tapu müdürlüğü tarafından yüklü taşınmazın tapu kütük sayfasının “irtifak hakları ve gayrimenkul mükellefiyetleri” sütununda tescil ve belirtme işlemi yapılır⁸⁶. Bu bakımdan tapu siciline kayıtlı olmayan özel mülkiyete konu veya kamu mülkiyetinde oldukları için kural olarak tapu siciline tescil edilmeyen taşınmazlar üzerinde üst hakkı kurulabilmesi için bu taşınmazların hakkın tesisinden önce tapu siciline tescil edilmeleri gerekir.

Kamu mülkiyetine ait taşınmazlardan kadastrosu yapıp kesinleşen Devlete ait ormanlar, 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 11. maddesinin 4. fıkrasına göre orman vasfı ile Hazine adına tapu kütüklerine tescil edilmekle birlikte; Türk Medeni Kanunu'nda ağaçlar ve ormanlar üst hakkına konu olamaz denmektedir (TMK.m.729/2). Her ne kadar Kanun'un bu ifadesi ormanların üst hakkına konu olamayacağı şeklinde yorumlanmaya müsaitse de Devlet ormanlarının, doğal yapıları bakımından özel nitelikte bir arazi, hukuki bakımdan ise bir kamu malı olmaları, üzerlerinde üst hakkı kurulmasını engellemez. Çünkü orman, belirli bir toprak parçası ile bunun içindeki ağaç topluluklarından oluşan birleşik bir eşyadır. Bu birleşik eşyada asli unsur toprak veya arazi iken, ağaçlar bu arazinin mütemmim cüzleri ve onun tabi semereleridir. Üst hakkından doğan özel nitelikteki mülkiyet konusu ise sadece inşaatın kendisidir. Bu konu içine arazi ve onun tabi semeresi olan ağaçlar girmeyeceğinden, üst hakkı, Devlet ormanlarının özel mülkiyete geçmesi, özel kişilere devredilmesi ya da ağaçların yok olması gibi bir sonuç doğurmaz⁸⁷. Kaldı ki Anayasa'nın 169. maddesinin 2. fıkrası uyarınca Devletçe yönetilen ve işletilen Devlet ormanlarının, kamu yararı bulunması şartı ile irtifak hakkına konu olması mümkündür. Ayrıca Devlet ormanları üzerinde, Maliye ve Tarım ve Orman Bakanlıklarının iznine bağlı olarak, kamu yararına yapılacak her türlü yapı ve tesisler için irtifak hakkı tesis edilebilir (6831 sy. Orman Kanunu m. 115).

Kamu arazileri üzerinde üst hakkı konusunda, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 74. maddesinde Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerde mülkiyet dışındaki aynı

⁸⁶ “Yüklü (ana) taşınmaz malın tapu kütük sahifesinin ‘İrtifak Hakları ve Gayrimenkul Mükellefiyetleri’ sütununda; ‘M: Bağımsız ve sürekli nitelikte olan, üst hakkı....lehine....yıl müddetle....nolu sahifede tescil edilmiştir. Tarih....Yev....’ şeklinde tescil ve kararlaştırılmış olması halinde, tapu kütüğünün beyanlar hanesinde ‘.....TL.lık tazminat karşılığında üst hakkı sahibinin kanuni ipotek hakkı vardır.....Tarih....Yev.’ şeklinde belirtme yapılacaktır. (TKGM'nin 15.06.2010 tarih ve 1705-2010/12 sayılı Genelgesi).

⁸⁷ Akipek, Orman Arazisi Üzerinde Üst Hakkı, s. 25.

hakların kurulabileceği; 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinde ise belirli şartlarla, Kültür ve Turizm Bakanlığının tasarrufuna geçen kamu taşınmazları 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 yapılabileceği belirtilmiştir.

Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesi ile ihale ile özel hukuk hükümlerine göre, kamu özel iş birliği modeli çerçevesinde; Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin, ön proje, ön fizibilite raporu ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, Hazinesinin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmek suretiyle yaptırılması mümkün hale getirilmiştir⁸⁸.

3.2.2 Üst Hakkına Konu Yapının Özellikleri

Yapı kavramı genel olarak, karada ve suda sürekli veya geçici, resmi ve özel yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve hareketli tesisler şeklinde tanımlanabilir⁸⁹. Gerek bu genel tanımdan gerekse de Türk Medeni Kanunu'nun 826. maddesinin geniş "yapı" ifadesinden yola çıkılarak sadece apartman, otel, dükkan tarzı binalar değil, baraj, tünel, otopark, kule, liman gibi yapıların da üst hakkının sağladığı mülkiyet hakkına konu olabileceği söylenebilir.

Türk Medeni Kanunu'nun 726. maddesinden, üst hakkına dayanılarak yapılacak yapının (arazinin altında veya üstünde), araziye bağlı olarak ve arazide sürekli kalmak üzere yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Üst hakkına dayanılarak arazi üzerine yapılan yapılar, genel ilke olarak Türk Medeni Kanunu'nun 718. maddesinde ifadesini bulan, yapının taşınmazın muhtevasına dahil olduğu (birleşme) ilkesinin bir istisnasını teşkil etmektedir. Çünkü üst hakkının kurulması ile ortaya çıkan ilk sonuç, yapının üzerinde bulunduğu taşınmazdan ayrı ve bağımsız bir hak konusu haline gelmesidir⁹⁰. Ancak bu yapının özellikleri hakkında Türk Medeni Kanunu'nda yeterince düzenleme yapılmamakla birlikte 728. maddede taşınır yapılara ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Bu maddeye göre başkasının arazisi üzerinde kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif

⁸⁸ 6428 numaralı Kanun, 9.3.2013 tarih ve 28582 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁸⁹ Koçak Hüseyin/Metin Beyaz, İmar Uygulamaları, Ankara 201, s.21.

⁹⁰ Ünal, s. 2.

yapılar bunların malikine ait olur. Bu tür yapılar taşınır mal hükümlerine tabi olur ve tapu kütüğünde gösterilmez. Böylece tapu kütüğünde gösterilmeyen ve Türk Medeni Kanunu'nun 718. maddesindeki birleşme ilkesinin kapsamına girmeyen taşınır yapıların, tapu kütüğüne tescille kurulan ve birleşme ilkesinin bir istisnası niteliğindeki üst hakkının konusu olması da mümkün gözükmemektedir. Üst hakkında, bağımsız mülkiyete konu yapının sürekli nitelikte olup olmadığının belirlenmesi de yine 728. madde uyarınca, söz konusu yapının yapılış amacına bakılarak anlaşılacaktır.

Üst hakkının birleşme ilkesinin bir istisnası niteliğini taşımasının bir başka sonucu da yapının, üzerinde bulunduğu araziye doğrudan bir bağlantısının bulunması gerekliliğidir. Gerçekten üst hakkı kurulmasa idi arazinin mülkiyetine ait olması mümkün olmayacak türdeki yapıların, üst hakkı kurulduktan sonra da araziden bağımsız bir mülkiyet (taşınmaz mülkiyeti) konusu olması beklenemez. Örneğin arazi ile hiçbir temas ve bağlantısı bulunmayan bir köprünün mülkiyeti, köprünün arazi dışında kalan kısımlarının maliki olan kişiye ait olup, bu sonuca üst hakkı kurulmak yolu ile ulaşılmasına gerek bulunmamaktadır⁹¹. Bu örnekte arazi malikinin hava sahasının işgali nedeniyle ileri sürebileceği başka hukuki talepleri elbette ki mevcuttur.

Üst hakkında arazi üzerine inşa edilen yapının, araziye bağlantısının yanında, tek başına bağımsız olma özelliğini de taşıyor olması gerekir. Bu özellik hem aynı binanın farklı katları arasında hem de farklı bir binanın parçası veya devamı niteliğinde olan yapılar arasında mevcut değildir⁹². Yapının farklı katları arasında, örneğin bir binanın üst katında, binanın diğer katlarından bağımsız bir üst hakkı kurulması mümkün değildir⁹³. Türk Medeni Kanunu'nun 726. maddesi bu imkanı direk ortadan kaldırdığı gibi böyle bir imkanın tanınması halinde yapının üst katında kurulacak bir üst hakkının yapının diğer katlarına yaygın üst hakkından ayrılabilmesinin ve bağımsız bir hak haline gelmesinin pratikte mümkün olduğu da pek söylenemez. Bu konuda Yargıtay'ında aynı görüşte olduğu anlaşılmaktadır. Yargıtay'a göre 743 sayılı eski Medeni Kanun'un kabulüyle birlikte, hukukumuzda çifte mülkiyet rejimine son verilmiş, üst alta tabi kılınmış; Medeni Kanun'un 652. (TMK. 726) maddesinin 3. fıkrasına göre, "bağımsız bölümler üzerinde ayrıca üst hakkı kurulamaz" hükmü öngörülmüştür. Bu sebeple dükkanlar üzerine inşa edilmiş iki kat için üst hakkı (ya da irtifak hakkı) kurulması yönündeki talep Yargıtay'ca ret edilmiştir⁹⁴.

⁹¹ Gürzumar, s. 108 vd.

⁹² Tekinay Selahattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla, Eşya Hukuku Cilt I, İstanbul 1989, s.899.

⁹³ Ertas, s. 510; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.897.

⁹⁴ Yarg. 1. H.D., 5.7.2002, 7452-865 (Gençcan Ömer Uğur, Türk Medeni Kanunu, İçtihatlar, Madde 531-1030).

Başka bir yapıya bağlı (başka bir yapının bir bölümünü oluşturan) yapılar da hukuken bağımsız kabul edilemeyeceğinden, bu tür yapılar üzerinde üst hakkı kurulamaz. Çünkü üst hakkı, başka bir yapının bir bölümünün ondan ayrılarak kurulması ile değil, bir yapının tamamının araziden ayrılarak (üst arza tabidir kuralının bir istisnası olarak) bir bütün halinde bağımsız bir mülkiyet hakkına konu edilmesi ile kurulur. Aksi halde varlığı ve kaderi başka bir yapıya bağlı bir mülkiyet kavramı oluşturulmuş olur ki bu da üst hakkı kavramının amacına uygun düşmez⁹⁵.

3.3 Üst Hakkının Hukuki Niteliği

3.3.1 Genel Olarak

Hakları belli bir esasa göre sınıflandıran ve düzenleyen her hukuk sistemi gibi Türk Hukuku da hakları düzenlemiştir; önce ayni ve şahsi haklar olmak üzere iki ana kategoriye ayırmıştır. Şahsi haklar genellikle Türk Borçlar Kanunu'nda; ayni haklar ise Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiştir.

Ayni haklar mülkiyet (TMK. m. 683-778) ve sınırlı ayni haklar (TMK. m. 779-972) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Mülkiyet, taşınmaz (TMK. m. 704-761) ve taşınır (TMK. m. 762-778) mülkiyeti olarak iki; sınırlı ayni haklar ise, irtifak hakları (TMK.m. 779-838), taşınmaz yükü (TMK.m. 839-849) ve rehin hakları (TMK.m. 850-972) olarak üç bölüm içinde ele alınıp düzenlenmiştir. Kanun'un hakları sınıflandırırken ve düzenlerken oluşturduğu sistematik, bir hakkın hukuki niteliğini belirler. Bu sistematığın de bir hakkın hukuki niteliğini belirlemeye yetmediği hallerde, doktrindeki görüşler yardımıyla bir değerlendirme yapılabilir.

Üst hakkının hukuki niteliğinin belirlenmesi, sadece onun hangi tür bir ayni hak olduğunun tespiti ile mümkün değildir. Çünkü bu tespitin yanında, üst hakkına konu taşınmazdan ayrı bir mülkiyet konusu oluşturan yapının ve onun üzerindeki mülkiyet hakkının hukuki niteliğinin belirlenmesi de en az üst hakkının kendisinin niteliğinin belirlenmesi kadar önemlidir.

Üst hakkının hukuki niteliği belirlenirken açıklığa kavuşturulması gereken birtakım sorunlar mevcuttur. Bazı Kara Avrupa Hukukları'nda olduğu gibi İsviçre-Türk Hukuklarında da üst hakkının kapsamı geniş bir şekilde kanunda belirtilmiş⁹⁶ olmakla birlikte, buna rağmen konuya ilişkin tartışmalı noktalara değinilmesi konunun izahı bakımından faydalı olacaktır. Üst hakkının hukuki niteliği düzenlenirken, bazı kanun koyucular üst hakkını açıkça

⁹⁵ Gürzumar, s.110.

⁹⁶ Akipek/Akıntürk, s. 704.

düzenlemekten ve hukuki niteliğini belirtmekten kaçınmışlardır. Bu hususun pratik faydasına inanan diğer bazı kanun koyucular ise, üst hakkını kanunlarda düzenlemişlerdir. Hatta bu sonunculardan bir kısmı söz konusu düzenlemeyi özel ve ayrı bir kanunla yapmışlardır⁹⁷. Üst hakkının düzenleniş biçimindeki bu farklılıklar sebebi ile üst hakkının hukuki niteliği doktrinde tartışmalı bir konu haline gelmiştir.

3.3.2 Mülkiyet Görüşü

Üst hakkı, sahibine gerek yapı, gerekse yüklü taşınmaz üzerinde üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecek hak ve yetkiler vermesi, yüklü taşınmazdan ve yapıdan doğrudan doğruya yararlanma yetkisi tanınması sebebi ile mülkiyet hakkına oldukça yaklaşan bir kavramdır. Gerçekten, üst hakkı sahibi, yüklü taşınmaz üzerinde bina yapma, yaptığı binayı dilediği gibi kullanma ve tasarruf işlemlerine konu etme hakkına sahiptir. Örneğin üst hakkı konusu binayı yıkıp yeniden yapabileceği gibi, kullanımını başkasına bırakabilir. Ayrıca üst hakkı, sahibinin ölümünden sonra onun mirasçılara da geçer (TMK. m. 826/2). Görüldüğü üzere aynı nitelikte olan bu hak ve yetkiler, tam bir mülkiyet hakkı sahibinin hak ve yetkileri gibidir.

Üst hakkının sayılan bu özelliklerini dikkate alan bazı yazarlar ve hukuk sistemleri, onun bir mülkiyet hakkı olduğunu kabul etmiş ve bu görüş baskın olmamakla birlikte, İsviçre Hukuku'nda da savunulmuştur⁹⁸. Üst hakkı, sahibine sadece başkasının taşınmazında inşaat yapmak yetkisi vermekle kalmayıp, aynı zamanda, yapılan inşaat üzerinde mülkiyet hakkı da tanıdığından, üst hakkıyla ilgili yapılan ilk düzenlemelerde, bu hakkın başkasının eşyası üzerinde bir irtifak olmadığı, aksine niteliği itibariyle sürekli olan ve taşınmaz mülkiyet çeşitleri arasında yer alan, gerçek anlamda bir mülkiyet hakkı olduğu savunuluyordu⁹⁹.

Aynı haklardan, mal üzerinde en geniş (tam) yetkiyi sağlayan hak mülkiyet hakkıdır. Bu hak sahibine kullanma (usus), ürünlerinden yararlanma (fructus) ve malı tüketme (abusus) yetkilerini verir¹⁰⁰. Üst hakkına ilişkin mülkiyet görüşü de özellikle Fransız Hukuku'nda baskın olan bir görüş olup¹⁰¹, Fransız doktrini ve içtihadı üst hakkını gerçek bir mülkiyet hakkı olarak kabul eder. Bu görüşe göre üst hakkı, mülkiyet hakkından doğan hak ve yetkilerin tümünü (kullanma, yararlanma, tüketme) sahibine sağlar. Bundan dolayı üst hakkı, niteliği itibariyle sürekli ya bağımsız bir haktır ve zaman aşımıyla kazanılabılır. Ayrıca bu

⁹⁷ Ünal, s. 77.

⁹⁸ Ruedin Roland, Le droit reel de superficie, Neuchatel 1969, s. 359(aktaran Ünal, s. 81).

⁹⁹ Ünal, s. 81.

¹⁰⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.19.

¹⁰¹ Gürzumar, s. 36.

hak, bağımsız bir hak olduğundan üst hakkı ile yüklü taşınmaz, birlikte bir ortak mülkiyet konusu da oluşturmaz¹⁰².

Fransız Medeni Kanunu'nu bütünleyici parça kavramına yer vermediği gibi, genel bir teferruat kuralına da yollamada bulunmadığından, söz konusu Kanun kapsamında üst hakkının gerçek bir mülkiyet hakkı olarak kabulü doğal sonuç olmaktadır. Birleşme ilkesine geniş yer veren, taşınmazları ve üzerlerindeki bina ve bitkilerin hukuki durumunu düzenleyen maddelere göre (FMK. m. 541-547), bir taşınmazın içinde ve üzerinde bulunan bina ve bitkilerin ayrı bir mülkiyet konusu olduğunu savunmak her zaman mümkündür. Fransız Hukuku tarafından sınırlı ayni haklar arasında değil tam ayni haklar arasında düzenlenen üst hakkına ilişkin olarak kesin olmayan bir mülkiyet karinesi koyulmasına karşın, İsviçre-Türk Hukuk sistemlerinde birleşme ilkesi geçerlidir ve üst hakkı kendine özgü nitelikleri olan ancak sınırlı bir ayni haktır¹⁰³. Bu sebeple kural olarak üst arza tabidir ilkesi gereği başkasına ait bir arazi üzerindeki inşaata malik olduğu veya bu yapının inşası sebebiyle mülkiyet hakkı bulunduğu iddiası öne sürülemeyeceğinden, İsviçre-Türk Hukuk sistemlerince mülkiyet karinesinin kabul edilmesi mümkün değildir.

Mülkiyet görüşüne karşılık, üst hakkını sınırlı bir ayni hak olarak gören hukuk sistemleri ve yazarlar üst hakkını, mülkiyet hakkı gibi tam ve mutlak bir ayni hak olarak görmezler. Bu görüş taraftarlarının tamamı Fransız Hukuku'nda baskın olan görüşü kabul etmemekle beraber, bir bölümü "kendine özgü" sınırlı ayni hak görüşünü, bir kısmı da "olağan" sınırlı ayni hak görüşünü benimsemektedir. Bu görüşlerden birincisi Alman Hukuku ve onun etkisi altında kalan hukuk sistemlerinde; ikincisi ise İsviçre-Türk hukuk sistemlerinde ağırlıktadır¹⁰⁴.

3.3.3 Alman Hukukunda Üst Hakkı Anlayışı ve Sınırlı Ayni Hak Görüşü

Eski Alman Hukukunda bilinmeyen ve Roma Hukukunun iktisabı ile birlikte benimsenen irtifak hakları kavramına¹⁰⁵, günümüz Alman Hukuku'nda eşyaya bağlı irtifak hakları ve şahsi irtifak hakları olarak yer verilmektedir. Alman Hukuku'ndaki şahsi irtifak hakları, intifa hakkı ve intifa hakkından daha dar kapsamlı olan sınırlı şahsi irtifak haklarıdır.

¹⁰² Ünal, s. 82.

¹⁰³ Gürzumar, s. 35.

¹⁰⁴ Ünal, s. 83.

¹⁰⁵ Öcal Apaydın, s. 218.

Bu sınırlı şahsi irtifak hakları, devredilemedikleri ve miras yoluyla geçmedikleri için, intifa hakkı ve Türk-İsviçre Hukuklarındaki şahsi irtifak haklarından farklıdırlar¹⁰⁶.

Alman Hukuku'nda baskın olan “kendine özgü sınırlı ayni hak” görüşüne göre üst hakkı, diğer sınırlı ayni haklardan farklı unsurlar içeren, kendine has özellikleri bulunan sınırlı bir ayni haktır. Üst hakkı sahibi, bu hakkın önemli bir sonucu olarak sadece binanın maliki olup, bu hakkı dolayısıyla yüklü taşınmaz üzerinde bir mülkiyet hakkına sahip değildir. Bu sebeple üst hakkı ne sadece bir mülkiyet hakkı ne de bir ortak mülkiyet hakkıdır¹⁰⁷.

Bununla birlikte üst hakkı, taşınmazı olumlu bir edimle sınırlandırmadığı için bir taşınmaz yükümlülüğü, bir alacağı teminat altına almayı amaçlamadığı için de bir rehin hakkı değildir. Üst hakkı irtifak haklarının aksine diğer bir hakla (örneğin rehinle) sınırlandırılabilirliğinden olağan bir irtifak hakkı veya onun eşyaya veya şahsa bağlı bir çeşidi de sayılmaz. Eşyaya bağlı irtifakların aksine, yüklü taşınmazın her hangi bir andaki malikine ait olmadığı gibi şahsi irtifaklardan farklı olarak mirasçılara geçer ve üçüncü kişilere devredilebilir. Bununla birlikte üst hakkı, sahibi yönünden bir mülkiyet hakkı gibi düzenlendiğinden, üst hakkı sahibi de bir malik olarak yapı üzerinde oldukça kapsamlı hak ve yetkilere sahiptir. Örneğin her türlü haksız işgal ve müdahalelere karşı hakkını korumak için üst hakkı sahibi de mülkiyet ve zilyetlikten doğan talep ve davalara başvurabilir¹⁰⁸.

Buna karşılık üst hakkı, taşınmaz maliki yönünden sınırlı bir ayni hak teşkil eder. Üst hakkı taşınmaz üzerinde bir yükümlülük kurduğundan malik, hak sahibinin kuruluş resmi senesinde (sözleşmede) belirlenen şekilde taşınmazında inşaat yaparak ondan yararlanmasına katlanmak zorundadır¹⁰⁹. Buna göre üst hakkı, bir yönüyle ayrı bir mülkiyet hakkı, diğer yönüyle sınırlı bir ayni hak teşkil ettiğinden Alman doktrininde bu hak çift karakterli ve kendine özgü sınırlı bir ayni hak olarak nitelendirilmektedir¹¹⁰.

Sonuç olarak üst hakkı sadece ihtiva ettiği unsurlar itibariyle değil, aynı zamanda Alman Medeni Kanunu'nda işgal ettiği yer itibariyle de, mutlak ayni haklarla sınırlı ayni haklar arasında bulunduğundan, ne tam anlamıyla mutlak bir ayni hak, ne de tam anlamıyla

¹⁰⁶ Liver Peter, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten (Art. 730 bis 792), Erster Band: Die Grunddienstbarkeiten, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Das Sachenrecht, Dritte Auflage, Zürich 1980, N. 59 (aktaran Gürzumar, s.29).

¹⁰⁷ Ünal, s. 84.

¹⁰⁸ Ünal, s. 84.

¹⁰⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.694.

¹¹⁰ Ruedin, s. 67, 68 (aktaran Ünal, s. 85).

olağan sınırlı bir ayni haktır. Alman hukuku açısından kendine özgü sınırlı bir ayni hak niteliğindedir¹¹¹.

3.3.4 İsviçre ve Türk Hukuku'nda İrtifak Hakkı Anlayışı ve Olağan Ayni Hak Görüşü

Hak sahibine bir eşyadan yararlanma yetkisi sağlayan ayni bir hak şeklinde tanımlanabilecek olan irtifak hakkı kavramı, Klasik Roma Hukuku'nda yalnızca eşyaya bağlı irtifakları ifade ederken; Iustinianus devrinde şahıs lehine kurulan irtifakları da kapsamına alarak genişletilmiş ve böylece üst hakkı, sınırlı ayni haklar sistematigi içinde yerini almıştır¹¹². Fransız ve İtalyan hukuk sistemlerinde kanun koyucular, Klasik Roma Hukukunu takip etmişler ve medeni kanunlarında irtifak hakkı kavramını eşyaya bağlı irtifaklar şeklinde düzenlemişlerdir. İsviçre ve Türk Medeni Kanunları ise eşyaya bağlı irtifak haklarının yanında şahsi irtifak haklarını da tanımakla kalmamışlar, şahsi irtifakların intifa ve oturma haklarının dışında kalan türlerini, devredilmesi ve miras yoluyla geçmesi mümkün haklar olarak düzenlemişlerdir. Bu haklardan üst hakkının ve kaynak hakkının, devredilmesi ve miras yoluyla geçmesi (tarafarca aksi kararlaştırılmadıkça) mümkündür. Diğer irtifak haklarında ise tersine, kural devredilememe ve miras yoluyla geçmeme, istisna ise ancak tarafarca kararlaştırılması durumunda devredilebilme ve miras yoluyla geçebilmedir¹¹³.

Günümüzde hızlı nüfus artışı ve kentleşme olgusu, sanayi ve ticaretteki gelişmeler ve yoğun turizm hareketleri ile birlikte üst hakkının kullanım olanakları farklılaşmış ve bu hakka olan ihtiyaç artmıştır. Bu ihtiyacın karşılanabilmesi için de eşyaya bağlı irtifak haklarının Klasik Roma Hukukunda bu haklara çizilmiş olan sınırların genişletilmesi gerekmiştir. İsviçre Medeni Kanunu'nun 781. maddesi ile diğer irtifak haklarının kabul edilmiş olması da İsviçre Kanun Koyucusunun bu gerekliliği dikkate almasının bir sonucudur. Kanun böylece taraflara, eşyaya bağlı bir irtifak hakkını bir şahsi irtifaka dönüştürmek suretiyle ona bağımsızlık niteliği kazandırabilme olanağını tanımaktadır¹¹⁴.

Öte yandan İsviçre ve Türk Kanun Koyucuları, Roma Hukuku'nda hakim olan, ancak yararlanan taşınmazın niteliğinden doğan ihtiyaçlara cevap veren irtifak haklarının eşyaya bağlı olarak kurulabileceği, sadece yararlanan taşınmazın malikinin şahsi ihtiyaçlarına yönelik irtifak haklarının ise eşyaya bağlı olarak kurulamayacağı anlayışını kaldırmış ve böylece eşyaya bağlı irtifak hakkı kavramının kapsamını genişletmiştir¹¹⁵. Türk ve İsviçre Medeni

¹¹¹ Ünal, s. 86.

¹¹² Günel, s.113.

¹¹³ Ertaş, s. 503; Gürzumar, s.28.

¹¹⁴ Gürzumar, s.29.

¹¹⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.623, 634.

Kanunlarına göre eşyaya bağlı irtifak hakkının kurulabilmesi için, irtifakın kurulduğu anda mevcut ve taşınmaz malikinin şahsi ihtiyacını karşılamaya yönelik bir yararlanma yeterlidir¹¹⁶. Türk-İsviçre Sistemi'nde eşyaya bağlı irtifak hakkı kurulabilmesi için, yükümlü taşınmaz ile yararlanan taşınmazın birbirine bitişik olması gerekmediği gibi yararlanan taşınmazın yükümlü taşınmazın mutlaka tabii vasıflarından bir yararlanma sağlaması da gerekli değildir. Gerekli olan, yüklü taşınmazın herhangi bir özelliğinden yararlanılıyor olması ve bu yararlanma sebebiyle malikin taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkından doğan yetkilerinin kısıtlanıyor olmasıdır¹¹⁷.

İsviçre-Türk Hukuklarında başlangıçta tartışmalı olan üst hakkının hukuki niteliği zamanla meydana gelen gelişmeler karşısında "olağan sınırlı ayni hak" olarak kabul gördü¹¹⁸. Doktrinde baskın olan görüşe göre üst hakkı, başkasının taşınmazı üzerinde bir inşaat yapmak veya önceden inşa edilmiş bir yapının maliki olmak yetkisini veren bir irtifak hakkıdır¹¹⁹. Üst hakkı, Fransız Hukuku'ndaki gibi tam bir mülkiyet hakkı olmadığı gibi, Alman Hukuku'ndaki gibi kendine özgü sınırlı bir ayni hak da değildir. Bu hak olağan sınırlı ayni hakların önemli bir bölümünü oluşturan irtifak hakları arasında yer alır. Kanundaki düzenleniş biçiminden de üst hakkının bu niteliğini çıkarmak mümkündür¹²⁰. Her ne kadar arazide önceden mevcut veya üst hakkına dayanılarak inşa edilmiş yapı üzerindeki mülkiyet hakkı tam bir ayni hak niteliğinde ise de bu hakkı tam bir mülkiyet hakkı olarak nitelemek doğru değildir. Öncelikle buradaki mülkiyet hakkı irtifak hakkına bağımlı olup, yapı üzerindeki mülkiyet hakkının irtifak hakkından ayrı olarak devri mümkün değildir. Diğer bir hususta hakların süresi ile ilgili farktır. Mülkiyet hakkının zamansal bir sınırı olmamakla birlikte, üst hakkında yapı üzerindeki mülkiyet hakkının süresi irtifak hakkının süresi kadardır ve bu süre Türk Medeni Kanunu m. 836 uyarınca bağımsız olarak en çok yüz yıldır¹²¹.

Türk Medeni Kanunu'nda bazı irtifak türleri hariç genel bir irtifak hakkı tanımı yapılmamıştır. İrtifak haklarını diğer sınırlı haklardan ayıran özellikler bakımından değerlendirildiğinde başkasına ait bir maldan doğrudan doğruya yararlanma yetkisi sağladığından rehinden farklılık gösterir¹²². Çeşitli irtifak hakları arasındaki ortak özellikler bakımından değerlendirildiğinde üst hakkı, yüklü taşınmaz malikine bir kaçınma ve katlanma edimi yüklediği için eşyaya bağlı irtifaklara; bir şahıs lehine tesis edilebildiği için şahsi

¹¹⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.634.

¹¹⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.634.

¹¹⁸ Ünal, s. 86.

¹¹⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.693.

¹²⁰ Ünal, s. 88.

¹²¹ Ertaş, s. 506.

¹²² Ünal, s. 88.

irtifaklara benzer. Üst hakkının şahsi ve eşyaya bağlı irtifaklarla bu ortak özellikleri dikkate alındığında, onun düzensiz kişiye bağlı bir irtifak hakkı olduğu sonucu çıkar¹²³.

Öte yandan üst hakkı şahsi irtifaklarla benzerlik göstermesine rağmen, intifa veya oturma hakları gibi mutlak şahsa bağlı bir irtifak hakkı değildir. Üst hakkı sadece eşyaya bağlı veya sadece şahsa bağlı bir irtifak olmadığından ve devir ve intikal kabiliyeti dikkate alındığında, kaynak hakkı ve düzensiz şahsa bağlı diğer irtifaklarla (TMK. m. 837,838) aynı kategoriye girmektedir.¹²⁴

Sonuç olarak üst hakkı kaynak İsviçre Medeni Kanunu düzenlendiği zaman, Fransa'da sadece uygulamada mevcut; Almanya'da ise henüz yeni yürürlüğe girmiş olduğundan İsviçre kanun koyucusunun bu konuda örnek alacağı yerleşmiş bir sistem mevcut değildi. Bu sebeple üst hakkı İsviçre Türk Medeni Kanunları'nda kendisine özgü bir şekilde düzenlenmiş oldu¹²⁵.

3.4 Üst Hakkının Benzer Haklardan Farkı

3.4.1 Oturma Hakkından Farkı

Türk Medeni Kanunu m. 823 uyarınca oturma hakkı, bir binadan veya onun bir bölümünden konut olarak yararlanma yetkisi veren bir irtifak hakkıdır. Tanımdan anlaşıldığı üzere oturma hakkı sadece konut olarak yerleşme amacı ile kurulabilir. Oysa üst hakkının daha önce de bahsedildiği gibi çeşitli ihtiyaç ve amaçlar için kurulması mümkündür.

Türk Medeni Kanunu m. 823'te açıkça oturma hakkının, başkasına devredilemeyeceği ve mirasçılara geçemeyeceği belirtilmiştir. Oturma hakkının bu şahsa bağlı niteliğine karşın üst hakkı taraflarca yasaklanmamak kaydıyla devir edilebilir ve mirasçılara geçer (TMK. m. 826/2); eşyaya bağlı bir hak olarak da kurulabilir.

Oturma hakkının kapsamı, genel olarak hak sahibinin kişisel ihtiyaçlarına göre belirlenir. Oturma hakkı sahibi, hakkın şahsına özgülendiği açıkça belirtilmedikçe, bina veya onun bir bölümünde ailesi ve ev halkı ile birlikte oturabilir (TMK. m.824). Üst hakkına konu yapının kullanımının başkasına devri mümkün olduğu halde, oturma hakkının kullanımının malikin rızası olmadan devri mümkün değildir. Öte yandan oturma hakkı süreli olarak kurulmuş olsa bile sahibinin ölümü ile sona ererken, üst hakkında böyle bir zorunluluk yoktur¹²⁶.

¹²³ Sirmen A.Lale, Eşya Hukuku, Ankara 2013, s. 601.

¹²⁴ Ertaş, s. 502.

¹²⁵ Ünal, s. 90.

¹²⁶ Ertaş, s.515.

3.4.2 Kat Mülkiyetinden Farkı

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 1. maddesine göre, tamamlanmış bir yapının kat, daire, iş bürosu, dükkan, mağaza, mahzen, depo gibi bölümlerinden ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olanları üzerinde, o gayrimenkulün maliki veya ortak malikleri tarafından, bu Kanun hükümlerine göre kurulan bağımsız mülkiyet hakkına kat mülkiyeti denir.

Yapılmakta veya ileride yapılacak olan bir yapının, yukarıda yazılı nitelikteki bölümleri üzerinde, yapı tamamlandıktan sonra geçilecek kat mülkiyetine esas olmak üzere, arsa maliki veya arsanın ortak malikleri tarafından, Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerine göre kurulan irtifak hakkına da kat irtifakı denir.

Kat mülkiyeti, arsa payı ve anagayrimenkuldeki ortak yerlerle bağlantılı özel bir mülkiyet hakkıdır (KMK m. 3). Üst hakkının konusu arazi ile arazi üzerindeki yapının mülkiyeti arasında ne arsa payı ne de ortak yerler anlamında bir bağlantı bulunmamaktadır¹²⁷.

Kat mülkiyetinde kat malikleri, kendilerine ait bağımsız bölümler üzerinde, Türk Medeni Kanunu'nun maliklere tanıdığı bütün hak ve yetkilere sahip olduklarından bu hak daimi niteliktedir (KMK. m.15). Ancak üst hakkı Türk Medeni Kanunu madde 836 gereği en çok yüz yıl için kurulabilir. Yine üst hakkının devri sözleşme ile yasaklanabilmekte olup, kat mülkiyeti ise tam bir mülkiyet hakkı özelliğini taşıdığından böyle bir yasağa konu olması mümkün değildir.

Türk Medeni Kanunu m. 726/2 uyarınca bir binanın başlı başına kullanılmaya elverişli bağımsız bölümleri üzerinde, Kat Mülkiyeti Kanununa göre ancak kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulabilir. Bağımsız bölümler üzerinde ayrıca üst hakkı kurulamaz (MK m. 726/3).

3.4.3 Kaynak Hakkından Farkı

Türk Medeni Kanunu m. 837 gereğince kaynak hakkı, başkasının arazisinde bulunan kaynaktan suyun alınmasına ve akıtılmasına bu arazinin malikini katlanmakla yükümlü kılan bir irtifak hakkıdır. Bu hak aynen üst hakkında olduğu gibi eşyaya ve şahsa bağlı olarak kurulabilir¹²⁸, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, başkasına devredilebilir ve mirasçılara geçer.

Kaynak hakkı, bağımsız nitelikte ve en az otuz yıl için kurulmuş ise tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilebilir (MK m.837/3).

¹²⁷ Ertaş, s.515.

¹²⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.700; Sirmen, s. 607.

Bu açıklamalarımızdan da görüldüğü üzere kaynak hakkı ile üst hakkı büyük benzerlik gösterir. Kaynak hakkı da üst hakkı gibi sahibine, başkasına ait arazideki kaynaktan suyun alınması ve akıtılması için yapılması gereken yapılar üzerinde mülkiyet hakkı tanır. Bu yapı ve tesisler üzerinde mülkiyet hakkı edinmek için arazi üzerinde ayrıca bir üst hakkının kurulmasına ihtiyaç yoktur. Çünkü burada söz konusu üst hakkı yetkisi bizzat kaynak hakkının içeriğinde mevcuttur¹²⁹.

Tüm benzerliklerine rağmen bu iki irtifak hakkı arasında farklar da mevcuttur. Her ne kadar kaynak hakkı içeriğinde üst hakkını barındırıyor ve sahibine, başkasına ait arazideki kaynaktan suyun alınması ve akıtılması için yapılması gereken yapılar üzerinde mülkiyet hakkı tanıyorsa da kaynak hakkının tanıdığı mülkiyet hakkı üst hakkındakine oranla çok daha dar kapsamlıdır. Kaynak hakkının sahibi, bu hakkın kullanımı için gerekli yapı ve tesisler dışındaki şeyler üzerinde mülkiyet hakkı edinemez¹³⁰. Oysa üst hakkında bu türden bir sınırlama söz konusu değildir.

Diğer taraftan kaynak hakkı bütünleyici parça kuralı gereği içinden çıktığı arazinin mülkiyetine tabidir. Bu sebeple üst hakkının arazi üzerindeki yapıya tanıdığı ayrı ve bağımsız mülkiyet hakkı, kaynak hakkı tarafından sahibine tanınmamıştır. Kaynak hakkı sahibi kaynak üzerindeki mülkiyet yetkisini ancak arazinin mülkiyeti ile birlikte edinebilir¹³¹.

3.4.4 Mecra Hakkından Farkı

Su, gaz, elektrik vb. akıcı maddeleri ile enerjinin bir yerden başka bir yere ulaştırılması için yapılmış teknik yapı ve tesisata mecra denir¹³². Türk Medeni Kanunu m. 727'ye göre su, gaz, elektrik ve benzerlerinin bir yerden başka bir yere aktarılması için kurulan tesisler, işletmenin bulunduğu taşınmazın dışında olsalar bile, aksine bir düzenleme olmadıkça o işletmenin eklentisi ve işletme malikinin malı sayılır. Mecraların arazinin malikine değil de işletme malikine ait olduğu durumlarda mecralar işletmenin eklentisi kabul edilir. Bunun amacı işletmenin devrinin veya rehninin mecraları da kapsamasını sağlamaktır¹³³. Kanun mecra hakkına ilişkin bu hükmü ile bir arazideki yapının o arazinin mülkiyetine tabi olması kuralına, üst hakkı ile birlikte ikinci bir istisna getirmiş olmaktadır.

¹²⁹ Köprülü/Kaneti, s. 175; Sirmen, s. 608.

¹³⁰ İmre Zahit, Kaynak-Yeraltı Suları ve Hukuki Durumları, İstanbul 1951, s. 75; Yazman İrfan, Kaynakların Türk Medeni Hukukunda Tabi Olduğu Rejim, Ankara 1970, s. 81.

¹³¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.701.

¹³² Tandoğan Haluk, Türk Hukukunda Mecralar, AÜHF. C.IX. Ankara 1952, S.3-4, s. 142; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 589.

¹³³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.417.

Komşuluk hukukunun gerektirdiği haller dışında bir taşınmazın mecra ile aynı hak olarak yüklenmesi, ancak bir irtifak hakkı kurulması suretiyle olabilir (MK m. 727/2). Bir başka deyişle mecra, içinden çıktığı arazi veya işletmenin mülkiyetinde olabilmesi için öncelikle bir irtifak hakkı şeklinde kurulmuş olması gerekir. Bu irtifak hakkı, mecra dışarıdan görülüyorsa tapu kütüğüne tesciliyle, dışarıdan görülüyorsa noterce düzenlenecek sözleşmeye dayanılarak mecra yapılmış olması gerekir (MK m. 727/3).

Mecra hakkı, başkasına ait bir arazide mecra geçirilmesi için gerekli tesisleri yapmak ve bunlara malik olmak yetkisi verdiği için, niteliği itibarıyla üst hakkına çok benzemekle birlikte iki irtifak hakkı arasında önemli farklar vardır. Örneğin tarafların sözleşmede mecra içinden geçtiği arazinin bütünleyici parçası olacağını kararlaştırmaları mümkündür. Bu tür bir mecra irtifakında mecra ayrı bir mülkiyet konusu olmadığından üst hakkından tamamen farklı bir nitelik kazanır. Diğer taraftan üst hakkının sahibine tanıdığı mülkiyet hakkı asıl araziden bağımsız niteliktedir ve arazinin mülkiyetinden ayrı olarak tasarruflara konu olabilir. Mecra üzerindeki mülkiyet hakkı ise asıl arazi veya işletmenin mülkiyetine dahil olmakla birlikte, ayrı bir mülkiyet konusu değil bunların eklentisi niteliğinde olduğundan, asıl arazi veya işletmenin mülkiyetinden bağımsız ve ayrı olarak tasarruflara konu edilemez¹³⁴.

3.5 Üst Hakkının Çeşitleri

3.5.1 Bağımlı Üst Hakkı

Türk Medeni Kanunu m. 826/2 gereği üst hakkının kuruluş şekli bakımından bağımsız olması kural, bağımlı olması ise istisnadır. Çünkü Kanun üst hakkının, aksi taraflarca kararlaştırılmış olmadıkça devredilebileceğini ve mirasçılara geçeceğini belirtmiştir. Ancak üst hakkı mutlak kişiye bağlı irtifaklardan olmadığından bir kişi lehine kurulabileceği gibi bir taşınmaz lehine de kurulabilir. Birinci halde kişiye, ikinci halde ise eşyaya bağlı üst hakkı tesis edilmiş olur. Kanun'un belirttiği kuralı dışına çıkılarak, üst hakkının özellikle bir kimsenin şahsına veya belli bir taşınmaza bağımlı olarak kurulması isteniyorsa, bu durumun açıkça sözleşmede gösterilmesi ve tapu siciline kaydettirilmiş olması gerekir¹³⁵.

3.5.1.1 Şahsa Bağlı Üst Hakkı

Bağımsız olması asıl olan üst hakkının, taraflar arasında yapılacak sözleşme ile hak sahibinin şahsı ve ihtiyaçları dikkate alınmak suretiyle kişi lehine kurulması durumunda

¹³⁴ Sirmen, s. 430, 431; Özakman Cumhuriyet, Türk Hukukunda Mecra İrtifakları, İstanbul 1978, s. 2233.

¹³⁵ Ünal s. 145,146.

bağımlı bir niteliğe sahip olması mümkündür. Kişi lehine tanınmış olan bir üst hakkı, taraflar arasında yapılan anlaşma gereğince devredilemez ve mirasçıya geçemez nitelikte ise bu üst hakkı Türk Medeni Kanunu açısından taşınmaz mülkiyetine konu (MK m.704 b.2), bağımsız ve sürekli (MK m.826/III ve m.836, m.998 b.2) nitelikte bir hak değildir. Yargıtay’a göre de eşyaya bağlı olan veya devri malikin onayına tabi tutulan üst hakkı bağımsız nitelikte değildir¹³⁶.

Türk Medeni Kanunu’nun “Diğer İrtifak Hakları” başlıklı 838. maddesine göre malik, taşınmazı üzerinde herhangi bir kişi veya topluluk lehine atış eğitimi veya spor alanı ya da geçit olarak kullanılmak gibi belirli bir yararlanmaya hizmet etmek üzere başka irtifak hakları da kurabilir. Doktrinde şahsa bağlı üst hakkının, diğer irtifaklar sınıfına girdiği ve 838. madde hükmünün bu türden üst hakkına da uygulanabileceğini savunan görüşler bulunmakla beraber, Türk Medeni Kanunu m.826 kapsamında bir üst hakkı olan şahsa bağlı üst hakkının da Kanun'da üst hakkına getirilmiş özel hükümlere tabi olduğu ve şahsa bağlı olarak kurulması durumunda bile ancak Türk Medeni Kanunu (m.826 vd.) anlamında bir üst hakkı olarak kurulabileceği sonucuna varan görüşler de bulunmaktadır. Şahsa bağlı üst hakkının bir “diğer irtifak hakkı” olmadığını savunan yaklaşıma göre, taraflar şahsa bağlı üst hakkını kurarken de hakkın devredilebileceğini ve mirasçılara geçebileceğini kararlaştırabilirler. Ancak üst hakkına ilişkin özel bir hüküm olan Türk Medeni Kanunu m.826/II buna özellikle imkan tanımış olduğundan, bu durum irtifak hakkının “üst hakkı” niteliğini ortadan kaldırmaz ve onu irtifak haklarına ilişkin genel bir hüküm niteliğindeki 838. madde kapsamına sokmaz¹³⁷.

Doktrinde yapılan bir diğer tartışma da şahsa bağlı üst hakkının bir süre ile sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı konusundadır. Türk Medeni Kanunu bağımsız bir üst hakkının en çok yüz yıl için kurulabileceğini düzenlemiş (m. 836) ancak bağımlı haklar açısından üst sınır niteliğinde bir süre belirlememiştir. İsviçre doktrininden bir görüşe göre bazı şahsa bağlı üst haklarında yüz yıllık üst zaman sınırının geçerli olması gerekir. Bu görüş, özellikle tüzel kişiler lehine şahsa bağlı olarak kurulan üst haklarında, yüz yıllık süre uygulanmazsa, tüzel kişilik devam ettiği sürece üst hakkı da geçerli olacağından, üzerinde üst hakkı kurulmuş arazi malikinin mülkiyet hakkının anlamsız hale gelebileceğini savunmaktadır. Diğer bir görüş ise Türk Medeni Kanunu m. 836 (MK. m. 751-j) hükmünün zıt anlamından sadece bağımsız nitelikteki üst hakkının süre sınırına tabi olduğunu ancak Türk Medeni Kanunu açıkça düzenlemediğinden şahsa bağlı olarak kurulan bir üst hakkında böyle bir sınırlamanın söz konusu olamayacağını; süresiz olarak kurulan şahsa bağlı üst

¹³⁶ Yarg. 14. H.D. 17.4.2000, 2450 E./2573 K. (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.695).

¹³⁷ Gürzumar, s.52.

hakkından genellikle arazinin küçük bir kısmını kaplayan benzin istasyonları, satış büfeleri vb. küçük yapılar yararlandığından süre konusunun uygulama açısından önem taşımadığını ileri sürmektedir¹³⁸.

Gerçekten uygulamada, şahsa bağlı olarak kurulan üst hakkından genellikle enerji nakil hatlarının ve istasyonlarının kurulmasında yararlandığı görülmektedir. Böylece elektrik işletmeleri, devretmek veya rehnetmek istemedikleri bu türden yapılarda üst hakkı kurmak sureti ile amaçlarına ulaşmaktadırlar.

3.5.1.2 Eşyaya Bağlı Üst Hakkı

Bir hakkın, sahibi ile arasındaki bağ bir eşya üzerindeki mülkiyet hakkı aracılığı ile kuruluyorsa bu hak eşyaya bağlı bir haktır. Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarına göre eşyaya bağlı irtifak hakkı ancak taşınmaz üzerinde ve taşınmaz mülkiyetine bağlanmak üzere kurulabilir. Daha somut bir ifade ile eğer bir arazi üzerinde irtifak hakkı sahibi olabilmek, başka bir arazi üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmaya bağlanmışsa, söz konusu irtifak hakkı o arazinin mülkiyetine bağlı bir hak niteliğindedir.¹³⁹ Bundan yola çıkarak eşyaya bağlı üst hakkını kısaca, bir taşınmaz üzerinde, başka bir taşınmaz lehine kurulan eşyaya bağlı bir irtifak hakkıdır şeklinde tanımlayabiliriz. Bu haktan yararlanan taşınmaza “yararlanan” bu hakla yükümlü taşınmaza da “yükü” taşınmaz diyoruz¹⁴⁰.

Eşyaya bağlı irtifak haklarının tanımı bu şekilde olmakla birlikte içeriği de taşınmaz lehine irtifak hakkını düzenleyen Türk Medeni Kanunu m.779'dan anlaşılmaktadır. Bu hükmün ilk fıkrasına göre, eşyaya bağlı irtifak hakkı, bir taşınmaza başka bir taşınmaz maliki lehine yüklenen öyle bir külfettir ki bu külfetle yüklü olan taşınmazın malikini, bu taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkından doğan bazı yetkilerini kullanmaktan kaçınmak ve/veya bu taşınmaza irtifak hakkı sahibi tarafından kullanma ve yararlanma amacıyla yapılacak olan bazı müdahalelere katlanmak zorunda bırakır. Buna göre eşyaya bağlı irtifak hakkının meydana getirdiği hukuki ilişkide, yüklü taşınmaz malikinin pasif konumda olduğunu ve ona olumlu bir edimde bulunma borcu yüklenemeyeceğini görüyoruz¹⁴¹. Diğer taraftan eşyaya bağlı irtifak hakkında taşınmazdan yararlanma yetkisi sınırlı olup, irtifak hakkı kurulurken tam bir yararlanma yetkisi tanınmak isteniyorsa, bu amaca ulaşmak için taraflarca intifa hakkı kurulması gerekir¹⁴².

¹³⁸ Bkz. yukarıda başlık 3.5.1.1. Şahsa Bağlı Üst Hakkı.

¹³⁹ Gürzumar, s.53.

¹⁴⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.695.

¹⁴¹ Ertaş, s.487.

¹⁴² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.632.

Maddenin ikinci fıkrasına göre ise eşyaya bağlı irtifakta, yüklü taşınmaz malikinin yapma edimi hakkın asli içeriğini oluşturamaz; ona ancak yan edim olarak bağlanabilir. Bir başka deyişle asıl hak olan irtifak hakkının yan edimi niteliğindeki yapma borcunun ifasını talep hakkı da asıl hakka bağlı bir yan haktır. Bu yan hakkın boçlusu yüklü taşınmazın maliki kimse o olur ve mülkiyet devredilirse bu borç yeni malığı de bağlar¹⁴³. Örneğin eşyaya bağlı olarak kurulan bir üst hakkında, arazi malikine üst hakkına dayanılarak yapılan yapının bahçesini temiz tutma borcu bir yan edim olarak yüklenebilir.

Gerek İsviçre ve gerekse de Türk doktrini'nde¹⁴⁴ üst hakkının da bir eşyaya bağlı irtifak şeklinde kurulabileceği kabul edilmektedir. İsviçreli yazarlardan bazılarına göre, bağımsız ve sürekli üst hakları tapu siciline taşınmaz olarak kaydedildiğine göre, bağımsız olmayan üst hakları da kurulabilir ki, bunların bir türü de eşyaya bağlı irtifak haklarıdır. Eşyaya bağlı üst haklarının kurulabileceğini kabul eden İsviçreli yazarlardan bazıları ise lehine üst hakkı kurulacak kişinin "herhangi bir kişi" olabileceği öngörüldüğünden, bu kişinin bir taşınmazın maliki olarak belirlenmesinin de mümkün olduğu görüşündedir¹⁴⁵.

Eşyaya bağlı olarak kurulan bir üst hakkının, bağımsız olup olmadığı konusu ise ayrıca tartışılması gereken bir husustur. Bu hakkın yararlanan taşınmazdan ayrı olarak devredilememesi sebebiyle bağımsız bir üst hakkı olmadığı yönündeki görüş doktrinde hakim olmakla birlikte eşyaya bağlı üst hakkının daima bağımsız olduğunu savunan görüş de bulunmaktadır¹⁴⁶. Bu görüşe göre yararlanan taşınmazın devri halinde üst hakkı da mecburen devredilmiş olacağından, eşyaya bağlı üst hakkının başkasına devredilmesi engellenemez. Eşyaya bağlı üst hakkının başkasına devredilmesinin engellenemeyeceği doğru olmakla birlikte, burada bağımsızlık özelliği saptanırken alınması gereken ölçüt, üst hakkının yararlanan taşınmazla birlikte her zaman devredilebilir olması değil, bu taşınmazdan ayrı olarak devredilip devredilemeyeceği olmalıdır. Nitekim üst hakkı eşyaya bağlı olarak kurulduğu zaman, yüklü taşınmaz üzerinde yapı inşa etme yetkisi ve yapının mülkiyeti yararlanan taşınmazın malikine aittir. Yararlanan taşınmaz devredilirse, yüklü taşınmazdan yararlanma hakkı da taşınmazla birlikte yeni malike devredilmiş olur. Bu sebeple, eşyaya bağlı üst hakkı yararlanan taşınmazın mülkiyetinden ayrı bir mülkiyete ve onun kaderinden bağımsız bir tasarruf işlemine konu olamaz. Bu haktan yararlanan taşınmaz rehnedilirse üst

¹⁴³ Ertaş, s.487.

¹⁴⁴ Bkz. Akipek, Üst Hakkı, s.39; ARAL, s. 3; Ertaş, s.504; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.695; Ünal, s.146,147.

¹⁴⁵ Gürzumar, s.54,55.

¹⁴⁶ Bkz. Ertaş, s.504.

hakkı da rehnin kapsamına girer¹⁴⁷. Yararlanan taşınmazın parsellere bölünmesi halinde kural, irtifak hakkının her parsel yararına devam etmesi olduğundan (MK m.792/I) böyle bir durumda üst hakkı her parsel yararına devam eder.

Yukarıda şahsa bağlı üst haklarının tabi olduğu hükümler anlatılırken değinildiği gibi Türk Medeni Kanunu'nun m.826 vd. hükümlerinin özel hüküm niteliğinde olmasının bir sonucu olarak, üst hakkı eşyaya bağlı olarak kurulsun bile, tamamen eşyaya bağlı irtifaklara ilişkin hükümlere tabi değildir. Eşyaya bağlı üst hakkı, Türk Medeni Kanunu m. 826 vd. hükümlerle kendisine ilişkin özel düzenleme yapılmış olduğundan, öncelikle bu hükümler kapsamında değerlendirilir. Ancak bu hükümlerin düzenlemediği hususlarda, eşyaya bağlı irtifaklara ilişkin hükümlerin uygulanabileceği açıktır¹⁴⁸.

Eşyaya bağlı olarak kurulan üst hakkının yüz yıllık azami süreye tabi olup olmadığı konusunda tıpkı şahsa bağlı üst hakkının bir süre ile sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı konusunda olduğu gibi doktrinsel bir tartışma mevcuttur. İsviçre doktrininde, eşyaya bağlı üst hakkı sahibinin mülkiyetinde olan yapının yüklü arazinin tamamını kapsaması durumunda, üzerinde üst hakkı kurulmuş arazi malikinin mülkiyet hakkı anlamsız hale gelebileceğinden, azami bir sürenin olması gerektiği savunulmaktadır. Buna karşılık tıpkı şahsa bağlı olarak kurulan üst hakkında olduğu gibi eşyaya bağlı olarak kurulan üst hakkında da bağımsız üst hakları için Türk Medeni Kanunu m.836 hükmünde getirilmiş olan yüz yıllık azami sürenin bir önemi olmadığı yönünde görüşler mevcuttur¹⁴⁹.

3.5.2 Bağımsız Üst Hakkı

3.5.2.1 Bağımsızlık ve Süreklilik Kavramları

Bir irtifak hakkının bağımsız olması demek, öncelikle belirli bir taşınmaz veya özellikle bir kişi lehine kurulmamış olması demektir. Bu aynı zamanda bir taşınmaz üzerindeki irtifak hakkının bağımsız olabilmesi için, o irtifak hakkının diğer taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkına bağlı olmadan devredilebilir ve miras yoluyla geçebilir nitelikte olması demektir. Örneğin şahsi irtifak haklarından intifa ve oturma hakları özellikle bir şahsın lehine ve o şahsın kişiliğine bağlı olarak kurulduklarından bağımsızlık niteliğini taşımazlar. İşte üst hakkı da, taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa,

¹⁴⁷ Ergüne Mehmet Serkan, Üst Hakkının Tasarruf İşlemlerine Konu Olmasına İlişkin Hukuki Sorunlar, İÜHFİM C. LXVI, S.1, s. 275-292, 2008., s. 284.

¹⁴⁸ Sirmen, s. 428,429; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.695.

¹⁴⁹ Gürzumar, s.55.

devredilebilme ve mirasçıya geçme niteliğine sahip olduğundan kanun gereği bağımsız kişisel irtifaklar içerisinde yer alır¹⁵⁰.

Üst hakkının sürekli olması onun belirli bir süreye bağlı olmamasını ifade eder. Bununla birlikte süreklilik kavramını sınırsız bir zaman dilimi olarak değil, devamlılık olarak yorumlamak gerekir¹⁵¹. Üst hakkının süreklilik niteliği için asgari süre, 743 sayılı eski Medeni Kanun'un 751. maddesinde 1990 yılında yapılan değişiklik ile otuz yıl olarak belirlenmiştir. 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu m. 826'nın son fıkrasına göre de taraflar arasında en az otuz yıl için kurulan üst hakkı ilişkisi sürekli niteliktedir. Bu nitelikteki bir üst hakkı en çok yüz yıl için kurulabilir (MK m. 836). Üst hakkı bağımsız ve sürekli nitelikte olmak kaydı ile hak sahibinin istemi üzerine tapu kütüğüne ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilebilir.

Bakanlar Kurulunca yürütülen 6428 sayılı Kanun'un¹⁵² 1. maddesinin 2. fıkrasının (u) bendinde üst hakkı sözleşmesi; tesislerin ve ticari hizmet alanlarının Hazinesinin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde yaptırılması için, bu taşınmazlar üzerinde yüklenici lehine bedelsiz olarak sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek şartıyla, bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmesi amacıyla düzenlenecek sözleşme olarak tanımlanmış ve böylece Medeni Kanun m. 826 ile koyulan asgari otuz yıllık süreye bir istisna getirilmiştir¹⁵³.

3.5.2.2 Bağımsız Üst Hakkının Azami Süresi

Türk Medeni Kanunu'nun 836. maddesine göre üst hakkı, bağımsız bir hak olarak en çok yüz yıl için kurulabilir. Üst hakkı, süresinin dörtte üçü dolduktan sonra, kurulması için öngörülen şekle uyularak her zaman en çok yüz yıllık yeni bir süre için uzatılabilir. Bu konuda önceden yapılan taahhüt bağlayıcı değildir.

Bu hüküm gereğince, eşyaya bağlı olarak kurulmayan ve tarafların da devir ve miras yoluyla intikal olanağını yasaklamadıkları bir üst hakkının, en fazla yüz yıl için kurulması mümkün olmakla birlikte, tarafların, üst hakkını kuran sözleşmede yüz yıldan fazla bir süre kararlaştırmış olmaları durumunda üst hakkı sözleşmesinin akıbetinin ne olacağı hususunda Kanunda bir açıklık bulunmamaktadır.

¹⁵⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.142,143.

¹⁵¹ Ünal, s.148.

¹⁵² Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.

¹⁵³ TKGM tarafından bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan 23.12.2014 tarih ve 105/97689 sayılı talimatta aynı yöndedir.

Üst hakkının yüzyıldan fazla bir süre için kurulduğuna dair taraflarca getirilmiş bir sözleşme hükmü bulunması halinde, sözleşmenin içeriğinden ve tarafların iradesinden sözleşmenin tamamının geçersiz kabul edilmesi gerektiği anlaşılmıyorsa, böyle bir sözleşmede üst hakkının yüz yıl için kurulmak istendiği kabul edilmelidir. Diğer taraftan Türk Medeni Kanunu'nun 836. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinin, üst hakkının süresinin en çok yeni bir yüz yıllık süre için uzatılabileceği konusundaki kurala ilişkin, önceden verilmiş taahhütlerin bağlayıcı olmadığı şeklindeki ifadesinin, tarafların herhangi bir zaman diliminde önceden kendilerini bağlamalarını engellemek amacıyla olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre üst hakkı kuran bir sözleşmede, bu hakkın azami kanuni süresinin sona ermesinden sonra bir daha uzatılacağını belirten bağlayıcı bir sözleşme hükmü bulunması durumunda sözleşmenin tamamını geçersiz kabul etmek ağır bir yaptırım olacağından, yalnızca aykırı hüküm geçersiz kabul edilmeli ve tarafları bağlamamalıdır¹⁵⁴.

Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün üst hakkını konu alan 1705-2010/12 sayılı Genelgesine göre, bağımsız ve sürekli nitelikte olan bir üst hakkının taşınmaz olarak ayrı bir kütük sayfasına kaydedilebilmesi için en az otuz ve en fazla yüz yıl için kurulmuş olması şart olduğundan ve tapu müdürlüğüne düzenlenecek resmi senette süre konusuna yer verildiğinden uygulamada az rastlanılacak bir durum olsa da kuruluş sırasında yüz yıldan fazla bir süre getirilmiş bağımsız bir üst hakkının, tapu siciline bir şekilde tescil edilmesi halinde, sözleşmenin geçerliliği dışında bir de bu tescilin hukuki durumunun ne olacağı sorunu ortaya çıkar.

Böyle bir tescilde, kuruluş resmi senedinin sadece süreyi belirten kısmının hukuki değeri olmayan (yolsuz) bir tescil olarak kabulü ile bu hatanın Türk Medeni Kanunu m. 1026'nın "Bir aynı hakkın sona ermesiyle tescil her türlü hukuki değerini kaybettiği takdirde, yüklü taşınmaz maliki, terkini isteyebilir." hükmüne istinaden, üst hakkı sahibinin muvafakatine gerek kalmaksızın, yalnızca yüklü taşınmaz malikinin talebiyle düzeltilmesi veya yüz yıllık sürenin dolmasından sonra hakkın tamamen terkin edilmesi mümkündür. Nitekim Tapu Sicili Tüzüğü'nün 69. maddesinin 4. fıkrasına göre de bir aynı hakkın veya şerh edilmiş kişisel hakkın diğer sebeplere dayalı olarak sona ermesiyle kayıt hukuki değerini kaybettiği takdirde, yüklü taşınmaz malikinin, terkini isteyebileceği kabul edilmiştir. Tapu memurunun bu istemi yerine getirmesi halinde ilgililerin işlemin kendisine tebliği tarihinden başlayarak otuz gün içinde terkine karşı dava açma hakkı saklıdır (TMK. m. 1026/2).

¹⁵⁴ Gürzumar, s.39; Ertaş, s. 513.

Böyle bir durumda, sözleşmeye taraf olan üst hakkı sahibinin Türk Medeni Kanunu m. 712' deki hak kazandırıcı zamanaşımına; üst hakkını devralan üçüncü kişilerin ise Türk Medeni Kanunu m. 1023'deki iyiniyetle hak kazanımına ilişkin hükme dayanarak tapu sicilindeki yanlışlığın düzeltilmesini engelleyemeyecekleri açıktır¹⁵⁵.

Üst hakkının süresinin uzatılması yetkisi doğrudan Türk Medeni Kanunu'ndan kaynaklandığından, taraflarca sözleşmenin uzatılması durumunda, üst hakkını kuran sözleşmenin yerine yeni bir sözleşme yapılmış ve yeni bir üst hakkı kurulmuş olmayacağından, üst hakkı uzatılmasından önceki hükümleriyle birlikte devam edecektir¹⁵⁶. Keza üst hakkının Türk Medeni Kanunu m.836 hükmüne göre uzatılması durumunda, sözleşmenin ilk hali ile kurulan üst hakkı ilişkisi uzatılan süreye paralel olarak devam ettiği için, üst hakkı üzerinde kurulmuş olan sınırlı ayni haklar da devam edecektir. Aynı şekilde, üst hakkı süresinin uzatılması durumunda, bu hak, daha kurulurken elde ettiği öncelik sırasını da koruyacak; yüklü taşınmaz üzerinde üst hakkı kurulduktan sonra sınırlı ayni hak iktisap etmiş olan üçüncü kişiler de kendilerinden önce kurulan üst hakkının uzatılmasına itiraz edemeyeceklerdir¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Gürzumar, s.39.

¹⁵⁶ Ertaş, s. 513.

¹⁵⁷ Gürzumar, s.40.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÜST HAKKININ KAZANILMASI

Türk Medeni Kanunu'nda üst hakkının kazanılmasına ilişkin özel düzenlemelere yer verilmemiştir. Kanun'un gerek 726. maddesinde gerekse 826. ve 836. maddeler arasını kapsayan “Üst Hakkı” başlıklı bölümünde üst hakkının kazanılması konusunda açıklık bulunmadığından, madde 705, 780, 838 vd. maddelerde düzenlenmiş benzeri kavramlar olan irtifak haklarına ve taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümler kıyasen bu konuya uygulanabilir. Buna göre üst hakkının, tescille ve tescilsiz (tescil dışı) olmak üzere iki şekilde kazanılabileceğinden hareketle konuyu izah etmek mümkündür.

4.1 Sicile Tescil ile Kazanılması

4.1.1 Genel Olarak

4.1.1.1 Bağımsız Nitelikteki Üst Hakkının Tasarruf Sınırlamalarına Konu Olup Olamayacağı Sorunu

Üst hakkının kurulması ile birlikte, arazisi üzerinde irtifak hakkı kuran sözleşme çerçevesinde, hak sahibinin yapı yapmasına veya mevcut yapıyı korumasına katlanmakla yükümlü olan taşınmaz malikinin, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı ve tasarruf yetkisi devam ettiğinden, yüklü taşınmaz üzerinde malik tarafından yapılacak tasarruflarda herhangi bir sorun bulunmamaktadır.

Tasarruf hakkının kısıtlanıp kısıtlanmayacağı sorunu esas itibarı ile üst hakkını ve lehtar hak sahibini daha çok ilgilendirmektedir. Çünkü üst hakkının kurulması ile birlikte Türk Medeni Kanunu m. 726 uyarınca hak sahibine tanınan mülkiyet hakkı, dayanağı olan irtifak hakkından bağımsız bir hak değil, bilakis ona bağlı bir haktır¹⁵⁸. Bu münasebetle üzerinde bağımsız mülkiyet hakkı tanınan taşınmaza ilişkin tasarruf sınırlamalarının, sadece mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmemesi, aksine üst hakkının irtifak hakkı niteliği göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerekir¹⁵⁹.

Bağımsız¹⁶⁰ üst hakkının devri ve miras yoluyla intikali, hakkın niteliği gereği mümkün olmakla birlikte, bu hakkın devir, intikal ve sınırlı ayni haklarla yükümlenebilmesi hususlarında tarafların yapacağı bir anlaşmayla sınırlar getirilmesinin, üst hakkının

¹⁵⁸ Gürsoy/Eren/Cansel, s.891, dn 6; Kocayusufpaşaoğlu Necip, Özel İnceleme, Sungurbey İsmet, Medeni Kanun Öntasarısının Nesnelere Hukukunun Eleştirisi, İstanbul 1972. s. 353,354.

¹⁵⁹ Ergüne, s. 277.

¹⁶⁰ Bağımsız üst hakkı kavramının ne anlama geldiğini ve özelliklerini daha önce açıklamıştık. Bkz. başlık 3.5.2. Bağımsız Üst Hakkı.

bağımsızlık niteliğiyle bağdaşır bağdaşmayacağına açıklığa kavuşturulması hem teorik hem de pratik ihtiyaçlara cevap verebilmek açısından önem taşımaktadır. Uygulamada özellikle de kamu arazileri üzerinde gerek 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu uyarınca turizm yatırımcıları lehine kurulan sözleşmelerde gerekse de diğer bağımsız ve sürekli üst haklarına ilişkin sözleşmelerde, üst hakkının devri ve sınırlı aynı haklarla yükümlenmesi olanağının sınırlandırıldığı görülmektedir¹⁶¹. Bu sözleşmelerde, üst hakkının bu hakkı tanıyan sözleşme tarafının veya kamu arazisi üzerinde kurulan üst haklarında ilgili Bakanlıkların izni olmadan devredilemeyeceği, rehnedilemeyeceği veya tapuya taşınmaz olarak kaydedilmiş üst haklarının ipotekle yükümlenemeyeceği yönünde kısıtlamalara yer verilmektedir. Bu kısıtlamalar ile birlikte üst hakkına konu taşınmazın maliki, üst hakkı üzerinde hak sahibi tarafından yapılabilecek tasarrufi işlemleri kontrol edebilme ve sözleşme şartlarını ihlal niteliği taşıyan tasarrufları baştan engelleyebilme imkanına sahip olmaktadır. Ayrıca üst hakkına konu taşınmazın maliki, sözleşmeye bu türden kısıtlamalar getirmek sureti ile üst hakkı ilişkisi sona erince kendi mülkiyetine dönecek olan inşaat ile ilgili çıkarlarını da korumayı amaçlamaktadır¹⁶².

Doktrinde bir görüş, bağımsız üst hakkının sahibinin, bu hakkı üzerindeki tasarruf özgürlüğünün sözleşme ile sınırlandırılabilmesinin hakkın bağımsızlık niteliğiyle bağdaşmayacağını savunmaktadır¹⁶³. Bu görüşe göre eşyaya bağlı olan veya devri malikin rızasına bağlı olan üst hakkının bağımsız olduğu kabul edilemez. Bir başka yakın görüş tapuya taşınmaz olarak kaydedilmiş bağımsız ve sürekli üst hakları üzerinde tasarruf sınırlamaları yapılamayacağını savunmaktadır. Ancak bağımsız ve sürekli bir üst hakkı, tapuya taşınmaz olarak kaydedildiği için bir taşınmaz eşya niteliği kazanmamaktadır¹⁶⁴. Hakkın tapuya taşınmaz olarak kaydedilmiş olması, bağımsız ve sürekli üst hakkının bir taşınmaz gibi işlem görmesi sonucunu doğurmakta fakat özünde bir irtifak hakkı olan üst hakkının içeriğinde ve üst hakkı üzerindeki tasarruf yetkisinde herhangi bir değişiklik yapmamaktadır¹⁶⁵.

Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün de tasarruf kısıtlamalarına konu olan üst haklarının tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilemeyeceği görüşünde olduğu anlaşılmaktadır. Genel Müdürlükçe yürürlüğe koyulan Genelgeye¹⁶⁶ göre otuz yıl ve daha

¹⁶¹ Kuntalp Erden, Bağımsız ve Sürekli Sınırlı Aynı Hakların Özellikle Üst Hakkının Taşınmaz Olarak İşlem Görmesi, TBBD., 1991/4, s. 536.

¹⁶² Gürzumar, s.42.

¹⁶³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 14. Bası 2011, s.695, dn 415; Kuntalp, s. 539,540.

¹⁶⁴ Akipek, Üst Hakkı, s.38.

¹⁶⁵ Gürzumar, s.47.

¹⁶⁶ 15.06.2010 tarih ve 1705-2010/12 sayılı Genelge.

fazla süreli olmasına rağmen üst hakkının tesisi sırasında, üçüncü şahıslara devredilemeyeceğine, mirasçılara intikal etmeyeceğine ve aynı hak tesis edilemeyeceğine ve bu tür tasarrufların izin alınmak suretiyle yapılabileceğine yönelik kısıtlamalar (Kamu kuruluşlarınca getirilmek istenilen kısıtlamalar dahil) getirilmesi halinde, üst hakkı artık bağımsız bir nitelik kazanamaz. Bu sebeple bu tür hak tesisi taleplerinin sadece taşınmaz tapu kütüğü sayfasının “İrtifak Hakları ve Gayrimenkul Mükellefiyetleri” sütununda irtifak hakkı şeklinde tescil edilmek suretiyle karşılanması gerekmektedir¹⁶⁷.

Benzer bir konuda verdiği kararında Yargıtay, tapu kütüğünde ayrı bir sayfa açılmak suretiyle kurulan bağımsız ve sürekli nitelikteki bir üst hakkının devrinin, yükümlü taşınmaz maliki Bakanlığın iznine tabi kılınmasını, üst hakkının bağımsızlığını bozmayan fakat hakkın kullanımını sınırlayan bir unsur olarak yorumlamış ve bu kısıtlamanın, bağımsız ve müstakil nitelikteki üst hakkının kayıtlı olduğu kütük sayfasına şerh olarak düşülmesinde bir sakınca görmemiştir¹⁶⁸.

Yargıtay’ın bu görüşü doktrinde de taraftar bulmaktadır. Benzer nitelikteki görüşlere göre, bağımsız bir üst hakkı sahibinin bu hakkı üzerindeki hukuki tasarruf yetkisinin sınırlandırılması mümkündür¹⁶⁹. Bağımsız üst hakkı üzerindeki tasarruf olanağı, bu hakkın bağımsızlık özelliğini ortadan kaldırmamak şartıyla sınırlandırılabilir ve bu yöndeki bir sözleşme kaydı herkese karşı ileri sürülebilir. Örneğin, haklı bir sebep bulunması ya da sözleşmede sayılmış belli şartların gerçekleşmesi durumunda, üst hakkının devrinin yüklü taşınmaz maliki tarafından onaylanmayabileceği yönündeki bir sözleşme kaydı üst hakkının bağımsızlık niteliğini ortadan kaldırmaz¹⁷⁰. Örneğin üst hakkının ancak sözleşmede belirlenen bölgede yerleşim yeri bulunanlara devredilebileceği yahut da önceden belirlenmiş kişilere devredilemeyeceği yolundaki sözleşme hükümleri de üst hakkının bağımsızlık niteliğine aykırılık teşkil etmez. Ancak üst hakkının devrinin tamamen veya belirsiz şartlarla yüklü taşınmaz malikinin iradesine bırakılması üst hakkının bağımsızlık özelliği ile bağdaşmayacağından, yüklü taşınmaz malikine bu ölçüde kısıtlama yetkilerinin verilmesi mümkün olamaz.

¹⁶⁷ 6428 s. “Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” ile Hazinesinin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde ve otuz yılı geçmemek üzere bağımsız ve sürekli üst hakkı kurulması imkanı getirildiğinden, TKGM’nin 23.12.2014 tarih ve 105/97689 sayılı talimatı ile 6428 s. Kanun uyarınca otuz yıldan az süreli olarak kurulan bağımsız ve sürekli nitelikte üst haklarının da ayrı taşınmaz mal olarak kütük sayfasına tescil edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

¹⁶⁸ Yargıtay 14. H.D. 17.4.2000 t. 2000/2430 E. 2000/2573 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁶⁹ Akipek, Üst Hakkı, s.38.

¹⁷⁰ Akipek, Üst Hakkı, s.38.

Yine üst hakkı üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlandırılabilceği yönündeki görüşe göre, üst hakkı üzerinde rehin veya ipotek gibi sınırlı ayni haklar kurma imkanı da kısıtlanabilir ancak bu kısıtlama hakkın tamamen ortadan kaldırılması sonucuna ulaşmamalıdır. Çünkü üst hakkı üzerinde rehin veya ipotek gibi sınırlı ayni haklar kurulabilmesinin tamamen yasaklanmış olması halinde üst hakkının bağımsızlık niteliği bozulacaktır. Buna ilaveten, bağımsız üst hakkının tasarruf kısıtlamalarına konu olabileceğini savunan görüşler arasında, üst hakkının ölüme bağlı tasarruf yoluyla intikalini sağlama olanağının münhasıran şahsa bağlı bir hak olması sebebi ile sınırlandırılmasının hiç bir şekilde mümkün olmadığını savunan görüşler de mevcuttur¹⁷¹.

Öncelikle şunu söylemek gerekir ki üst hakkını devredebilmek ve sınırlı ayni haklarla kısıtlamak Türk Medeni Kanunu m. 826 tarafından tanınmış ayni nitelikte bir yetkidir ve bu yetki de üst hakkının kapsamına dahildir. Bu sebeple söz konusu kısıtlamalar hakkın bağımsızlığını ortadan kaldırmaya nitelikte sayılamazlar. Bunun yanında bağımsız nitelikteki üst hakkı üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin hakları, sadece Türk Medeni Kanunu m. 836 tarafından getirilen azami yüz yıllık süre ve m.831-833 hükümlerinde belli durumlarda yüklü taşınmaz malikine tanınan, üst hakkının kendisine devrini talep hakkı ile sınırlı kabul etmek ve Kanun'un, bunların dışında taraflarca sözleşmede kararlaştırılan bağımsız üst hakkı üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlamalarını tamamen kaldırdığını söylemek de mümkün değildir. Zaten söz konusu hükümler, yalnızca bağımsız üst hakkı açısından değil, diğer üst hakları açısından da geçerli hükümlerdir¹⁷².

Sonuç olarak bağımsız üst hakkı üzerindeki tasarruf yetkisinin belirtilen ölçü ve çerçevede kalmak kaydıyla sınırlandırılmasının, üst hakkının bağımsızlık niteliğini ortadan kaldırmadığının ve ayni etkiyi haiz olan bu türden sınırlandırmaların, üst hakkının devrine ilişkin veya başka sınırlı ayni haklarla yükümlenmesine ilişkin olarak mümkün olabileceğinin kabul edilmesi halinde, hem teorik hem de pratik ihtiyaçlara cevap verilebileceği görülmektedir.

Fakat belirtmek gerekir ki bağımsız üst hakkının, cebri artırma yolu ile devralınması durumunda yukarıda sözü edilen ayni etki geçerli olmayacaktır. Çünkü cebri artırma yoluyla satım, satım konusu şey üzerinde tasarrufa yetkili olan kişinin iradesine bakılmaksızın, resmi makamlar tarafından yapılan bir işlem olduğu için özel hukuk anlamında bir gerçek satım olmayıp, bir kamu hukuku işlemidir¹⁷³. Nitekim aksi durumun kabulünün, İcra ve İflas

¹⁷¹ Gürzumar, s.44.

¹⁷² Gürzumar, s.45-46.

¹⁷³ Yavuz Cevdet, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 5. Baskı, İstanbul 1997, s. 215.

Kanunu'na veya Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanun'a göre haczedilerek cebri artırmaya çıkarılan ve sözleşmeden doğan tasarruf sınırlamalarına konu olan bağımsız bir üst hakkının, yüklü taşınmaz malikinin onaylamadığı kişilere satılamaması gibi cebri artırmanın mahiyetine aykırı bir sonuç doğuracağı açıktır.

4.1.1.2 Tapu Sicilinde Kayıtlı Olan Bağımsız Nitelikteki Üst Hakkının Devri ve Sınırlı Ayni Haklara Konu Olması

Tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilmekle artık bir taşınmaz özelliği taşıyan üst hakkının, Türk Medeni Kanunu m.705, m.706 ve Türk Borçlar Kanunu m.237 uyarınca tescil ve resmi şekilde düzenlenmiş olmak şartıyla devri mümkündür. Tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilmiş bağımsız bir üst hakkı taşınmaz niteliğinde olduğundan, tapuda kayıtlı taşınmazların devir açısından tabi olduğu hükümlere tabi olacaktır. Buna göre, tapuda taşınmaz olarak kayıtlı bir üst hakkının devri borcunu doğuran bir sözleşmenin de tıpkı hakkın kuruluşunda olduğu gibi tapuda gerçekleştirilecek resmi şekle uyularak yapılması gerekir. Aynı şekilde, üst hakkının devri borcunu doğuran hukuki sebep şekli anlamda ölüme bağlı bir tasarruf ise Türk Medeni Kanunu m. 531 vd. hükümlerindeki şekil şartlarına uyan bir ölüme bağlı tasarrufun yapılması gerekir¹⁷⁴.

Kural olarak, ayrı bir sayfaya kayıtlı bağımsız üst hakları üzerinde sınırlı ayni hak kurulması da Türk Medeni Kanunu'nun "Sınırlı Ayni Haklar" başlıklı bölümünde (m. 779 ve devamı) düzenlenen hükümler kapsamında mümkündür¹⁷⁵. Türk Medeni Kanunu m. 850 kapsamında ipotek, ipotekli borç senedi veya irat senedi şeklinde taşınmaz rehni kurulabileceği gibi arazi malikinin talebiyle, üst hakkı iradının güvencesi olarak üst hakkı üzerinde m. 834 kapsamında ipotek de kurulabilir¹⁷⁶.

Tapuya kayıtlı üst hakkı üzerinde yükümlendirici bir irtifak hakkı ya da üst hakkı lehine yararlandırıcı başka bir irtifak hakkı kurulabilir. Örneğin üst hakkı sahibinin kullanımına bırakılan alanla sınırlı olmak üzere söz konusu alan üzerinde mecra hakkı tesis edilebilir¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Ergüne, s. 280, 280 dn. 17.

¹⁷⁵ Ayni hak kurulması yanında, tapu kütüğüne taşınmaz olarak tescilli üst hakkına ilişkin yapılan alım, önalım, gerialım veya kira sözleşmelerinden doğan şahsi hakların üst hakkına ait ayrı sayfaya şerhi de mümkündür (Bkz. TKGM 15.06.2010 tarih ve 1705-2010/12 s. Genelge; Ergüne, s. 280 dn. 18)

¹⁷⁶ Ertaş, s. 508.

¹⁷⁷ Gürzumar, s.61.

Taşınmaz niteliğindeki üst hakkı üzerinde intifa hakkı ve taşınmaz yükü de kurulabilir. Üst hakkına dayanılarak arazi üzerinde bir bina yapılmış ya da sözleşme ile yapılacağı kesin olarak kararlaştırılmış ise böyle bir üst hakkı üzerinde oturma hakkı tesis edilebilir.

Tapuya kayıtlı olan bağımsız ve sürekli bir üst hakkı üzerinde ikinci bir üst hakkı kurulup kurulamayacağı tartışmalıdır. Bu konuya olumsuz bakan görüşler, üst hakkının ayrı bir sayfaya kaydedilmekle bir taşınmaz gibi işlem gördüğünü ancak gerçek bir taşınmaz niteliğini kazanmadığını; çünkü üst hakkının sağladığı taşınmaz mülkiyeti kavramının, arazi üzerindeki değil yapı üzerindeki mülkiyet hakkını kapsadığını savunmaktadır. Buna göre üst hakkı bir yapının tamamı üzerinde kurulan bir hak niteliğinde olduğundan, üst hakkına dayanılarak yapılan bir yapının ne katları ne de bağımsız bölümleri üst hakkına konu olabilir¹⁷⁸. Bu görüşlere göre ikinci üst hakkının kurulması durumunda, bu üst hakkı üzerinde de başka üst haklarının kurulması ile durum, hem hukuken hem de tapu sicilinin tutulması açısından içinden çıkılmaz hale gelecektir¹⁷⁹. Kanaatimizce tapu sicilinin tutulması açısından olmasa bile, ikinci üst hakkının sahibi ile arazi maliki veya üçüncü kişiler arasında çıkabilecek hukuki sorunların çözümünde, karmaşa ile karşılaşılabilen ihtimalini kabul etmek gerekir.

Karşıt görüşe göre, her ne kadar ayrı bir sayfaya kaydedilmiş olmakla bir taşınmaz eşya niteliğini kazanmasa da üst hakkı taşınmaz gibi işlem görebilmesi sebebi ile üzerinde başka bir üst hakkı (ikinci) kurulması önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Çünkü üst hakkı üzerinde ikinci bir üst hakkı kurulması Medeni Kanun'un 26. maddesinde yer alan bağımsız bölümler üzerinde ayrıca bir üst hakkı kurulamayacağına yönelik hükmün kapsamına girmemektedir. Kanun'un yasakladığı husus, kat mülkiyeti rejimine tabi olması gereken bağımsız bölümler üzerinde üst hakkı kurulması olup, üst hakkına dayalı olarak yapılan bir binanın tamamının mülkiyetinin ikinci bir üst hakkı kurulması yolu ile başka birine devrine yasak getirilmemiştir¹⁸⁰. Üst hakkı üzerinde sınırlı ayni hak kurulabilmesi için yüklü taşınmaz malikinin rızasına gerek bulunmasa bile, üst hakkı üzerinde ikinci bir üst hakkına (ayni hakka) sahip olan kimse bu hakkı, arazi malikinin ilk üst hakkı sahibine tanıdığı yetkilerle sınırlı olarak kazanabileceğinden, üst hakkı ile yüklü arazi malikinin durumunun ağırlaştığını savunmak mümkün değildir. Çünkü ayrı bir sayfada kayıtlı üst hakkı arazinin tamamına yaygın olsa da üst hakkına ilişkin hakların kullanılabileceği alan arazi üzerinde üst

¹⁷⁸ Ertaş, s.365.

¹⁷⁹ Ünal, s.139.

¹⁸⁰ Ergüne, s.281, dn.22.

hakkı sahibine fiilen tanınan alandır ve bu alanın kullanımı, yapının konumuna, şekline, faydalanma esaslarına vs. ilişkin olarak resmi senette kararlaştırılan sınırlamalarla bağlıdır¹⁸¹.

Tapu kütüğünde ayrı bir sayfada taşınmaz olarak kayıtlı üst hakkı üzerinde ikinci bir üst hakkı kurulmasının İsviçre’de mümkün olduğu görülmektedir¹⁸². Yukarıda belirttiğimiz gibi üst hakkını kuran resmi senet ile üst hakkı lehtarına tanınan yetkiler aşılmamak; yine gerek resmi senet içeriğinden gerekse taraflarca kurulan üst hakkının kullanım amacı veya niteliğinden devredilemeyeceği anlaşılmıyorsa üst hakkına dayanılarak yapılan veya yapılacak binanın tamamı üzerinde ikinci bir üst hakkı kurulması yönündeki anlayışın, mevcut ya da hızlı ekonomik gelişmeler sonucunda doğacak pratik ihtiyaçlara cevap vermek bakımından hukukun önünü açacağı anlaşılmaktadır.

Tapu Kadastro Genel Müdürlüğünün 1705-2010/12 sayılı Genelgesi de en az 30, en fazla 100 yıl süreli olan ve tasarrufları kısıtlamayan veya izne tabi kılmayan bağımsız ve sürekli irtifak hakları, tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına taşınmaz olarak tescil edilir. Tapu kütüğüne taşınmaz olarak tescil edilen bağımsız ve sürekli hakların, üçüncü kişilere devir olunabileceği, mirasçılara geçebileceği ve bunlar üzerinde her türlü ayni ve kişisel hakkın kurulabileceği belirtilmiştir. Tapu sicilinin tutulması açısından da ayrı bir sayfaya tescil edilebilirlik sebebi ile ilk üst hakkının tescili ile ikinci üst hakkının tescili arasında bağlantı kurulan sayfaların sayısının artması dışında bir zorluk bulunmamaktadır.

Tapu kütüğünde taşınmaz olarak kayıtlı üst hakkı üzerinde kat mülkiyeti kurulup kurulamayacağı da tartışmalı diğer bir konudur. Bir görüşe göre üst hakkı taşınmaz gibi işlem gördüğünden, kat mülkiyetine konu ana taşınmaz olarak kabul edilerek üzerinde kat mülkiyeti kurulabilir. Üst hakkının her bağımsız bölüme göre paylı olarak edinimi ile her bağımsız bölüme arsa payı verilmesinin pratik olarak çok farklı olmadığı ve mümkün olması gerektiği savunulmaktadır¹⁸³.

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 2 uyarınca ana gayrimenkul, arazi ve onun üzerindeki anayapıyı kapsayan bir bütünlüktür. Ayrıca Kanun’un arsa payını kat mülkiyetinin en önemli unsuru olarak düzenlediği görülmektedir. Kat mülkiyeti kurulmasında öncelik bir arazi bulunması ve bu arazi üzerinde arsa payına bağlı bir yapının inşa edilmiş olmasıdır. Aksi halde bir bağımsız bölüme bağlı arsa payından söz edilmesi mümkün değildir. Bağımsız bölümler üzerindeki mülkiyet hakkının sıkı sıkıya bağlı olduğu arsa payı, paylı mülkiyeti

¹⁸¹ Ergüne, s.283.

¹⁸² Ünal, s.139; Gürzumar, s.62, dn. 196.

¹⁸³ Ergüne, s. 282.

içeriğinde bulunduran bir kavramdır¹⁸⁴. Bu sebeplerle tapu sicilinde bağımsız bir sayfaya kayıtlı üst hakkı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun belirlediği çerçevede bir anagayrimenkul niteliğini taşımadığından, üzerinde kat mülkiyeti kurulması da mümkün değildir. Tapu sicilinde ayrı bir sayfaya kayıtlı olduğu için taşınmaz kabul edilen ve taşınmazlara ilişkin usullerle işlem gören üst hakkının, irtifak hakkı özelliği göz ardı edilerek taşınmazlara ilişkin tüm hükümlerin uygulanabileceği bağımsız bir eşya olarak kabul edilemeyeceği görülmektedir¹⁸⁵.

4.1.1.3 Tapu Sicilinde Kayıtlı Olmayan Bağımsız Nitelikteki Üst Hakkının Devri ve Sınırlı Ayni Haklara Konu Olması

Bir üst hakkının, bağımsızlık niteliğini taşımakla beraber süreklilik özelliğine sahip olmaması nedeniyle veya bağımsız ve sürekli nitelikte olmasına rağmen taraflarca talep edilmediğinden tapu sicilinde ayrı bir sayfaya kaydedilmemiş olması mümkündür. Türk Medeni Kanunu'nda bağımsız irtifak haklarının nasıl devredileceğine ya da rehnedileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından, tapu sicilinde taşınmaz olarak kayıtlı bulunmayan bağımsız nitelikteki üst hakları üzerinde yapılacak tasarruf işlemleri konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.

Tapu sicilinde taşınmaz olarak kayıtlı bulunmayan bağımsız nitelikteki üst haklarının devrine ilişkin olarak öne sürülen görüşlerden birine göre, tapuda taşınmaz olarak kayıtlı olmayan veya kaydedilmesi mümkün olmayan bağımsız üst hakları, Türk Borçlar Kanunu m. 183 vd. hükümlerdeki alacağın temlik hükümlerine göre yapılan bir yazılı devir sözleşmesi ile devredilirler¹⁸⁶. Bu görüşe paralel diğer bir görüşe göre de sürekli olsun olmasın, tapuda taşınmaz olarak kayıtlı bulunmayan bağımsız üst haklarının rehninin de, Türk Medeni Kanunu m. 954 hükümlerine tabi kılınması ve Türk Medeni Kanunu m. 955 hükmü gereğince, adi yazılı şekil şartına uyan bir tasarruf işlemi ile kurulabilmesi mümkündür¹⁸⁷.

İsviçre hukukunda hakim olan görüşe göre de tapu sicilinde taşınmaz olarak kayıtlı bulunmayan bağımsız nitelikteki üst haklarının devredilmesi ve rehnedilmesi için taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümler uygulanmamalıdır. Bu sebeple Kanunda açıkça düzenlenmemiş

¹⁸⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.490, dn. 21.

¹⁸⁵ Gürzumar, s. 63,65.

¹⁸⁶ Köprülü/Kaneti, s. 170; Gürsoy Kemal Tahir, Türk Eşya Hukukunda Zilyetlik ve Tapu Sicili, Ankara 1970, s. 204.

¹⁸⁷ Ergüne, s. 285; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.495, dn. 418; Ünal, s. 149.

olsa dahi böyle bir üst hakkı, alacağın temlik hükümlerine göre devredilebilir ve haklar üzerindeki rehinlere ilişkin hükümlere göre rehin hakkına konu olabilir¹⁸⁸.

Tapu sicilinde taşınmaz olarak kayıtlı bulunmayan bağımsız nitelikteki üst haklarının devrine ilişkin olarak öne sürülen diğer bir görüşe göre, her ne kadar bağımsızlık özelliğini taşısa da tapu siciline kayıtlı olmayan üst hakkı üzerinde tasarrufta bulunmak mümkün değildir. Ülkemizde yerleşik olan tapu sicil tekniğinde, yüklü taşınmazın sayfasında yazılı olan üst hakkına ilişkin olarak, sicil dışı kazanılan hakların yüklü taşınmaza ait bulunan kütük sayfasında tescil edilmesini sağlayacak herhangi bir sütun mevcut değildir. Üzerinde üst hakkı kurulu taşınmazın kayıtlı olduğu kütük sayfasında, sadece o taşınmaz üzerinde kazanılan aynı hakların gösterilebildiği bir sütun bulunur. Bu sebeple bu görüş ülkemizde de taraftar bulmaktadır¹⁸⁹.

Başka bir görüş ise bu tür üst haklarının sicilde devredilmesini mümkün görmekte beraber, hiçbir şekilde rehnedilemeyeceğini kabul etmektedir. Bu görüşe kısmen katılanlara göre¹⁹⁰ aynı haklarda egemen olan aleniyet ilkesinin, taşınmazlar açısından tapu sicili aracılığıyla hayata geçirilmesinin sağlanması bakımından bu kısmen isabetli olmakla birlikte; Türk Medeni Kanunu m.954'ün devredilebilen hakların rehnedilebilmesinin de mümkün olduğu yönündeki hükmü karşısında, bağımsız üst haklarının rehnedilemeyeceğini savunmak, Türk Medeni Kanunu'nda yazılmamış bir istisnanın kabulü anlamına gelir. Bu sebeple tapu kütüğünde ayrı bir sayfada kayıtlı olmayan bağımsız üst hakları üzerinde sicil dışında kazanılan sınırlı aynı hakların sicile yansıtılabilmeleri hususunda kanunda bir boşluk bulunduğunun kabul edilmesi halinde; bu boşluğun, üst hakkı üzerinde sicil dışında kazanılan sınırlı aynı hakların (örneğin rehin hakkının), üst hakkı ile yüklü taşınmazın tapu kütüğündeki düşünceler sütununa açıklayıcı bir kayıt düşülmek suretiyle giderilebilmesi ve böylece mevcut hukuki durumun sicile yansıtılabilmesi mümkündür.

Tapuya taşınmaz olarak kayıtlı bulunmayan bağımsız üst haklarının intifa hakkına konu olabilmesi hususunda, Türk Medeni Kanunu m.794 hükmünde¹⁹¹ haklar üzerinde de intifa hakkı kurulabilmesi olanağını açıkça tanıdığından teorik olarak herhangi bir engel mevcut değildir. Çünkü intifa hakkı konusu olabilecek haklar, devri mümkün ve yararlanmaya elverişli olan haklardan olup, üst hakkı sahibi, hakkın özünü kendisinde bırakmak üzere bu haktan doğan yetkilerden yararlanma olanağını bir üçüncü kişiye tanıdığı takdirde, üst hakkı

¹⁸⁸ Ergüne, s. 285; Köprülü/Kaneti, s. 169,170.

¹⁸⁹ Ergüne, s. 285.

¹⁹⁰ Bkz. Gürzumar, s. 41.

¹⁹¹ Hükmün birinci fıkrasına göre; "İntifa hakkı, taşınırlar, taşınmazlar, haklar veya bir mal varlığı üzerinde kurulabilir."

üzerinde intifa hakkı sahibi olan kişi, konusu yüklü arazi üzerinde bulunan ve mülkiyeti üst hakkı sahibine ait olan yapıyı kullanmak ve ondan yararlanmak yetkilerinden ibaret olan bir mutlak hakkı elde etmiş olur. Hiç şüphesiz ki bu intifa hakkının sağladığı yetkiler ve süresi hiç bir şekilde, üst hakkının sağladığı yetkilerden ve süresinden fazla olamaz. Bir taşınmaz üzerinde mevcut ve tapuda kayıtlı olmayan bağımsız üst hakkı üzerinde intifa hakkının kurulmasının yolu da yukarıda rehin kurulması izahında bahsettiğimiz üzere, Türk Borçlar Kanunu m.183 vd. hükümlerine göre hakkın intifa hakkıyla yükümlenmesine ilişkin yazılı bir sözleşmenin yapılmasıdır¹⁹².

Sonuç olarak şunu söylemek gerekir ki tapu kütüğünde ayrı bir sayfada taşınmaz olarak kayıtlı bulunmayan bağımsız üst hakkının devredilmesi usulüne ilişkin Kanunda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, bu gerçekliğin bu türden bir üst hakkının asla devredilemeyeceği şeklinde yorumlanması mümkün değildir. Çünkü Türk Medeni Kanunu m. 826/2'de aksi kararlaştırılmış olmadıkça bu hakkın, devredilebileceği ve mirasçılara geçebileceği belirtildikten sonra, bağımsızlık niteliği açısından ayrı bir sayfada kayıtlı olan ve olmayan üst hakkı açısından bir ayırım yapılmamış; sadece bağımsız üst hakkına, sürekli nitelikte olmak kaydıyla ve sahibinin istemine bağlı olarak kütükte ayrı bir sayfaya kaydedilebilme imkanı tanınmıştır. Ayrıca Kanun, yukarıda bahsettiğimiz boşluğu 780. maddesi ile doldurmuştur. Bu maddeye göre irtifak hakkının kurulması için tapu kütüğüne tescil şarttır. İrtifak hakkının kazanılmasında¹⁹³ ve tescilinde, aksi öngörülmüş olmadıkça taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümler uygulanır. Buna göre taşınmaz olarak kayıtlı bulunmayan bağımsız üst hakkının devredilebilmesi için taraflar arasında yapılacak resmi sözleşmeye istinaden devralan taraf lehine tapu sicilinde tescil yapılması gerekir. Tescil ise yüklü taşınmaza ait kütük sayfasının irtifak hakları sütununda, irtifakı devredeninin adının çizilerek yerine yeni lehtarın adının yazılması şeklinde yapılır¹⁹⁴.

¹⁹² Gürzumar, s.42.

¹⁹³ Hükümde yer alan “kazanma” ibaresi irtifak hakkının kuruluşu yanında, bu hakkın kuruluşu yanında kurulduktan sonra devredilmesi halini de kapsar. Çünkü irtifak hakkının aslen kazanılması veya devren kazanılması mümkündür. Bkz. Ergüne, s. 286, dn. 41.

¹⁹⁴ Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığı, Tapu Sicili Uygulamaları, Ankara 2014, s. 392,393.

(1) İrtifak hakları, kütük sayfasında ayrılan özel sütununa tescil edilir.

(2) Kişisel irtifak hakları, ilgili taşınmazın kütük sayfası irtifak hakları sütununda mükellefiyet anlamına gelen "m" harfi ile gösterilir. Hak sahibinin adı, soyadı ve irtifak hakkının çeşidi belirtilerek ve varsa süresi yazılarak tescil edilir. Bu hakları tescilinde, ayrıca her bir irtifak hakkı için "a" harfinden başlamak üzere alfabenin tüm harfleri (a, b, c, ç, ... g, ğ, ... ı, i, j... gibi) kullanılır.

(3) Taşınmaz lehine kurulan irtifak hakları, lehine irtifak hakkı kurulan taşınmazın kütük sayfasında hak anlamına gelen "h" harfi ile aleyhine irtifak hakkı kurulan yüklü taşınmazın kütük sayfasında ise, "m" harfi ile gösterilir. Yararlanan taşınmazın kütük sayfası irtifak hakları sütununda, yüklü taşınmaz üzerinde tescil edilecek

Diğer yandan tapu kütüğünde ayrı bir sayfada kayıtlı bulunmayan bağımsız üst hakkı üzerinde sınırlı aynı hak kurulmasının önünde de bir engel bulunmamaktadır. Aksi görüşün savunulması, haklar üzerinde intifa hakkı kurulabileceğini düzenleyen Türk Medeni Kanunu'nun 794. ve 795. maddeleri ile alacaklar ve diğer haklar üzerinde kurulacak rehinler konulu 954. ve 955. maddelerine aykırılık oluşturacaktır. Ancak burada asıl sorun taraflar arasında ortaya çıkan hukuki durumun sicile yansıtılıp yansıtılamayacağı ve dolayısı ile aleniyetin nasıl sağlanacağı noktasında ortaya çıkmaktadır. Çünkü yüklü taşınmazın tapu kütük sayfasında, irtifak hakları ve gayrimenkul mükellefiyetleri sütununda kayıtlı haklara ilişkin tasarruf işlemlerinin kaydedilebileceği ayrı bir bölüm bulunmamaktadır.

Üst hakkı üzerinde sicil dışında kazanılan sınırlı aynı hakların (örneğin rehin hakkı, intifa hakkı), üst hakkı ile yüklü taşınmazın tapu kütüğündeki düşünceler sütununa açıklayıcı bir kayıt düşülmek suretiyle sicile yansıtılabileceği ve böylece mevcut hukuki durumun alenileşmiş olacağı yönündeki görüşte¹⁹⁵, halen uygulanan tapu sicil tekniği bakımından isabet bulunmamaktadır. Çünkü tapu kütüğünün düşünceler sütunu, yüklü taşınmaz üzerinde kurulan rehin haklarını ilgilendiren hususların kaydedildiği bölümdür¹⁹⁶. Tapu Sicili Tüzüğü'nün 35. maddesine göre rehin haklarına ilişkin düşünceler sütununda, rehinle ilgili belirtmeler (rehin hangi harf ile tescil edilmiş ise, o harf kullanılarak yazılır), rehinli payın devri durumunda yeni malikin adı (eski malikin adı çizilip, devir işlemine ilişkin tarih ve yevmiye ile rehne ait harf kullanılmak suretiyle yazılır), boşalan dereceye geçme hakkı, “zanaatkar ve yüklenici ipoteği” belirtmesi gibi hususlar yazılır. Bunun yanında Tüzüğün pek çok yerinde rehinle ilgili olarak düşünceler sütununa yazılacak hususlar belirtilmiştir (TST m. 32, 33, 37, 41, 45 vd.). Bu durumda üst hakkı üzerinde sicil dışında kazanılan sınırlı aynı hakların yüklü taşınmazın tapu kütüğündeki düşünceler sütununda gösterilmesi mümkün değildir.

Aleniyetin sağlanması amacıyla, yüklü taşınmazın tapu kütüğünün beyanlar hanesine tasarrufa ilişkin kayıt düşülmesini öneren görüşler de bulunmaktadır¹⁹⁷. Oysa üst hakkı, yüklü taşınmazın kütük sayfasında bir irtifak hakkı olarak kayıtlı olup, kütük sayfasında üst hakkının kendine ait bir beyanlar hanesi sütunu bulunmamaktadır. Öte yandan Türk Medeni

irtifak hakkının niteliği belirtilir. Yüklü taşınmazın kütük sayfasında ise, yararlanan taşınmaz lehine kurulan irtifak hakkının niteliği tescil edilir. Taşınmaz lehine kurulacak irtifak hakları planında da gösterilir.

(4) Taşınmaz yükü, yüklü taşınmazın kütük sayfası irtifak hakları sütununa tescil edilir. Hak sahibi ve kıymeti belirtilir. Belirli bir taşınmaz lehine yük söz konusu ise, aynı zamanda yararlanan taşınmaz kütük sayfası irtifak sütununda niteliği de belirtilerek tescil edilir. (TST m. 30)

¹⁹⁵ Bkz. Gürzumar, s. 41.

¹⁹⁶ Sirmen, s.248, 249.

¹⁹⁷ Ergüne, s. 288.

Kanunu'nun 1012. maddesi uyarınca beyanlar hanesine ancak, ana taşınmazın eklentileri (malikin istemi üzerine) ile özel kanun ve tüzükle belirlenen hususlar yazılabilir. Tapu Sicili Tüzüğü'nün 52. maddesinde de beyanlar sütununa yazılacak hususlar belirtilmiş olup, bu maddeye göre kütüğün beyanlar sütununa, mevzuatın yazılmasını öngördüğü hususlar (tarih ve yevmiye numarası belirtilerek) ile tescil, değişiklik, terkin veya düzeltmeyi yolsuz duruma getiren hukuki veya teknik sebepler (Tapu müdürlüğünce tespiti halinde) yazılabilir. Mevcut düzenlemeler karşısında beyanlar hanesinin de istenilen amaca ulaşmak için uygun olmadığı görülmektedir.

Uygulamada, yüklü taşınmazın irtifak hakları ve gayrimenkul mükellefiyetleri sütununda, yine bu sütunda harflendirilme yapılmak sureti ile tescil edilmiş ve üzerinde aynı hak kurulmak istenen üst hakkını gösteren harfe atıf yapılmak sureti ile¹⁹⁸ üst hakkını sınırlayan hakkın, yüklü taşınmazın kütük sayfasında gösterilmesinin mümkün olduğunu savunanlar vardır. Bu görüş de yüklü taşınmazın irtifak hakları ve gayrimenkul mükellefiyetleri sütununun, burada kayıtlı aynı hakların değil, yüklü taşınmazı kısıtlayan aynı hakların gösterildiği sütun olması sebebi ile eleştiriye açıktır.

Tapu sicilinin tutulmasına esas ve halen geçerli mevzuat karşısında en uygun çözümün mevzuat değişikliği yapmak olduğu şüphesizdir ancak mevcut Tapu Sicili Tüzüğü'nün¹⁹⁹ yakın tarihte yürürlüğe girdiği göz önüne alındığında bu öneri de pratikliğini yitirmektedir.

4.1.1.4 Bağımsız Nitelikte Olmayan Üst Hakkının Devri ve Sınırlı Aynı Haklara Konu Olması

Bağımsız nitelikte olmaması sebebi ile tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilmemiş bir üst hakkı şahsa bağlı olarak kurulabileceği gibi eşyaya bağlı olarak da kurulmuş olabilir. Üst hakkını kuran sözleşme ile hakkın devredilemeyeceğinin ve miras yoluyla başkasına geçemeyeceğinin kararlaştırıldığı (şahsa bağlı) üst hakları üzerinde tasarrufta bulunulması mümkün değildir. Buna karşın Türk Medeni Kanunu'nun intifa hakkına ilişkin 806. maddesinden hareketle sözleşmede aksine bir hüküm yoksa ve hak sahibince şahsen kullanılması gerekmiyorsa, üst hakkının kullanımının başkasına devrinde bir sakınca gözükmemektedir²⁰⁰.

Eşyaya bağlı üst hakkı, başka bir taşınmazın mülkiyetine bağlı olarak o taşınmaz maliki lehine kurulduğundan bağımsız nitelikte değildir. Böyle bir irtifak hakkı, lehine

¹⁹⁸ Örneğin; "A harfi ile gösterilen üst hakkı üzerinde intifa hakkı tesis edilmiştir" şeklinde bir kayıt düşülebilir.

¹⁹⁹ 17.08.2013 tarih ve 28738 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

²⁰⁰ Ergüne, s. 284.

kurulduğu taşınmazın mülkiyetinden ayrılamaz²⁰¹, bu nitelikteki bir hakkın devri ancak yararlanan taşınmazın devriyle mümkün olur. Bu sebeple eşyaya bağlı olarak kurulan üst hakkı üzerinde, lehine üst hakkı kurulan taşınmazdan ayrı olarak tasarruf etmek mümkün değildir. Buna karşın üst hakkını devretmek veya üzerinde rehin, irtifak gibi haklar tesis etmek mümkün olmamakla birlikte, lehine üst hakkı kurulan taşınmazın mülkiyetinin devredilmesi veya rehnedilmesi ile üst hakkı da aynı tasarrufların kapsamına girmiş olur²⁰².

4.1.2 Üst Hakkı Sözleşmesi

4.1.2.1 İçeriği

Türk Medeni Kanunu m.780 hükmü gereğince üst hakkının kurulabilmesi için, yükümlü taşınmazın kayıtlı olduğu tapu kütüğünde tescil yapılmış olması gerekir. Bu tescilin hukuki sebebi ise daha önce taraflarca düzenlenmiş olan üst hakkı sözleşmesidir. Bu sözleşmede tarafların objektif olarak, yükümlü taşınmazı belirlemesi, bu taşınmaz üzerinde yapı yapmak ve muhafaza etmek yetkisi ile bu yetkinin bir gereği olarak irtifak hakkı sahibinin, yapı üzerindeki mülkiyet hakkının tanınması gerekmektedir. Bu hususlar genel olarak her üst hakkı sözleşmesinin esaslı unsurları olup, Türk Medeni Kanunu m. 827’de tahdidi olarak sayılan, yapının konumuna, şekline, niteliğine, boyutlarına, özgülenme amacına ve üzerinde yapı bulunmayan alandan faydalanmaya ilişkin hususlara da sözleşme içerisinde yer verilmesine bir engel yoktur. Eğer sözleşmede bu türden kayıtlara yer verilmişse bu kayıtlar herkes için bağlayıcıdır²⁰³.

Bu hususta belirtmek gerekir ki üst hakkının bağımsızlık niteliğinin bir göstergesi olarak devir ve intikalinin yapılıp yapılamayacağına ilişkin kayıtların mutlaka sözleşme içeriğinde yer alması gerekmez. Bu türden kayıtlar içermeyen bir üst hakkı sözleşmesi akdedilmişse, bu sözleşme ile kurulan üst hakkı Türk Medeni Kanunu m.826/2 gereği kendiliğinden devredilebilen ve mirasçılara intikal eden bir hak olarak kabul edilir.

Öte yandan sözleşme içeriğinde açıkça bağımsız ve sürekli nitelikli bir üst hakkı kurulması iradesi varsa tarafların mutlaka bu hakkın süresi konusunda da iradelerinin uyuyor olması ve bu durumun sözleşmeye yansıtılmış olması gerekir. Zira Türk Medeni

²⁰¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.629.

²⁰² Ergüne, s. 284.

²⁰³ Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün üst hakkı konulu 1705-2010/12 sayılı Genelgesine göre; üst hakkı kurulmasına yönelik düzenlenen resmi senette özellikle yapının konumuna, şekline, niteliğine, boyutlarına, özgülenme amacına ve üzerinde yapı bulunmayan alandan faydalanmaya ilişkin şartlar, üst hakkı tesis bedeli, üst hakkının sona erme halleri, kanuni ipotek ve istenmesi halinde tazminat vb. şartların Türk Medeni Kanunu kapsamında açıklanması gerekmektedir; Tapu Dairesi Başkanlığı, s. 392.

Kanunu m. 826/sona göre sürekli bir üst hakkı en az otuz yıl²⁰⁴ ve m. 836/1'e göre de bağımsız bir üst hakkı en çok yüz yıl için kurulabilmektedir. Ancak bu yönde bir içeriğe sahip sözleşmeler ile kurulan üst hakkının tapuya taşınmaz olarak kaydı mümkün olduğundan, anılan kayıtların tarafların anlaşmaya vardığı metin içerisinde bulunması aynı zamanda tescil şartıdır.

Eşyaya bağlı olarak kurulmayan ve tarafların da devir ve miras yoluyla intikal olanağını yasaklamadıkları bir üst hakkının, en fazla yüz yıl için kurulması mümkün olmakla birlikte, tarafların, üst hakkını kuran sözleşmede yüz yıldan fazla bir süre kararlaştırmış olmaları halinde üst hakkı sözleşmesinin hukuki durumunun tahlili daha önce ayrıntılı olarak yapıldığından burada tekrarlama gereği bulunmamaktadır²⁰⁵.

Ancak tarafların üst hakkı sözleşmesinin hüküm ve sonuç doğurmasını bir şarta bağlamaları halinde, üst hakkı sözleşmesinde yer alan şartların üst hakkının kazanılması için gerekli olan tescil işlemi açısından ne anlam taşıdığıнын izahında fayda vardır.

Taraflar arasında sözleşmenin tescil öncesindeki aşamada hukuki sonuçlarının doğması (taşınmaz malikinin üst hakkını tesis borcu da), ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan bir olaya (geciktirici şarta), bağlanmışsa böyle bir şart sadece Türk Borçlar Kanunu m. 170 vd. hükümler dikkate alındığında taraflar açısından geçerlidir. Aynı şekilde, taraflar arasındaki sözleşmenin hukuki sonuçlarının sözleşmenin yapılmasıyla birlikte doğmuş olacağıнын; ancak üst hakkı tescil edilene kadar geçecek süre içerisinde gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan bir olayın gerçekleşmesi halinde ise borç ilişkisinin ve üst hakkı tesis borcunun kendiliğinden ortadan kalkacağıнын kararlaştırılmış olmasına da (Bozucu şart) borçlar hukuku açısından herhangi bir engel yoktur (TBK. m. 173).

Buna karşın, aynı hakların ve bu arada da üst hakkının geciktirici bir şarta bağlı olarak tescil edilmesi, Türk Medeni Kanunu m.1022'nin aynı hakların tapu siciline tescil ile birlikte ve yevmiye defterine kayıt tarihinden etkili olmak üzere doğacaklarını belirten hükmü karşısında mümkün gözükmemektedir. Eğer irtifak hakkının geciktirici şarta bağlı olarak tescil edilebileceği kabul edilirse, tescilin kurucu etkisi anlamını yitirecek ve tescil bu hakkın doğması için yeterli olmayacaktır. Aynı zamanda bu durumun, bir taşınmazın koşula bağlı satımı halinde koşul gerçekleşmedikçe tapu siciline tescili yapılamayacağını belirten Türk Borçlar Kanunu m.243/I'e aykırılık oluşturacağı açıktır.

²⁰⁴ Sürekli nitelikteki üst hakkının asgari süresine ilişkin 6428 s. Kanun m. 1/2-u ile getirilen istisnaya daha önce değinilmişti. Bkz. başlık 3.5.2.1. Bağımsızlık ve Süreklilik Kavramları

²⁰⁵ Bkz. başlık 3.5.2.2. Bağımsız Üst Hakkının Azami Süresi

Buna ilaveten tapu sicilinin alenilik özelliği gereği, sicilin taşınmazlar üzerindeki aynı hakların durumunu açık bir şekilde yansıtmasının önemine binaen üst hakkının bozucu şarta bağlı olarak tescil edilmesinin de mümkün olmadığı düşünülmektedir. Bozucu şarta bağlı bir üst hakkı sözleşmesinde şartın gerçekleşmiş olması halinde üst hakkı hiçbir şekilde sona ermez. Bozucu şarta bağlı bir üst hakkı sözleşmesinin bu şartla beraber taraflar açısından iç ilişkide geçerli olarak kurulmuş olacağı kabul edilirse bile; şart gerçekleştiğinde üst hakkı hem aynı hem de şekli anlamda varlığını korumaya devam eder. Ancak iç ilişkide sözleşme geçerli kabul edildiğinden üst hakkı sahibinin, bu hakkını sicilden terkin ettirme borcu doğar. Buna rağmen tapuda yapılmış tescil işlemi bozucu şartın gerçekleşmesi ile hükümsüz kalmayacağından ortada yolsuz bir tescil olduğu da iddia edilemez. Bu sebeple üst hakkı sahibinin hakkını terkin ettirmekten kaçınması halinde, yüklü taşınmaz maliki tapu sicilinin düzeltilmesi davası açamamakla birlikte Türk Medeni Kanunu m.716 hükmüne kıyasen bir terkin davası açabilir. Ayrıca üst hakkı sözleşmesinde tarafların iradesinin aynı bir etkiye yönelik olduğu ve taşınmaz malikine üst hakkını mutlaka bozucu şarta tabi olarak tescil ettirme borcunun yüklenmek istendiği anlaşılıyorsa, bu durumda artık üst hakkı sözleşmesinin de hukuki imkansızlık nedeniyle Türk Borçlar Kanunu m.27 gereğince hükümsüz olması gerekir²⁰⁶.

Son olarak belirtmek gerekir ki geciktirici veya bozucu şarta bağlı olarak yapılmış bir sözleşmenin tescili, Tapu Sicili Tüzüğü m.16/2'nin "istem, tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlanamaz" hükmüne de aykırılık teşkil ettiğinden tapu sicili uygulamaları açısından da mümkün değildir.

4.1.2.2 Hukuki Niteliği

Üst hakkını ilk defa kuruyorsa kurucu niteliğe sahip; mevcut bir üst hakkının nakli sonucunu doğuruyorsa devir veya bağışlama niteliğinde olan üst hakkı sözleşmesi, sözleşmenin taraflarından biri olan taşınmaz malikinin, taşınmaz üzerinde bir yapı yapma veya var olan bir yapıyı muhafaza ederek bu yapının mülkiyetine sahip olma hakkını diğer tarafa bir irtifak hakkı olarak tanınması, karşı tarafın da varsa üzerine düşen yükümlülüklerle birlikte bu durumu kabul etmesi ile kurulan, borçlandırıcı ve iki taraflı bir hukuki işlemdir²⁰⁷. Elbette ki taraflar, üst hakkının temel özellikleri dikkate alınarak yapılan bu tanımdan daha geniş ve farklı; ancak üst hakkının kanunla belirlenmiş sınırlarını aşmayan yükümlülükler

²⁰⁶ Gürzumar, s.168.

²⁰⁷ Gürzumar, s.158; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 694.

getiren bir sözleşme yapabilirler²⁰⁸. Nitekim sözleşmede üst hakkı için bir karşılığın belirlenmiş olması halinde, üst hakkı sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğini taşır²⁰⁹.

Üst hakkı sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş bir sözleşme türü olup, Türk Medeni Kanunu'nda da özellikle üst hakkı sözleşmesini tanımlayan bir hüküm mevcut değildir. Bu sözleşmenin temel çerçevesinin belirlenmesinde üst hakkının asgari kanuni içeriğini belirleyen Türk Medeni Kanunu m. 726/1 ve m. 826/1 hükümlerinin yanında, bağımsız üst haklarında m. 826/3 ve m. 836 hükümleri ile üst hakkının genel özelliklerinden yararlanılmaktadır. Bu sebeple Türk Medeni Kanunu'nun genel bir üst hakkı sözleşmesi tanımına yer vermemesi ve Türk Borçlar Kanunu'nun da bu konuda düzenleme yapmamış olmasından hareketle de olsa, üst hakkı sözleşmesinin kanunda düzenlenmemiş isimsiz bir sözleşme olduğu söylenemez. Çünkü kanunda düzenlenmiş ve düzenlenmemiş sözleşme ayırımında dikkate alınması gereken ölçüt, bir sözleşmenin objektif esaslı unsurlarının kanunda düzenlenip düzenlenmediği ve kavrama ilişkin temel ayrıntıların kanunda, en azından önemli ölçüde bulunup bulunmadığıdır. Yukarıda belirtildiği gibi üst hakkı sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarının Türk Medeni Kanunu'nun üst hakkına ilişkin hükümlerinden çıkarılması mümkün olduğu gibi bu sözleşmeye dayanılarak üst hakkı kurulmasından sonra ortaya çıkabilecek hususlar kanunda özel olarak düzenlenmiş olduğu için, üst hakkı sözleşmesinin "isimsiz" sözleşmelerden sayılması mümkün gözükmemektedir²¹⁰.

Öte yandan üst hakkı sözleşmesi bir taşınmaz üzerindeki mülkiyetin devrine değil, bir sınırlı ayni hakkın kurulmasına yönelik olduğundan; üst hakkı sözleşmesinde, bu hakkın karşılığı olarak bir bedel belirlenmiş olsa bile sözleşme bir taşınmaz satımı sözleşmesi niteliğini taşımayacaktır. Üst hakkı kurulan taşınmaz üzerindeki yapının mülkiyet hakkının, üst hakkı sahibine ait olması da üst hakkı sözleşmesinin niteliğini değiştirmez. Çünkü üst hakkı sahibi, üst hakkına konu taşınmaz üzerindeki yapının mülkiyet hakkını, yüklü taşınmaz malikinden devren iktisap etmeyip, Türk Medeni Kanunu'nun bu irtifak hakkına tanıdığı yetkiden dolayı kazanır. Bu nedenle üst hakkına ilişkin tescilin hukuki sebebinin oluşturan sözleşme de mülkiyetin devrini amaçlayan bir sözleşme veya bir satım sözleşmesi değildir.

²⁰⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 699.

²⁰⁹ Gürzumar, s.158.

²¹⁰ Gürzumar, s.161.

Aynı sebeplerle üst hakkı karşılığında yüklü taşınmaz malikine bir malın mülkiyetinin devrinin kararlaştırıldığı sözleşmelerin de trampa niteliğinde olduğu söylenemez²¹¹.

Üst hakkının karşılıksız olarak kurulmasını öngören sözleşmelerin ise belli şartlarla bir tür bağışlama niteliğinde olması mümkün olabilir²¹². Çünkü bağışlamanın mutlaka bir eşya üzerindeki mülkiyet hakkının karşılıksız olarak devri (taahhüdü) şeklinde oluşması şart değildir²¹³. Buna göre bir sınırlı ayni hakkın karşılıksız olarak tescili sonucunu doğuran bir sözleşme de bağışlama (taahhüdü) niteliğinde olabilir. Nitekim 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 288/2'nin "*Bir taşınmazın veya taşınmaz üzerindeki ayni bir hakkın bağışlanması sözü vermenin geçerliliği, ancak resmî şekilde yapılmış olmasına bağlıdır.*" hükmünden, bir irtifak hakkının karşılıksız olarak tesisinin de bağışlamaya konu olabileceği sonucuna ulaşılabilir. Ancak bu şekilde bir bağışlamadan söz edebilmek için karşılıksızlık olgusu yanında, irtifak hakkının kurulmasının bağışlama amacını da taşıyor olması gerekmektedir²¹⁴. Üst hakkının kurulması genelde bir taşınmazdaki yapıdan yararlanma amacı taşıdığından, karşılıksız olarak kurulan üst hakkının bağışlama niteliği taşıması uygulamada az rastlanan bir durum olmakla birlikte, bir irtifak hakkı olarak resmi şekilde yapılmış olmak ve bağışlama amacını taşıyor olmak şartıyla üst hakkının da bağışlama işlemine konu olması mümkündür.

4.1.2.3 Şekli

Üst hakkının tescille kazanılmasında hukuki sebebin, üst hakkının kurulmasını amaçlayan bir sözleşme olduğuna daha önce değinmiştik. Türk Medeni Kanunu'nun üst hakkına ayrılan bölümünde yer alan 827. maddesinin "*Üst hakkının içerik ve kapsamıyla ilgili olarak resmî senette yer alan, özellikle yapının konumuna, şekline, niteliğine, boyutlarına, özgülenme amacına ve üzerinde yapı bulunmayan alandan faydalanmaya ilişkin sözleşme kayıtları herkes için bağlayıcıdır.*" şeklindeki hükmünde resmi senetten bahsedilmekte; m. 830'da ise "*Taşınmaz malikine kalan yapılar için üst hakkı sahibine ödenmesi kararlaştırılan bedelin miktarı ve bunun hesaplanış biçimi ile bu bedel borcunun kaldırılmasına ve arazinin ilk hâline getirilmesine ilişkin anlaşmalar, üst hakkının kurulması için gerekli olan resmî şekle tâbidir ve tapu kütüğüne şerh verilebilir.*" denilerek üst hakkının kurulmasının resmi şekle tabi olduğuna değinilmektedir. Bununla beraber Türk Medeni Kanunu'nda özel olarak üst hakkı sözleşmesinin şeklini düzenleyen bir hükme yer verilmemiştir.

²¹¹ Gürzumar, s.162.

²¹² Köprülü/Kaneti, s. 58.

²¹³ Yavuz, s.224,225.

²¹⁴ Yavuz, s. 225.

Ancak gerek anılan maddeler gerekse Türk Medeni Kanunu'nun taşınmaz üzerinde tesis edilen bütün irtifak haklarını kapsayan 781. maddesinin “*İrtifak hakkının kurulmasına ilişkin sözleşmenin geçerli olması, resmi şekilde düzenlenmesine bağlıdır.*” hükmünün de bir gereği olarak hukukumuzda üst hakkı sözleşmesi bir geçerlilik şartı olarak resmi şekle tabidir ve devir alan adına tapu siciline tescil işlemi yapılması geçerlilik unsurudur²¹⁵. Buna ilaveten bağışlama sebebine dayanan karşılıksız üst hakkı kurulması sözleşmesi de resmi şekle tabi olup, bu hususa ilişkin diğer bir dayanak da Türk Borçlar Kanunu m. 288/2 hükmüdür. Gerçekten bu hükme göre taşınmaz üzerindeki aynı bir hakkın bağışlanması sözü vermenin geçerliliği, ancak resmi şekilde yapılmış olmasına bağlıdır.

Buna göre, tapuda taşınmaz olarak kayıtlı bir üst hakkının devri borcunu doğuran bir sözleşmenin de tıpkı hakkın kuruluşunda olduğu gibi tapuda gerçekleştirilecek resmi şekle uyularak yapılması gerekir²¹⁶. Aynı şekilde, üst hakkının devri borcunu doğuran hukuki sebep, şekli anlamda ölüme bağlı bir tasarruf ise Türk Medeni Kanunu m. 531 vd. hükümlerindeki şekil şartlarına uyan bir ölüme bağlı tasarrufun yapılması gerekir²¹⁷.

Tapu Kanunu'nun 26. maddesine göre irtifak hakkı tesisi veya tesisi vaadine mütedair resmi senetler tapu sicil muhafızları (tapu müdürleri) veya memurları tarafından düzenlenir²¹⁸. Ayrıca Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü tarafından yürürlüğe sokulan üst hakkı konulu ve 1705-2010/2 sayılı Genelgede de resmi senet tanzim edileceği belirtilmiştir. Bu şekilde resmi senet düzenlenmesi ile üst hakkına ilişkin sözleşmeler açısından resmi şekil şartı gerçekleşmiş olur. Ancak üst hakkı, yüklü taşınmazın maliki lehine kuruluyorsa, malik lehine üst hakkı tesisi akdi gerektirmeyen işlemlerden olduğundan temel borçlandırıcı işleme gerek yoktur; bu durumda üst hakkının tescili için 17.08.2013 tarih ve 28738 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren yeni Tapu Sicili Tüzüğü'nün 22. maddesinde (18.5.1994 tarihli eski TST m. 15) belirtilen usule göre tapu müdürlüğünde herhangi bir akit düzenlenmeden sadece bir istem belgesi düzenlenmesi yeterlidir²¹⁹.

²¹⁵ Ertaş, s. 486.

²¹⁶ Dörtgöz Gürsel Öcal, Medeni Kanuna Göre Tapu İşlemleri, Ankara 2008, s. 224, 226.

²¹⁷ Gürzumar, s.169.

²¹⁸ Resmi senetlerin düzenlenmesine ilişkin olarak 18.5.1994 tarihli eski Tapu Sicili Tüzüğü'nün 16. maddesi ayrıntılı bir düzenlemeye gitmişti ancak 17.08.2013 tarih ve 28738 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren yeni Tapu Sicili Tüzüğü'nün 21. maddesi bu hususların yönetmelikle düzenleneceğini belirtmekle yetinmiştir.

²¹⁹ Benzer bir şekilde, tamamı malik lehine kurulan kat irtifakı/mülkiyeti tesisinde de aynı usul uygulanmaktadır.

4.1.3 Tescil

Üst hakkının kurulması için Türk Medeni Kanunu m.780/1 uyarınca üzerinde üst hakkı kurulan taşınmazın kayıtlı olduğu tapu kütüğü sayfasında tescil yapılması gerekir²²⁰. 2644 sayılı Tapu Kanunu m. 26/1 uyarınca tapu müdürü veya onun görevlendireceği tapu sicili görevlisi tarafından, resmi şekilde düzenlenen resmi senetle kurulan irtifak hakkı (üst hakkı), kütük sayfasında ayrılan özel sütununa tescil edilir (TST. m. 30/1).

Tescil, üst hakkı sözleşmesini düzenleyen memur tarafından kendiliğinden yapılamayacağı için ayrıca yazılı tescil talebi gerekir²²¹. Tescil talebinde bulunmaya yetkili olan kimse, öncelikle üzerinde üst hakkı kurulan taşınmazın malikidir (TMK. m. 1013/ 1, TST. m. 17). Malik talepte bulunmaktan kaçınırsa, üst hakkı sahibi tescile karar verilmesi için mahkemeye başvurabilir (TMK. m. 716/1).

Kişisel irtifak hakları, ilgili taşınmazın kütük sayfası irtifak hakları sütununda mükellefiyet anlamına gelen "m" harfi ile gösterilir. Hak sahibinin adı, soyadı ve irtifak hakkının çeşidi belirtilerek ve varsa süresi yazılarak tescil edilir. Bu hakların tescilinde, ayrıca her bir irtifak hakkı için a, b, c... gibi harfler kullanılır (TST m. 30/2)²²².

Taşınmaz lehine kurulan irtifak hakları, lehine irtifak hakkı kurulan taşınmazın kütük sayfasında hak anlamına gelen "h" harfi ile aleyhine irtifak hakkı kurulan yüklü taşınmazın kütük sayfasında ise, "m" harfi ile gösterilir. Yararlanan taşınmazın kütük sayfası irtifak hakları sütununda, yüklü taşınmaz üzerinde tescil edilecek irtifak hakkının niteliği belirtilir. Yüklü taşınmazın kütük sayfasında ise yararlanan taşınmaz lehine kurulan irtifak hakkının niteliği tescil edilir (TST. m. 30/3)²²³.

Eşyaya bağlı bir üst hakkı kuruluyor ise üst hakkından yararlanan taşınmazın kayıtlı olduğu sayfaya da tescil yapılacağını belirttik ancak burada da eşyaya bağlı üst hakkının kurulmasını sağlayan tescil, yüklü taşınmazın sayfasında yapılan tescildir. Bu sebeple yüklü taşınmazın sayfasındaki tescille, yararlanan taşınmazın sayfasındaki tescil arasında bir uyumsuzluk tespit edilirse, yüklü taşınmazın sayfasındaki tescile itibar edilir²²⁴. Öte yandan sürekli ve bağımsız nitelikteki üst hakları ayrı bir sayfaya tescil edilmiş ancak bu sayfadaki kayıtlar ile yüklü taşınmazın kütükteki sayfasında yapılan belirtme arasında uyumsuzluk

²²⁰ Dörtgöz, s. 224.

²²¹ Bertan Suat, Ayni Haklar, C.2, MK. 703-764, Ankara 1976, m. 751; Gürsoy, s. 202,203; Kuntalp, s. 545; Köprülü/Kaneti, s. 163; Wieland C., Kanunu Medenide Ayni Haklar, Tercüme Eden İ. Hakkı Karafakı, Ankara 1946, s.499.

²²² İmamoğlu M. Altuğ, Tapu Sicili ve Tapu Sicilinin Tutulmasında Devletin Sorumluluğu, Ankara 2010, s. 16.

²²³ İmamoğlu, s. 17.

²²⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.637.

mevcut ise de iyi niyetli üçüncü kişiler açısından böyle bir uyumsuzluk olduğu söylenemez. Çünkü birbirinden bağımsız ve ayrı nitelikteki sayfaların her ikisine de yapılan tesciller geçerlidir. Örneğin yüklü taşınmazın sayfasından terkin edilen üst hakkı, sürekli ve bağımsız hak olarak tescil edildiği sayfadan terkin edilmemişse; sicile güven ilkesi gereği iyi niyetli üçüncü kişilerin, bu sayfada mevcut kayda güvenerek kazandıkları üst hakkının korunması gerekir²²⁵.

Bağımsız ve sürekli nitelikteki bir üst hakkının, talep edilmesi halinde tapu sicilinde ilgili taşınmaza ait tapu kütüğünün en son sayfasına, taşınmaz olarak tescil edilmesi mümkün olmakla birlikte, tapuda ayrı bir sayfaya tescil edilmek böyle bir üst hakkının kurulması için şart olmayıp, hakkın ayrı bir sayfaya tescili hak sahibi tarafından her zaman talep edilebilecek bir husustur (TST m. 10). Sürekli ve bağımsız nitelikteki bir üst hakkının, tapuda ayrı bir sayfaya (m.30/5'e göre tapu kütüğünün en son sayfasına) kaydedilebilmesi, yüklü taşınmaz malikinin talebine veya muvafakatına bağlı değildir.

Tapu sicilinde ayrı bir sayfada kayıtlı bir üst hakkının sonradan devredilebilmesi de devir işlemini alenileştiren bir tescil işlemi ile gerçekleşir. Tescili talep etmek yetkisi ise Türk Medeni Kanunu m.1013/1 gereğince yararlanan taşınmazın malikine veya tapuda taşınmaz olarak kayıtlı üst hakkının sahibine aittir.

Bağımsız ve sürekli irtifak hakları tapu kütüğünün en son sayfasına tescil edildikten sonra, taşınmaz ve üzerindeki hakların tapu kütüğü sayfaları arasında bağlantı sağlanır (TST. m. 5). Tapu Sicili Tüzüğü'nün bu maddesinin yanı sıra Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün üst hakkı konulu 1705-2010/12 sayılı Genelgesinde, bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkı sahibinin ayrı bir sayfaya tescil talebini içeren resmi senet düzenlendikten sonra, tapu kütüğünde yapılacak tescilin ve yüklü taşınmaz ile üst hakkının tescil edildiği sayfalar arasında bağlantı kurulmasının usulü ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır²²⁶.

²²⁵ Ünal, s. 158.

²²⁶ Genelgeye göre, yüklü (ana) taşınmaz malın tapu kütük sahifesinin "İrtifak Hakları ve Gayrimenkul Mükellefiyetleri" sütununda,

"M: Bağımsız ve sürekli nitelikte olan, üst hakkı lehine yıl müddetle nolu sahifede tescil edilmiştir. Tarih Yev" şeklinde tescil ve kararlaştırılmış olması halinde, tapu kütüğünün beyanlar hanesinde " TL.lık tazminat karşılığında üst hakkı sahibinin kanuni ipotek hakkı vardır Tarih Yev." şeklinde belirtme yapılacaktır.

Yüklü (ana) taşınmaz malın tapu kütüğü sayfasında "bağımsız ve sürekli nitelik" ile ilgili tescil ve belirtme işlemleri yapıldıktan sonra, ilgili tapu kütüğünün en son sayfasına üst hakkı aşağıda belirtilen şekilde tescil edilecektir.

a-Tapu kütüğünün sahife no sütunundaki sahife numarasının altına; "..... sahidedeki taşınmaza ait bağımsız ve sürekli üst hakkı"

b- Yüzölçümü sütununa; Yüklü (ana) taşınmazın tamamı üzerinde üst hakkı tesis edilmiş ise "üst hakkı" bir kısmı üzerinde tesis edilmiş ise üst hakkı tesis edilen miktar yazılacak.

4.2 Üst Hakkının Tescilden Önce Kazanılması

Üst hakkının kazanılması hususunun Kanun tarafından özel olarak düzenlenmemiş olduğunu ve bu bakımdan Türk Medeni Kanunu'nun 780'inci maddesinin "*İrtifak hakkının kazanılmasında ve tescilinde, aksi öngörülmemiş olmadıkça taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümler uygulanır. İrtifak hakkının zamanaşımı yoluyla kazanılması, ancak mülkiyeti bu yolla elde edilebilecek taşınmazlarda mümkündür.*" hükmünden (eşyaya bağlı irtifakların kazanılmasına ilişkin hükümlerden) hareketle üst hakkının kazanılmasına, taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasına ilişkin hükümlerin uygulanabileceğini daha önce belirtmiş; bağımsız nitelikte olmayan üst hakkı ile bağımsızlık özelliğini taşımakla birlikte tapu siciline kayıtlı olmayan üst hakları üzerindeki devir ve tasarruf yetkilerine daha önce değinmiştik²²⁷.

Üst hakkı, Türk Medeni Kanunu m.705/2 hükmünde sayılan, miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma hallerinde tescilden önce kazanılabileceği gibi; kanunda öngörülen diğer hallerde de (Örneğin Türk Medeni Kanunu m. 712 ve 713'deki şartlar mevcutsa olağan/olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı yoluyla kazanılabilir²²⁸) üst hakkı tescil dışında kazanılmış olur.

4.2.1 Miras Yoluyla

Şahsa bağlı olarak kurulan üst hakkının miras yoluyla kazanımı mümkün değildir. Eşyaya bağlı bir üst hakkının miras yoluyla kazanımı ise mümkün olup²²⁹, terekede yer alan yararlanan taşınmazın mirasın açılması anında mirasçıya geçmesi ile gerçekleşir. Aynı şekilde, terekede bulunan bağımsız bir üst hakkı da mirasın açılması ile birlikte, Kanundan dolayı mirasçıya geçer²³⁰. Üst hakkının miras yoluyla tesisen ve tescilsiz kazanılması söz konusu değildir; vasiyet yoluyla irtifak kurulması ise kural olarak, tescille kazanmayı gerektirir²³¹.

c- Taşınmazın niteliği sütununa; "..... yıl süre ile nolu sahifedeki ada parsel üzerinde üst hakkı"

d- Mülkiyet bölümünün edinme sebebi sütununa;"Üst Hakkı"

e- Beyanlar hanesine (tesis için düzenlenen resmi senette belirlenmiş ise); "Üst hakkı karşılığı olarak irad tarzında borçlanılan edaların azami üç yıllık miktarı için bu malikin kanuni ipotek hakkı vardır. Tarih Yev", " TL'lık tazminat karşılığında yüklü (ana) taşınmaz üzerinde üst hakkı sahibinin kanuni ipotek hakkı vardır. Tarih Yev", şeklinde yapılacak ve tapu kütüğü sayfaları arasında irtibat kurularak tescil işlemi tamamlanacaktır.

Ayrıca, üst hakkının bulunduğu tapu kütüğü sahifesinin; pafta, ada, parsel numaraları ile semti, mahallesi, köyü, mevkii ve sokağı sütunları yüklü (ana) taşınmaz malın tapu kütüğü sahifesine uygun olarak yazılacaktır.

²²⁷ Bkz. Bölüm 2.1.1.3. ve 2.1.1.4.

²²⁸ Ünal, s. 161; SUNGURBEY İsmet, İsviçre-Türk Hukukuna Göre İktisabi Müruruzaman, İstanbul 1956, s.146-150.

²²⁹ Ertaş, s. 486.

²³⁰ Gürzumar, s.173.

²³¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.638.

4.2.2 Mahkeme Kararıyla

Üst hakkının devrini veya bu hakkın kuruluşuna dair bir taahhüdü içeren bir sözleşmeden veya vasiyet içeren bir ölüme bağlı tasarruftan doğan üst hakkı tesisi (tescili) borcunun yerine getirilmemesi halinde, hak sahibi Türk Medeni Kanunu'nun 716. maddesine binaen hakimden üst hakkının kendi lehine kurulmasını talep edebilir²³². Bu kurucu nitelikteki karar ile üst hakkı sicil dışında ve tescil öncesinde kazanılmış olur²³³. Bu sebeple malikin talebi ile tapu sicilinde yapılacak tescil kurucu değil, açıklayıcı niteliktedir.

4.2.3 Cebri İcra Yoluyla

Mirasta olduğu gibi cebri icra yoluyla da üst hakkının tesisen kazanılması mümkün değildir. Ancak haczedilmiş veya iflas masasına dahil olan bir üst hakkının paraya çevrilmesi ile alıcı mülkiyeti devren kazanmış olur²³⁴.

4.2.4 İşgalle

Taşınmazların mülkiyeti işgal yolu ile kazanıldığından, bu durumdaki bir taşınmazdaki üst hakkının işgal yolu ile kazanılması da mümkündür. Bir başka deyişle işgal yolu ile mülkiyetinin kazanılması mümkün olmayan bir arazide irtifak hakkının kazanılması mümkün değildir. Ancak teorik olarak üst hakkının Türk Medeni Kanunu m.707 uyarınca işgal yolu ile aslen iktisabı mümkün olmakla birlikte, üst hakkına konu taşınmazı işgal eden kimsenin amacı üst hakkını kazanmak değil, mülkiyet hakkını kazanmak olacağından pratik olarak böyle bir durumla karşılaşılması pek olası değildir²³⁵.

4.2.5 Kamulaştırmayla

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca, taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulabilir. Bu halde üst hakkı kamulaştırma yoluyla (tescilden önce) kurulmuş olur. Aynı şekilde mevcut bir üst hakkının kamulaştırma yoluyla (tescilden önce) devren kazanılması da mümkündür²³⁶.

²³² Sirmen, s. 565.

²³³ Mahkeme kararıyla kazanılan bu hak taşınmazın aynına ilişkin olduğundan, tapu siciline tescili için (ilamın icrası için) mahkeme kararının kesinleşmiş olması gerekir (HUMK. 350/2).

²³⁴ KURU Baki/ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2004, s. 375;

Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.638.

²³⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.638; Ünal, s. 160.

²³⁶ Gürzumar, s.175; Sirmen, s. 566; Ünal, s. 160.

Kamulaştırma işleminin tamamlandığı anda irtifak hakkı (üst hakkı) kurulmuş olur. Kamulaştırma Kanunu m. 8 uyarınca, irtifak hakkı sahibi ile anlaşarak kamulaştırma yapıldığı hallerde irtifak hakkının kazanıldığı an, kamulaştırma yapan idare adına tescil yapıldığı andır. Taraflar arasında anlaşma yapılamaması halinde irtifak hakkı mahkeme kararı ile kazanılır (Kam. Kan. m.10). Bu durumda mahkeme kararı sonrasında yapılacak tescil kurucu değil bildirici nitelikte olacaktır²³⁷.

4.2.6 Kazandırıcı Zamanaşımıyla

Türk Medeni Kanunu m. 780/3 kapsamında kazandırıcı zamanaşımı yolu ile irtifak hakkı kazanılması, ancak zamanaşımı yolu ile mülkiyetin kazanılabildiği durumlarda mümkündür²³⁸. Anılan maddeye göre, üzerinde irtifak hakkı kurulan taşınmazın zamanaşımı yolu ile kazanılması açısından geçerli olan şartlar irtifak hakkının (dolayısı ile üst hakkının) kazanılması açısından da geçerlidir. Üst hakkının, Türk Medeni Kanunu m. 712'deki şartlar²³⁹ gerçekleşmişse olağan; m. 713'deki şartlar²⁴⁰ gerçekleşmişse olağanüstü zamanaşımı yoluyla (aslen) iktisabı mümkündür. Hiç şüphesiz ki, Türk Medeni Kanunu'nun zamanaşımı ile kazanıma ilişkin hükümlerinde aranan "davasız ve aralıksız" zilyetlik, malik sıfatıyla değil, üst hakkı sahibi sıfatıyla ve yine fiili bir zilyetlik olacaktır²⁴¹. Ayrıca tapuda kayıtlı olmayan taşınmazlar üzerindeki üst hakkının, Türk Medeni Kanunu m. 713 hükmü çerçevesinde olağanüstü zamanaşımıyla aslen kazanılması mümkün olmakla birlikte, bu durumda üst hakkının tescil edilebilmesi için ilk önce yüklü taşınmazın tapuya kaydedilmesi gerekir²⁴². Burada şunu belirtmek gerekir ki 3402 sayılı Kadastro Kanunu m. 19/1'e göre tapuda kayıtlı taşınmaz malın zilyet lehine tespitinde, mevcut ve her türlü takyit ile sınırlı aynı hakların saklı tutulacağı yönündeki kural yalnızca tapuya kayıtlı taşınmazlar için getirilmişse de, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar üzerinde olağanüstü zamanaşımı şartlarının gerçekleşmesi üzerine, aslen iktisap edilen irtifak haklarının da kadastro esnasında tespitinin yapılarak tapuya tescil edilebilmeleri gerekir. Nitekim daha önce tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar üzerinde tesisen üst hakkı iktisap edilemeyeceğini, ancak bu tür taşınmazlar üzerinde üst

²³⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.638.

²³⁸ Sirmen, s. 566.

²³⁹ Tapu sicilinde yolsuz tescille irtifak hakkı sahibi olan kişi, en az on yıl davasız ve aralıksız irtifak hakkı sahibi sıfatıyla zilyet olmalıdır.

²⁴⁰ Olağanüstü zamanaşımı ile kazanılması mümkün bir taşınmazda, davasız ve aralıksız yirmi yıl süre ile irtifak hakkı sahibi sıfatıyla zilyet olma şartını taşıyan kişi, mahkemeden adına tescil talep edebilir.

²⁴¹ Sirmen, s. 566; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.639 vd.; Ünal, s. 161.

²⁴² Sirmen, s. 566; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.640; Ünal, s. 161.

hakkının olağanüstü zamanaşımı şartları çerçevesinde aslen iktisap edilebileceğini kabul ettiğimizi belirtmiştik²⁴³.

²⁴³ Bkz. yukarıda başlık 4.1.3. Tapu Sicilinde Kayıtlı Olmayan Bağımsız Nitelikteki Üst Hakkının Devri ve Sınırlı Ayni Haklara Konu Olması.

BEŞİNCİ BÖLÜM

ÜST HAKKININ HÜKÜM ve SONUÇLARI

Doktrinde genellikle kabul gören görüşe göre üst hakkı ilişkisi, bu hakkın tarafları ile konusu arasında mevcut olan aynı, şahsi (nisbi) ve eşyaya bağlı olmak üzere üç çeşit hak ve borçlardan oluşur²⁴⁴.

5.1 Yapı Üzerindeki Mülkiyet Hakkı ve Diğer Aynı Sonuçlar

Türk Medeni Kanunu'nun taşınmaz mülkiyetinin içeriğini düzenleyen 718. maddesi arazi üzerindeki yapıları da kapsadığından ve 684. maddesi uyarınca malik olan kimse bütünleyici parçaya da malik olduğundan, üst hakkının kurulması sonrasında taşınmazla bina arasındaki fiziki bağlantı aynen devam eder. Bununla birlikte, Türk Medeni Kanunu m. 726'ya göre bir üst irtifakına dayalı olarak başkasına ait bir arazinin altında veya üstünde sürekli kalmak üzere inşa edilen yapıların mülkiyeti, üst hakkı sahibine ait olur ancak bu mülkiyet hakkı, onu sağlayan üst hakkından ayrı ve bağımsız değildir²⁴⁵. Türk Medeni Kanunu m. 826'ya göre ise bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkı, sahibinin istemi üzerine tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilebilir. Bu hükümlerin doğal sonucu olarak yüklü taşınmaz ile üzerindeki yapı arasındaki hukuki ilişki üst hakkının kurulması sonrasında bozulmuş ve sona ermiş olduğundan, üst hakkına konu yapı, üst hakkının kurulması ile beraber üzerinde üst hakkı kurulan yükümlü taşınmazdan tamamen bağımsız ve ayrı bir irtifak hakkının konusu haline gelmektedir. Böylece her ikisinin de mülkiyetleri birbirinden ayrılmış ve üst hakkı kurulmadan önce aralarında mevcut olan hukuki birlik sona ermiş olduğundan, birleşme ilkesi de geçerliliğini kaybetmiştir²⁴⁶. Örneğin üst hakkına konu arazinin mülkiyetinde imar uygulaması ile gerçekleşen bir değişiklik olsa bile, bu durum bağımsız üst hakkı sahibinin durumunu etkilememelidir²⁴⁷. Yargıtay'a göre, yasal bir hakka dayanılarak, bir taşınmaz üzerinde yapı inşa edilmiş ise kendi arzu ve iradesi dışında idari kararlarla oluşan bir durum söz konusu olduğunda yapı sahibi kusurlu sayılamaz. Bu nedenle imar uygulaması sonucu arsanın mülkiyet durumundaki değişikliklerden üst hakkı sahibi etkilenmemelidir²⁴⁸.

²⁴⁴ Ünal, s. 167.

²⁴⁵ Sirmen, s. 605.

²⁴⁶ Esener Turhan/Güven Kudret, Eşya Hukuku, Ankara 2012, s. 402,404.

²⁴⁷ Ertaş, s. 507.

²⁴⁸ Yarg. 1. H.D. 20.12.1995, 1995/16163 E., 1995/16952 K. (Tapu Dairesi Başkanlığı, s. 392).

Üst hakkının bir şekilde sona ermesi halinde, taşınmazla üzerindeki yapı arasındaki birleşme ilişkisi, Türk Medeni Kanunu m. 718 kapsamında yeniden ve kendiliğinden geçerlilik kazanır. Bu husus, herkese karşı ileri sürülebildiğinden aynı bir niteliğe sahiptir²⁴⁹. Yükümlü taşınmaz üzerinde kurulu bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkı tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilmişse, üst hakkı kurulduğu anda mevcut olmayıp da sonradan inşa edilen yapı ile yükümlü taşınmaz arasındaki ilişki de aynı nitelikte olup, üst hakkının en önemli hüküm ve sonuçlarından biri budur. Bu yapının içinde yer aldığı arazi ile yapının bu arazide kapladığı bölüm üzerinde üst hakkı sahibinin mülkiyet hakkı yoktur. Üst hakkını tesis eden arazi malikinin arazi üzerindeki mülkiyet hakkı devam eder²⁵⁰. Yapının arazide kapladığı alan, inşaat yapıldıktan sonra dahi arazi mülkiyetinde kalır.

Bir üst irtifakına dayalı olarak başkasına ait bir arazinin altında veya üstünde sürekli kalmak üzere inşa edilen yapıların mülkiyeti üst hakkı sahibine ait olmakla birlikte bu mülkiyet hakkının kazanıldığı an önem taşımaktadır. Üst hakkına konu arazi üzerindeki yapının mülkiyetinin başlangıç anı, üst hakkının kurulduğu anda binanın mevcut olup olmamasına göre farklılık gösterir. Üst irtifakı kurulurken halihazırda bir bina yapılmış olması şart değildir. Bu sebeple bina üst hakkı kurulduktan sonra yapılmışsa, bu bina üzerinde kazanılan mülkiyet hakkı da binanın yapıldığı anda doğar²⁵¹. Üst hakkı kurulduğu sırada halihazırda yapılmış ve sözleşme kapsamına dahil bir bina varsa, bu durumda bina üzerindeki mülkiyet, üst hakkı kurulduğu anda kazanılmış olur. Türk Medeni Kanunu m. 1022 gereği aynı haklar, kütüğe tescil ile doğup, sıralarını ve tarihlerini bu tescile göre aldığından (tescilin olumlu hükmü)²⁵² üst hakkının tapu kütüğüne tescili ile birlikte, üst hakkı kapsamına dahil olan binanın veya binaların da mülkiyeti üst irtifakı lehtarının mülkiyetine geçmiş olur.

Üst hakkı sahibinin, üst hakkını kuran sözleşme (resmi senet) içeriğinde belirlenenden farklı özelliklerde bir yapı yapması halinde, böyle bir yapının mülkiyetinin kime ait olacağı hususunda değişik görüşler bulunduğu anlaşılacakla birlikte, ister resmi senet içeriğinde belirlenen nitelikten farklı bir yapı (örneğin konut yerine alışveriş merkezi) yapılmış olsun, isterse aynı nitelikte fakat sözleşmede belirlenen özelliklerden farklı (örneğin yapıya çatı katı veya teras eklemişse) ya da taşkın inşaat niteliğinde bir yapı yapmış olsun,

²⁴⁹ Ünal, s. 173.

²⁵⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.694.

²⁵¹ Gürzumar, s. 116,117.

²⁵² Tapu kütüğüne yapılan bir tescilin etkisi, yevmiye defterine yapılan kayıt tarihinden itibaren başlar (MK. m. 1022/2). Yani tapu sicilinde kayıtlı hakların birbirine üstünlüğü, bu deftere yazım tarihi ve sıra numarasına göre belirlenir (TST m. 23/1).

her halde yapının mülkiyeti üst hakkı sahibine ait olmalıdır²⁵³. Çünkü Türk Medeni Kanunu m. 831'de açıkça, üst hakkı sahibinin bu haktan doğan yetkilerini ağır şekilde aşması veya sözleşmede belirtilen yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranması durumunda, malikin üst hakkının süresinden önce kendisine devrini talep edebileceğini düzenlemiştir. Diğer yandan üst hakkı sözleşmesine herhangi bir şekilde aykırı olarak inşa edilmiş bir yapının mülkiyetinin üst hakkı sahibine değil de yüklü taşınmaz malikine ait olacağı şeklindeki bir görüş, üst hakkının birleşme ilkesinin bir istisnası olduğu olgusuna da aykırılık teşkil edecektir.

Üst hakkına konu yapının, üst hakkının kurulması ile beraber üzerinde üst hakkı kurulan yükümlü taşınmazdan tamamen bağımsız ve ayrı bir irtifak hakkı konusu haline gelmesinin bir diğer sonucu kendisini yükümlü taşınmaz ile üst hakkı üzerinde kurulan aynı haklar arasındaki sıra ilişkisinde gösterir. Daha önce de belirttiğimiz gibi üst hakkının kurulmasıyla birlikte, yüklü taşınmaz ile üzerindeki yapı, hukuki bakımdan iki ayrı eşya haline geleceğinden bu ikisi üzerinde kurulan sınırlı aynı haklar arasında da bir sıra ilişkisi meydana gelmemesi doğal bir sonuçtur. Bu sonuç, yüklü taşınmaz paraya çevrildiğinde ve üst hakkı sona erdiğinde oldukça önem kazanır. Tapu kütüğünde taşınmaz olarak kaydedilen üst hakkı sona erdiği zaman, üzerinde daha önceden mevcut olan rehin hakkı ve diğer bütün hak, kısıtlama ve yükümlülükler de konusuz kaldıkları için son bulmuş olur ancak bu hak sahiplerinin Türk Medeni Kanunu m. 829'a göre ödenecek tazminat üzerindeki hakları devam eder²⁵⁴.

Bunun yanında yüklü taşınmaz üzerinde mevcut sınırlı aynı hakların kullanımı konusunda herhangi bir çatışma olmadığı durumlarda, bu haklar arasında herhangi bir öncelik ilişkisi doğmaz, eşit öncelikte oldukları kabul edilir. Bir başka deyişle üst hakkıyla diğer sınırlı aynı haklar arasında bir öncelik ilişkisinden söz edebilmek için ancak haklardan birinin kullanımının ötekini kullanımı engelliyor veya azaltıyor olması gerekir²⁵⁵. Böyle hallerde, üst hakkıyla yüklü taşınmaz üzerindeki diğer irtifaklar ve taşınmaz yükümlülükleri arasındaki öncelik Türk Medeni Kanunu'nun 1022. maddesine göre belirlenir. Bu madde uyarınca aynı haklar, kütüğe tescil ile doğar; sıralarını ve tarihlerini tescile göre alır. Kütüğe yapılan tescilin etkisi de yevmiye defterine yapılan kayıt tarihinden itibaren başlar. Buna göre söz konusu öncelik belirlenirken esas alınacak tarih, sınırlı aynı hakkın tapu kütüğüne ve yevmiye defterine tescil edildiği tarihtir. Sözleşmenin yapıldığı tarih bu anlamda kabul edilmeyecektir.

²⁵³ Gürzumar, s. 117 dn. 451.

²⁵⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.696.

²⁵⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.619.

Rehin dışındaki sınırlı ayni haklarda serbest dereceden yararlanma sistemi geçerli olmadığından, daha sonra kurulan bir üst hakkına öncelik tanınabilmesi için yüklü taşınmaz üzerinde önceden mevcut olan bütün sınırlı ayni hak sahiplerinden muvafakat almak gerekir.

Bir irtifak olarak üst hakkıyla yüklü taşınmaz üzerindeki rehin hakları arasındaki sıra ilişkisi ise Türk Medeni Kanunu m. 869'da düzenlenmiştir. Bu maddeye göre tarihi daha eski olan rehin hakkı, aynı taşınmaz üzerinde alacaklının izni olmadan daha sonra kurulan irtifak haklarından veya taşınmaz yüklerinden önce gelir. Ancak malik taşınmazı üzerinde bir sınırlı ayni hak kurmadan önce kendi lehine bir üst hakkı kurmuş ise sınırlı hak kurduktan sonra bu üst hakkını dilediği kimseye devretmek sureti ile önceden kurmuş olduğu üst hakkını öncelikli hale getirmiş olur²⁵⁶. Örneğin rehin hakkı, üst hakkından sonra kurulmuşsa, taşınmaz üst hakkıyla yüklü olarak paraya çevrilir. Çünkü sonradan kurulan rehin hakkı, üst hakkının geçerliliğine engel teşkil etmez. Açık artırmada, yüklü taşınmazı satın alan ihale alıcısı üst hakkına katlanmak zorundadır.

Buna karşılık rehin hakkı üst hakkından önce kurulmuşsa, Türk Medeni Kanunu m. 869'a göre sonradan kurulan ve rehinin paraya çevrilmesi sırasında daha eski tarihli rehinli alacaklılara zarar veren irtifaklar ve taşınmaz yükleri terkin edileceğinden, önce kurulan rehin hakkı sahibi zarar görmez. Ancak önceki rehinli alacaklının istemiyle irtifak hakları veya taşınmaz yükleri terkin edilen kimselerin, rehinli taşınmazın paraya çevrilmesinde, hakları sonradan tescil edilenlere karşı, satış bedelinden haklarının değerini karşılayan miktarı almak hususunda öncelikleri vardır.

Belirtmek gerekir ki üst hakkı sahibi bu hakkına dayanarak, mülkiyetten doğan bir takım yetkilere sahip olsa da kanuni önalım hakkına sahip değildir²⁵⁷.

5.2 Eşyaya Bağlı Sonuçları

Bir kimsenin, bir şey üzerinde ayni hakka sahip olması sebebi ile sorumlu olduğu hak ve borçlara eşyaya bağlı hak ve borçlar denir²⁵⁸. Üst hakkının kurulmasının amaçlarından biri, geniş anlamda üst hakkı ilişkisinden doğan nisbi (şahsi) nitelikteki hakların, yüklü taşınmazın ve üst hakkının sonraki malik ve sahiplerine karşı da ileri sürülebilmesidir. İşte bu imkan üst hakkı kurulması sonucu ortaya çıkan hak ve borçların eşyaya bağlı olması ile gerçekleşir²⁵⁹. Kanun'da üst hakkına ilişkin olarak eşyaya bağlı hak ve borç doğuran özel hükümler bulunmamakla birlikte, eşyaya bağlı irtifaklar için konulmuş olan hükümleri üst hakkına

²⁵⁶ Ünal, s. 175.

²⁵⁷ Esener/Güven, s. 406.

²⁵⁸ Ertaş, s.59.

²⁵⁹ Ünal, s. 178 vd.

uygulamak mümkündür. Böylece üst hakkında eşyaya bağlı hak ve borçlar Kanun'un mülkiyete, sınırlı ayni haklara veya zilyetliğe ilişkin hükümlerinden doğabilir²⁶⁰.

5.2.1 Komşuluk Hukukundan Kaynaklanan Eşyaya Bağlı Hak ve Borçlar

Mülkiyete bağlı hak ve borçların başında gelen, komşuluk ve ortak mülkiyet ilişkisinden doğan hak ve borçlar, üst hakkı sahibi ile yüklü taşınmaz maliki arasında da söz konusu olur. Türk Medeni Kanunu'na göre, üst hakkı sahibi ve yüklü taşınmaz maliki haklarını kullanırken komşularını olumsuz etkileyecek taşkınlıktan kaçınmak (m. 737); araziye doğal olarak akan suların akışına katlanmak (m. 742); yüklü taşınmaz veya yapıya sürüklenen veya düşen şeylerin veya hayvanların hak sahipleri tarafından alınmasına (m. 752), taşkın yapı (m. 725), mecra geçirilmesine katlanmak (m. 744); zorunlu geçit hakkı (m. 747), zorunlu su hakkı (m. 761) gibi zorunlu irtifakların ve kanuni ipoteklerin (m. 893) kurulmasına izin vermek; sınır belirleme yükümlülüğüne uymak (m. 720); fazla suyun akıtılması ve bataklıkların kurutulmasına ilişkin yükümlülükleri yerine getirmek (m. 743); komşuluk ilişkisinden doğan yetkilerin kullanılması için gerekli katılımında bulunmak (TMK. m. 750); yüklü taşınmaz maliki, üst hakkı sahibi tarafından yapılan yol, su, çeşme, elektrik, kanal, kanalizasyon, bina gibi tesislerden yararlanıyorsa, bu tesislerin bakım giderlerini paylaşmak (m. 790/2) zorundadır.

5.2.2 Sınırlı Ayni Haktan Kaynaklanan Eşyaya Bağlı Hak ve Borçlar

Eşyaya bağlı hak ve borçların, Kanun'un mülkiyete bağlı komşuluk hukukuna ilişkin bu saydığımız hükümleri dışında sınırlı bir ayni haktan da doğması mümkündür²⁶¹. Örneğin üst hakkı sahibinin yüklü taşınmaz üzerinde yaptığı veya önceden yapılmış bina üzerinde, Türk Medeni Kanunu m. 790/1'den kaynaklanan bakım ve muhafaza borcu vardır. Türk Medeni Kanunu m. 785 uyarınca lehine üst hakkı kurulan taşınmaz için bu hakkın, sahibine sağladığı hiçbir yarar kalmamışsa veya yüküne oranla çok az yarar sağlıyor ise yüklü taşınmaz malikinin Mahkemeye yapacağı terkin talebine üst hakkı sahibinin muvafakat etme yükümlülüğü veya kurulan zorunlu irtifak karşılığında ödenmesi gereken tazminat borcu (TMK. m. 725 / 2, 744, 747, 761) irtifak hakkına bağlı borçlardandır.

5.2.3 Zilyetlikten Kaynaklanan Eşyaya Bağlı Hak ve Borçlar

Zilyetlikten kaynaklanan hak ve borçların doğması için; Türk Medeni Kanunu'nun zilyede bir edim yüklemiş olması (TMK. m. 769, 770, 774 vd.) veya zilyedin, zilyetlikten

²⁶⁰ Ünal, s. 181.

²⁶¹ Ünal, s. 182.

kaynaklanan hak karineleri sebebi ile malik veya sınırlı ayni hak sahibi yerine olumlu bir edimde bulunmak zorunda kalmış olması gerekmektedir²⁶². Üst hakkı sona erdiği zaman arazi üzerindeki bina, Türk Medeni Kanunu'ndan dolayı ve kendiliğinden üzerinde bulunduğu yüklü taşınmazın bütünleyici parçası olacağından binanın halen zilyedi olan eski üst hakkı sahibi bu defa onun zilyetliğini yüklü taşınmaz malikine geri vermek zorundadır. Bu sebeple üst hakkında zilyetlikten kaynaklanan eşyaya bağlı hak ve borçlar, üst hakkı sona erdiği zaman meydana gelir²⁶³.

Türk Medeni Kanunu'nda genellikle taşınırlar için öngörölmüş olan zilyetlikten doğan hak karineleri, yine Kanunda belirtilen hallerde tapu siciline kayıtlı taşınmazlar için de geçerli olabilir (TMK. m. 992). Türk Medeni Kanunu m. 973'ün "Bir şey üzerinde fiili hakimiyeti bulunan kimse onun zilyedidir" hükmünden hareketle tapu sicilindeki kayıttan sahibinin kim olduğu belirlenemeyen bir üst hakkının fiili kullanıcısı olan kimse bu hakkın zilyedi olarak kabul edilebilir. Örneğin tapu kaydında mevcut yolsuz tescile binaen üst hakkı sahibi gözüken kimse, üst hakkına bağlı edim yükümlülüklerinde zilyet olması sebebi ile alacaklı ve borçlu konumunda olabilir²⁶⁴.

5.2.4 Sözleşmeden Kaynaklanan Eşyaya Bağlı Hak ve Borçlar

Ayni haklar için geçerli olan belirli sayı ve tipe bağlılık (numerus clausus) ilkesi eşyaya bağlı hak ve borçlar için de geçerli olduğundan, üst hakkı sahibi ile yüklü taşınmaz malikinin aralarında düzenleyecekleri üst hakkı sözleşmesi ile Türk Medeni Kanunu'nun çerçevesini çizdiği durumlarla sınırlı olarak eşyaya bağlı hak ve borç meydana getirmeleri mümkün olup, tarafların bunun dışında diledikleri borca eşyaya bağlı borç niteliği kazandırmaları mümkün değildir²⁶⁵.

Türk Medeni Kanunu m. 828 uyarınca üst hakkı sona erince yapıların, arazi malikine kalacağını ve arazinin bütünleyici parçası olacağını daha önce de ifade etmiştik. Madde 829'un ilk fıkrasına göre taşınmaz maliki, aksi kararlaştırılmamışsa, m. 828. gereği kendisine kalan yapılar için üst hakkı sahibine kural olarak herhangi bir bedel ödemez ancak üst hakkı kurulurken sözleşme (resmi senet) ile uygun bir bedel ödenmesi kararlaştırılmışsa, miktarı ve hesaplanış biçimi belirlenir. Sözleşmeye bu bedel borcunun kaldırılmasına ve arazinin ilk haline getirilmesine ilişkin hüküm koyulması da mümkündür.

²⁶² Erel, s. 70; Serozan Rona, Nisbi Hakların Güçlendirilmesi, İHFM. 1974 C.XL İstanbul, S.1-4, s. 459-479. s. 462 vd.

²⁶³ Ünal, s. 182 vd.

²⁶⁴ Erel, s. 72.

²⁶⁵ Ünal, s. 180.

Türk Medeni Kanunu'nun 830. maddesi uyarınca, taşınmaz malikine kalan yapılar için üst hakkı sahibine ödenmesi kararlaştırılan bedelin miktarı ve bunun hesaplanış biçimi ile bu bedel borcunun kaldırılmasına ve arazinin ilk haline getirilmesine ilişkin anlaşmalar da üst hakkının kurulması için gerekli olan resmi şekle tabidir ve tapu kütüğüne şerh verilebilir. Bu sayılanlar dışındaki yapma borçlarının üst hakkına bir yan yükümlülük olarak bağlanabilmesi için bu borçların irtifaka başlı başına konu edilmemiş ancak ona yan edim olarak bağlanmış olması ve şekli şartın yerine getirilmiş olması gerekir (TMK. m. 779/2).

Burada belirtmek gerekir ki yapma borcu kavramı bir şey verme, bir para ödeme veya bir irade beyanında bulunma şeklinde ortaya çıkabilir. Aslında önemli olan eşyaya bağlı borcun kaynağı olan ilişki olduğundan, bu ilişkiden doğan borcun bir yapma veya verme borcu olması çok önemli değildir ancak bu ayırım borca aykırılık teşkil eden durumlarda önem kazanmaktadır. Zira konusu bir şey vermek olan eşyaya bağlı borçlarda Türk Borçlar Kanunu m. 112; konusu bir şey yapmak olan eşyaya bağlı borçlarda m. 113 uygulanacaktır.

Türk Medeni Kanunu m. 779/2'ye göre bir borcun üst hakkına (irtifaka) bir yan yükümlülük olarak yüklenebilmesi için bu borcun konusunun üst hakkının asli unsurları ile değil, tali unsurları ile ilgili olması gerekir²⁶⁶. Örneğin üst hakkına yan yükümlülük bağlamak amacıyla düzenlenmiş bir sözleşmede, yüklü taşınmaz üzerinde inşaatın yapılmasına ve orada alıkonulmasına katlanma borcu (üst hakkının doğası gereği içeriğine dahil olan borçlar) tali bir nitelik taşıyorken, bir şey yapma borcu asli nitelik taşıyorsa üst hakkından söz edilemez.

Bundan başka, sözleşmede (resmi senette) üst hakkına bir yan yükümlülük olarak bağlanacak olan bir borcun, üst hakkının geçerliliğini sağlayacak ve kullanılışlılığını artıracak yahut üst hakkı dolayısıyla doğabilecek zararlardan üçüncü kişileri koruyacak nitelikte olması gerekir (TMK. m. 839/3)²⁶⁷. Örneğin yüklü taşınmaz malikinin üst hakkı sahibine karşı bina ve yol yapmayı, kanalizasyon açmayı, yapılan binayı korumayı veya bakımını yapmayı üstlenmesi üst hakkına bağlanmış yan yükümlülüklerdir²⁶⁸.

Yapma veya verme şeklinde olsun herhangi bir borcun üst hakkına bir yan yükümlülük olarak bağlanabilmesi için şekli şartın da yerine getirilmesi gerekir. Şekli şartın yerine getirilmesinin pratik faydası, borcun yüklü taşınmazın iyi niyetli sonraki maliklerine karşı ileri sürülebilmesidir. Şekli şart, üst hakkına yan yükümlülük olarak bağlanan borç ve içeriğinin tapuda aleniyete kavuşmuş olması ile gerçekleştirilir. Resmi şekilde düzenlenmemiş bir sözleşmenin, tapu siciline şerhi yoluna gidilmesi mümkün değildir. Aleniyetin sağlanması

²⁶⁶ Ünal, s. 185.

²⁶⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.706.

²⁶⁸ Ünal, s. 185.

için kanunda sayılan haklar (tapuya şerh edilebilen) arasında Türk Medeni Kanunu m. 779/2'den doğan haklar mevcut değildir. Tapu Sicili Tüzüğü'nün 52. maddesine göre kütüğün beyanlar sütununa ancak mevzuatta yazılması öngörülen hususlar tarih ve yevmiye numarası belirtilerek yazılabildiğinden, yan yükümlülük şeklindeki bir borcun kütüğün beyanlar hanesine kaydedilmesi de mümkün değildir. Bu sebeple taraflarca getirilmek istenen borcun üst hakkını kuran asıl sözleşme ile aynı şekil ve içerik şartına tabi olması gerekir. Böylece tapu siciline güven ilkesinin gereği de yerine getirilmiş olur²⁶⁹. Bu durumda Türk Medeni Kanunu'nun “irtifaktan doğan yetki ve yükümlülükleri açıkça belirlediği ölçüde tescil, irtifakın kapsamını belirlemede esas oluşturur” (m.787/1) hükmü dolayısı ile bir borç, üst hakkına yan yükümlülük olarak bağlanması halinde, o borcun içeriği tarafların kendi aralarında kararlaştırdıkları gibi değil, tapu kütüğündeki duruma göre belirlenir. Ancak kabul etmek gerekir ki tescilden açıkça anlaşılmadığı hallerde borcun kapsamının, tescilin sınırları içinde, irtifak hakkının kazanılma sebebine veya uzun süreden beri davasız ve iyi niyetle kullanılış biçimine göre belirlenmesi gerekir (m. 787/2).

Türk Medeni Kanunu m. 779/2'ye göre bir yan yükümlülük şeklinde üst hakkına bağlanması mümkün olan borçlar, genellikle üst hakkını kuran asıl sözleşme ile oluşturulur. Üst hakkı sözleşmesinde sonradan yapılacak değişiklikler de üst hakkının kuruluşundaki şekle tabidir²⁷⁰. Sözleşmeye ilave edilmek istenen borçların sonradan düzenlenecek bir sözleşme ile oluşturulması halinde de sözleşme hükümlerinin yüklü taşınmazın sonraki maliklerine karşı ileri sürülebilmesi için Türk Medeni Kanunu m. 781 uyarınca tapuda resmi şekilde yapılmış olması (resmi senet düzenlenmesi) gerekir. Tapu kütüğüne tescil edildikten sonra yüklü taşınmazın sonraki malikleri artık iyi niyet iddiasında bulunamazlar. Çünkü Türk Medeni Kanunu m. 1020 uyarınca kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremez. Bunun dışında resmi şekilde düzenlenmeyen bir sözleşmeye dayanılarak bir borç oluşturulmuşsa, bu durum ancak sözleşmenin tarafları açısından bağlayıcı olur²⁷¹.

5.3 Şahsi Sonuçları

Türk Medeni Kanunu, 826. maddesi ile üst hakkının genel çerçevesini belirlemiş; 827. maddesi ile de içeriğine ve kapsamına ilişkin ayrıntılı hususların belirlenmesini taraflara bırakmıştır. Kanun'un 827. maddesinde bu husus; “üst hakkının içerik ve kapsamıyla ilgili olarak resmi senette yer alan, özellikle yapının konumuna, şekline, niteliğine, boyutlarına, özgülenme amacına ve üzerinde yapı bulunmayan alandan faydalanmaya ilişkin sözleşme

²⁶⁹ Ünal, s. 186.

²⁷⁰ Ertaş, s. 511; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.696.

²⁷¹ Cansel Erol, Tapu Siciline İtimat Prensibi, Ankara 1964, s. 152.

kayıtları herkes için bağlayıcıdır.” şeklinde ifade edilmiştir. İşte bu maddede sınırlı olarak düzenlenen hususların dışında sözleşme kapsamında yer alan (üst hakkının aynı veya eşyaya bağlı içeriği ile ilgili olanlar hariç) hükümler üst hakkının şahsi (nisbi) sonuçlarını oluşturur. Bu hükümler şahsi (nisbi) nitelikte olduklarından sadece sözleşmenin tarafları arasında ileri sürülebilen alacak hakkı özelliğini taşırlar. Taraflar arasındaki alacak haklarının onlardan sonra hak sahibi olacakları (cüzi halefleri) bağlaması için bu hakların kabulü ve borçların üstlenilmesi gerekir²⁷².

5.3.1 Üst Hakkı Sahibinin Borçları ve Yüklü Taşınmaz Malikinın Kanuni İpotek Hakkı

Genellikle bir bedel karşılığında kurulan üst hakkını kazanan kişi, bu hakkın tesisi dolayısı ile veya yüklü taşınmaz üzerinde önceden beri var olan bir binanın mülkiyetinin devri için taşınmaz malikine, konusu para veya paradan başka bir şey olan bir bedel ödeyebilir (TMK. m. 829/1)²⁷³.

Üst hakkı sözleşmesinin kurulması karşılığında taraflarca kararlaştırılan bedel borcu, satım sözleşmesindeki satış bedeli gibi borçlandırıcı işlemin bir unsuru olup, üst hakkı sahibinin şahsi borcudur. Bu borç eşyaya bağlı bir borç olmadığı gibi üst hakkının içeriğine de dahil değildir. Üst hakkının tarafları arasında geçerli olan ve ödeme, borcun nakli gibi bir neden olmadıkça, üst hakkı sahibinin cüzi haleflerinden istenemeyen bedel borcunun ödeme biçimi sözleşmede kararlaştırılabilir²⁷⁴.

Üst hakkı kurulması karşılığında ödenecek bedelin teminata bağlanması konusunda özel bir düzenleme yapılmamıştır. Yüklü taşınmaz maliki, alacağını teminat altına almak amacıyla genel hükümlere göre (TMK. m. 850 vd.) hakkın tesisi sırasında üst hakkı üzerinde bir ipotek kurabileceği gibi aynı amaçla sonradan bir ipotek kurulması da mümkündür (TMK. m. 894)²⁷⁵.

Üst hakkı kurulması karşılığında ödenecek bedel dışında, sözleşme ile üst hakkı sahibini, bu haktan yararlandığı süre boyunca, yüklü taşınmaz malikine belirli aralıklarla bir bedel ödemesi de kararlaştırılabilir. Üst hakkı geliri (irat) diye adlandırabileceğimiz bu bedel ile sözleşmenin kuruluşunda düzenlenen üst hakkı bedeli birbirine karıştırılmamalıdır. Üst hakkı geliri, üst hakkı sahibinin yüklü taşınmazdan yararlanması karşılığı yapılan bir

²⁷² Sirmen, s. 606.

²⁷³ Sirmen, s. 603.

²⁷⁴ Sirmen, s. 606; Ünal, s. 191.

²⁷⁵ Ünal, s. 192.

ödemedir²⁷⁶. Taraflar arasında hiç bir gelir ödeme borcu kararlaştırılmaması mümkün olmakla birlikte eğer kararlaştırılmışsa, üst hakkı konusu taşınmaz ve bina mücbir sebeple tamamen kaybolmadıkça hak sahibi bu borcundan kurtulamaz²⁷⁷.

Üst hakkı geliri de tıpkı üst hakkı kurulması karşılığında ödenecek bedel gibi üst hakkının içeriğine dahil değildir. Üst hakkı geliri şahsi bir borç niteliğinde olduğundan, sadece üst hakkı sözleşmesinin tarafları arasında ileri sürülebilen bir borçtur²⁷⁸. Bu sebeple üst hakkının devri halinde, üst hakkı gelirinin güvenceye bağlanması yükümlü taşınmaz maliki için önemli bir husustur.

Üst hakkı ile yükümlü taşınmaz maliki, tapu sicilinde ayrı bir sayfada taşınmaz olarak kayıtlı üst hakkı üzerinde, azami üç yıllık üst hakkı geliri alacağı için kanuni ipotek hakkına sahiptir (TMK. m. 834/1). Üst hakkı gelirinin düzenli olarak ödenmesi kararlaştırılmamışsa, üç yılda elde edilebilecek ortalama gelire göre kanuni ipotek tescili yapılabilir (TMK. m. 834/2). Üst hakkı geliri için yükümlü taşınmaz malikine tanınan bu ipotek hakkı, Türk Medeni Kanunu m. 893 kapsamında tescille doğan ipotek haklarından olup, üst hakkının süresi içinde her zaman üst hakkı sahibinden ipotek hakkının tescili talep edilebilir (TMK. m. 865). Yüklü taşınmaz maliki bu talebini, üst hakkının sonraki haleflerine (cüzi/külli) karşı da yöneltebilir²⁷⁹. Üst hakkı sahibi kanuni ipotek hakkının tescilini talep etmekten kaçınırsa, yüklü taşınmaz maliki dava yolu ile tescili sağlamak hakkına sahiptir (TMK. m. 716)²⁸⁰. Tapu siciline tescil edilmiş bir ipotek icra yolu ile satışta terkin olunamayacaktır (TMK. m. 835).

Türk Medeni Kanunu'nda yükümlü taşınmaz malikine tanınan kanuni ipotek hakkı dışında, doktrinde taşınmaz mülkiyetinin sınırlarının üst hakkından kaynaklanan mülkiyet hakkı için de geçerli olduğu belirtilmekte²⁸¹ olup, bu tespit üst hakkı sahibini hukuken sorumlu kılmaktadır. Çünkü Türk Medeni Kanunu m.730 hükmüne göre bir taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimsenin, durumun eski haline getirilmesini veya tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini dava edebilme hakkı üst hakkı sahibine karşı da mevcuttur. Türk Borçlar Kanunu m.69 uyarınca bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlü olduğundan, üst hakkı sahibi de bina üzerindeki mülkiyet hakkı dolayısı

²⁷⁶ Akipek, Üst Hakkı, s. 52.

²⁷⁷ Ünal, s. 193.

²⁷⁸ Sirmen, s. 606.

²⁷⁹ Sirmen, s. 606,607.

²⁸⁰ Ertaş, s. 508.

²⁸¹ Gürzumar, s.119.

ile bu sorumluluğa sahiptir. Yine bir başkasına ait bina veya diğer yapı eserinden zarar görme tehlikesiyle karşılaşan kişi, üst hakkı sahibine karşı Türk Borçlar Kanunu m.70'e dayanarak bu tehlikenin giderilmesi için gerekli önlemlerin alınmasını isteme hakkını kullanabilir²⁸².

5.3.2 Yüklü Taşınmaz Malikinın Borçları ve Üst Hakkı Sahibinin Tazminat Alacakları

Üst hakkı kurulması ile birlikte, irtifak hakkı sahibine arazisinde bir bina yapmak ya da mevcut bir binanın mülkiyetini (üst irtifakına dayalı olarak) edinmek hakkını veren malik, bu hukuki ilişkinin doğal sonucu olarak, taşınmazı üzerinde inşaat yapmaktan kaçınmak zorunda olduğu gibi bunun yanında üst hakkı sahibinin mülkiyetinde olan mevcut veya yapılacak binaya da katlanmak zorundadır²⁸³.

Üst hakkının sona ermesinin en temel ve önemli sonucu, yüklü taşınmaz üzerindeki yapının mülkiyetinin, taşınmaz malikine geri dönmesidir (TMK. m. 828). Türk Medeni Kanunu m. 718'de ifadesini bulan, üst arza tabidir kuralının bir istisnası olan üst hakkı sona erince, arazi üzerindeki yapı birleşme ilkesinin bir sonucu olarak tekrar malikin mülkiyetine döner²⁸⁴.

Üst hakkının sona ermesi ile birlikte, yüklü taşınmaz malikinın elde ettiği bu yarar karşılığı malikin, eski üst hakkı sahibine bir bedel ödeyip ödemeyeceği konusu Türk Medeni Kanunu'nun 829. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre kural olarak taşınmaz maliki, kendisine kalan yapılar için bir bedel ödemez ancak tarafların uygun bir bedel ödenmesi kararlaştırılabilir. Bu şekilde tarafların iradesi ile düzenlenecek bir sözleşmenin hükümleri sadece taraflar ve külli halefleri üzerinde hukuki etki yaratır²⁸⁵.

Taraflar arasında bir bedel ödenmesinin kararlaştırıldığı halde bu bedelin, miktarı ve hesaplanış biçiminin de belirlenmesi gerekir. Buna göre taraflar arasında bedelin miktarı ve hesaplanış tarzına ilişkin yapılan anlaşmalar resmi senette yer alır. Resmi senette yer alan bu anlaşmalar, tarafların cüz'i haleflerini bağlar²⁸⁶. Buna göre, yüklü taşınmaz üzerindeki yapıların mülkiyeti bu taşınmazın mülkiyeti ile birleştiğinde, yüklü taşınmazın maliki olan kimse söz konusu tazminatın borçlusu konumuna gelir.

Diğer taraftan, taraflarca ödenmesi kararlaştırılan bu bedel alacağı, üst hakkı üzerinde rehin hakkı sahibi olan alacaklılara teminat teşkil eder. Çünkü Türk Medeni Kanunu'nun 829. maddesinin ilk fıkrasının 3. cümlesi "Ödenmesi kararlaştırılan bedel, üst hakkı kendileri için

²⁸² Gürzumar, s.120.

²⁸³ Ertaş, s. 507; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.696; Sirmen, s. 698; Ünal, s. 170.

²⁸⁴ Gümüş, s. 537.

²⁸⁵ Akipek, Üst Hakkı Kavramı, s. 244.

²⁸⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.696.

rehnedilmiş olan alacaklıların henüz ödenmemiş alacaklarının güvencesini oluşturur ve rızaları olmaksızın üst hakkı sahibine ödenmez” hükmündedir. Bu hüküm aynı zamanda, üst hakkı müessesesinin rehin haklarına fiilen konu olmasını sağlayan bir hükümdür²⁸⁷. Ayrıca taraflar arasında yapılan sözleşmede bu hükmün aksine düzenleme yapılarak, rehin hakkı sahibi alacaklının bedel alacağı üzerindeki teminat hakkının bertaraf edilmesi mümkün değildir. Çünkü taraflar üst hakkının sona ermesi ile yüklü taşınmaz malikine kalacak yapılar için bedel ödeneceğini kararlaştırmışlarsa rehinli alacaklı da emredici bir şekilde Kanuni koruma imkanından yararlanır²⁸⁸.

Türk Medeni Kanunu’nun 829. maddesinin 2. ve 3. maddeleri uyarınca, tazminat alacağı olarak taraflar arasında kararlaştırılan bedel ödenmez veya güvence altına alınmazsa, üst hakkı sahibi veya bu hak kendisine rehnedilmiş olan alacaklı, bedel alacağına güvence olmak üzere, terkin edilen üst hakkı yerine aynı derecede ve sırada bir ipoteğin tescilini isteyebilir. Bu ipotek hakkı, üst hakkının sona ermesinden başlayarak üç ay içinde tescil edilir. Bu tescil kurucu niteliktedir ve üç ay içinde ipotek tescil edilmemişse hak kendiliğinden düşeceğinden, üç aylık bu süre bir zamanaşımı süresi değil hak düşürücü süredir²⁸⁹.

Üst hakkı sahibi veya bu hak kendisine rehnedilmiş olan alacaklının ipoteğin tescilini doğrudan talep etme yetkisinin olup olmadığı konusunda doktrinde görüş birliği yoktur. İsviçre’deki hakim görüş bu talep hakkının aynı zamanda yüklü taşınmaz malikinin eşyaya bağlı bir borcu olduğu ve doğrudan tapu müdürlüğünden değil ancak kendisinden talep edilebileceği yönündedir²⁹⁰. Ancak Türk Medeni Kanunu m. 29/3 hükmü ile getirilen üç aylık süre, gerek koruduğu menfaatler, gerek kısalığı ve gerekse Türk Medeni Kanunu m. 894’te düzenlenen satıcıların, mirasçılarının ve diğer elbirliği ortakların kanuni ipotek hakkına benzerliği nedeniyle hak düşürücü niteliğindedir. Alacak hakları ise hak düşürücü süreye değil zamanaşımına tabidir. Bu sebeple ipoteğin tescilini talep yetkisi hukuki niteliği itibarı ile bir alacak hakkı değil, aynı hak kurulmasını sağlayan ve tescil gerçekleştiğinde kurucu yenilik doğuran bir haktır²⁹¹. İpoteğin tescilini talep hakkının hukuki nitelendirmesinin, doğrudan tapu memurundan talep edilebilen ve eşya hukukuna özgü olan doğrudan talep hakkı, şeklinde yapılması da mümkündür²⁹².

²⁸⁷ Gürzumar, s.182.

²⁸⁸ Gürzumar, s.183.

²⁸⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.782; Sirmen, s. 604.

²⁹⁰ Gümüş, s. 546; Tekinay Sulhi, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar, II/3, İstanbul 1994, s. 81.

²⁹¹ Gümüş, s. 546.

²⁹² Bkz. Gümüş, s. 547.

Diğer yandan üst hakkı sahibi veya bu hak kendisine rehnedilmiş olan alacaklının ipoteğin tescilini doğrudan talep etme yetkisi bizzat Kanundan doğar ve bu tescilin yapılabilmesi için taşınmaz malikinın tescile muvafakatı gerekli değildir. Türk Medeni Kanunu m.1013/f.1 uyarınca tapu siciline tescil, tasarrufa konu olan taşınmaz malikinın yazılı beyanı üzerine yapılmakla birlikte aynı maddenin 2. fıkrasına göre bir hakkı edinen kimsenin tescil talebi, kanun hükmüne, kesinleşmiş mahkeme kararına veya buna eşdeğer bir belgeye dayanıyorsa, bu beyana gerek yoktur. Bu sebeple hak sahibi ipoteğin tescilini doğrudan tapu memurundan talep edebilir²⁹³.

Buna karşın, taraflarca düzenlenen üst hakkı sözleşmesinde tazminata ilişkin bir düzenleme yapılmamış olabilir. İsviçre’de üst hakkına ilişkin 1965 yılında yapılan değişikliklerden önce, taraflarca düzenlenen sözleşmede tazminata ilişkin bir düzenleme yapılmamışsa sorunun çözümü doktrinde tartışmalıydı. Bir görüş, sözleşmede üst hakkı sahibi lehine bir tazminat düzenlenmemişse, binanın mülkiyeti bedelsiz olarak malikin olacağını savunurken²⁹⁴; diğer bir görüş haksız inşaaata ilişkin hükümlerin (TMK. m. 721-724) kıyas yoluyla uygulanması gerektiğini savunuyordu. Bir başka görüşe göre ise yüklü taşınmaz malikine terk edilen inşaatın bedelinin, eski üst hakkı sahibine ödenmesi gerekmektedir. Ancak haksız inşaaata ilişkin hükümler, taşınmaz maliki ile akdedilmiş bir sözleşme uyarınca yapılan inşaatlarla değil, aksine malikin rızası dışında yapılan inşaatlarla ilgili olduğundan bu çözümün ileri sürüldüğü zaman diliminde dahi isabetli olmadığı görülmektedir²⁹⁵.

Öte yandan, taraflarca düzenlenen sözleşmede tazminata ilişkin bir düzenlemenin yapılmadığı durumlarda, bir sebepsiz zenginleşmenin söz konusu olacağını savunan görüş de sözleşme, yalnız taraflar ve onların külli halefleri arasında hüküm ifade ettiğinden isabetli görünmemektedir. Zira taşınmaz maliki, sözleşmede herhangi bir tazminat borcu üstlenmemiş ise sebepsiz yere zenginleştiği de söylenemez. Bu sebeple zamanaşımı bakımından alacağı, Türk Borçlar Kanunu m. 81 değil, m. 146 uygulanabilir²⁹⁶.

İsviçre Medeni Kanunu’nda 1965 yılında yürürlüğe giren düzenlemelerden sonra, taraflar arasında tazminata ilişkin bir anlaşma yapılmadığı durumlarda, üst hakkı sahibinin tazminat hakkını tanımıştır. İsviçre Medeni Kanunu m. 779/d uyarınca yüklü taşınmaz maliki, inşaaata karşılık üst hakkı sahibine uygun bir tazminat ödeyecektir. Bununla birlikte taraflar tazminatın miktarını ve tespit yöntemini önceden belirleyebilirler (İMK. m. 779/e). Ayrıca

²⁹³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.782.

²⁹⁴ Ünal, s. 194; Gümüş, s. 538, dn. 17.

²⁹⁵ Ünal, s. 170.

²⁹⁶ Ünal, s. 195; Gümüş, s. 538, dn. 17.

bunların tapuya şerh verilerek tarafların cüz'i haleflerine karşı ileri sürülmesi de mümkün olduğundan, tazminat alacağı eşyaya bağlı bir hak ve borç haline getirilmiş olmaktadır. Alman ve Avusturya Hukuk sistemleri, taraflar arasında tazminata ilişkin bir anlaşma yapılmadığı durumlarda, üst hakkı sahibinin tazminat hakkını tanımıştır²⁹⁷.

Türk Hukuku açısından bakıldığında, Türk Medeni Kanunu'nun 829. maddesinin ilk cümlesine göre taşınmaz malikinin, aksi kararlaştırılmadıkça, kendisine kalan yapılar için üst hakkı sahibine bir bedel ödemeyeceğini ancak uygun bir bedelin ödenmesinin kararlaştırılabileceğini daha önce belirtmiştir²⁹⁸. Söz konusu madde ile taşınmaz malikinin bir bedel ödemesi mutlak yükümlülük olarak değil, taraflar arasında kararlaştırılabilecek bir unsur olarak düzenlenmiş olduğundan, Türk Hukukunda, taraflarca kararlaştırılmadıkça, üst hakkı sahibi yüklü taşınmazın malikinden bir bedel ödenmesini talep edemez²⁹⁹.

5.3.3 Yüklü Taşınmaz Malikinin Süresinden Önce Üst Hakkını Devir Talebi

Türk Medeni Kanunu m. 831 ile malike, üst hakkı sahibinin bu hakkından doğan yetkilerinin sınırını ağır şekilde aşması veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranması halinde, üst hakkının ona bağlı bütün hak ve yükümlülükleri ile birlikte süresinden önce kendisine devrini talep etme imkanı getirilmiştir. Üst hakkı sahibinin, hangi fiilleri ile yetkilerinin sınırlarını ağır bir şekilde aşmış veya sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranmış olduğuna hakim karar verecektir (TMK. m. 4)³⁰⁰. Bu karar verilirken dikkate alınacak ölçüt, üst hakkı sahibinin fiilleri ile sözleşme ilişkisinin sürdürülmesini yükümlü taşınmaz maliki için katlanılmaz kılıp kılmadığıdır. Örneğin üst hakkına dayanılarak inşa edilen yapının konut olması kararlaştırılmışken otel olarak kullanılması veya sözleşmede belirlenen mimari tarz, kat adedi gibi hususlara aykırılık bulunması gibi halleri bu hüküm kapsamında değerlendirmek mümkündür³⁰¹.

Bu devir hakkının kullanılmasını düzenleyen m. 832 uyarınca malik, üst hakkının devrini, kendisine geçecek yapılar için uygun bir bedel ödemek kaydıyla isteyebilir. Üst hakkı sahibinin kusuru, bedelin belirlenmesinde indirim sebebi olarak göz önüne alınabilir. Bu madde ile üst hakkının malike devri, bedelin ödenmesi veya güvence altına alınmış olması şartına bağlanmıştır.

²⁹⁷ Ünal, s. 195.

²⁹⁸ Bkz. başlık 5.3.2. Yüklü Taşınmaz Malikinin Borçları ve Üst Hakkı Sahibinin Tazminat Alacakları.

²⁹⁹ Ertaş, s. 514; Gümüş, s. 538.

³⁰⁰ Dörtgöz, s. 230.

³⁰¹ Sirmen, s. 604.

Üst hakkı sahibinin yükümlülüklerine aykırı davranması halinde, üst hakkının süresinden önce arazi maliki tarafından sona erdirilebileceği hususu üst hakkını kuran sözleşme ile de kararlaştırılabilir³⁰². Bu halde sözleşmenin tarafları, 831. maddede hüküm altına alınan durumlarda yükümlü taşınmaz malikinin devralma hakkını ortadan kaldırmamak şartı ile sözleşmede serbestçe düzenleme yapabilirler³⁰³. Üst hakkı sahibinin yükümlülüklerine aykırı davranması halinde sözleşmede malik lehine saklı tutulan, üst hakkını süresinden önce sona erdirme veya devrini isteme yetkisi, süresinden önce devir istemine ilişkin hükümlere tabidir (TMK. m. 833). Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna göre, taraflarca üst hakkı sona erdiğinde arazi malikine kalacak yapılar için bir tazminat ödenmesi kararlaştırılmışsa; üst hakkı sözleşmesinin, hak sahibinin sözleşmeye aykırı davranışları nedeniyle sona erdiği durumlarda tazminat ödenmesi gerekmez³⁰⁴.

Üst hakkının devrini isteme hakkının hukuki niteliği doktrinde tartışmalı olup, bir görüşe göre bu hak yenilik doğuran bir haktır³⁰⁵. Diğer bir görüşe göre üst hakkı sahibinin bu hakkından doğan yetkilerinin sınırını ağır şekilde aşması veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranması halinde, üst hakkı sahibi için kanun gereği bir devir borcu doğmaktadır. Bu borç, yüklü taşınmaz malikinin üst hakkının devrini talep hakkını kullanacağını, üst hakkı sahibine ilemesiyle hüküm ve sonuçlarını doğurur. Üst hakkını yüklü taşınmaz malikine devretme borcu aynı zamanda kanun gereği doğan eşyaya bağlı bir borç niteliğindedir³⁰⁶.

Bir arazi üzerinde üst hakkı kurulabilmesi için, taşınmaz üzerinde üst hakkına dayanılarak inşa edilecek ya da önceden mevcut bir yapı olması yeterli olmakla birlikte; yüklü taşınmaz üzerinde, yüklü taşınmaz maliki tarafından devri istenen üst hakkına dayanılarak yapılmış ya da önceden mevcut bir bina yoksa malikin devre karşılık her hangi bir bedel ödeyip ödemeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre tazminat ödeme zorunluluğunun söz konusu olabilmesi için devri istenen üst hakkı ile yükümlenmiş olan araziye ya üst hakkı sahibi tarafından bir yapı inşa edilmiş ya da üst hakkı tesisi sırasında mevcut olan yapının değeri üst hakkı sahibi tarafından atılmış olmalıdır³⁰⁷. Buna göre üst hakkın kuruluşu sırasında zaten mevcut binanın değerinde artış olmaması ya da henüz yüklü taşınmaz üzerinde herhangi bir yapının inşa edilmemiş olması hallerinde, Türk Medeni Kanunu m. 831, 832 ve

³⁰² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 697; Sirmen, s. 604.

³⁰³ Ertaş, s. 509

³⁰⁴ YHGK. 7.4.2004, 13-208 E. / 211 K. (Ertaş, s. 514).

³⁰⁵ Ayan Mehmet, Eşya Hukuku, C.3, Ayni Haklar, Konya 1994, s. 174, dn. 383.

³⁰⁶ Gümüş, s. 554; Ulusan İlhan, Yeni Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısında Yer Alan İnşaat (Üst) Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, İBD., C.61, S.1-2-3, 1987, s.32.

³⁰⁷ Bkz. Gürzumar, s. 143 dn. 563.

833 ile çerçevesi çizilen süresinden önce devir şartlarının gerçekleşmesi ile birlikte üst hakkının devir borcunun doğduğu ve bu borç karşılığında bir bedel ödenmesi şartı getirilemeyeceğinin kabulü gerekir³⁰⁸. Çünkü Türk Medeni Kanunu m. 832 uyarınca malik, kendisine geçecek yapılar için uygun bir bedel ödemekle yükümlendirilmiştir. Devredilecek bina karşılığında ödenecek bedelin hesaplanmasında, binanın objektif değerinin dikkate alınması gerektiği doktrinde vurgulanmaktadır³⁰⁹. Buna karşın taşınmaz üzerinde herhangi bir bina yok ise olmayan bir bina için uygun bir bedel takdiri de mümkün olamayacaktır. Bu sebeple Türk Medeni Kanunu m. 832 dayanak gösterilerek, üst hakkının devrine konu yüklü taşınmaz üzerinde henüz inşa edilmemiş bir bina için uygun bir bedel ödenmesini şart koşturmak, bazı durumlarda taşınmaz malikinin durumunun hakkaniyete aykırı bir şekilde ağırlaştırılması sonucunu doğurabilir. Örneğin sözleşmede kararlaştırılan sürede inşaaat başlanmamış ve bitirilmesi de halin icabına göre beklenmiyorsa, böyle bir durumda yüklü taşınmaz malikinin süresinden önce devir talep hakkını uygun bir bedel ödenmesi şartına bağlamak malikin durumunu hakkaniyete aykırı bir şekilde ağırlaştırmış olabilecektir. Aynı durum üst hakkı kurulduğu sırada mevcut olan fakat üst hakkı sahibi tarafından değerinde herhangi bir artış meydana getirilmiş olmayan yapılar açısından da söz konusudur³¹⁰.

Yüklü taşınmaz malikinin, uygun bir bedel ödeyerek üst hakkının kendisine devrini gerçekleştirmesinin sonucu üst hakkı sahibi sıfatı ile malik sıfatı aynı kişide birleşmiş olur. Bu durum üst hakkını sona erdiren bir durum değildir üst hakkı malik lehine varlığını sürdürür³¹¹. Çünkü Türk Medeni Kanunu m. 784 uyarınca bir irtifak hakkı terkin edilmedikçe, aynı hak olarak varlığını sürdürür. Böylece malik, gerektiğinde üst hakkını kendi belirlediği koşullarla başka bir kişiye tekrar devretme imkanını elde eder.

³⁰⁸ Gümüş, s. 555.

³⁰⁹ Gümüş, s. 555; Gürzumar, s. 144.

³¹⁰ Gümüş, s. 555.

³¹¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.615.

ALTINCI BÖLÜM

ÜST HAKKININ SONA ERMESİ

Türk Medeni Kanunu'nun 828. ve 830. maddeleri arasında, üst hakkının sona ermesinin sonuçları düzenlenmiş olmakla birlikte, sona erme sebeplerine özel olarak yer verilmemiştir. Bu nedenle üst hakkının sona ermesinde, Türk Medeni Kanunu'nun genel olarak eşyaya bağlı irtifakın sona ermesine ilişkin düzenlemeleri kıyasen uygulanır³¹². Özet olarak üst hakkı, kaydın tapu kütüğünden terkini ile veya terkenden önce birtakım sebeplerin ortaya çıkması sonucu sona erer.

6.1 Terkinle Sona Ermesi

Taşınmazın tapu kaydında bulunan üst hakkına ilişkin tescilin ortadan kaldırılması ile terkin gerçekleştirilir. Üst hakkı şahsi nitelikte ise sadece yüklü taşınmazın kütük sayfasında terkin edilmesi, hakkın ortadan kaldırılması için yeterlidir. Eşyaya bağlı bir üst hakkı söz konusu ise yüklü taşınmazın sayfasında yapılan terkin hakkı sona erdirir ancak yararlanan taşınmazın kaydında yapılacak terkin açıklayıcı niteliktedir. Bu terkin yüklü taşınmazın sayfasında yapılacak terkin ile birlikte yapılmadığı sürece tek başına hakkı sona erdirmez³¹³. Türk Medeni Kanunu m. 1014 gereği terkin için, kaydın kendilerine hak sağlamış olduğu kişiler talepte bulunabileceğinden, üst hakkının terkinini talep etme yetkisi de üst hakkı sahibi veya onun yetkili temsilcisine aittir. Bu talebin yazılı olarak yapılması gerekir (MK m.1014). Söz konusu talebin yerine getirilmesi için yüklü taşınmaz malikinin rızası gerekli değildir. Üst hakkının eşyaya bağlı olması halinde, yazılı terkin talebi ile birlikte, varsa bu taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak sahibi olan ve üst hakkının terkinini ile menfaati zarar görebilecek kişilerin muvafakatının alınması gerekir (MK m.1014).

Bağımsız ve sürekli olarak kurulmuş ve Türk Medeni Kanunu gereği tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilmiş olan üst hakkının, üzerinde bulunan rehin hakları ve diğer bütün haklar, kısıtlamalar ve yükümlülükler³¹⁴ de üst hakkına ait kütük sayfasının kapatılması ile sona erer (TMK. m. 828/2)³¹⁵. Üst hakkı üzerinde üçüncü kişiler lehine rehin hakları bulunuyorsa, yüklü taşınmaz maliki tarafından üst hakkı sahibine ödenmesi kararlaştırılan bedel, rehinli alacakların teminatı olduğundan, bu alacakların ödenmemesi

³¹² Yarg.14.H.D.,10.12.1975, 5337 E./5693 K. (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.696); Sirmen, s. 602.

³¹³ Gürzumar, s.176.

³¹⁴ Üst hakkı sahibine ödenecek bedele ilişkin hükümler saklıdır. Bkz. Sirmen, s. 603.

³¹⁵ Sirmen, s. 603.

halinde terkin edilen üst hakkı yerine taşınmaz üzerinde aynı sıra ve derecede tescile tabi kanuni ipotek hakkı tanınmıştır (TMK. m. 829). Üst hakkı sahibinin veya rehinli alacaklının talebi üzerine üst hakkının sona ermesinden itibaren üç ay içerisinde tescil yapılmalıdır. Üç aylık süre hak düşürücü süredir ve buradaki tescil kurucu niteliktedir³¹⁶.

Tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilmiş olan bağımsız ve sürekli nitelikteki bir üst hakkının terkininde üst hakkı sahibinin yazılı terkin talebinin karşılanabilmesi için, bu üst hakkı üzerinde sınırlı ayni hak sahibi olan kişilerin işleme muvafakat etmeleri gerekir. Bu çerçevede tapuya taşınmaz olarak kaydedilmiş bağımsız ve sürekli bir üst hakkı, yüklü taşınmazın irtifaklar sütunundan terkin edilince, kendisi için tapu kütüğünde açılmış bulunan ayrı sayfanın da kapatılması ve terkin yapılan yüklü taşınmazın kütük sayfasına atıfta bulunularak sayfalar arasında ilgi kurulması gereklidir (TMK. m.828/2)³¹⁷. Ancak daha önce belirttiğimiz üzere üst hakkı tesis edilirken asıl kurucu olan, yüklü taşınmazın kayıtlı olduğu kütük sayfasında yapılan tescil veya terkin işlemi olduğundan; ana kütük sayfası kapandığı halde, üst hakkının kendisine açılan ayrı kütük sayfası kapatılmasa da bu kayda dayanılarak iyi niyetle hak iktisabı mümkün değildir³¹⁸.

Belirtmek gerek ki terkin sebebe bağlı bir tasarruf işlemi değildir. Üst hakkı sahibi hakkından feragat etmek sureti ile hakkın süresinden önce tapu sicilinden terkinini dahi isteyebilir³¹⁹. Bu sebeple üst hakkı sahibinin bu hakkını sona erdirebilmek için terkin talep etmesi durumunda, herhangi bir hukuki sebep (temel borçlandırıcı işlem) göstermesi gerekli değildir. Ancak üst hakkı sahibinin terkin talebi, bir borçlandırıcı işlemin ifası niteliğinde ise burada bir sebebe bağlılık söz konusudur³²⁰. Böyle bir durumda sicil üzerinde yapılacak bir

³¹⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.697.

³¹⁷ TKGm'nin 1705-2010/12 sayılı Genelgesi'ne göre; "4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 828. maddesi gereğince, üst hakkı süresinin sona ermesi ile mevcut yapıların taşınmazın bütünüyle parçası olacağı ve malikine kalacağı, üst hakkı tapu kütüğüne bir taşınmaz olarak kaydedilmiş ise sürenin sonunda bu sahifenin kapatılacağı, böylece üzerinde mevcut bulunan rehin hakları ile diğer bütün hak, kısıtlama ve yükümlülüklerin sona ereceği ancak, bedele ilişkin hükümlerin saklı kalacağı belirtilmiş ve aynı Kanun'un 829. maddesinde, üst hakkının sona ermesinde tapu malikine kalan yapılar için ödenmesi gereken bir bedel kararlaştırılmış ise bu bedel üst hakkı rehin alacaklılarının henüz ödenmemiş alacaklarının güvencesini oluşturur, rızaları olmadan üst hakkı sahibine ödenemez ve kararlaştırılan bedel kendilerine ödenmez veya güvence altına alınmazsa terkin edilen üst hakkı sahipleri veya bu hak kendilerine rehnedilen ipotek alacaklıları üst hakkının sona ermesinden itibaren 3 ay içerisinde lehlerine ipotek tesisi isteyebilirler.

Buna göre, üst hakkı ile yüklü taşınmaz mal malikinin, üst hakkının süresinin bitimi nedeniyle terkin talebinde bulunması halinde; öncelikle, üst hakkı tesisine ilişkin resmi senedin, üst hakkının sona ermesi ve terkin hakkındaki şartları incelenerek, aksine bir hüküm ve başkaca bir sakıncası yok ise üst hakkının bulunduğu tapu kütüğü sahifesinin usulünce kapatılarak terkin talebinin karşılanması ve sonucundan T.M.K. 1019. maddesi uyarınca üst hakkı sahibi ile diğer aynî ve kişisel hak sahiplerine duyuruda bulunulması gerekmektedir."

³¹⁸ Ünal, s. 163.

³¹⁹ Bunun için üst hakkı sahibinin tapu sicilinde terkin yaptırması gerekmekte olup, tek başına feragat beyanı yeterli değildir. Bkz. Ertaş, s. 513.

³²⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.641.

terkin, üst hakkını şeklen (sicil üzerinde) sona erdirmekle beraber, taraflar arasında maddi anlamda mevcut olan hukuki ilişkiyi sona erdirmez. Bu sebeple üst hakkının maddi anlamda sona erebilmesi için temeldeki borçlandırıcı işlemin geçerli olması gerekir. Söz konusu borçlandırıcı işlemin geçersiz olması halinde ise bu işleme dayanılarak tapu kaydında yapılan terkin işlemi de yolsuz hale gelir³²¹.

6.2 Terkin Dışında Sona Ermesi

Üst hakkının, tapu sicilinde terkin yapılmadan önce sicil dışında sona ermesi mümkündür. Üst hakkını ortadan kaldıran bu hallerde, üst hakkının tapu kaydından terkinini, hakkın sona ermesi bakımından kurucu değil bildirici niteliktedir.

6.2.1 Sürenin Dolmasıyla Sona Ermesi

Üst hakkına ilişkin sürenin dolması, bu hakkı terkin dışında kendiliğinden sona erdiren sebeplerden biridir³²². Bir aynı hakkın sona ermesi ile tescil her türlü hukuki değerini kaybettiği takdirde, yüklü taşınmaz maliki terkinini isteyebilir (TMK.m.1026). Ayrıca Tapu Sicili Tüzüğü m. 69/3 uyarınca Kanunda açıkça gösterilen haller ile şerh edilmiş kişisel haklarda ve tescil edilmiş taşınmaz lehine veya kişisel irtifak haklarında belli bir süre söz konusu ise bu sürenin dolması halinde taşınmaz malikinin istemi üzerine terkin işlemi yapılır. Türk Medeni Kanunu m. 836 uyarınca bağımsız bir üst hakkı en fazla yüz yıl için kurulabilmekle beraber, aynı madde çerçevesinde taraflarca en çok yüz yıllık yeni bir süre belirlenmişse, bu ikinci sürenin sonunda da üst hakkı sona ermiş olur³²³. Sürenin dolması ile maddi bakımdan sona eren üst hakkının, tesis edildiği sürenin tapu kaydında açıkça görülebilmesi imkanı mevcut olduğundan, süresi dolmuş bir üst hakkının şeklen de sona erdiğini kabul etmek gerekir. Bu durumda tapu kaydından veya işlem evrakından süresinin dolduğu açıkça anlaşılan üst hakkına ilişkin olarak üçüncü kişilerin iyi niyet iddiası geçerli değildir³²⁴.

Üst hakkının sona ermesi ile tescil her türlü hukuki değerini kaybetmiş ise yüklü taşınmaz maliki, hakkın terkinini talep edebilir (TMK. m. 1026)³²⁵.

Ayrıca belirtmek gerekir ki şahsa bağlı bir üst hakkı da sahibinin ölümü ile birlikte hem maddi hem de şekli açıdan kendiliğinden sona ermiş olur.

³²¹ Aral, s. 71; Ünal, s. 163.

³²² Ertaş, s. 512.

³²³ Ertaş, s. 5012.

³²⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.642.

³²⁵ Ertaş, s. 512.

6.2.2 Yüklü veya Yararlanan Taşınmazın Yok Olmasıyla Sona Ermesi

Üst hakkını maddi ve şekli açıdan terkin dışında sona erdiren başka bir sebep yüklü taşınmaz veya yararlanan taşınmazın yok olmasıdır (MK m.783). Örneğin, deniz kenarındaki yüklü taşınmazın çökerek sular altında kalması ve yok olması³²⁶ durumunda üst hakkı kendiliğinden sona erer. Eşyaya bağlı veya tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kayıtlı bulunan bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkında yararlanan taşınmazın yok olması da aynı sonucu doğurur. Eğer yararlanan taşınmaz üzerinde sınırlı ayni haklar kurulmuşsa, bu hakların sahipleri muvafakat etmedikleri sürece yüklü taşınmaz üzerindeki üst hakkı kendiliğinden son bulmaz. Diğer taraftan yararlanan taşınmaz üzerinde daha önceden var olan veya sonrada yapılmış bulunan binanın yıkılması da üst hakkını sona erdirmez. Üst hakkı yapı lehine değil taşınmaz lehine kurulduğundan³²⁷ taraflarca aksine bir düzenleme yapılmamışsa üst hakkı sahibinin yeniden bina inşa etmesi mümkündür³²⁸. Yararlanan taşınmazın yok olması sonucu üst hakkı kendiliğinden sona erdiğinde, hakkın yüklü taşınmazın tapu kaydından terkin edilmesinin, kurucu değil bildirici nitelikte olduğunu belirtmemiz gerekir.

6.2.3 Kamulaştırmayla Sona Ermesi

Yüklü taşınmazın kamulaştırılması bu taşınmazdaki mülkiyeti sona erdireceğinden, mülkiyet hakkını kısıtlayan üst hakkı da terkenden önce kendiliğinden son bulur. Yüklü taşınmaz kamulaştırılmadan, sadece taşınmaz üzerindeki üst hakkının kamulaştırılması da mümkündür³²⁹.

6.2.4 Mahkeme Kararıyla Sona Ermesi

Üst hakkının tarafları arasında gerçekleşen bir hukuki işlem sebebi ile üst hakkı sahibinin bu hakkını sicilden terkin ettirme borcu mevcut olup da bu borcunu yerine getirmez ise yüklü taşınmaz malikinin mahkemeden terkinini talep etme hakkı doğar. Üst hakkı sahibi Türk Medeni Kanunu m. 706 çerçevesinde (resmi şekle uygun) feragat vadinde bulunmuş ancak tapu memurundan terkinini talep etmekten kaçınıyorsa, dava yolu ile terkine mecbur edilebilir³³⁰. Ayrıca lehine üst hakkı kurulan taşınmaz için bu hakkın sağladığı hiçbir yarar kalmamışsa, yüklü taşınmazın maliki bu hakkın terkinini isteyebilir (TMK. m. 785). Ancak yüklü taşınmaz maliki ilk önce üst hakkı sahibinden, hakkın sicilden terkinini talep etmeli, üst

³²⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.642.

³²⁷ Yarg. 14. HD 10.12.1975, E.5337 K.5693; Gürzumar, s.179.

³²⁸ Ertaş, s. 513; Ünal, s. 164.

³²⁹ Aral, s.75; Ünal, s. 165.

³³⁰ Ertaş, s. 513.

hakkı sahibinin bu talebe uymaması durumunda mahkemeye başvurulmalıdır³³¹. Türk Medeni Kanunu m. 785 hükmüne istinaden mahkemeden alınan kurucu nitelikteki terkin kararı ile birlikte, tapu memuruna başvurularak terkin talep edilebilir. Bu talepte bulunulabilmesi için üst hakkı sahibinin muvafakatına ihtiyaç yoktur (TMK. m.1013). Burada da terkinin işlevi bildirici olup, mahkeme kararıyla maddi anlamda sona eren ancak terkine kadar sicil üzerindeki şekli varlığını koruyan üst hakkının, mahkeme hükmünden sonra ama hak henüz sicilden terkin edilmeden önce tapu sicilindeki (yolsuz) tescile güvenilerek kazanılması durumunda, iyiniyetli üçüncü kişilerin bu hakları korunur (TMK. m. 1023)³³².

³³¹ Bkz. Aynı kanaatte Gürzumar, s.179, dn. 119.

³³² Gürzumar, s.180.

SONUÇ

Türk Medeni Kanunu'nun 726. maddesinde tanımı yapılarak genel çerçevesi çizilen üst hakkı, 826. madde ile 836. maddeler arasında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Kanun üst hakkını, sahibine mülkiyeti kendisine ait olmak üzere başkasına ait bir arazinin altında veya üstünde sürekli kalmak üzere yapı inşa etmek (TMK. m. 726) veya mevcut bir yapıyı muhafaza etmek yetkisi veren bir irtifak hakkı (TMK. m. 826) olarak tanımlanmıştır.

Üst hakkı farklı hukuk sistemlerinde farklı gelişim süreçleri izlemek sureti ile eski dönemlerden bu yana varlığını sürdürmüştür. Bu varlığın sürmesinde en önemli etken, üst hakkının hak sahibi kişilere tanımış olduğu, başkasına ait araziler üzerindeki yapıların mülkiyetine sahip olabilme imkanı ve bu imkanın toplumda mevcut birtakım ekonomik ve sosyal ihtiyaçları karşılayabilme özelliğidir. Üst hakkı, kentsel arazilerin verimli kullanımını, doğa ve turizm alanlarının değerlendirilmesi ile büyük enerji ve ham madde nakil projelerinin gerçekleştirilmesi açısından önemli bir hukuki alternatif olarak kullanılabilir bir yoldur. Bu sebeple üst hakkı, günümüzün çeşitli ihtiyaçlarına cevap veren ve gelecekte de bu fonksiyonu artacak olan bir hak olarak gittikçe önem kazanmaktadır.

İşlevsel açıdan değerlendirildiğinde ortaya çıkan bu özelliklerinin dışında hukuki açıdan da özgün bir niteliğe sahip olan üst hakkı, taşınmaz mülkiyetine hakim olan "üst arza tabidir" ilkesinin önemli bir istisnasıdır (TMK. m. 718). Çünkü üst hakkı 826. maddede belirtilen şartlar dahilinde arazi (yükü taşınmaz) ile üzerindeki binayı birbirinden ayırarak ayrı mülkiyet konuları haline getirmektedir.

Hukuki niteliği itibarı ile başlangıçta İsviçre-Türk Hukukları'nda tartışmalı olan üst hakkının, zamanla meydana gelen gelişmeler ve Türk Medeni Kanunu'nun kapsamlı irtifak hakkı anlayışı karşısında "olağan sınırlı ayni hak" olarak kabulü mümkündür. Üst hakkı, Fransız Hukuku'ndaki gibi tam bir mülkiyet hakkı olmadığı gibi, Alman Hukuku'ndaki gibi kendine özgü sınırlı bir ayni hak da değildir. Bu hak olağan sınırlı ayni hakların önemli bir bölümünü oluşturan irtifak hakları arasında yer alır. Kanundaki düzenleniş biçiminden de üst hakkının bu niteliğini çıkarmak mümkündür. Her ne kadar arazide önceden mevcut veya üst hakkına dayanılarak inşa edilmiş yapı üzerindeki mülkiyet hakkı tam bir ayni hak niteliğinde ise de bu hakkı tam bir mülkiyet hakkı olarak nitelemek doğru değildir. Öncelikle buradaki mülkiyet hakkı irtifak hakkına bağımlı olup, yapı üzerindeki mülkiyet hakkının irtifak hakkından ayrı olarak devri mümkün değildir. Diğer bir hususta hakların süresi ile ilgili farktır. Mülkiyet hakkının zamansal bir sınırı olmamakla birlikte, üst hakkında yapı

üzerindeki mülkiyet hakkının süresi irtifak hakkının süresi kadardır ve bu süre Türk Medeni Kanunu m. 836 uyarınca bağımsız olarak en çok yüz yıldır.

Öte yandan irtifak haklarını diğer sınırlı haklardan ayıran özellikler bakımından değerlendirildiğinde üst hakkı, başkasına ait bir maldan doğrudan doğruya yararlanma yetkisi sağladığından rehinden farklılık gösterir. Çeşitli irtifak hakları arasındaki ortak özellikler bakımından değerlendirildiğinde üst hakkı, yüklü taşınmaz malikine bir kaçınma ve katlanma edimi yüklediği için eşyaya bağlı irtifaklara; bir şahıs lehine tesis edilebildiği için; şahsi irtifaklara benzer. Üst hakkı şahsi irtifaklarla benzerlik göstermesine rağmen, intifa veya oturma hakları gibi mutlak şahsa bağlı bir irtifak hakkı değildir. Üst hakkı sadece eşyaya bağlı veya sadece şahsa bağlı bir irtifak olmadığından ve devir ve intikal kabiliyeti dikkate alındığında, kaynak hakkı ve düzensiz şahsa bağlı diğer irtifaklarla (TMK. m. 837, 838) aynı kategoriye girmektedir.

Diğer irtifak haklarından farklı olarak, başka bir irtifak hakkının konusu olabilen üst hakkı, içerik olarak da ayni ve şahsi özellikler taşır. Örneğin üst hakkı sahibinin yüklü taşınmaz üzerinde irtifak hakkı, bu taşınmaz üzerindeki bina üzerinde ise mülkiyet hakkı vardır.

KAYNAKÇA

- Akipek Jale G., Üst Hakkı Kavramı, Muhtevası ve Mahiyeti, Prof.Dr. H.C. Oğuzoğluna Armağan, Ankara 1972(kısaltılmışı: Akipek, Üst Hakkı).
- Akipek, Jale G., Devlet Orman Arazisi Üzerinde Üst Hakkı, Prof.Dr. Osman F. Berki'ye Armağan, Ankara 1977(kısaltılmışı: Akipek, Orman Arazisi Üzerinde Üst Hakkı).
- Akipek, Jale G., Üst Hakkı Kavramı ve Bu Hakkın Muhtevası, Medeni Kanun'un 50. Yılı, Bilimsel Hafta:15-17 Nisan 1976, s.229-275, Ankara 1977 (kısaltılmışı: Akipek, Üst Hakkı Kavramı).
- Akipek Jale G./Akıntürk Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- Aral Vecdi, İnşaat (Üst) Hakkı, M.K. m.652, 751(Doktora Tezi), İstanbul 1962.
- Ayan Mehmet, Eşya Hukuku, Üçüncü Cilt, Ayni Haklar, Konya 1994.
- Berki şakir, Romada Ayni Haklar, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yayın Tarihi: 1948.
- Bertan Suat, Ayni Haklar, Cilt 2, M.K. 703-764, Ankara 1976.
- Cansel Erol, Tapu Siciline İtimat Prensibi, Ankara 1964.
- Cin Halil, Miri Arazi ve Bu Arazinin Mülk Haline Dönüşümü(Doktora tezi), Ankara 1969.
- Dayıoğlu Erdal, Tapu Siciline Kaydedilen Bağımsız ve Sürekli Haklar (Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1991
- Dörtgöz Gürsel Öcal, Medeni Kanuna Göre Tapu İşlemleri, Ankara 2008.
- Erel şafak N., Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982.
- Eren Fikret, Toprak Hukuku, Ankara 1991.
- Ergüne, Mehmet Serkan, Üst Hakkının Tasarruf İşlemlerine Konu Olmasına İlişkin Hukuki Sorunlar, İÜHFMC. LXVI, sayı.1, s. 275-292, 2008.
- Ertay şeref, Eşya Hukuku, İzmir 2011.
- Esener Turhan/Güven Kudret, Eşya Hukuku, Ankara 2012.
- Freimüller Hans Ulrich, Die Stellung der Baurechtsdienstbarkeit im System der dinglichen Rechte, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Neue Folge, Bern 1967 (Berner Dissertation).
- Gençcan Ömer Uğur, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu-Bilimsel Açıklama İçtihatlar-İlgili Mevzuat, Madde 531-1030, Ankara 2007.
- Gümüş Mustafa Alper, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri ile Karşılaştırmalı Olarak Eski Medeni Kanunun Üst Hakkına İlişkin Hükümlerinde Üst Hakkı İlişkisinin Tarafları ve

- İlgilileri İçin Kabul Edilmiş Tazminat (Bedel) Alacakları ve İpotek Hakları, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt II, s. 533-567, İstanbul 2003.
- Günel Nadi, Roma Hukukunda Üst Hakkı(Superficies), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 47, Sayı: 1, Yayın Tarihi: 1998.
- Gürsoy Kemal Tahir, Türk Eşya Hukukunda Zilyetlik ve Tapu Sicili, Ankara 1970.
- Gürsoy Kemal Tahir/Eren Fikret/Cansel Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984.
- Gürzumar Fikri, Vakıf Gayrimenkul ile Örfü Belde Tasarrufları, Ankara 1949 (kısaltılmışı: Gürzumar F.).
- Gürzumar Osman Berat, Üst Hakkı, Beta Basım Yayım, İstanbul 1998 (atıf şekli: Gürzumar, s...).
- Hatemi Hüseyin, Medeni Hukuk Tüzel Kişileri I, İstanbul 1979 (kısaltılmışı: Hatemi, Medeni Hukuk Tüzel Kişileri).
- Hatemi Hüseyin, Önceki ve Bugünkü Türk Hukukunda Vakıf Kurma Muamelesi, İstanbul 1969 (kısaltılmışı: Hatemi, Türk Hukukunda Vakıf Kurma Muamelesi).
- İmamoğlu M. Altuğ, Tapu Sicili ve Tapu Sicilinin Tutulmasında Devletin Sorumluluğu, Ankara 2010.
- İmre Zahit, Kaynak-Yeraltı Suları ve Hukuki Durumları, İstanbul 1951.
- Karadeniz Çelebican Özcan, Roma'da Kamu Topraklarının Çeşitli Kullanım Biçimleri, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988.
- Kaşıkçı Osman, Eski Hukukumuzda Üst Hakkı, A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt III Sayı 1, 1999.
- Kocayusufoğlu Necip, Özel İnceleme, Sungurbey İsmet, Medeni Kanun Öntasarısının Nesnel Hukukunun Eleştirisi, s. 353-354, İstanbul 1972.
- Koçak Hüseyin/Metin Beyaz, İmar Uygulamaları, Ankara 2011.
- Köprülü Bülent/Kaneti Selim, Sınırlı Ayni Haklar, 2.Bası, İstanbul 1982-1983.
- Kuntalp Erden, Bağımsız ve Sürekli Sınırlı Ayni Hakların Özellikle Üst Hakkının Taşınmaz Olarak İşlem Görmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1991/4, s. 528 vd.
- Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2004.
- Küçükgüngör Erkan, Roma Hukukunda İntifa Hakkı (Ususfructus), Ankara 1988.
- Liver Peter, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten (Art. 730 bis 792), Erster Band: Die Grunddienstbarkeiten, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Das Sachenrecht, Dritte Auflage, Zürich 1980.
- Öcal Apaydın Bahar, Roma Hukukundan Günümüze Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları, Ankara 2014.

- Oğuzman M.Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2011.
- Özakman Cumhuriyet, Türk Hukukunda Mecra İrtifakları, İstanbul 1978.
- Ruedin Roland, Le droit reel de superficie, Neuchatel 1969.
- Serozan Rona, Nisbi Hakların Güçlendirilmesi, İHFM. 1974 C.XL İstanbul, sayı 1-4, s. 459-479.
- Sirmen A.Lale, Eşya Hukuku, Ankara 2013.
- Sungurbey İsmet, İsviçre-Türk Hukukuna Göre İktisabi Müruruzaman, İstanbul 1956.
- Tahiroğlu Bülent, Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1981.
- Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığı, Tapu Sicili Uygulamaları, Ankara 2014 (kısaltılmışı: Tapu Dairesi Başkanlığı).
- Tandoğan Haluk, Türk Hukukunda Mecralar, AÜHF.D.C.IX. Ankara 1952, Sayı 3-4.
- Tekinay Selahattin Sulhi, Eşya Hukuku, İstanbul 1970, 1978, 1989 (kısaltılmışı: Tekinay)
- Tekinay Selahattin Sulhi, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar, II/3, İstanbul 1994 (kısaltılmışı: Tekinay, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar)
- Tekinay Selahattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla, Eşya Hukuku Cilt I, İstanbul 1989.
- Ulusan İlhan, Yeni Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısında Yer Alan İnşaat (Üst) Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, İBD, C.61, sayı 1-2-3, 1987, s.21-34.
- Ünal Mehmet, Türk Medeni Hukukunda Yapı(Üst) Hakkı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınları, Ankara 1988.
- Yavuz Cevdet, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 5. Baskı, İstanbul 1997.
- Yazman İrfan, Kaynakların Türk Medeni Hukukunda Tabii Olduğu Rejim, Ankara 1970.
- Wieland C., Kanunu Medenide Ayni Haklar, Tercüme Eden İ. Hakkı Karafakı, Ankara 1946.

Ö Z G E Ç M İ Ş

Adı ve SOYADI : Emre ERGİN ERGANİ
Doğum Tarihi ve Yeri : 12.02.1979 - Ontario / KANADA
Medeni Durumu : Evli

Eğitim Durumu

Mezun Olduğu Lise : Fatih Sultan Mehmet Lisesi, Ankara, 1996
Lisans Diploması : Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Bölümü, 2000
Yüksek Lisans Diploması : Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Antalya 2015
Tez Konusu : Üst Hakkı
Yabancı Dil : İngilizce

Bilimsel Faaliyetler

2003-2005 Kanada ESL Programı Kapsamında, Hamilton Red Hill School'da İngilizce Eğitimi; 2003-2005 Arasında Kanada'da Anglo-Sakson Hukuk Sistemi, Anayasa ve Anglo-Amerikan Usul Hukuku Üzerine Araştırma ve İncelemeler; 2009 Yılında Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Anabilim Dalında Yüksek Lisans.

İş Deneyimi

Stajlar : 2000 yılında T.C. Merkez Bankası Hukuk Müşavirliğinde staj; 2000-2001 yılları arasında Ankara Barosu bünyesinde ve Çelebi Hukuk Bürosu'nda avukatlık stajı.
Projeler : Elektronik Tapu Sicili; Tapu İşlemlerinin Elektronik Ortamda Gerçekleştirilmesi.
Çalıştığı Kurumlar : 2006-2007 Ankara Barosu üyesi olarak serbest avukat; 2007-2008 yılları arasında Test Geliştirme Uzmanı olarak Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi (ÖSYM); 2008-2011 yılları arasında Denetmen Yardımcısı olarak Antalya Tapu ve Kadastro Bölge Müdürlüğü; 2011 yılından beri Tapu ve Kadastro Uzmanı olarak Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığı.
E-Posta : erganiemre@gmail.com